ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

2 2020 (288)

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
Калаур Іван Романович

Шеф-редактор
Крупчан Олександр Дмитрович

Редакційна колегія:

Васильєва В.А.
Коструба А.В.
Кот О.О.
Міловська Н.В.
Пацурія Н.Б.
Стефанчук М.О.
Федорченко Н.В.
Роберт Табашевськи (Польща)

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Наталія Башурин
Неюрисдикційні форми захисту науково-технічної інформації..... 5

Тетяна Гнатюк
Права та обов'язки сторін договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом..... 12

Олександр Грабовий
Множинність сторін договору комерційного представництва..... 18

Наталія Грущинська
Характеристика нерухомого майна як об'єкта цивільного права..... 23

Валерія Джафарова
Правова природа та особливості державної реєстрації речових прав..... 31

Антон Киричок
Правомочність на отримання частини майна або його вартості в разі ліквідації товариства (ліквідаційна квота)..... 38

Олександр Котуха, Олена Чабан
Особливості вибору права, що застосовується до договору..... 42

Наталія Люльчук
Особливості укладення договору про надання правничої допомоги..... 48

Олена Сібільова
Відповідальність за порушення договору про надання інформаційних послуг..... 53

Георгій Смірнов
Корпоративні права: поняття та правова природа..... 59

Ольга Таран
Відшкодування шкоди, завданої скасуванням або затримкою авіарейсу, за договором на туристичне обслуговування..... 68

Олександр Чумак
Особливості колізійного регулювання укладання шлюбу..... 74

Ольга Ювчиця
Принципи незалежності та безсторонності суду в цивільному судочинстві України: історія виникнення та становлення..... 79

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Оксана Вінник
Потенціал Господарського кодексу України в ракурсі цифровізації економіки та соціального її спрямування..... 85

Олена Гончаренко
Саморегулівні організації у сфері цифрової економіки..... 93

Олександр Ковалишин
Товариства осіб у країнах Східної Європи 98
Яна Левшина
Види відповідальності у процедурі банкрутства 105
Аріна Савченко
Смерть фізичної особи-боржника як підстава
для закриття провадження у справі про банкрутство 109
Богдан Устименко, Тетяна Устименко
Про правові аспекти видобування вуглеводнів відповідно до угод
про розподіл продукції у виключній економічній зоні України..... 115
Катерина Харківська
Основні напрями здійснення державного регулювання виробничої діяльності в Україні..... 122

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ольга Бурлака
Сучасний стан правового регулювання соціального захисту сім'ї,
дитинства, материнства та батьківства в Україні..... 128
Роман Грищенко
До характеристики об'єктивної сторони дисциплінарного проступку..... 134
Віолета Дейнека
Ґенеза і сутність права на працю 139
Тетяна Жовнір
Співвідношення поняття «самозайнята особа» з іншими суміжними правовими категоріями..... 145
Олена Луценко
Звільнення державного службовця за результатами оцінювання
службової діяльності 150
Валентин Мельник
Особливості захисту трудових прав окремих категорій працівників у судовому порядку..... 155
Оксана Пожарова, Юрій Пожаров
Юридичні гарантії трудових прав жінок: міжнародні акти та законодавство України..... 160

АГРАРНЕ ПРАВО

Ганна Корнієнко
Агробізнес в Україні: правова регламентація як умова виникнення та розвитку..... 165

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Лідія Герасимчук
Набувальна давність як підстава набуття права власності на земельну ділянку..... 172

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Лариса Шевчук
Екологічність як принцип публічних закупівель:
законодавство України та стандарти Європейського Союзу..... 177

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

В'ячеслав Бойко
Поняття суддівської публічної адміністрації..... 182
Ганна Васіна
Історичні і правові аспекти витоків адміністративного права України та Іспанії..... 188
Ольга Драчевська
До питання визначення поняття «банківська діяльність»..... 193
Олег Золотоноша
Реформування місцевого самоврядування в Україні..... 198
Олександр Константий
До питання конституціоналізації адміністративного права і судочинства України..... 203

Олена Коротун
Інститут адміністративної відповідальності як механізм забезпечення захисту інтелектуальної власності..... 209

Мирослава Красноборова
Організаційно-правові можливості залучення Євроюсту для сприяння діяльності спільних слідчих груп в Україні.....215

Леся Миськів
До проблеми визначення поняття «інклюзивна освіта».....220

Людмила Могілевська
До проблеми взаємодії Національної поліції з громадськістю та з іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини..... 225

Олександр Світличний, Альбіна Кадегроб
Суб'єкти публічного управління у сфері запобігання порушенням, пов'язаним з корупцією.....230

Михайло Тернущак
Вплив адміністративної реформи та інших галузевих реформ на теорію адміністративно-правових дисциплін..... 235

Катерина Чишко
Державна політика у сфері забезпечення зменшення вживання алкогольних напоїв і їх шкідливого впливу на здоров'я населення: проблеми правового регулювання та шляхи їх вирішення.....242

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Віктор Мельник
Багатонаціональна Республіка Болівія: підсумки президентства Ево Моралеса та політичний зміст земельних правовідносин.....248

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Денис Молдованов
Суб'єкт електроенергетики у сфері альтернативної енергетики як об'єкт фінансового права.....255

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Анастасія Пекар
Співвідношення правових інститутів прав на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції.....259

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Вікторія Ботякова
Безпосередній об'єкт злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником.....265

Максим Глоба
Кримінально-правові наслідки укладення угоди про визнання винуватості у США та Великобританії..... 282

Марія Корабель
Правовий аналіз формування санкцій кримінально-правової норми.....287

Володимир Лутчин
Критерії класифікації кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки у кримінальному праві України та Республіки Польща.....292

Олена Ющик
Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство.....300

КРИМІНОЛОГІЯ

Олена Бахуринська
Окремі питання вдосконалення законодавства у сфері протидії організованій злочинності.....305

Наталія Ліщук
Загальносоціальна профілактика насильницьких дій щодо жінок.....310

Маріана Тома
Історичний виклад розвитку професійної злочинної діяльності на теренах України.....316

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

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Ірина Курбатова
Участь прокурора у перегляді судових рішень судом апеляційної інстанції..... **322**

Юлія Циганюк
Англо-американська система кримінального процесу..... **327**

КРИМІНАЛІСТИКА

Руслан Комісарчук
Діяльність із виявлення, розслідування та попередження злочинів як об'єкт криміналістичної технології..... **332**

Владислав Негребецький
Використання рефлексивного мислення та управління під час слідчого експерименту..... **338**

СУДОУСТРІЙ ТА ПРОКУРАТУРА

Ольга Саленко
Окремі питання етизації судової влади: історичний аспект, міжнародний досвід, національні реалії..... **343**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Олена Банчук-Петросова
Проблеми регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів та шляхи удосконалення законодавства..... **351**

Катерина Буряк
Особливості антикорупційного законодавства в країнах Європейського Союзу..... **356**

Юлия Панфилова
Развитие правовых элементов пиратства как международного преступления..... **361**

РЕЦЕНЗІЇ

Наталія Оніщенко
Рецензія на монографію Людмили Михайлівни Андрусів «Техніко-юридичні та методологічні засади оприлюднення нормативно-правових актів»..... **367**

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 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)

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 рекоменд-овано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Протокол № 3 від 26.02.2020 року)

Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 28.02.2020. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 42,78. Обл.-вид. арк. 40, 22.
Тираж – 255. Замовлення № 0320/83
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2020.

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 347.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.01

Наталія Башурин,
аспірант кафедри цивільного права,
асистент кафедри судочинства
Навчально-наукового юридичного інституту
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»

НЕЮРИСДИКЦІЙНІ ФОРМИ ЗАХИСТУ НАУКОВО-ТЕХНІЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

У статті автором вказано перш за все на проблему відсутності на законодавчому рівні спеціального правового механізму захисту науково-технічної інформації. Під час детального аналізу наукової літератури із заданої тематики науковець виділяє питання співвідношення понять «охорона» і «захист» прав інтелектуальної власності чи прав на інформацію, вказуючи на базові характеристики цих термінів і те, чим вони між собою різняться. Також у статті йдеться про дефініцію науково-технічної інформації і про те, за яких, власне, умов така інформація підпадає під правову охорону. Далі автор зосереджує увагу на тому, що таке форма захисту науково-технічної інформації і які форми захисту можуть застосовуватися до такого виду інформації. Розкрито загальне поняття форм захисту науково-технічної інформації. Крім того, автором детально охарактеризовано окремі порядки її захисту, а також ті чи інші заходи, що забезпечуються в межах неюрисдикційної форми захисту прав на науково-технічну інформацію. Зокрема, увага акцентована на особливостях застосування самозахисту як однієї з найпоширеніших процедур в межах неюрисдикційної форми захисту науково-технічної інформації. Також автор детально аналізує такі заходи, як переговори і претензійний порядок захисту прав на науково-технічну інформацію, звертає увагу на їх позитивні характеристики, але водночас наголошує й на негативних сторонах, оскільки відсутній законодавчо визначений порядок їх застосування. У науковій статті загалом окреслено переваги та недоліки найпоширеніших процедур неюрисдикційної форми захисту, особливості їх застосування і специфіку їх реалізації. Науковцем у дослідженні запропоновано механізм захисту прав на науково-технічну інформацію з акцентом на його варіативності залежно від специфіки ситуації. надано пропозицію щодо правового регулювання питання захисту науково-технічної інформації.

Ключові слова: науково-технічна інформація, форми захисту науково-технічної інформації, неюрисдикційна форма захисту, альтернативні способи захисту, механізм захисту прав на науково-технічну інформацію.

Постановка проблеми. На даному етапі розвитку суспільства одним із найбільш цінних ресурсів є інформація, особливо якщо її використання може дати певну вигоду для автора такої інформації. У цьому аспекті науково-технічна інформація, як основа для прогресу, є цінним об'єктом правовідносин та потребує правового захисту й охорони.

Нині питання захисту науково-технічної інформації у сфері приватного права врегульоване лише нормами про загальну процедуру, а спеціальний механізм захисту перебуває на етапі формування. При цьому варто вказати, що реформування викликано швидше не процесами всередині країни, а євроінтеграцією. Нечисленна практика захисту прав на науково-технічну інформацію спричиняє потребу в ефективно діючій системі органів та процедур захисту, її чіткості та однозначності, а також популяризації захисту серед населення.

Вважаємо за потрібне проаналізувати можливі процедури захисту науково-технічної інформації з погляду доцільності, зокрема, аналізуючи практику, та запропонувати дієвий механізм захисту прав на таку інформацію. Також потрібно переглянути необхідність у правовому закріпленні форм захисту у Законі України «Про науково-технічну інформацію».

Питання захисту об'єктів права інтелектуальної власності, а значить і науково-технічної інформації, ефективності різних форм захисту та оптимізації процедури захисту прав є предметом наукових досліджень І. Я. Бабецької, О. В. Кохановської, Г. О. Ульянової, С. С. Драганова, Г. М. Грабовської, О. П. Орлюк, О. О. Штефан, О. О. Панасюк та багатьох інших. Проте питання цілісного механізму захисту науково-технічної інформації, використання різних форм захисту прав на такий специфічний об'єкт прав не було представлено українськими правниками достатньою мірою.

© Н. Башурин, 2020

Мета статті – на підставі аналізу наукової літератури охарактеризувати форми захисту науково-технічної інформації.

Виклад основного матеріалу. Вважаємо за необхідне представити наше розуміння поняття форми захисту науково-технічної інформації, що можна встановити лише після співвідношення понять «охорона» та «захист» суб'єктивних прав; а також проаналізувати різні трактування поняття «форми захисту» прав.

Щодо співвідношення понять «охорона» та «захист» суб'єктивного права у наукових колах існує два підходи:

1) охорона та захист відображають одне і те саме поняття;

2) охорона та захист є різними категоріями, причому охорона включає в себе захист.

Поділяємо думку, що дані терміни відображають не ідентичні, а суміжні конструкції, де охорона суб'єктивного права вміщає в себе його захист. Таку ж позицію підтримують Г. О. Ульянова, О. П. Орлюк, О. О. Штефан, І. Я. Бабецька та багато інших.

Так, Я.В . П'янова трактує поняття охорони як комплекс правових засобів, спрямованих на забезпечення прав та встановлення превентивних засобів відвернення посягань на суб'єктивні права. А захист являє собою засоби компенсаційно-відновлювального характеру, які застосовуються у разі порушення суб'єктивних прав [11].

І. Я. Бабецька наголошує на тому, що охорона прав та свобод відбувається постійно, а їх захист можливий за умови виникнення відповідної на те підстави [1, с. 163].

Хотілося б зазначити, що захист прав здійснюється також і особою, чиї права та/або інтереси було порушено, не визнано чи оспорено, використовуючи своє суб'єктивне право на захист – юридично закріплену можливість уповноваженої особи використати заходи правоохоронного характеру з метою поновлення порушеного права та припинення дій, що порушують право [1, с. 164].

Тому вважаємо найбільш повним визначення захисту прав інтелектуальної власності із зазначенням таких його ознак:

– захист є сукупністю заходів економічного, організаційного та іншого характеру;

– застосовується особою, права якої порушено, правонаступниками, компетентними органами;

– використовується для відновлення порушеного права, його визнання та/чи для компенсації;

– застосовується у разі порушення, невизнання чи оспорення права інтелектуальної власності, а також існування реальної загрози їх порушення;

– застосовується щодо об'єктів права інтелектуальної власності.

Одним із таких об'єктів є науково-технічна інформація, специфіка якої полягає у важливості такої інформації як джерела прогресу. Проте для віднесення інформації до науково-технічної потрібно дотримуватися певних умов.

Відповідно до Закону України «Про науково-технічну інформацію» такою інформацією є будь-які відомості та/або дані про вітчизняні та зарубіжні досягнення науки, техніки і виробництва, одержані в ході науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної, виробничої та громадської діяльності, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [15].

Така інформація за своєю суттю є результатом інтелектуальної та творчої праці (оскільки відображає досягнення), тому захищається як об'єкт авторського права з моменту створення, тобто з моменту надання їй певної форми, фіксації, з моменту її формулювання і висловлення. Також можна отримати авторське свідоцтво, зареєструвати результати науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної та іншої науково-технічної діяльності. У разі, якщо фінансування такої діяльності здійснювалося з державного бюджету, така реєстрація, облік є обов'язковими відповідно до Закону України «Про науково-технічну інформацію».

Для захисту, визнання результатів дослідження науково-технічною інформацією вона має бути новою, як і інші об'єкти, що охороняються авторським правом. Проте поняття «нове» означає «не повинне бути копією іншого» [16].

Правомірність посилання на інші твори викликана тим, що наукова спільнота вимагає високого рівня змісту, поступового розвитку існуючих поглядів і уявлень: новий твір базується, посилається на ті твори, які уже існували до того, нова інформація уточнює, поширює чи звужує, тлумачить чи заперечує уже поширену раніше тощо [13].

На основі вищенаведеного цікавою умовою для захисту науково-технічної інформації як твору було б те, що в ній повинна бути не так нова інформація, як оригінальність думок, ідей, що зумовлює віднесення до незаконного і плагіат, і перефразування та інші намагання обійти закон [7].

Отже, захистом науково-технічної інформації є сукупність заходів, що застосовується особою самостійно чи за допомогою компетентного органу для відновлення порушеного права, його визнання та/чи для ком-

пенсації у разі порушення, невизнання чи оспорення прав на оригінальну науково-технічну інформацію, а також існування реальної загрози їх порушення.

Міра дозволеної поведінки у процесі захисту прав відображається у формі, способах та засобах захисту, оскільки вони закріплені нормою закону або договору як допустимі дії, спрямовані на попередження, припинення порушення прав, а так само на їх відновлення. При цьому поняття «форма захисту» немає у законодавстві – воно підміняється термінами «порядок захисту», «способи захисту» [2, с. 45].

В. В. Бутнєв під формою захисту розуміє «комплекс погоджених організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав, що протікають у рамках єдиного правового режиму». В. В. Дунаєв форму захисту цивільних прав трактує як «дії, засновані на нормі права або договорі, що протікає або у рамках правової процедури, або без неї, спрямовані на попередження, припинення порушення прав і їх відновлення, здійснювані спеціальним юрисдикційним органом або самим правовласником». Інші науковці під формою захисту вбачають «визначений порядок захисту прав та інтересів, що здійснюється тим чи іншим юрисдикційним органом, залежно від його природи» [2, с. 46]. Також існує думка, що формою захисту прав є внутрішньо погоджений комплекс організаційних заходів захисту прав та охоронюваних законом інтересів [7].

Ґрунтуючись на досліджених поняттях, пропонуємо розуміти під формою захисту науково-технічної інформації внутрішньо погоджений комплекс заснованих на нормі права чи договорі організаційних та інших заходів захисту прав на науково-технічну інформацію та інтересів, пов'язаних з такою інформацією, які здійснюються в рамках єдиного типу процедур, що узгоджені спільною метою, спрямовані на попередження, припинення порушення прав і їх відновлення, здійснювані спеціальним юрисдикційним органом або самим правовласником.

У своєму навчально-наочному посібнику О. В. Іванюк, І. Л. Литвинчук відносять арбітраж до загального (судового) захисту юрисдикційної форми, а захист за участю творчих союзів, спілок колективного управління та медіацію до неюрисдикційної форми захисту [6]. Проте арбітраж не є ланкою державної судової системи, а під час захисту за участю творчих союзів, спілок колективного управління та медіації здійснюється залучення не заінтересованої в суті спору сторони, що суперечить розумінню неюрисдикційної форми захисту.

Проаналізуємо насамперед неюрисдикційну форму захисту, її поняття та складники. Так, на думку Г. М. Грабовської, неюрисдикційна форма передбачає захист права інтелектуальної власності своїми силами, без звернення за допомогою до державних або інших компетентних органів [4, с. 39].

О. О. Панасюк вказує, що дії носіїв суб'єктивних авторських прав спрямовані на визнання наданих правовими нормами можливостей, припинення порушень у реалізації вказаних можливостей та застосування негативних наслідків по відношенню до порушників без звернення до спеціальних суб'єктів визнається як неюрисдикційна форма захисту [12, с. 759].

Г. О. Ульянова розуміє неюрисдикційну форму як вжиття особисто правовласником заходів, спрямованих на припинення порушення, відновлення порушених прав, відшкодування завданої шкоди [19, с. 179].

Вважаємо, що доцільно буде розуміти під неюрисдикційною формою захисту не лише дії, а й бездіяльність, оскільки міри оперативного впливу також підпадають під ознаки неюрисдикційної форми захисту і можуть відображатися у відмові від виконання певних зобов'язань. Тому вжиття Г. О. Ульяновою терміна «заходи», а не «дії» було доцільнішим.

Отже, під неюрисдикційною формою захисту розуміємо заходи фактичного та юридичного характеру, що вживаються носієм права на науково-технічну інформацію (його представником, правонаступником) для визнання його прав і охоронюваних законом інтересів, попередження та припинення порушення, відновлення порушеного права чи інтересу, а також отримання компенсації самостійно, без звернення до державних органів, організацій, уповноважених суб'єктів.

Для того, щоб оцінити позитивні та негативні аспекти вибору даної форми захисту, варто коротко охарактеризувати порядки, що належать до неюрисдикційної форми захисту.

I) Базовим складником неюрисдикційної форми захисту є самозахист, право на що передбачено статтею 55 Конституцією України [9] та статтею 19 Цивільного кодексу України [18].

Ними встановлено, що самозахист характеризується тим, що:

– це застосування особою засобів протидії, що може проявлятися як у дії фактичного чи юридичного характеру [19, с. 179], так і в бездіяльності;

– виникає у разі порушення права (інтересу) чи реальної загрози його порушення;

– може бути спрямований як на захист свого майнового або немайнового [19, с. 179]

права чи інтересу, так і на захист права/інтересу іншої особи [12, с. 759];

– спрямований на запобігання порушенню чи його припинення, ліквідацію його наслідків [17];

– повинен відображатися в таких способах, які не заперечуються законом та не суперечать моральним засадам суспільства, які відповідають змісту порушеного права, характеру порушення та спричиненим ним наслідкам.

Цікавим є те, що М. Панченко розуміє самозахист у широкому значенні як будь-які дії правомочної особи, пов'язані із захистом суб'єктивного права від порушення (у тому числі подача позову, скарги, самостійний захист цивільних прав у суді без допомоги адвоката тощо) [17]. Проте вважаємо, що поширювальне тлумачення даного поняття недоцільне, оскільки спричиняє низку питань щодо розмежування самозахисту як окремого порядку неюрисдикційної форми захисту й інших.

Підтримуємо трактування О. О. Панасюк права особи на самозахист як можливість у разі порушення авторського права або виникнення реального ризику такого порушення застосувати доцільну та адекватну (відповідну) протидію, яка не заборонена законом і не суперечить моральним засадам суспільства, де доцільність та адекватність, як оціночні категорії та характеристики протидії, втілюють у собі позитивні та негативні властивості, баланс між якими і повинен бути забезпечений правовими засобами [12, с. 760].

До самозахисту, безперечно, відносять необхідну оборону та крайню необхідність. Погоджуємося з Г. О. Ульяновою та підтримуємо думку С. Клейменової, що вжиття подібних заходів під час здійснення потерпілою стороною свого права на захист авторських прав видається досить туманним, оскільки уявити собі ситуацію, коли ці заходи можуть бути вжитими, дуже важко. Коли йдеться про крайню необхідність як захід самозахисту авторських прав, її ймовірність можна допустити, оскільки однією з обов'язкових умов, що визначають крайню необхідність, є та обставина, що завдана шкода повинна бути менш значущою, ніж запобіжна шкода, наприклад, дії потерпілої сторони чи третьої особи, спрямовані на вилучення контрафактної продукції. У даній ситуації продукція тільки вилучається, але не знищується, тобто порушнику завдається шкода значно менша порівняно з тією шкодою, яку він завдає правовласникові, порушуючи його особисті й майнові права [17].

II) Переговори як особливий порядок захисту неюрисдикційної форми полягає у взаємодії сторін, що ініціюється та проводиться ними самостійно без участі інших осіб і повністю регулюється ними. Цей порядок виділяється на основі практики, часто використовується, оскільки є найдоступнішим, простим та при цьому доволі ефективним порядком; не потребує значних витрат як часу, так і фінансів; є конфіденційним [14].

Проте виникає низка питань. Так, неформальність процедури, з одного боку, є позитивною ознакою (сторони вибирають найефективнішу процедуру), а з іншого – має негативні сторони (брак організації, наявність можливості для маніпуляцій, затягування тощо). Також це стосується і відсутності керівника даного процесу. Крім того, ризиком є можливість недосягнення згоди, або гірший варіант – формальна згода з прийнятим рішенням [14], оскільки виконання домовленості не буде, а потерпіла сторона не отримує результату, на який розраховувала, що може призвести до закінчення строку позовної давності і подальшого ускладнення процедури захисту.

Тому варто бути готовим до того, що переговори – це перший крок у вирішенні проблеми, який може бути ефективним та вберегти від непотрібних витрат.

III) До неюрисдикційної форми захисту науково-технічної інформації варто віднести і претензійний порядок. Р. Шишка зазначає, що претензійний порядок задоволення правомірних вимог останнім часом незаслужено забувається [17].

У цивілістиці його також називають урегулюванням спору про право. Під ним розуміють спільні дії сторін, що сперечаються, щодо ліквідації наявного конфлікту. Суть урегулювання спору зводиться до того, що особа, чиї права дійсно чи уявно порушені чи оспорюються, у нормативно встановлений строк у письмовій формі доводить свої вимоги з долученням відповідних документів до відома другої сторони. Остання, розглянувши заяву, повинна в певний строк або задовольнити претензію, або надіслати вмотивовану відмову [3].

Переваги претензійного порядку полягають у простоті процедури і його швидкості, доцільності та ефективності, у письмовій формі та врегульованому порядку (за аналогією даного інституту в господарському праві), можливості сторін самостійно визначити результат та дотриматися конфіденційності, зниженні витрат, зменшенні емоційного напруження та збереженні ділових відносин. До недоліків варто віднести можливість фіктивного погодження на умови претензії, бажання відтягнути час виконання обов'язку тощо.

У разі коли використання неюрисдикційної форми захисту не дало бажаного результату, доцільним є звернення за захистом у порядку юрисдикційної форми захисту.

Враховуючи все вище вказане, вважаємо, що той чи інший порядок захисту, їх послідовне використання має вибиратися залежно від конкретної ситуації: потреб потерпілої особи, характеру порушення, особи відповідача, специфіки науково-технічної інформації, масштабу порушення права, можливості повторного порушення права тощо. Проте можна виділити певні етапи захисту прав, що можуть використовуватися як типовий механізм для досягнення цілі: у разі неефективності в конкретній ситуації чи небажання сторони конфлікту використовувати певну можливість потрібно перейти до наступного етапу.

Пропонуємо вдосконалити вказаний механізм захисту. На нашу думку, з моменту виявлення порушення права на науково-технічну інформацію він повинен включати:

– документальну фіксацію порушення, наслідків, причинного зв'язку, збитків для формування доказової бази, яку потім неможливо буде одержати чи таке одержання буде проблематичним/звернення до суду для забезпечення доказів;

– переговори/самозахист;

– претензійний порядок захисту (урегулювання спору);

– захист за допомогою інших альтернативних способів, що віднесено до спеціального поряду юрисдикційної форми;

– адміністративний порядок захисту, включаючи нотаріат;

– судовий захист;

– у разі невиконання рішення добровільно – звернення до виконавця.

Варто підкреслити важливість першого етапу, який фактично полягає у збиранні доказів, оскільки його виконання стане основою для ефективної реалізації всіх наступних етапів, оскільки більшість відмов у задоволенні позову щодо захисту прав пов'язані саме з недостатністю доказів.

Задля популяризації захисту науково-технічної інформації серед мас вважаємо за доцільне передбачити в Законі України «Про науково-технічну інформацію» вказаний механізм:

«Стаття 19^{-1} Захист прав на науково-технічну інформацію

Права на науково-технічну інформацію як об'єкта права інтелектуальної власності можуть захищатися в порядку самозахисту, за допомогою звернення до органів державної влади, місцевого самоврядування чи до суду; а також шляхом використання альтернативних способів захисту».

Висновки

Захистом науково-технічної інформації є сукупність заходів, що застосовується особою самостійно чи за допомогою компетентного органу для відновлення порушеного права, його визнання та/чи для компенсації у разі порушення, невизнання чи оспорення прав на оригінальну науково-технічну інформацію, а також існування реальної загрози їх порушення.

При цьому формою захисту науково-технічної інформації є внутрішньо погоджений комплекс заснованих на нормі права чи договорі організаційних та інших заходів захисту прав на науково-технічну інформацію та інтересів, пов'язаних з такою інформацією, які здійснюються в рамках єдиного типу процедур, що узгоджені спільною метою, спрямовані на попередження, припинення порушення прав і їх відновлення, здійснювані спеціальним юрисдикційним органом або самим правовласником.

Пропонуємо вдосконалити вказаний механізм захисту та передбачити можливі форми захисту у Законі України «Про науково-технічну інформацію», який, на нашу думку, з моменту виявлення порушення права на науково-технічну інформацію повинен включати: документальну фіксацію порушення, наслідків, причинного зв'язку, збитків для формування доказової бази, яку потім неможливо буде одержати чи таке одержання буде проблематичним/звернення до суду для забезпечення доказів; переговори або самозахист; претензійний порядок захисту (урегулювання спору); захист за допомогою інших альтернативних способів, що віднесено до спеціального поряду юрисдикційної форми; адміністративний порядок захисту, включаючи нотаріат; судовий захист; у разі невиконання рішення добровільно – звернення до виконавця. І завжди потрібно пам'ятати, що той чи інший порядок захисту, їх послідовне використання слід вибирати залежно від конкретної ситуації.

Список використаних джерел:

1. Бабецька І. Я. Охорона та захист промислової власності в Україні. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. Серія «Право».* 2016. № 1. С. 162-168. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nivif_2016_13_25 (дата звернення: 10.10.2019).

2. Бігняк О. Захист корпоративних прав: співвідношення категорій «форми захисту», «способи захисту» та «засоби захисту» (сучасні погляди та концепції). *Юридичний вісник.* 2013. № 2. Ст. 43-48. URL: http://www.yurvisnyk.in.ua/v2_2013/07.pdf (дата звернення: 10.10.2019).

3. Васильєв С.В. Цивільний процес України : навчальний посібник. 2010. URL: https://bit.ly/2HDNuU5 (дата звернення: 10.10.2019).

4. Грабовська Г. М. Способи та форми захисту авторського права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2012. Вип. 19. Т. 2. Ст. 38-40. URL : https://bit.ly/2HWNTQ6 (дата звернення: 10.11.2019).

5. Гринько Р.В. Заходи оперативного впливу та способи самозахисту: порівняльно-правовий аналіз. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2014. № 9-2. Т. 1. Ст. 159-162. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2014_9-2%281%29__45 (дата звернення: 10.11.2019).

6. Іванюк О. В., Литвинчук І. Л. Інтелектуальна власність : навчально-наочний посібник. Житомир: В. Б. Котвицький, 2014. 163 с. URL : http://ir.znau.edu.ua/bitstream/123456789/3089/3/Intelectualna_vlasnist.pdf (дата звернення: 12.11.2019).

7. Інтелектуальна власність : навчальний посібник для студ. вищих навч. закладів / В.М. Боковня, В.І. Василенко, Б.М. Гук, В.А. Іващенко, Ю.С. Кононенко, С.В. Корновенко, О.А. Кульбашна, О. М. Тараненко, С.М. Тараненко, С. В. Тростіна. Черкаси: Чабаненко Ю.А. 2014. 452 с. URL : http://eprints.cdu.edu.ua/435/1/Posybnyk_IW_%281%29.pdf (дата звернення: 12.11.2019).

8. Інтелектуальна власність : навчальний посібник / під ред. В.П. Мартинюка. Тернопіль: ТНЕУ, 2015. 360 с. URL : https://pidruchniki.com/91244/pravo/zahist_prav_intelektualnoyi_vlasnosti (дата звернення: 18.11.2019).

9. Конституція України : від 28 червня 1996 року № 256к/96-вр. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/ (дата звернення: 10.11.2019).

10. Науменко К.С. Поняття та види форм цивільно-правового захисту особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її соціальне буття. *Форум права*. 2014. № 2. Ст. 296-300. URL: https://bit.ly/2I7B5qz (дата звернення: 11.11.2019).

11. П'янова Я. В. Судовий захист майнових цивільних прав : дис... канд. наук: 12.00.03. Харків, 2009. 224 с.

12. Панасюк О. О. Поняття та класифікація форм захисту авторських прав. Форум права. 2013. № 1. С. 758-762.

13. Право інтелектуальної власності: Акад. курс : підручник для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; За ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре». 2007. 696 с. URL : https://bit.ly/2c3iHQG (дата звернення: 21.10.2019).

14. Про альтернативне вирішення спорів. Український центр медіації. URL: https://ukrmediation.com.ua/ua/korysna-informatsiia/pro-alternatyvne-vyrishennia-sporiv (дата звернення: 21.10.2019).

15. Про науково-технічну інформацію : Закон України від 25.06.1993 № 3322-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 33. Ст. 345.

16. Рекомендації щодо вибору способів правової охорони та захисту прав на об'єкти авторського права і відповідні об'єкти права промислової власності / офіційний веб-сайт Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. URL: https://bit.ly/2W8ZbuV (дата звернення: 21.10.2019).

17. Ульянова Г.О. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03. Одеса. 2015. 433 с. URL: https://bit.ly/2JBhS3H (дата звернення: 31.10.2019).

18. Цивільний кодекс України : від 16.01.2003. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

19. Шевчук Н.В. Самозахист як спосіб захисту прав інтелектуальної власності. Малий і середній бізнес (право, держава, економіка). 2009. № 3-4. Ст. 179-181. URL: https://bit.ly/30Iv5wC (дата звернення: 31.10.2019).

The author's article states above all the problem of the absence of a special legal mechanism for the protection of scientific and technical information at the legislative level. During a detailed analysis of scientific literature on a given subject, the scientist singles out the question of the relationship between the concepts of "protection" of intellectual property rights or information rights, indicating the basic characteristics of these terms and what they differ among themselves. The article also refers to the definition of scientific and technical information and the conditions under which such information is subject to legal protection. The author further focuses on the fact that such a form of protection of scientific and technical information and forms of protection can be applied to this type of information. The general concept of forms of protection of scientific and technical information is revealed. In addition, the author describes in detail the separate procedures for its protection, as well as some measures that are provided within the framework of the Non-jurisdictional Form for the Protection of Rights to Scientific and Technical Information. In particular, sufficient attention is paid to the peculiarities of the application of self-protection as one of the most common procedures within the non-jurisdictional form of protection of scientific and technical information. The author also examines in detail such measures as negotiations and the claim procedure for the protection of rights to scientific and technical information, draws attention to their positive characteristics, but at the same time draws attention to the fact that there are also negative parties, since there is no legislative procedure for their application. In the scientific article as a whole, the advantages and disadvantages of the most common procedures are indicated by the non-jurisdictional form of protection, the peculiarities of their application and the specifics of their implementation. The study proposed a mechanism for the protection of the rights to scientific and technical

information, with an emphasis on its variability depending on the specifics of the situation, and provided a proposal on legal regulation issues of the protection of scientific and technical information.

Key words: scientific and technical information, forms of protection of scientific and technical information, non-jurisdictional form of protection, alternative methods of protection, mechanism of protection of rights to scientific and technical information.

УДК 347.44:[347.2:005]
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.02

Тетяна Гнатюк,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВА ТА ОБОВ'ЯЗКИ СТОРІН ДОГОВОРУ УПРАВЛІННЯ ПІДПРИЄМСТВОМ ЯК ЄДИНИМ МАЙНОВИМ КОМПЛЕКСОМ

У статті розглянуто права та обов'язки сторін договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом. Виділено коло осіб, які можуть бути установником управління та управителем. Обґрунтовано основні та другорядні права сторін договору та розкрита суть їхніх обов'язків. Проаналізовано, що законодавець не встановлює вичерпного переліку прав та обов'язків управителя, надаючи можливість сторонам узгодити це в договорі. Особливу увагу зосереджено на питаннях про вигодонабувача, який не є стороною договору управління майном, однак з моменту укладення договору управління набуває певних прав. Так, у статті звернуто увагу на те, що обов'язком управителя є належна турбота про майно, він не має права передавати спадкове майно у заставу, відчужувати його частини для підтримання належного стану іншого майна. Правам сторін договору управління майном кореспондуються відповідні обов'язки контрагента. У цьому контексті вигодонабувач має лише право на отримання вигоди (доходу) від результатів господарської діяльності. Це зумовлено тим, що підприємство як єдиний майновий комплекс використовується для господарської діяльності з метою отримання прибутку. У разі інших цілей, передбачених договором управління (консервація майнового комплексу, реконструкція тощо), отримання вигоди у вигляді прибутку не передбачається в договорі управління. Також проаналізовано, що повноваження з управління за договором управління майном є схожим з функціями, властивими органам управління підприємством як юридичною особою. Однак правомочності управителя ґрунтуються на договорі і є похідними від права власності установника управління. У ЦК України прямо зазначено, що передане в управління майно означає перехід у довірчу власність. Натомість установник управління набуває право контролювати виконання передбачених договором повноважень управителем довірчої власності. Для виконання функцій управління управитель наділяється широким спектром повноважень, встановлених законом і договором. Зазначені повноваження полягають у здійсненні фактичних та юридичних дій, пов'язаних з управлінням. Законодавством не конкретизується перелік цих дій, адже це практично здійснити неможливо. У договорі управління підприємством як єдиним майновим комплексом можуть встановлюватися права та обов'язки управителя стосовно розпорядження майном.

Ключові слова: договір управління підприємством як єдиним майновим комплексом, сторони договору, права сторін, обов'язки сторін, установник управління, управитель.

Постановка проблеми. Щоб ефективно використовувати нерухоме майно (будівлі, споруди тощо), власники іноді передають його в управління іншому суб'єкту господарювання. При цьому можна зекономити на сплаті податків, якщо залучити до управління платника єдиного податку. Але виникає запитання: а чи можна взагалі передавати майно в управління такому суб'єкту господарювання? Адже деякі види діяльності заборонені «спрощенцям». У статті ми постараємось розвіяти всі сумніви щодо юридичних тонкощів передачі майна в управління і розкрити всі права та обов'язки сторін укладеного договору. Передача майна в управління не означає переходу права власності на нього до управителя (п. 5 ст. 1033 ЦКУ). Водночас управитель (якщо це визначено договором) є довірчим власником майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Підприємство як єдиний майновий комплекс є об'єктом нерухомого майна. Відповідно, з приводу нього виникають цивільні права та обов'язки, в тому числі речові, зміст яких становлять правомочності володіння, користування та розпорядження, що належать власнику або уповноваженій особі. Отже, необхідно розкрити ці права та обов'язки у даній статті.

Аналіз останніх досліджень. Даною проблематикою займалися вчені-юристи, доктори наук та професори. Зокрема, це питання у своїх працях проаналізували такі відомі науковці цивілісти, як О. Дзера, В. Луць, В. Коссак, Н. Кузнєцова, І. Кучеренко,

© Т. Гнатюк, 2020

О. Флейшиць, Г. Штегеман. Підприємству як єдиному майновому комплексу присвятили свої праці А. Герц, С. Кривобок та інші науковці. Наукові розвідки у цій сфері мали різноплановий характер, однак здебільшого стосувалися лише окремих проблемних питань. Так, не виділені остаточно всі учасники договору; не проаналізовано конкретну характеристику окремих прав та обов'язків сторін договору; немає пропозицій щодо вдосконалення законодавства із зазначеного питання.

Метою дослідження є розкриття прав та обов'язків сторін договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом. Також завданням є аналіз нормативно-правової бази, яка регулює дане питання, і її вдосконалення у сфері майнового комплексу підприємства.

Виклад основного матеріалу. Сторонами договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом є установник управління та управитель.

Коло осіб, які можуть бути установником управління, визначається ст. 1032 ЦК України. Крім власника майна, установником управління можуть бути орган опіки та піклування, опікун, піклувальник. Йдеться про випадки, коли власник внаслідок віку або обмеження дієздатності не здатний самостійно здійснювати волевиявлення. Установником управління може бути орган опіки та піклування у разі визнання фізичної особи безвісти зниклою.

Повноваження з управління за договором управління майном є схожим з функціями, властивими органам управління підприємством як юридичною особою. Однак правомочності управителя ґрунтуються на договорі і є похідними від права власності установника управління. У ЦК України прямо зазначено, що передане в управління майно означає перехід у довірчу власність. Цим підкреслюється схожість правомочностей власника і управителя.

Це пов'язано з тим, що власник, який передає майно в управління, не може реалізувати свої повноваження протягом строку дії договору управління майном. Однак цей факт не означає, що він їх втрачає. Це відповідає загалом положенням ч. 2 ст. 12 ЦК України, а саме: нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, встановлених законом.

Натомість установник управління набуває право контролювати виконання передбачених договором повноважень управителем довірчої власності. Для виконання функцій управління управитель наділяється широким спектром повноважень, встановлених законом і договором. Зазначені повноваження полягають у здійсненні фактичних та юридичних дій, пов'язаних з управлінням. Законодавством не конкретизується перелік цих дій, адже це практично здійснити неможливо. Однак законодавець визначає характер і мету цих дій, які спрямовані на ефективне використання єдиного майнового комплексу підприємства, його примноження в кількісному та вартісному аспектах.

У договорі управління підприємством як єдиним майновим комплексом можуть встановлюватися права та обов'язки управителя стосовно розпорядження майном. Виходячи зі свободи договору, сторони вільні в погодженні його умов, які визначають взаємні права та обов'язки. Управитель займає активнупозиціюудинаміцідоговірнихзв'язків. У договорі обов'язки управителя можна диференціювати на фактичні і юридичні. Фактичні полягають у належному збереженні та використанні матеріальних складників єдиного майнового комплексу підприємства.

Установником управління може бути орган юридичної особи, який представляє її інтереси в цивільному обороті. Так, згідно із законодавством власником майна (єдиного майнового комплексу), переданого учасниками (засновниками) шляхом здійснення майнових внесків до статутного капіталу, є саме підприємницьке товариство. Найвищим органом управління є збори засновників (учасників). Для виконання поточних функцій з управління господарською діяльністю з метою отримання прибутку призначаються виконавчі органи: правління, голова правління, директор тощо. Вони керують поточною діяльністю підприємницького товариства та управлінням і використанням майнового комплексу в межах, визначених установчими документами.

Управителем майна може бути будь-яка фізична особа, яка володіє повною дієздатністю. Але, враховуючи специфічний предмет договору управління підприємством як майновим комплексом, управитель повинен мати професійні знання з менеджменту. ЦК України не передбачає професійних вимог до особи управителя. Оскільки коментований договір належить до фідуціарних, сам установник управління на власний розсуд обирає сторону договірних відносин. Це відповідає засадам цивільного права щодо свободи договору, яка включає вибір контрагента і погодження на основі вільного волевиявлення змісту договору.

Аналіз законодавства, що регулює відносини з управління майном, дозволяє дійти до висновку, що установником управління, крім власника майна, можуть бути:

– органи опіки та піклування;
– опікун;
– піклувальник;
– нотаріус або відповідний орган місцевого територіального самоврядування;
– спадкоємці;
– носії права на об'єкти інтелектуальної власності;
– органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим або органи місцевого самоврядування у разі передачі в управління державного або комунального майна.

Перелічених осіб стосовно правомочностей бути установником управління можна диференціювати за такими підставами:

1) коли власник не має достатнього обсягу дієздатності – орган опіки та піклування, опікун, піклувальник;

2) за відсутністю власника у разі визнання його рішенням суду безвісти зниклим відповідно до положень ЦК України та Закону України від 12 липня 2018 р. «Про правовий статус осіб зниклих безвісти» [6];

3) у разі смерті власника – нотаріус або відповідний орган місцевого територіального самоврядування;

4) якщо майнові права інтелектуальної власності на певний об'єкт передані автором (творцем, винахідником тощо) іншій особі – суб'єкту інтелектуальної власності.

Обов'язком управителя є належна турбота про майно. Він не має права передавати спадкове майно у заставу, відчужувати його частини для підтримання належного стану іншого майна.

Учасником відносин з управління майном може бути третя особа, на користь якої укладається договір управління – вигодонабувач. Вигодонабувач не є стороною договору управління майном. Найчастіше майнову вигоду від управління майном отримує безпосередньо установник управління. Але якщо у разі обмеженого обсягу дієздатності фізичної особи або з інших підстав, передбачених законодавством, вона не може бути стороною договору управління, договір може бути укладений з визначенням вигодонабувача. До останніх може належати також юридична особа. Якщо договір управління майном укладений на користь третьої особи – вигодонабувача, то ним не може бути установник управління. Така конструкція договірних відносин відповідає загальним положенням договірного права, зокрема ст. 636 ЦК України, згідно з якою договором на користь третьої особи є договір, в якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена в договорі.

Учасником відносин з управління майновим комплексом підприємства є вигодонабувач. Особа вигодонабувача визначається установником управління. Але це не означає відсутність згоди самого вигодонабувача.

Правовий статус вигодонабувача визначається нормами ЦК України про договір на користь третьої особи. Вигодонабувач не є стороною договору управління майном, однак з моменту укладення договору управління набуває певних прав. Зокрема, він має право на отримання вигод від управління, які полягають у частині чи всіх доходах від управлінської діяльності.

Право вигодонабувача полягає у правомочності пред'являти вимогу до управителя щодо передання йому певної частини доходу, визначеного в договорі в абсолютному чи відсотковому розмірі. Право вигодонабувача на отримання доходу від управлінської діяльності підприємством як майновим комплексом подібне до аналогічного права установника управління. Але статус вигодонабувача не тотожний правовому положенню установника управління. Вигодонабувач має лише права, в тому числі право відмовитися від отримання вигоди.

Виконання договору може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із суті договору. На наш погляд, вигодонабувач, як третя особа за договором управління майновим комплексом підприємства, може вимагати передачі визначеної договором частини доходу (прибутку) від управлінської діяльності. Виконання інших умов договору управління майном може вимагати його сторона – установник управління.

У ЦК України не міститься статті, яка б встановлювала обов'язки установника управління. Це пояснюється тим, що управитель займає в договірних відносинах активну позицію, спрямовану на виконання договору. Водночас аналіз положень законодавства, яке регулює відносини з управління майном, дозволяє дійти до висновку, що на установника управління покладається низка обов'язків, насамперед обов'язок конкретизувати управлінські послуги управителя.

Права та обов'язки установника управління:

1. Установник управління має право:

1) здійснювати контроль за виконанням договору управління, не втручаючись у поточну діяльність управителя;

2) отримувати вигоду в абсолютному чи відсотковому розмірі відповідно до умов договору;

3) розірвати договір у випадках, встановлених законом або договором;

4) призначати або перепризначати вигодонабувача за договором управлінням майном.

Установник управління зобов'язаний:

1) здійснювати оплату послуги управителя в розмірі, визначеному договором;

2) передати необхідну документацію для виконання управлінських функцій управителю;

3) компенсувати управителю витрати, пов'язані з управлінням;

4) забезпечити процедуру прийняття майна (матеріальних і нематеріальних активів) після закінчення строку договору.

Законодавець виокремлює в ЦК України права та обов'язки управителя, оскільки останній здійснює повноваження з володіння, користування і розпорядження майном без переходу до нього права власності на майно, яке перебуває в управлінні. У літературі викладена позиція, згідно з якою в основі договору управління майном лежать правовідносини щодо ефективного використання управителем майна установника, управління й одержання від нього постійно прибутку, а також обов'язок управителя повернути отримане від установника майно після припинення договору.

Управитель, згідно зі ст. 1042 ЦК України, має право на плату за виконання послуг з управління. Законодавець не визначає форму оплати. Сторони погоджують розмір, періодичність оплати за виконання договору управління. Оплата може бути в грошовій формі або натуральній, допускається поєднання зазначених форм.

Управитель не має права вимагати передання йому в управління майнового комплексу підприємства після укладення та нотаріального посвідчення договору. Про консесуальність договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом йшлося в попередніх статтях. Управитель має право вимагати документи або належним чином посвідчені їх копії, необхідні для виконання обов'язків з управління. У разі ненадання документів, що не дозволяє вчиняти юридичні дії з управління підприємством як єдиним майновим комплексом, управитель може відмовитися від договору з відшкодуванням збитків.

Законодавець не встановлює вичерпного переліку прав та обов'язків управителя, надаючи можливість сторонам узгодити їх в договорі. Виходячи із правової природи договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом, можна виокремити такі правомочності та обов'язки управителя, передбачивши їх у ст. 1042-1 ЦК України «Права управителя єдиним майновим комплексом підприємства». Управитель має право:

1) здійснювати внутрішньоуправлінські функції з розподілу та використання фінансових та сировинних ресурсів, закріплених за майновим комплексом підприємства;

2) здійснювати розрахунки з іншими суб'єктами договірних відносин за договорами, укладеними від імені підприємства як юридичної особи;

3) передавати в господарське відання окремі структурні підрозділи, придбані матеріальні активи;

4) проводити структурну перебудову організаційної управлінської діяльності єдиним майновим комплексом;

5) за підсумками фінансового року здійснювати розподіл доходу між виробничими фондами майнового комплексу підприємства та дохідної частини, спрямованої на виплату дивідендів та інших видів доходу;

6) укладати договори (за винятком відчуження основних фондів) з метою забезпечення господарської діяльності єдиного майнового комплексу підприємства;

7) вимагати відшкодування компенсаційних витрат на підтримання в належному стані основних фондів підприємства як єдиного майнового комплексу, якщо договором управління не передбачено отримання доходу (вигоди) від експлуатації підприємства або дохід (вигода) не отримані з незалежних від управителя причин;

8) отримувати інформацію від установника управління, що стосується виконання функцій управління майновим комплексом, в тому числі про кредиторську і дебіторську заборгованість та про договори, які були укладені з третіми особами до укладення договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом;

9) надавати сервітутні права іншим особам, якщо це не заборонено договором управління підприємством як єдиним майновим комплексом;

10) мати доступ до приміщень та інших об'єктів, які належать до єдиного майнового комплексу підприємства;

11) вести претензійно-позовну роботу у разі порушення правового режиму переданого йому в управління майна.

До обов'язків управителя підприємством як єдиним майновим комплексом належать такі:

1) забезпечити збереження основних фондів підприємства відповідно до їх балансової вартості з урахуванням амортизаційних відрахувань;

2) здійснювати обов'язкові платежі, податки та збори, встановлені законодавством;

3) дотримуватися фінансової дисципліни у розрахунках з працівниками та контрагентами;

4) без погодження з установником управління не відчужувати частини єдиного майнового комплексу підприємства, що належать до основних фондів;

5) представляти інтереси підприємства як суб'єкта права у цивільному обороті із зазначенням правового статусу управителя;

6) відповідно до умов договору про строки та розмір виплати доходу забезпечити отримання вигоди установником управління або вказаною ним особою (вигодонабувачем);

7) здійснювати фактичні та юридичні дії управління майновим комплексом підприємства особисто за винятками передбаченими договором і законом;

8) інформувати установника управління про результати управління, обставини форс-мажорного характеру, які виникли в процесі управління підприємством як єдиним майновим комплексом;

9) використовувати передбачені законодавством зобов'язальні та речово-правові способи захисту єдиного майнового комплексу в цілому (зокрема, від рейдерських захоплень) та окремих складових елементів майнового комплексу у разі порушення права власності установника управління;

10) нести майнову відповідальність за завдані збитки у разі відсутності належної турботи у його діях з управління підприємством як єдиним майновим комплексом, в тому числі за виконання договірних зобов'язань з третіми особами;

11) після завершення строку договору управління підприємством як єдиним майновим комплексом передати установнику управління предмет договору з урахуванням амортизаційного зносу основних фондів та отриманого доходу в грошовій і матеріальній формі.

Висновок

Передаючи в управління майновий комплекс підприємства, власник передає повноваження з володіння, користування і розпорядження. Але межі здійснення цих повноважень визначаються договором. Тому установник управління й управитель перебувають у зобов'язальних правовідносинах. Водночас договір управління майном є юридичним фактом, на підставі якого відбувається перехід права власності до управителя, який має статус довірчого власника, а майновий комплекс підприємства функціонує в режимі довірчої власності.

Список використаних джерел:

1. Про ефективне управління майновими правами правовласників у сфері авторського права і (або) суміжних прав : Закон України від 15 травня 2018 р. Урядовий кур'єр. 2018. № 147 (дата звернення: 08.08.2018).

2. Якубівський І.Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2018. С. 309.

3. Олефіренко А. М. Договір купівлі-продажу підприємства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2013. 18 с.

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

6. Про правовий статус осіб зниклих безвісти : Закон України від 12 липня 2018 р. *Урядовий кур'єр*. 2018. № 147. Ст. 280.

The article deals with the rights and obligations of the parties to the agreement on managing the enterprise as a single property complex. The circle of persons who can be the management's nominee and the manager is highlighted. The basic and secondary rights of the parties to the contract are substantiated and the essence of their obligations is disclosed. It has been analyzed that the legislator does not establish an exhaustive list of rights and obligations of the manager, enabling the parties to agree on this in the contract.

Particular attention is paid to the issues of the beneficiary who is not a party to the property management contract, but acquires certain rights since the conclusion of the management contract. Thus, the article points out that the duty of the manager is proper care of the property, he has no right to transfer the hereditary property as collateral, to alienate parts of it to maintain the proper condition of other property. The purpose of the study is to disclose the rights and obligations of the parties to the contract of management of the enterprise as a single property complex. Also, the task is to analyze the regulatory framework governing this issue and its improvement in the property complex of the enterprise. To effectively use real estate (buildings, structures, etc.), owners sometimes outsource it to another business entity. You can save on taxes if you bring in a single taxpayer management. But the question is, is it possible to transfer the property at all to the management of such an entity? After all, some activities are forbidden to those in need. Today, we will try to dispel any doubts about the legal details of the transfer of property to management and to disclose all the rights and obligations of the parties to the contract. The enterprise as a single property complex is a real estate object. Accordingly,

it arises civil rights and obligations, including material, the contents of which are the powers of possession, use and disposal belonging to the owner or authorized person. Therefore, it is necessary to disclose these rights and obligations in this article.

Key words: the contract of management of the enterprise as a single property complex, the parties to the contract, the rights of the parties, the obligations of the parties, the installer of management, the manager.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.03

Олександр Грабовий,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

МНОЖИННІСТЬ СТОРІН ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА

У статті акцентовано увагу на особливостях ускладненого суб'єктного складу договору комерційного представництва. На підставі аналізу законодавства та наукових поглядів визначено, що досліджуваному договору притаманна множинність: комерційних представників (активна множинність), довірителів (пасивна множинність) або змішана множинність (комбінація активної та пасивної множинності). Окрім цього, було виокремлено такі види зобов'язань з множинністю, як: солідарні, сумісні та подільні (часткові) зобов'язання.

Утворення множинності осіб досліджуваних правовідносин ґрунтується на спільній волі та інтересі кількох осіб, який полягає в отриманні прибутку. Зазначено, що необхідність у виникненні множинності комерційних представників та довірителів може постати як перед укладенням договору, так і під час його виконання. Більше того, ініціатором виникнення ускладненого суб'єктного складу може бути довіритель або комерційний представник, який погодив таке залучення з довірителем.

Перед укладенням договору комерційному представникові необхідно отримати від довірителя письмове підтвердження про те, що на момент укладення договору між довірителем та іншим представником не було укладено аналогічного договору з тотожними повноваженнями. Аналогічний обов'язок довіритель зобов'язаний виконати й стосовно представника, з яким уже укладено договори.

З метою узгодження всіх обумовлених договором прав та обов'язків сторонам у письмовій формі необхідно погодити 1) порядок здійснення сторонами прав та обов'язків; 2) можливість заявити заперечення, які були у кожного боржника до кредитора; 3) порядок зміни або відмови від зобов'язань одного з боржників або кредиторів; 4) можливість зміни порядку та обсягу відповідальності боржника чи кредитора та ін.

Встановлено, що наслідки порушення солідарних зобов'язань договору комерційного представництва залежать від виду цих зобов'язань. Отже, в рамках окресленої проблеми відповідальність за порушення умов договору доцільно розглядати за правилами відповідальності, яка настає за порушення солідарних та часткових зобов'язань.

Ключові слова: договір комерційного представництва, активна множинність, пасивна множинність, змішана множинність.

Постановка проблеми. Досліджуючи договір комерційного представництва, необхідно приділяти увагу не лише поняттю, суб'єктному складу, змісту, підставам і порядку припинення та відповідальності за порушення його умов, а й можливості застосування множинності сторін досліджуваних правовідносин.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Певні аспекти множинності осіб у зобов'язанні розглянуто у наукових працях С. С. Бордовського, Ф. І. Гавзе, Г. Г. Гриценко, О. Г. Гойхбарг, Ю. О. Заїки, О. В. Дзери, В. В. Луця, М. О. Молявко, Л. Ж. Моранд'єра, С. В Сарбаша, О. І. Чернілевської, Г. Ф. Шершеневича.

Окремі проблеми множинності в договорі комерційного представництва висвітлювались науковцями у контексті більш загальних досліджень, присвячених проблематиці представництва, його видам, та взаємозв'язку з подібними правовідносинами. Серед таких досліджень заслуговують уваги роботи І. А. Бірюкова, В. А. Васильєвої, І. Я. Верес, А. І. Дрішлюка, В. В. Рєзнікової, О. В. Розсильної, І. В. Спасибо-Фатєєвої, Н. В. Федорчук, В. В. Цюри, Л. І. Шаповал та ін. Водночас окресленій проблематиці не присвячено жодного дослідження, в якому було б розкрито проблему можливості застосування у договорі комерційного представництва множинності сторін.

Мета статті – розкрити теоретичні особливості та проблеми практичного застосування множинності у договорі комерційного представництва.

Виклад основного матеріалу. Залежно від кількості кредиторів та боржників у договорі виділяють два різновиди зобов'язань: просте зобов'язання і зобов'язання з множинністю осіб. У даному контексті варто

© О. Грабовий, 2020

звернути увагу на позицію Є. О. Суханова, який зазначив, що кількість кредиторів і боржників у конкретному зобов'язанні не обмежується, що призводить до появи зобов'язань з множинністю осіб (боржників або (та) кредиторів) [1, с. 24-25].

Нормами ЦК прямо не передбачено право або заборону застосовувати в правовідносинах комерційного представництва множинності. З огляду на це, логічним є звернення до ч. 2 ст. 510 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [2], зі змісту якої випливає, що у зобов'язаннях, які виникають внаслідок укладення договору комерційного представництва, може існувати множинність як комерційних представників, так і довірителів. Близький за змістом припис відображений в абз. 3 ч. 3 ст. 39 Закону України «Про акціонерні товариства», відповідно до якого акціонер має право надати повноваження на участь та голосування на загальних зборах декільком своїм представникам [3].

Множинність сторін договору комерційного представництва тісно переплітається з правами та обов'язками сторін цього договору. Як слушно зауважує М. П. Журавльов, для об'єднання в одну сторону двостороннього правочину «всі особи, що входять в групу, повинні характеризуватися єдиним інтересом з цього правочину і, як наслідок, мати спільну за змістом волю на його вчинення» [4, с.71].

Принагідно зазначимо, що залежно від того, на якій із сторін зобов'язання має місце множинність осіб, у науці цивільного права розрізняють три види множинності: активну (коли на стороні кредитора бере участь декілька осіб, а боржник один); пасивну (коли в договорі бере участь один кредитор і декілька боржників) та змішану множинність (декілька кредиторів протистоять декільком боржникам) [1, с. 25; 5, с. 11; 6, с. 774]. Спираючись на вищезазначене, можна погодитися з позицією І. Я. Верес, яка виокремлює такі форми множинності в комерційному представництві: 1) множинність осіб, яких представляють; 2) множинність представників; 3) комбінація перших двох форм (змішана форма) [7, с. 96]. На підставі вищезазначеного вважаємо за необхідне розвинути вказані судження в аспекті предмета нашого дослідження.

Розглядаючи множинність на стороні довірителів, слушно звернути увагу на позицію В. В. Рєзнікової, яка зазначила, що множинність осіб на стороні замовника в посередницькому правовідношенні є допустимою лише за наявності об'єднуючої щодо зазначених осіб єдиної господарсько-правової цілі, єдиного господарського інтересу, тієї господарської мети, на досягнення якої повинні бути спрямовані дії, зусилля посередника. Окрім цього, на думку дослідника, з боку кількох посередників в інтересах одного замовника необхідно здійснювати спільні, скоординовані дії юридичного та/або фактичного характеру [8, с. 197]. Вважаємо, що вказані твердження повною мірою підлягають застосуванню й щодо договору комерційного представництва. Адже особи, які укладають договір комерційного представництва, мають спільний інтерес – отримання прибутку. Отже, утворення множинності осіб досліджуваних правовідносин ґрунтується на спільній волі та інтересі кількох осіб щодо отримання прибутку.

Питання щодо множинності комерційних представників та довірителів може виникнути як на переддоговірній стадії укладення договору, так і на стадії виконання умов договору. При цьому в обох випадках ініціювати залучення іншого представника може як комерційний представник, так і довіритель. На наш погляд, комерційний представник може запропонувати довірителю залучити іншого представника лише з метою належного виконання договору. Водночас у разі некомпетентності комерційний представник не має права спонукати довірителя залучити інших представників. Що ж стосується залучення представника з ініціативи довірителя або участі у справі кількох довірителів, то такі види множинності також можуть виникати як до підписання договору, так і під час його виконання. Проте, на відміну від множинності, яка виникає з ініціативи представника, підставами виникнення цих видів множинності є лише воля довірителя та/або необхідна умова для здійснення підприємницької діяльності та мінімізації підприємницьких ризиків.

У рамках окресленої проблематики пропонуємо з'ясувати питання, які необхідно вирішити на переддоговірній стадії. Отже, перед укладанням договору представникові необхідно з'ясувати, чи було укладено довірителем з іншим представником договір комерційного представництва з тотожним предметом. Вирішити дане питання пропонуємо таким чином. На переддоговірній стадії комерційному представникові необхідно отримати від довірителя письмове підтвердження про те, що на момент укладання договору між довірителем та іншим представником не було укладено аналогічного договору з тотожними повноваженнями. Отримання від довірителя такого повідомлення сприятиме належному виконанню умов договору, зменшенню підприємницьких ризиків та обсягу договірної відповідальності, яку

може бути застосовано до комерційного представника.

Окрім цього, вважаємо, що аналогічний обов'язок довіритель зобов'язаний виконати й стосовно представника, з яким уже було укладено договори комерційного представництва. Разом із тим у разі порушення довірителем обов'язків щодо повідомлення про укладений або такий, що буде укладений, договір комерційному представникові надається повноваження на розірвання договору в односторонньому порядку.

Окремо необхідно звернути увагу на визначення порядку виконання зобов'язання кількома особами [9, с. 36], тобто «як і кому виконувати зобов'язання» [10, с. 53]. У цьому контексті варто погодитися з позицією Г. Г. Гриценко, яка зазначає, що мета множинності осіб полягає не тільки у визначенні обсягу виконання кожним із суб'єктів, а й у встановленні порядку вчинення дій та забезпеченні відносної самостійності тих осіб, які утворюють множинність, у відносинах з протилежною стороною. Тобто таке явище, як множинність осіб, впливає на процес здійснення прав та виконання обов'язків суб'єктами (учасниками) зобов'язання [11, с. 35]. З вищезазначеної тези випливає, що порядок виконання умов договору з множинністю суб'єктного складу формується залежно від виду зобов'язань, в яких він здійснюється. Тому вважаємо за доцільне розглянути види зобов'язань, в яких може бути множинність сторін договору комерційного представництва.

У ст. 541 ЦК України передбачено, що солідарні зобов'язання виникають з умов договору або норм закону, зокрема, у разі неподільності предмета зобов'язання. Враховуючи особливості правовідносин договору комерційного представництва, можна припустити, що зобов'язання з множинністю представників та довірителів можуть належати до солідарних. Адже кожному з представників довіритель може надати повноваження на укладення від його імені одного й того ж договору. Окрім цього, виникнення солідарних зобов'язань з множинністю в договорі комерційного представництва випливає зі змісту ст. II.-6:110 Модельних правил європейського приватного права («Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR)»), згідно з якою допустимою є множинність представників, кожен з яких уповноважений діяти самостійно [12]. У цьому контексті слушною є позиція І. Б. Новицького, який зазначив, що самостійний характер кожного із солідарних зобов'язань призводить до того, що кожне з них має у наступному, так би мовити, свою власну долю, яка нерідко відрізняється від долі іншого зобов'язання» [13, с. 208]. Що ж стосується національного законодавства, то норма, яка регулює подібні правовідносини в договорі комерційного представництва, закріплена в абз. 8 ч. 3 ст. 39 Закону України «Про акціонерні товариства», відповідно до якого у разі, якщо для участі в загальних зборах з'явилося декілька представників акціонера, реєструється той представник, довіреність якому видана пізніше [3].

Застосування множинності у спільних зобов'язаннях договору комерційного представництва пов'язується зі спільним волевиявленням усіх учасників, яке може бути виражене як у спільному підписанні правочинів, так і в підписанні правочинів однією особою, яку було обрано зі складу комерційних представників чи довірителів. У другому випадку таке волевиявлення доцільно зафіксувати в тексті договору комерційного представництва або додатковій угоді до нього. З урахуванням вищезазначеного можна припустити, що застосування множинності в спільних зобов'язаннях може виникнути лише в тих випадках, коли комерційний представник або довіритель є юридичною особою або спільним підприємством. У такому випадку повноваження можуть бути спільними. При цьому варто звернути увагу, що в практичному застосуванні спільних зобов'язань сторони договору комерційного представництва можуть стикнутися з низкою проблем. Зокрема, у разі якщо повноваження є спільними або дублюючими для усіх уповноважених комерційних представників, то саме особа, яку вони представляють, несе весь ризик одночасного вчинення правочину різними представниками [14, с. 135]. Саме тому, на наш погляд, усі спільні права та обов'язки сторін договору комерційного представництва мають бути узгоджені.

Крім солідарних і сумісних зобов'язань, множинність сторін у договорі комерційного представництва може існувати й у часткових зобов'язаннях. Сутність останніх полягає в тому, що вони є самостійними і практично не залежать одне від одного. Наслідки такої самостійності випливають із природи предмета, якому властивий поділ. У досліджуваному договорі поділ предмета можна простежити на прикладі правовідносин, в яких представникам необхідно укласти від імені довірителя не один, а комплекс пов'язаних між собою правочинів, вчинення яких може бути як одночасним, так і таким, що триває протягом певного часу.

З наведеного випливає, що з моменту виникнення множинності з частковими

зобов'язаннями сторонам необхідно погодити між собою: 1) порядок здійснення прав та обов'язків (кому з цих суб'єктів належить: виконати конкретний обов'язок; повноваження на здійснення передоручення та залучення помічників; розмір та порядок розподілу оплати за надані послуги та відшкодування фактичних витрат та ін.); 2) можливість заявити заперечення, які були у кожного боржника до кредитора; 3) порядок зміни або відмови від виконання обов'язків одного з боржників або кредиторів; 4) можливість зміни порядку та обсягу відповідальності боржника чи кредитора та ін. Оформлення такого порядку залежатиме від стадії виникнення множинності. Так, під час укладення договору вищезазначений прядок доцільно передбачити в його тексті або додатковій угоді до нього. Якщо ж множинність виникає вже під час виконання договору, то таке узгодження повноважень більш доцільно передбачити в додатковій угоді.

Розглядаючи порушення договору з множинністю сторін, варто звернути увагу на позицію Г. Г. Гриценко, яка підкреслює, що у зобов'язанні, в якому всі або частина боржників мають на меті одержання прибутку і є суб'єктами підприємницької діяльності, вони несуть солідарну відповідальність за його виконання [11, с. 111]. Ми не погоджуємося з вказаними позиціями та вважаємо, що застосування відповідальності залежить не від підприємницького характеру відносин, а від виду зобов'язань.

На наш погляд, наслідки порушення солідарного зобов'язання договору комерційного представництва залежать від виду множинності. Зокрема, у разі прострочення виконання договору комерційного представництва солідарними боржниками (пасивна множинність) кредитор на власний розсуд має право вимагати виконати обов'язки повністю або частково від усіх боржників разом або від будь-кого з них окремо (ч. 1 ст. 543 ЦК України). Водночас у договорах з активною солідарною множинністю кожний кредитор може вимагати від боржника виконати солідарний обов'язок повністю або в тій частині, яка не виконана (ст. 544 ЦК України). У разі змішаної множинності застосовується поєднання наслідків порушення пасивних та активних солідарних зобов'язань. Натомість у часткових зобов'язаннях з активною множинністю кожен із кредиторів має право вимагати від боржника виконання лише в тій частині, яку боржник зобов'язаний виконати. У частковому зобов'язанні з пасивною множинністю кожен боржник зобов'язаний надати кредитору виконання лише в певній частці [6, с. 775].

Окрім цього, необхідно звернути увагу й на розмір та порядок стягнення збитків та неустойки. У цьому контексті, розглядаючи неустойку, ми підтримуємо позицію С. В. Сарбаша та Ю. В. Мици, які зазначають, що розмір неустойки залежить від величини частки кожної зі сторін [5, с. 21; 15, с. 169]. З вищезазначеної позиції випливає, що сторона договору комерційного представництва зобов'язана сплати неустойку лише в тому разі, коли безпосередньо ця особа вчинила правопорушення в частці, яку вона була зобов'язана виконати.

Що ж стосується стягнення збитків, то, на нашу думку, з огляду на особливості досліджуваних правовідносин, підлягає застосуванню усталена позиція, згідно з якою кожний комерційний представник або довіритель несе відповідальність, виходячи з того, якою мірою невиконання ним свого зобов'язання спричинило збитки кредитора [16, с. 734-736].

Висновки

Отже, на основі вищенаведеного можемо підсумувати, що в договорі комерційного представництва може бути: активна (множинність довірителів), пасивна (множинність представників) та змішана множинність (комбінація активної та пасивної множинності). Окрім цього, можна виокремити такі види зобов'язань з множинністю суб'єктного складу договору комерційного представництва: солідарні, сумісні та подільні (часткові) зобов'язання.

Поряд із цим з метою здійснення комерційного представництва в будь-якій з вищезазначених форм множинності суб'єктного складу виникає необхідність нормативно-правового закріплення низки гарантій як для довірителів, так і для комерційних представників. Враховуючи вищезазначене, пропонуємо доповнити ст. 243 ЦК пунктом 5, який викласти у такій редакції: «Перед укладенням договору або під час його виконання, з ініціативи представника або довірителя може бути залучено іншого комерційного представника.

Комерційний представник, з яким укладено або буде укладено договір, має право на отримання від підприємців письмового підтвердження про укладення або вже укладений з іншим представником договір. У разі порушення довірителем цього обов'язку комерційний представник (ки) має право розірвати договір в односторонньому порядку».

Таким чином, досліджувана проблематика є актуальною та не вичерпується межами цієї статті, а тому становить предмет подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Гражданское право : в 2-х т. Том II. Полутом 1: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва : Волтерс Клувер, 2004. 704 с.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
3. Про акціонерні товариства : Закон України від 17 жовтня 2008 р. № 514-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17 (дата звернення: 10.11.2019).
4. Журавлев Н. П. Многосторонние сделки в советском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 1984. 168 с.
5. Сарбаш С. В. Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. Москва : Статут, 2004. 112 с.
6. Аномалії в цивільному праві України : навчально-практичний посібник. 2-ге вид., перероб. та доп. / за заг. ред. Р. А. Майданика. Київ : Юстініан, 2010. 1008 с.
7. Верес І. Я. Цивільно-правове регулювання комерційного представництва : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2010. 200 с.
8. Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина) : підручник / за заг. ред. В. С. Щербини, В. В. Рєзнікової. Київ : Видавництво Ліра-К, 2018. 672 с.
9. Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін. ; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2012. Т. 2. 816 с.
10. Зобов'язальне право: теорія і практика : навчальний посібник для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та ін. ; за ред. О. В. Дзери. Київ, 1998. 912 с.
11. Гриценко Г. Г. Множинність осіб у цивільно-правовому зобов'язанні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2015. 234 с.
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition/prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group); ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I–VI. Munich, 2009. 648 p. URL: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf. 3 (дата звернення: 10.11.2019).
13. Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательствах. Москва : Юрид. л-ра, 1950. 418 с.
14. Алієва С. Е. Проблемні питання інституту представництва в нотаріальному процесі. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2007. № 3. С. 131.
15. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 7: Загальні положення про зобов'язання та договір / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФО-П Лисяк Л. С., 2012. С. 141–169.
16. Хозяйственный кодекс Украины: Научно-практический комментарий / под общ. ред. А. Г. Бобковой. Харьков : Издатель ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. 1296 с.

The article focuses on the peculiarities of a complex subject matter of the commercial representation agreement. Based on the analysis of the legislation and scientific views, it has been determined that the agreement under the study is characterised by plurality: commercial representatives (active plurality), principals (passive plurality) or mixed plurality (combination of active and passive plurality). In addition, the following types of obligations with plurality have been determined: solidary, joint and several (partial).

Plurality of persons of the studied legal relations is formed based on the common will and interest of several persons in making profits. It has been noted that the need for plurality of commercial representatives and principals may arise both before conclusion of the agreement and during its execution. Moreover, the initiator of the complex subject matter may be a principal or a sales representative who agreed to such involvement with the principal.

Before signing the agreement, the commercial representative shall obtain a written confirmation from the principal that as at the date of signing the agreement, the principal has not entered into any similar agreement with identical powers with another representative. The principal undertakes to perform similar actions with regard to the representative with whom such agreement has already been concluded.

In order to approve all rights and obligations stipulated in the agreement, the parties shall agree upon the following in writing: 1) the procedure for exercising their rights and obligations by the parties; 2) the possibility to state the objections of each debtor against the creditor; 3) amendments or waiver of obligations by one of the debtors or creditors; 4) possibility of changing the procedure and scope of liability of the debtor or creditor, etc.

It has been established that the consequences of violation of solidary obligations under the commercial representation agreement depend on the nature of such obligations. Therefore, within the context of the problem outlined, it is advisable to consider the liability for violation of the terms of agreement according to the rules of the liability that arise for violation of joint and several obligations.

Key words: commercial representation agreement, active plurality, passive plurality, mixed plurality.

УДК 347.454
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.04

Наталія Грущинська,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ХАРАКТЕРИСТИКА НЕРУХОМОГО МАЙНА ЯК ОБ'ЄКТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Чинний Цивільний кодекс України вперше об'єкти цивільних прав поділив на нерухомі та рухомі речі. Нерухоме майно – це самостійний об'єкт цивільних прав, якому притаманні індивідуальні ознаки, який за ступенем оборотоздатності може вільно відчужуватись. Поділ речей на нерухомі та рухомі склався історично, з огляду на важливу роль земельної ділянки, на якій певне майно розташоване. Законодавець зазначає, що до нерухомих речей (нерухомого майна, нерухомості) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Також режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації.

Законодавець земельні ділянки виділив як самостійний і основний вид нерухомості. Дана позиція є справедливою, адже всі об'єкти розташовані і безперервно пов'язані із землею.

Другу групу нерухомості становлять об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Законодавець визначив це положення в ЦК України, проте не конкретизував дані об'єкти. Об'єкти, які розташовані на земельній ділянці, можна також умовно поділити на два види, а саме: об'єкти природної нерухомості та об'єкти, створені в результаті людської діяльності. У статті увагу зосереджено на нерухомості, яка створена людською працею, а саме будівлях, спорудах, єдиних майнових комплексах підприємств та об'єктах незавершеного будівництва. Будівлі призначені для постійного перебування в них людей з метою проживання або роботи, споруди ж слугують суто технічним цілям, люди в них перебувають тимчасово. Будівлі і споруди відрізняються своєю фундаментальною прив'язкою до конкретної земельної ділянки, на якій вони збудовані, конструктивно розраховані на тривалий строк експлуатації.

Ключові слова: нерухомі речі, об'єкти цивільних прав, земельні ділянки, об'єкти природної нерухомості, будівлі, споруди, підприємство як єдиний майновий комплекс, об'єкти незавершеного будівництва.

Постановка проблеми. У сучасних умовах формування економічної системи України важливу роль відіграє ринок нерухомості. Зміни, які виражалися у трансформації планової економіки у ринкову, супроводжувалися прийняттям нормативної бази, яка відповідала потребам життя суспільства. Так з'явилися закріплені на законодавчому рівні інститути приватної власності, підприємницької діяльності, фондового ринку, ринку нерухомого майна тощо.

Нерухомість – це важливий складник національного багатства, його частка у світовому масштабі становить близько 50%. Даний ринок у системі національної економіки виконує соціальні, інвестиційні, технологічні та ряд інших завдань. За допомогою ринкових відносин та державного регулювання забезпечується створення нових об'єктів нерухомого майна, інвестування коштів у нерухомість та передача права власності на вищезгадане майно.

Слід зазначити, що Земельний Кодекс України 2001 року (далі – ЗК України) визначив земельні ділянки у сфері цивільного обігу як об'єкти нерухомості, щодо яких можна укладати договори купівлі-продажу. Своєю чергою Цивільний Кодекс України 2004 року (далі – ЦК України) вперше поділив об'єкти цивільних прав на нерухомі та рухомі та визначив імперативну форму договору купівлі-продажу нерухомого майна. Проте жоден із вищевказаних кодексів та інших нормативно-правових актів не дає ні приблизного, ні вичерпного переліку видів нерухомого майна. У результаті укладення великої кількості договорів купівлі-продажу нерухомого майна на практиці виникає багато проблем і питань, усі вони пов'язані з наявністю прогалин у законодавстві та відсутністю поділу нерухомості на види. Усунення даних прогалин допоможе удосконалити нормативну базу, а також уникнути вищезгаданих практичних проблем.

© Н. Грущинська, 2020

Аналіз основних досліджень. Значну увагу даному питанню присвячували відомі вчені- цивілісти, а саме М. І. Брагінський, О. В. Дзера, В. М. Коссак, Н. С. Кузнєцова, І. М. Кучеренко, В. В. Луць, Є. О. Мічурін, С. О. Погрібний, Н. О. Саніахметова, І. В. Спасибо-Фатєєва, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, О. С. Яворська та інші. Однак натепер немає розробленої і законодавчо закріпленої класифікації нерухомого майна.

Метою даної **статті** є здійснення класифікації нерухомого майна залежно від його видів.

Виклад основного матеріалу. Законодавець вперше в Цивільному Кодексі України виділив окремим об'єктом нерухоме майно, застосувавши матеріальний та юридичний критерії. Поділ речей на нерухомі та рухомі склався історично, з огляду на важливу роль земельної ділянки, на якій певне майно розташоване. У статті 181 ЦК України зазначено, що до нерухомих речей (нерухомого майна, нерухомості) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Також режим нерухомої речі може бути поширений законом на повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації [1, с. 169].

Із даної статті випливає, що законодавець земельні ділянки виділив як самостійний і основний вид нерухомості. Така позиція є справедливою, адже всі об'єкти розташовані на землі і невід'ємно пов'язані з нею. Земельний Кодекс України у статті 18 визначає, що до земель України належать усі землі в межах її території, в тому числі острови та землі, зайняті водними об'єктами, які за основним цільовим призначенням поділяються на категорії. Проте дане поняття є досить широким, і йому не притаманна така ознака об'єктів цивільних прав, як оборотоздатність. У статті 79 ЗК України наведено визначення окремого об'єкта права власності – земельної ділянки – як частини земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами [2]. Право власності на земельну ділянку поширюється в її межах на поверхневий (ґрунтовий) шар, а також на водні об'єкти, ліси і багаторічні насадження, які на ній знаходяться, якщо інше не встановлено законом та не порушує прав інших осіб. Також право власності на земельну ділянку поширюється на простір, що знаходиться над та під поверхнею ділянки на висоту і на глибину, необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Отже законодавець відносить земельну ділянку до об'єктів цивільних прав разом з водними об'єктами, насадженнями та простором, необхідним для зведення інших об'єктів нерухомого майна, таких як житлова та комерційна нерухомість. Також у статті 79^1 ЗК України визначено умови формування земельної ділянки як об'єкта цивільних прав. Дане формування передбачає визначення площі земельної ділянки, меж та внесення інформації про останню до Державного земельного кадастру.

Віднесення земельної ділянки до основного виду нерухомого майна зумовлено її функціональним призначенням, дане положення законодавця є правильним і беззаперечним.

Другу групу нерухомості становлять об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Законодавець визначив це положення в ЦК України, проте не конкретизував дані об'єкти. Об'єкти, які розташовані на земельній ділянці, можна також умовно поділити на два види, а саме: об'єкти природної нерухомості та об'єкти, створені в результаті людської діяльності. Природна нерухомість це – водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які не залежать або не завжди залежать від результатів людської діяльності. Проте не будемо деталізувати вищевказані об'єкти, оскільки вони є предметом дослідження земельного права.

Необхідно більш детально зупинитись на нерухомості, яка створена людською працею, а саме будівлях, спорудах, єдиних майнових комплексах підприємств та об'єктах незавершеного будівництва. О. Расомахіна уточнює, що, окрім цих об'єктів, перерахованих у законі, нерухомістю є підземні об'єкти, як-от: шахти, гаражі, торговельні центри тощо, що має знайти своє втілення у законодавстві. При цьому не будь-яка будівля (споруда) буде визнана нерухомим майном, а лише та, яка об'єктивно має міцний зв'язок із землею, на якій вона розташована. Відповідно до чинного законодавства будівлі, зведені на чужій ділянці на законних підставах, права на які відповідним чином зареєстровані, будуть віднесені до нерухомості. Особливо варто підкреслити необхідність офіційного оформлення прав на земельну ділянку, що використовується під будівництво, позаяк в іншому разі нерухомість є самовільною будівлею і підлягає знесенню [3, с. 64].

В Україні не існує визначеного законом вичерпного переліку об'єктів цивільних прав, які належать до нерухомого майна. На перший погляд, такий перелік міг би

бути встановлений Законом «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень» [4], але цей нормативний акт не містить його. Згідно з даним нормативно-правовим актом у Державному реєстрі прав реєструються права на такі об'єкти нерухомого майна: житлові будинки; квартири; будівлі, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо; споруди (інженерні, гідротехнічні тощо) – земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій; приміщення – частини внутрішнього об'єму житлових будинків, будівель, квартир, обмежені будівельними елементами.

Згідно зі статтею 380 Цивільного кодексу України житловим будинком є будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначена для постійного в ній проживання. Даний об'єкт нерухомого майна має такі ознаки:

– будівля капітального типу;

– така будівля має бути споруджена з дотриманням встановлених вимог (архітектурних, технічних, пожежних тощо);

– даний об'єкт має цільове призначення – постійне проживання в ньому.

У законодавстві України виділяються такі види житлових будинків, як одноквартирний та багатоквартирний. Інструкція про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна [5] виділяє такі об'єкти, як житлові будинки квартирного типу та гуртожитки; житлові будинки садибного типу, розташовані на окремих земельних ділянках.

Стаття 186 ЦК України передбачає, що річ, призначена для обслуговування іншої (головної) речі і пов'язана з нею спільним призначенням, є її приналежністю. Приналежність не має самостійного значення та за призначенням без головної речі використовуватись не може, а тому є залежною від головної речі і має допоміжний статус. Головна та приналежна речі утворюють одне ціле, яке передбачає їх використання за єдиним призначенням, а тому вони розглядаються як одна річ. Законодавство нині містить випадки запровадження єдиного об'єкта, яким є земельна ділянка та жилий будинок, що на ній знаходиться. Саме таким об'єктом і є садиба [6, с. 172].

Садибою є земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. У разі відчуження житлового будинку вважається, що відчужується вся садиба, якщо інше не встановлено договором або законом. Різні господарсько-побутові споруди є підсобними будівлями і складають із будинком одне ціле [7, с. 86].

М. К. Галянтич зазначає, що кожна нерухома річ повинна являти собою єдиний самостійний об'єкт цивільного права. Тому будь-які договори з частиною об'єкта нерухомості не повинні допускатися. У відповідних випадках, коли об'єкт нерухомості є неподільною річчю, договори можуть здійснюватися лише щодо часток у праві загальної власності на цей об'єкт нерухомості. Якщо визнати житловий багатоквартирний будинок неподільною річчю, то, відповідно, виділення в ньому окремих квартир як самостійних об'єктів права власності не можливе, оскільки право власності тоді б розглядалося як спільна часткова власність на будинок. Визнання багатоквартирного будинку об'єктом права власності призводить до того, що одночасно можуть існувати два чи більше власників на один і той самий будинок чи квартиру в ньому. Будівля, квартира як правило неподільна за своїм характером. Приватизація державного житлового фонду здійснювалася в ідеальних частках у праві спільної власності за кількістю осіб, які проживають у квартирі [8, с. 214]. З такою думкою навряд чи можна однозначно погодитися, враховуючи ту обставину, що все ж таки багатоквартирний будинок існує як певний предмет матеріального світу.

Наступним об'єктом нерухомого майна, який виділяє Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» є квартира. Квартирою визнається ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного в ньому проживання. Квартира повинна бути не пов'язана спільним входом з іншими квартирами або приміщеннями. Даний об'єкт речових прав має своє цільове призначення – постійне проживання. О. А. Артюхова зазначає, що квартира є сукупністю певних видів приміщень, як жилих так і не жилих, і є неподільною річчю. Але в найменуванні такого виду нерухомого майна відсутня згадка про те, що це є житлові та нежитлові приміщення. Тому потрібно знайти умовну назву для нежилих приміщень, які визнаються самостійними і неподільними об'єктами права власності і можуть складатися з декількох приміщень. Авторка пропонує іменувати такий об'єкт нерухомості нежитловим комплексом [9, с. 154]. Не слід погоджуватися з таким твердженням, оскільки нежитлові приміщення квартири

входять в її загальну площу, а не в корисну, однак всі вони покликані забезпечити комфортне постійне проживання особи.

Відповідно до статті 385 ЦК України власники квартир, частин квартир та нежитлових приміщень будинку є співвласниками на праві загальної часткової власності допоміжних приміщень будинку, його конструктивних елементів та технічного оснащення. Частка в праві власності кожного власника квартири або нежитлового приміщення в загальній частковій власності визначається відношенням загальної площі квартири або нежитлових приміщень, які знаходяться в його власності, до загальної площі всіх квартир і нежитлових приміщень будинку. Зазначені об'єкти не реєструються як самостійні об'єкти нерухомого майна, а фактично є складовими частинами багатоквартирного житлового будинку. Також натепер не реєструються як самостійні об'єкти права власності багатоквартирні будинки.

Наступним видом нерухомого майна законодавець визначає будівлі. Так, Закон України «Про податок з доходів фізичних осіб» відніс до них будівлі, а саме: приміщення, пристосовані для постійного або тимчасового перебування в них людей, а також об'єкти власності, функціонально пов'язані з такими приміщеннями. Будівлі поділяються на будинки, квартири, кімнати у багатосімейних (комунальних) квартирах, індивідуальні гаражі або місця на гаражних стоянках чи в гаражних кооперативах, дачні будинки та інші об'єкти дачної (садової) інфраструктури, відмінні від землі; споруди, а саме: об'єкти нерухомості, відмінні від будівель (пункт 1.10.1 статті 1) [10].

У законодавстві України виділяється такий об'єкт нерухомості, як машиномісце. Згідно із Законом «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» є квартира або приміщення соціально-побутового призначення (вбудовані в житлові будинки або окремо розташовані нежитлові приміщення, гаражний бокс, машиномісце тощо) в об'єкті будівництва, яке після завершення будівництва стає окремим майном (абзац сьомий статті 2) [11]. У пункті 2.7. Методичних рекомендацій стосовно визначення нерухомого майна, що знаходиться на земельних ділянках, право власності на які підлягає державній реєстрації, затверджених наказом Міністерства юстиції від 14.04.2009 № 660/5, зазначається, що у розумінні Закону України «Про податок з доходів фізичних осіб» індивідуальні гаражі або місця на гаражних стоянках чи у гаражних кооперативах є нерухомим майном. Побічним підтвердженням того, що право власності на машиномісце підлягає державній реєстрації, є норми Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», виходячи з такого їх системного аналізу. Машиномісце, право на яке підлягає державній реєстрації, повинно знаходитися в будівлі або в іншій капітальній споруді, тобто в споруді, яка має основні конструктивні елементи (зокрема, фундамент, стіни, покрівлю тощо) [12].

Мінрегіонбуд, враховуючи те, що натепер відсутній механізм оформлення прав власності на машиномісце, зокрема, не визначені вимоги до засобів фіксування фізичних розмірів машиномісць під час проведення технічної інвентаризації і реєстрації прав власності на них, пропонує організаціям під час проектування вбудованих автостоянок (паркінгів) передбачати проектною документацією виділення кожного машиномісця шляхом відокремлення його бетонними бордюрами (бортами) висотою 8–10 см, а також нанесення нумерації на кожне машиномісце, зазначення в специфікації і в техніко-економічних показниках проекту кількості машиномісць [13].

З такою думкою можна погодитися, враховуючи те, що відсутність чітких меж між об'єктами нерухомості ставить питання про їх ідентифікацію як індивідуально визначеної речі.

Частина 2 статті 331 ЦК виділяє такі види нерухомого майна, як житлові будинки, будівлі, споруди тощо. Зі змісту цієї статті випливає, що житлові будинки не є будівлями. Водночас за Законом України «Про податок з доходів фізичних осіб» до будівель належать приміщення, пристосовані для постійного або тимчасового перебування в них людей, а отже, і житловий будинок є будівлею.

Що стосується поняття будівлі, то різні нормативні акти дають різне визначення цих об'єктів цивільних прав, зокрема, під будівлями розуміються:

- споруди, що складаються з несучих та огороджувальних або сполучених (несучеогороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів (розд. 3 Класифікатора державного майна, затвердженого наказом Фонду державного майна України від 15.03.2006 № 461);

- земельні поліпшення, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здій-

снення виробництва тощо (Постанова Кабінету Міністрів «Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна» (Національний стандарт № 2, п. 2) від 28.10.2004 № 1442);

- будівельна система, яка складається з несучих та огороджувальних або сполучених конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення обладнання, тварин, рослин, а також предметів праці (наказ Мінрегіонбуду від 30.05.2008 № 230; Рекомендації зі страхування ризиків у будівництві (п. 2);

- споруди, що складаються з несучих та огороджувальних або сполучених (несуче-огороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів (Державний класифікатор будівель та споруд ДКО18-2000, затверджений наказом Держстандарту України від 17.08.2000 № 507).

Ознаки, які приведені у наказі Мінрегіонбуду, найбільше відповідають ознакам будівлі, оскільки виділяють як технічну характеристику будівлі, так і цільове призначення.

Що стосується споруд, то також існують різні визначення цього об'єкту цивільних прав, зокрема:

- земельні поліпшення, що не належать до будівель та приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій (дамби, тунелі, естакади, мости тощо) (Постанова Кабінету Міністрів «Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна» (Національний стандарт № 2, п. 2) від 28.10.2004 № 1442);

- об'ємна, площинна або лінійна наземна, надземна або підземна будівельна система, призначена для виконання виробничих процесів різних видів, розміщення обладнання, матеріалів та виробів, тимчасового перебування і пересування людей, транспортних засобів, вантажів, переміщення рідких та газоподібних продуктів тощо (Додаток до наказу Мінрегіонбуду від 30.05.2008 № 230; Рекомендації зі страхування ризиків у будівництві (п. 2);

- будівельні системи, пов'язані із землею, які створені з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт (Державний класифікатор будівель та споруд ДКО18-2000, затверджений і введений в дію наказом Держстандарту України від 17.08.2000 № 507).

У цьому випадку ми схиляємося до думки, що більш точно поняття споруди дає також наказ Мінрегіонбуду, оскільки і в цьому випадку виділені як технічні характеристики будівлі, так і цільове призначення.

Із загальновживаного значення цих слів можна зробити висновок, що будівлі призначаються для постійного перебування в них людей з метою проживання або роботи, споруди ж слугують для суто технічних цілей, люди в них перебувають тимчасово. Будівлі і споруди відрізняються своєю фундаментальною прив'язкою до конкретної земельної ділянки, на якій вони збудовані, конструктивно розраховані на тривалий строк експлуатації.

Чинним законодавством виділяються такі об'єкти нерухомого майна, як інженерні споруди, під якими розуміються об'ємні, площинні або лінійні наземні, надземні або підземні будівельні системи, що складаються з несучих та в окремих випадках огороджувальних конструкцій і призначені для виконання виробничих процесів різних видів, розміщення устаткування, матеріалів та виробів, для тимчасового перебування і пересування людей, транспортних засобів, вантажів, переміщення рідких та газоподібних продуктів. (Державний класифікатор будівель та споруд ДКО18-2000, затверджений і введений в дію наказом Держстандарту України від 17.08.2000 № 507).

Законодавчими актами не визначений правовий режим інженерних споруд, а тому виникає низка питань: чи є ці споруди нерухомим майном; чи підлягає державній реєстрації право власності на них. При цьому слід враховувати, що різні нормативно-правові акти використовують термін «споруда» і щодо рухомих об'єктів. Наприклад, інженерна споруда, призначена для транспортування газу, промисловий газопровід.

Законом України «Про трубопровідний транспорт» передбачено, що об'єкти трубопровідного транспорту – це магістральні та промислові трубопроводи, включаючи наземні, надземні і підземні лінійні частини трубопроводів, а також об'єкти та споруди, основне і допоміжне обладнання, що забезпечують безпечну та надійну експлуатацію трубопровідного транспорту (стаття 1). Також частиною першою статті 16 цього Закону встановлено, що до земель трубопровідного транспорту належать земельні ділянки, на яких збудовано наземні і надземні трубопроводи та їх споруди, а також наземні споруди підземних трубопроводів [14].

Тобто газопроводи є об'єктами, що не можуть існувати без землі та переміщення яких є неможливим без їх знецінення, що відповідає ознакам нерухомого майна. Стосовно таких об'єктів, як газопроводи,

нафтопроводи, водопроводи, виникає питання щодо встановлення його місцезнаходження. Порядком ведення Реєстру прав власності на нерухоме майно, затвердженим наказом Міністерства юстиції від 28.01.2003 № 7/5 (зареєстрованим у Міністерстві юстиції 28.01.2003 за № 67/7388) передбачено, що у Реєстрі прав використовуються три види адрес у межах населеного пункту: адреса, яка складається з назви вулиці, номера будинку, номера корпусу та номера квартири; адреса, яка складається з назви іменованого об'єкта та/або назви вулиці, номера об'єкта та номера частини об'єкта; адреса, яка складається з назви іменованого об'єкта, назви вулиці в складі об'єкта, номера об'єкта або номера будинку (пункт 3.1.2). Вносячи до Реєстру відомості про адресу газопроводів, слід використовувати один із визначених Порядком варіантів адрес.

Але щодо газопроводів, нафтопроводів тощо не можливе використання такої ідентифікації, оскільки, як правило, такі інженерні споруди тягнуться на сотні кілометрів. Тому досить важко встановити конкретне місцезнаходження такого об'єкта, а отже визначитися з його державною реєстрацією. Газопроводи, нафтопроводи, а також лінії електропередачі навряд чи можна визнати об'єктами нерухомості. У такому разі потрібно визнавати будь-які труби спорудами, а отже, нерухомим майном. Такі підходи є недоцільними, враховуючи також ту обставину, що у такому разі потрібно буде визнавати нерухомим майном будь-яку річ, яка знаходиться під землею, оскільки вона є найбільш «нерухомою».

Існує думка, що розмежування понять «будівля» та «споруда» юридичного значення не має, оскільки законодавство не встановлює спеціальних правил правового регулювання залежно від віднесення об'єктів до «будівель» або «споруд» [15, с. 111]. Із цим не можна погодитися хоча б тому, що будівлі пристосовані для перебування (постійного чи тимчасового) у них людей, а споруди – ні.

Законодавець у статті 191 ЦК України відносить підприємство як єдиний майновий комплекс до нерухомого майна, хоча не всі матеріальні складники останнього належать до нерухомості, а лише земельні ділянки, будівлі і споруди, проте на весь єдиний майновий комплекс поширюється правовий режим нерухомого майна для здійснення реєстрації та державного контролю за останнім. Підприємство як єдиний майновий комплекс визнається нерухомістю незалежно від того, чи входить до складу останнього нерухоме майно. Це пояснюється необхідністю поширення на договори з підприємством як єдиним майновим комплексом спеціального правового режиму, який поширюється на нерухомість, з метою забезпечення надійності таких договорів, захисту прав як його учасників, так і третіх осіб. Частина 3 статті 66 ГК також використовує термін «цілісний майновий комплекс підприємства», визнає його нерухомістю і допускає здійснення купівлі-продажу та інших угод щодо таких об'єктів на умовах і в порядку, визначених цим Кодексом та законами [16, с. 276].

Кількість об'єктів, необхідних для утворення єдиного майнового комплексу, визначається індивідуально для кожного підприємства залежно від розміру і виду діяльності останнього. Головною метою є те, щоб мінімальна кількість об'єктів, що утворюють підприємство як єдиний майновий комплекс, була достатньою для організації процесу виробництва, здійснення підприємницької діяльності й отримання прибутку.

Щодо частини підприємства як єдиного майнового комплексу, то відокремити її можливо лише за умови, якщо остання включає в себе завершений цикл виробництва, іншими словами, утворює самостійний єдиний майновий комплекс підприємства. Отже, частина підприємства як єдиного майнового комплексу підлягає продажу лише як самостійний, новий комплекс.

Третю групу становлять рухомі об'єкти, на які законом поширюється правовий режим нерухомого майна. Аналізуючи статтю 181 ЦК України, робимо висновок, що законодавець відносить до нерухомих речей повітряні та морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, а також інші речі, права на які підлягають державній реєстрації. Можливість поширення правового режиму нерухомості на об'єкти, визначені в абзаці другому частини 1 статті 181 ЦК України, враховує практику правових систем багатьох країн світу.

Висновок

Отже, підсумовуючи вище сказане, слід зазначити, що все нерухоме майно умовно можна поділити на три групи. Першу групу становлять об'єкти нерухомості, які віднесені туди за своїм функціональним призначенням. Законодавець земельні ділянки виділив як самостійний і основний вид нерухомості, дана позиція є справедливою і беззаперечною, адже всі об'єкти розташовані на землі і нерозривно пов'язані з нею.

Другу групу нерухомості становлять об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення. Законодавець визначив це положення в ЦК України,

проте не конкретизував дані об'єкти. Об'єкти, які розташовані на земельній ділянці, можна також умовно поділити на два види, а саме: об'єкти природної нерухомості та об'єкти, створені в результаті людської діяльності. Природна нерухомість це – водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які не залежать або не завжди залежать від результатів людської діяльності. При цьому слід пам'ятати, що ні ділянки надр, ні відокремлені водні об'єкти, ні багаторічні насадження, ні навіть шар родючого ґрунту землі поза зв'язком із землею існувати не можуть. Своєю чергою, до об'єктів нерухомості, створених людською працею, які мають безпосередній зв'язок із землею, слід віднести: будівлі, споруди, єдиний майновий комплекс підприємств та об'єкти незавершеного будівництва.

Третю групу становлять рухомі об'єкти, на які законом поширюється правовий режим нерухомого майна (морські, повітряні судна, космічні об'єкти). Ця група є цілком самостійною, і до неї входять речі, перераховані в статті 181 ЦК України.

Список використаних джерел:

1. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. проф. В. М. Коссака. Київ : Істина, 2008. 976 с.

2. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.

3. Расомахіна О. Порівняльна характеристика договору оренди та купівлі-продажу нерухомого майна. *Юридичний журнал*. 2004. № 4. С. 64.

4. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01 липня 2004 р. № 1952-IV (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

5. Про затвердження Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна : наказ Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 24 травня 2001 р. № 127. *Офіційний Вісник України*. 2001. № 28. Ст. 290.

6. Поліщук О. Г. Окремі правові проблеми набуття земельних ділянок у користування у зв'язку з переходом права власності на нерухоме майно. *Наше право*. 2013. № 10. С. 167-172.

7. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

8. Галянтич М. К. Теоретико-правові засади реалізації житлових прав громадян в умовах ринкових перетворень. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва, 2006. 512 с.

9. Артюхова О. А. Деякі проблеми визнання нежитлового приміщення об'єктом права власності. *Університетські наукові записки*. 2006. № 2 (18). С. 149-154.

10. Про податок з доходів фізичних осіб : Закон України від 22 травня 2003 р. № 889-IV (втратив чинність). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 37. Ст. 308.

11. Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю : Закон України від 19 червня 2003 р. № 978-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 52. Ст. 377.

12. Про затвердження Методичних рекомендацій стосовно визначення нерухомого майна, що знаходиться на земельних ділянках, право власності на які підлягає державній реєстрації : наказ Міністерства юстиції України від 14 квітня 2009 р. № 660/5. URL : http://www.drsu.gov.ua/show/1153 (дата звернення: 12.12.2019).

13. Щодо питання проведення технічної інвентаризації та реєстрації прав власності на машиномісця у вбудованих в житлових і нежитлових будинках автостоянках (паркінгах) : лист Міністерства регіонального розвитку та будівництва України від 06 листопада 2008 р. № 11/6-1010. URL : http://www.drsu.gov.ua (дата звернення: 12.12.2019).

14. Про трубопровідний транспорт : Закон України від 15 травня 1996 р. № 192/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 29. Ст. 139.

15. Борщевський І. В. Договір найму (оренди) нерухомого майна : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2004. 204 с.

16. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

Civil Law has divided objects of civil law on real estate and chose transitory things (goods). Real estate is specified thing and freely alienable according to circulation in civil law. It was historically important to divide goods into immovable and movable property. Plot of land is of the main objects of real estate because are located on it.

According to Ukrainian Civil Law real estate property include plot of lands and another objects of real estate that can't be move because it can change a purpose of things or destroy them. Also by law aircraft and ships have real estate regime and it also can be another movable objects but estate on freehold should be official recorded on state registration.

Plot of land is main and one of the most important real estate thing. This point of view is argumented because all another real estate goods are located on it.

Another part of real estate are goods that located on plot of land and can't be moveable because it can change a purpose of real estate or can be destroyed. But in Civil Law such objects are not clearly indicated. Those goods can be divided into two groups: objects of natural real estate property and objects that created as a result of human activity. We should analyze the last one group.

To this group belongs –buildings, construction, enterprise as property complex and objects of unfinished construction. The building is appointed for living person in it. Construction are technical objects and person can stay inside temporary. Building and construction are real estate objects and located on plot of land.

In Civil Law there is no clear list of real estate objects. We can divide real estate objects in next way: house, apartments, building, building for production and real estate objects also can be a part of them. House is a separate building intended for living there. Apartments is an separate apartment in a residential building intended for living there.

In general all real estate can be divided on: residential real estate and non residential real estate. In turn residential real estate can be divided on one room apartment building, apartment building (or multifamily residential building), hostels and residences of the manor type.

Key words: Real estate, object of civil law, plot of land, house, apartments, building, real estate regime, state registration.

УДК 347.131
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.05

Валерія Джафарова,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОСОБЛИВОСТІ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ РЕЧОВИХ ПРАВ

Стаття присвячена виявленню правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації. Складність правової природи державної реєстрації речового права, різні погляди науковців на цю проблематику свідчать про актуальність цього напряму дослідження. Крім того, попри численні праці, окремого дослідження правовстановлюючих юридичних фактів у порядку державної реєстрації речових прав як цивільно-правових фактів не проводилось. Тому метою статті є визначення та характеристика правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації речових прав. На підставі проведеного дослідження правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації автором доведено, що державна реєстрація речового права є складним правовим явищем. Вона може розглядатися у вузькому та широкому розумінні. У вузькому сенсі державна реєстрація є правовстановлюючим фактом у порядку набуття речового права. У широкому розумінні державна реєстрація речового права є: 1) юридичним фактом; 2) процедурою; 3) юридичним (фактичним) складом. Визначено, що особливість державної реєстрації як юридичного факту полягає в тому, що стосовно неї існує презумпція правомірності, завдяки чому і відбувається порядок реєстрації. Згідно з цією презумпцією, будь-які особи, у тому числі державні органи, не можуть нехтувати правами й обов'язками, що виникли внаслідок державної реєстрації речових прав, або не погоджуватися з фактом реєстрації. Юридичний (фактичний) склад державної реєстрації поєднує такі взаємні елементи, як юридичні факти та юридично значущі умови, наслідком чого є набуття речового права. Цей склад охоплює різні за наслідками юридичні факти, серед них правовстановлюючими юридичними фактами можна визнати: звернення заявника щодо реєстрації речового права; формування та реєстрація заяви в базі даних заяв за допомогою програмних засобів ведення Державного реєстру; заява власника об'єкта нерухомого майна про заборону вчинення реєстраційних дій щодо власного об'єкта нерухомого майна або рішення суду щодо цього.

Ключові слова: правовстановлюючий, юридичний факт, юридичний (фактичний) склад, реєстрація, речові права, право власності, майно, державний реєстратор, юрисдикція.

Постановка проблеми. Державна реєстрація є обов'язковим елементом у порядку набуття речового права. Фактичне виникнення речового права має прив'язку до норм права, які діяли на момент відповідного правочину, у зв'язку з чим в одних випадках державна реєстрація є необхідною, в інших – право виникає з моменту виконання певних дій. Внаслідок цього у юриспруденції було сформовано декілька позицій щодо визначення моменту набуття речових прав з урахуванням державної реєстрації. Наявність різних підходів до наведених питань потребує свого розв'язання, зокрема, шляхом дослідження правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації речових прав.

Аналіз останніх досліджень. Дослідження правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації речових прав є комплексним, що потребує застосування здобутків та висновків дослідників різних галузей юридичної науки. Так, питання державної реєстрації речових прав було предметом наукових робіт А. С. Кечі «Адміністративно-правове регулювання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно» (2016 р.) [1], Д. С. Спєсівцева «Юридичні факти у механізмах виникнення, переходу та припинення речових прав на нерухомість в Україні» (2017 р.) [2], Я. В. Тамаря «Адміністративні процедури з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно» (2018 р.) [3]. Розробленню категорії юридичного факту були присвячені праці дослідників С. С. Алексєєва, В. К. Бабаєва, М. С. Кельмана, В. А. Кройтора, С. О. Комарова, О. В. Петришина, О. Ф. Скакун, Л. І. Спиридонова,Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, Р. Б. Шишки та ін. Попри численні праці, окремого дослідження правовстановлюючих юридичних фактів у порядку державної реєстрації речових прав як цивільно-правових фактів не проводилось.

© В. Джафарова, 2020

Мета статті – визначити та охарактеризувати правовстановлюючі юридичні факти державної реєстрації речових прав. Для досягнення поставленої мети необхідно розв'язати завдання щодо визначення правової природи державної реєстрації речових прав, юридичних фактів та юридичних складів, виявлення правовстановлюючих юридичних фактів у порядку державної реєстрації на підставі аналізу наукових позицій та судової практики.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи правовстановлюючі юридичні факти у порядку державної реєстрації речових прав, перш за все доречно визначитися щодо правової природи державної реєстрації речових прав. Н. В. Майка вказує, що державна реєстрація за своєю природою є правовстановлюючим юридичним фактом [4, с. 44]. І. В. Спасибо-Фатєєва характеризує державну реєстрацію таким чином: 1) реєстрація може розглядатися як фактор публічної достовірності відомостей, поміщених до відповідного реєстру; 2) вона вважається правовстановлюючим фактом; 3) є складником відносин у сфері інформації [5, с. 340].

З наведеного випливає, що державна реєстрація речових прав може розглядатися у вузькому розумінні як правовстановлюючий юридичний факт, та у широкому розумінні. Для визначення власної позиції щодо цього звернемось до законодавчого тлумачення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Під цим терміном розуміється офіційне визнання і підтвердження державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно (п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень») [6]. Отже, законодавець розглядає реєстрацію як публічне визнання факту набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно та як процедуру здійснення певних дій щодо публічного визнання речового права певної особи. Для повноти виявлення особливостей державної реєстрації речових прав доречно розглянути це питання з точки зору теорії юридичних фактів.

Найбільш поширена позиція щодо юридичних фактів розкриває їх як конкретні життєві обставини, з якими юридична норма пов'язує виникнення, зміну чи припинення правових наслідків (правовідносин) [7, с. 163]. Виникнення цивільних суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, як і інших прав та обов'язків приватного та публічного характеру, пов'язано з юридичними фактами – конкретними життєвими обставинами, що мають правове значення [8, с. 168; 9, с. 133]. В юридичній літературі справедливо відзначається, що для того, щоб конкретний юридичний факт став підставою виникнення, зміни чи припинення правовідносин, він має бути передбачений нормами законодавства [10, с. 76].

Значення класифікації юридичних фактів полягає в тому, що групування фактів за видами дозволяє краще розпізнавати їх внутрішні (специфічні) властивості, дозволяє з'ясувати, за яких умов та чи інша обставина призводитиме до виникнення правових наслідків, тобто матиме значення юридичного факту [11, с. 45]. Є. О. Харитонов влучно зазначає, що юридичні факти можуть поділятися: 1) за ознакою характеру наслідків – на правовстановлюючі, правозмінюючі, правоприпиняючі, юридичні факти, що перешкоджають виникненню або трансформації права; 2) за ознакою галузевої приналежності – на приватноправові; публічноправові; 3) за ознакою пов'язаності правових наслідків з існуванням певного явища або з його відсутністю можна розрізняти юридичні факти: позитивні (їх наявність необхідна для виникнення правовідносин); негативні (їх наявність перешкоджає виникненню правовідносин) [12, с. 74]. Юридичні факти також можуть поділятися на правомірні та неправомірні.

Правовстановлюючі юридичні факти – це факти, що породжують правовідносини, зокрема суб'єктивні цивільні права та обов'язки. Юридичним фактам притаманна низка характеристик: законність, обґрунтованість, здатність зумовлювати правові наслідки, конкретність, інформативність, оформленість, дієвість [13, с. 57]. Вони завжди індивідуальні та мають наслідки у вигляді виникнення чи трансформації правовідносин. Слід зауважити, що юридичні факти – це завжди дії чи події, з якими норма права пов'язує рух правовідносин.

Рух речових правовідносин виникає з моменту їх державної реєстрації. Так, Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» факт державної реєстрації пов'язаний з моментом набуття речового права та згідно з ч. 4 ст. 334 ЦК України права на нерухоме майно, які підлягають державній реєстрації, виникають з дня такої реєстрації відповідно до закону; ч. 1 ст. 210 ЦК України встановлено, що правочин, який згідно із законом підлягає державній реєстрації, вважається вчиненим з моменту його державної реєстра-

ції [14]. Аналогічна позиція простежується у Порядку державної реєстрації (перереєстрації), зняття з обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів, мотоколясок, інших прирівняних до них транспортних засобів та мопедів, затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 7 вересня 1998 р. № 1388. Згідно з ч. 2 п. 7 цієї Постанови забороняється експлуатація транспортних засобів, що не зареєстровані, при цьому сама реєстрація розглядається як процедура [15]. Як зазначається в юридичній літературі, режим експлуатації автомобіля визначає його правовий режим [16, с. 7]. У судовій практиці також склався підхід, за яким строк дії договору, умовами якого передбачено, що відлік строку договору настає з моменту його державної реєстрації, починається після набрання ним чинності, а не з моменту його укладення [17]. Виходячи з наведеного, можна констатувати, що державна реєстрація речового права може розглядатися як правовстановлюючий юридичний факт, що має приватноправову природу та позитивний зміст.

Особливість державної реєстрації як юридичного факту полягає в тому, що стосовно неї існує презумпція правомірності, завдяки чому і відбувається порядок реєстрації. Згідно з цією презумпцією, будь-які особи, у тому числі державні органи, не можуть нехтувати правами та обов'язками, що виникли внаслідок державної реєстрації речових прав, або не погоджуватися з фактом реєстрації. Тому факт реєстрації є дійсним до моменту визнання судом його неправомірності. Слід зазначити, що розгляд державної реєстрації речового права як правовстановлюючого юридичного факту є лише одним з аспектів розгляду цієї категорії.

Державна реєстрація може розглядатися і як процедура здійснення дій державного реєстратора як суб'єкта публічної влади. Тому слід розмежовувати юридичний факт державної реєстрації речового права та процедуру державної реєстрації, що становить систему дій державного реєстратора. У першому випадку виникають приватноправові відносини, у другому – публічно-правові. Виникнення різних за правовою природою правовідносин доцільно враховувати як для визначення правового регулювання, так і для встановлення судової юрисдикції, зокрема цивільної або адміністративної. Наприклад, Велика Палата Верховного Суду від 20 березня 2019 р. у справі № 587/2110/16-ц постановила, що позов у частині вимог про скасування державної реєстрації оспорюваного договору оренди належить розглядати в порядку цивільного, а не адміністративного судочинства [17]. При цьому Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку про те, що розгляд позовних вимог особи (яка не була заявником щодо реєстраційних дій) до державного реєстратора про скасування його рішень чи записів у відповідному державному реєстрі стосовно державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень належить до юрисдикції адміністративних судів, оскільки державним реєстратором вчинені істотні порушення процедури реєстрації [18, с. 4]. Отже, у разі виникнення спору щодо захисту цивільних прав та інтересів державна реєстрація буде розглядатися лише як правовстановлюючий юридичний факт у порядку набуття речового права. Вона має прив'язку до майнового права особи, а тому не може розглядатися окремо від цивільних правовідносин. Щодо державної реєстрації як процедури, то це публічні правовідносини, оскільки вона охоплює систему дій уповноваженої особи.

Розглядаючи державну реєстрацію речового права як процедуру, слід зазначити, що вона складається із системно-послідовних дій, що встановлені законом і здійснюються уповноваженою особою на підставі звернення особи. Порядок державної реєстрації охоплює умови, підстави та процедуру реєстрації (п. 1 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127) [19]. Можливість проведення реєстраційних дій має прив'язку до умов, що визначені законом. Зокрема, умовами реєстрації є сплата адміністративного збору за державну реєстрацію прав, подання заяви та необхідних документів для реєстрації речового права на відповідній об'єкт, установлення факту відсутності відомостей про речові права інших осіб на об'єкт реєстрації тощо. Для кожного об'єкта речових прав або виду речового права можуть встановлюватися різні умови державної реєстрації, що зумовлено особливостями кожного окремого об'єкта. Без встановлення усіх необхідних юридично значущих умов державна реєстрація не здійснюється.

Наявність умов, підстав для здійснення реєстрації та сам факт державної реєстрації не можуть зводитися лише до одного юридичного факту. Тому їх доцільно об'єднувати у більш широке поняття як юридичний (фактичний) склад. Юридичний склад має бути змістовним і достатнім та ґрунтуватися не лише на наявності юридичних фактів, а й на їх правовому взаємозв'язку

[20, с. 223]. Не може бути юридичним складом триваючий юридичний факт, що складається із сукупності однорідних обставин, який має правові наслідки (юридичний факт – стан) [21, с. 61]. Слід зазначити, що в юридичній науці існують різні термінологічні підходи щодо визначення юридичного та фактичного складу. Наприклад, М. О. Рожкова вказує, що під юридичним складом слід розуміти сукупність юридичних фактів, у силу норми права необхідну для настання юридичних наслідків [22, с. 16]. М. П. Кучерявенко зазначає, що фактичним складом є сукупність юридичних фактів, які об'єднані у взаємопов'язану та взаємоузгоджену систему елементів, необхідних для виникнення, зміни та припинення правовідносин [23, с. 475]. Аналізуючи різні погляди науковців щодо цього, вважаємо, що поняття юридичного та фактичного складу є тотожними, а отже, у процесі розгляду державної реєстрації прав нами буде використано термін «юридичний (фактичний) склад».

Крім сукупності юридичних фактів, для виникнення юридичного складу необхідні й юридично значущі умови. Елементи юридичного складу чітко встановлюються нормою права та мають взаємозв'язок і єдину спрямованість. Крім того, система юридичного складу не може бути хаотичною – це чітка побудована ієрархія елементів, що спрямована на єдиний результат у вигляді настання правових наслідків. Варто зазначити, що юридичний (фактичний) склад державної реєстрації чітко визначається в законі, що унеможливлює незалежне накопичення фактів і умов. Державна реєстрація речових прав чітко врегульована законом, між її процедурними елементами існують логіко-правові зв'язки, та вона складається із таких елементів, як юридичні факти та умови. У зв'язку з цим її доцільно співвідносити з юридичним складом.

Розглядаючи державну реєстрацію речових прав як юридичний склад, необхідно виявити в цій системі правовстановлюючі факти. Встановлення цих фактів є необхідним, оскільки, з одного боку, вони запускають рух підтвердження правомірності набуття речового права, з іншого – є елементом процедури реєстрації. Так, первинним правовстановлюючим фактом державної реєстрації є звернення заявника. Державна реєстрація прав проводиться за заявою заявника шляхом звернення до суб'єкта державної реєстрації прав або нотаріуса, крім випадків, передбачених п. 6 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127 [19]. Отже, звернення особи є юридичним фактом, що призводить до виникнення процедури реєстрації.

Звернення особи, як юридичній факт, має бути правомірним, зокрема, особа повинна мати правоздатність та право на реєстрацію. Іноді виникають ситуації, коли особа не зверталась за реєстрацією. Наприклад, 13 липня 2018 р. Заставнівський районний суд Чернівецької області розглянув справу за зверненням гр. Б., яка заявляла про факт вчинення від її імені неправомірної реєстрації у вигляді оформлення на її ім'я права власності на 1/3 частину нежитлової будівлі, автозаправки. Ким саме і з якого саме приводу було здійснено реєстрацію права власності на нежитлову будівлю за нею, їй було невідомо, та вона, у свою чергу, за проведенням такої реєстрації ні до кого не зверталася. При цьому реєстрація проводилась за паспортними даними, які на момент реєстрації були недійсними внаслідок отримання нею нового паспорту із прізвищем чоловіка. Суд, заслухавши усі пояснення сторін та розглянувши докази,+ повністю задовольнив позов [24]. Наведена справа підкреслює, що звернення особи за реєстрацією свого речового права є правовстановлюючим фактом державної реєстрації речового права. Його можна охарактеризувати як факт-дію, що повинна мати позитивний зміст і бути правомірною.

Наступним юридичним фактом, що дає можливість проводити процедуру реєстрації речового права, є формування та реєстрація заяви в базі даних заяв за допомогою програмних засобів ведення Державного реєстру. Факт реєстрації та формування заяви є правовстановлюючим, оскільки має наслідки щодо виникнення юридично значущих дій. Так, наслідком такої реєстрації є передача документів у сфері державної реєстрації прав між суб'єктами державної реєстрації прав, їх уповноваженими особами та державними реєстраторами прав на нерухоме майно; відкриття та у випадках, передбачених законом, закриття розділів у Державному реєстрі прав, внесення до розділів або спеціального розділу Державного реєстру прав відомостей про набуття, зміну або припинення речових прав та їх обтяжень, про об'єкти та суб'єктів таких прав тощо (п. 4 Порядку ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно) [25]. Крім того, з моменту формування та реєстрації заяви в базі даних заяв у заявника виникає суб'єктивне право на захист його законних прав та інтересів щодо правомірності здійснення такого запису, законності використання його персональних даних у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Прикладом реалізації права на захист у зв'язку із записами в різних розділах Державного реєстру речових прав на нерухоме майно є така судова справа. 06 липня 2018 р. Котовський міськрайонний суд Одеської області задовольнив позов особи, яка просила скасувати запис у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно щодо реєстрації права власності квартири. Свої вимоги позивачка мотивувала тим, що не має можливості розпоряджатися квартирою, оскільки державним реєстратором було здійснено подвійну державну реєстрацію з відкриттям розділів (номери записів про право власності 3606 і 3552, реєстраційний номер об'єкта нерухомого майна 275151000) належної їй квартири. Вказаний факт порушував її права як власника та фактично позбавляв її права власності на нерухоме майно без відповідних на це законних підстав [26].

Одним із правовстановлюючих фактів державної реєстрації речових прав можна вважати заяву власника об'єкта нерухомого майна про заборону вчинення реєстраційних дій щодо власного об'єкта нерухомого майна або рішення суду щодо цього. Така заява/рішення суду одразу реєструються в базі даних заяв. Наслідком цього буде зупинення державної реєстрації прав з обов'язковим посиланням на зареєстроване у базі даних заяв рішення суду чи заяву власника об'єкта нерухомого майна (п. 17 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень) [19].

Реєстрація заяви в базі даних заяв щодо речового права не означає, що речове право буде автоматично зареєстровано. Згідно з абзацом першим п. 14 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, «у разі, коли під час розгляду заяви встановлено наявність підстав, передбачених законом для зупинення розгляду заяви, державний реєстратор невідкладно приймає рішення щодо зупинення розгляду заяви» [19]. Зупинення розгляду заяви можливе в разі недотримання умов реєстрації, зокрема, заявник не надав необхідних документів або інформації. У такому разі дія державного реєстратора може розглядатися як правозупиняючий юридичний факт. Якщо заявник не надає необхідних документів, то приймається рішення про відмову в реєстрації. У такому разі виникає правоприпиняючий юридичний факт щодо державної реєстрації речових прав.

Остання стадія процедури реєстрації речового права також містить юридичні факти. Так, за результатом розгляду заяви та документів, поданих для державної реєстрації речових прав, державний реєстратор протягом п'яти робочих днів з дня реєстрації відповідної заяви в Державному реєстрі прав приймає рішення щодо державної реєстрації прав або щодо відмови в такій реєстрації (п. 18 Порядку державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень) [19]. Наведене рішення може розглядатися і як правовстановлюючий юридичний факт, і як правоприпиняючий юридичний факт. У будь-якому разі це є завершальною стадією порядку набуття речового права на відповідний об'єкт. При цьому підставою руху цивільного правовідношення щодо набуття речового права буде не один юридичний факт, а юридичний (фактичний) склад.

Узагальнюючи наведене, слід визначити, що наявність юридичних фактів, різних за характером наслідків у процедурі реєстрації речового права, вказує, що державна реєстрація речового права може розглядатися як юридичний (фактичний) склад. При цьому його природу доречно розглядати як приватноправову, оскільки наслідком реалізації цього юридичного складу буде виникнення речового права. Внутрішні факти-дії у процедурі державної реєстрації матимуть публічно-правовий характер внаслідок того, що вони спрямовані на виникнення дії публічного характеру.

Висновки. На підставі проведеного дослідження правовстановлюючих юридичних фактів державної реєстрації доцільно сформувати такі висновки та пропозиції. Державна реєстрація речового права є складним правовим явищем. Вона може розглядатися у вузькому та широкому розумінні. У вузькому розумінні державна реєстрація є правовстановлюючим фактом у порядку набуття речового права. У широкому розумінні державна реєстрація речового права є: 1) юридичним фактом; 2) процедурою; 3) юридичним (фактичним) складом. Юридичний (фактичний) склад державної реєстрації поєднує такі взаємні елементи, як юридичні факти та юридично значущі умови, наслідком чого є набуття речового права. Цей склад охоплює різні за наслідками юридичні факти, серед них правовстановлюючими юридичними фактами можна визнати: звернення заявника щодо реєстрації речового права; формування та реєстрацію заяви в базі даних заяв за допомогою програмних засобів ведення Державного реєстру; заяву власника об'єкта нерухомого майна про заборону вчинення реєстраційних дій щодо власного об'єкта нерухомого майна або рішення суду щодо цього. Наведені позиції щодо правової природи державної реєстрації, юридичних фактів у процедурі державної реєстрації є лише однією зі спроб розв'язати

ці питання, а тому цей напрям юридичних розвідок потребує подальшого дослідження у правознавстві.

Список використаних джерел:

1. Кеча А. С. Адміністративно-правове регулювання державної реєстрації речових прав на нерухоме майно : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2016. 22 с.

2. Спєсівцев Д. С. Юридичні факти у механізмах виникнення, переходу та припинення речових прав на нерухомість в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2017. 22 с.

3. Тамаря Я. В. Адміністративні процедури з державної реєстрації речових прав на нерухоме майно : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2018. 15 с.

4. Майка Н. В. Реєстрація речових прав на чужу нерухомість як юридичний факт. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 4. С. 43–45.

5. Спасибо-Фатеева И. В. Значение государственной регистрации для гражданских правоотношений. *Ежегодник украинского права*. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2260/1/Spasibo-Fateeva_340.pdf. (дата звернення: 12.12.2019).

6. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 № 1952-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15 (дата звернення: 12.12.2019).

7. Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. Москва : Юридическая литература, 1981. Т. 2. 1982. 468 с.

8. Цивільне право України: Курс лекцій : у 6 томах. Т. 1. 2-е вид., виправ. та доп. / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків : Еспада, 2008. 680 с.

9. Цивільне право України. Курс лекцій : у 6 томах. Т. 1. Книга І / Р. Б. Шишка, В. А. Кройтор, Я. О. Чапічадзе, М. О. Самойлов ; за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків : Еспада, 2004. 176 с.

10. Сімейне право : підручник / за заг. ред. проф. В. А. Кройтора та доц. В. Ю. Євко. Харків : ХНУВС, 2016. 512 с.

11. Цивільне право України : навчальний посібник : у 2 ч. Ч. 1 / за заг. ред. проф. В. А. Кройтора, доцента О. Є. Кухарєва, доцента М. О. Ткалича. Запоріжжя : Гельменевтика, 2016. 384 с.

12. Харитонов Є. О. Деякі питання класифікації юридичних фактів. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 42. С. 73–81.

13. Оборотов Ю. Н. Теория государства и права (прагматический курс). Одесса : Юрид. лит., 2004. 184 с.

14. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.11 (дата звернення: 12.12.2019).

15. Порядок державної реєстрації (перереєстрації), зняття з обліку автомобілів, автобусів, а також самохідних машин, сконструйованих на шасі автомобілів, мотоциклів усіх типів, марок і моделей, причепів, напівпричепів, мотоколясок, інших прирівняних до них транспортних засобів та мопедів : Постанова Кабінету Міністрів України від 07.09.1998 № 1388. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1388-98-%D0%BF (дата звернення: 02.12.2019).

16. Самойленко В., Кройтор В. Юридический справочник владельца автомобиля. Харьков : Бизнес Информ, 1996. 528 с.

17. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 20 березня 2019 р. у справі № 587/2110/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80854806 (дата звернення: 18.12.2019).

18. Позачерговий дайджест практики Великої Палати Верховного Суду. Відступ від правової позиції Великої Палати щодо визначення юрисдикції спорів з державним реєстратором / упоряд. д-р юрид. наук О. Р. Кібенко ; відпов. за вип. канд. юрид. наук Р. Ш. Бабанли. Київ, 2018. Вип. 1. 67 с.

19. Порядок державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 2015 р. № 1127. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1127-2015-%D0%BF#n366 (дата звернення: 08.12.2019).

20. Сампара Н. Юридичні факти як підстави виникнення субсидіарних цивільно-правових зобов'язань. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. Випуск 4 (12). С. 223–229.

21. Чернадчук В. Проблеми визначення поняття та класифікації юридичних складів у бюджетному праві. *Публічне право*. 2014. № 1. С. 60–67.

22. Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. Москва : Статут, 2009. 332 с.

23. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права : в 6 т. Харьков : Легас, 2002. Т. 2: Введение в теорию налогового права. 2004. 600 с.

24. Рішення Заставнівського районного суду Чернівецької області. Справа № 716/852/18 від 13.07.2018. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75355510 (дата звернення: 10.12.2019).

25. Порядок ведення Державного реєстру речових прав на нерухоме майно : Постанова Кабінету Міністрів України від 26.10.2011 № 1141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1141-2011-%D0%BF#n10 (дата звернення: 10.12.2019).

26. Рішення Котовського міськрайонного суду Одеської області: провадження № 2/505/1037/2018. Справа № 505/1622/18 від 06.07.2018. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75176449 (дата звернення: 10.12.2019).

The article is focused on revealing constitutive juridical facts of public registration. The complexity of the legal nature of public registration of property right, different views of scholars on this issue indicates the relevance of this area of research. Besides, despite numerous works there was no separate study of constitutive juridical facts in terms of public registration of property rights, as civil facts. Therefore, the purpose of the article is to determine and characterize constitutive juridical facts of public registration of property rights. On the basis of the conducted study of constitutive juridical facts of public registration, the author has proved that public registration of property rights is a complex legal phenomenon. It can be considered in a narrow and broad sense. Public registration in the narrow sense, is a constitutive fact in terms of acquiring property rights. Public registration of property rights in the broad sense, is: 1) a juridical fact; 2) a procedure; 3) a set of facts. It has been determined that the specific feature of public registration, as a juridical fact, is that there is a presumption of eligibility in its respect, which facilitates the registration procedure. Any person, including public authorities, according to this presumption, cannot neglect the rights and obligations that have arisen as a result of public registration of property rights or disagree with the fact of registration. The set of facts of public registration combines such reciprocal elements as juridical facts and legally significant conditions that result in the acquisition of property rights. The set of facts covers various juridical facts in accordance with the consequences, where constitutive juridical facts can be defined: the applicant's petition for registration of a real right; formation and registration of the application in the database of applications by means of software of keeping the State Register; statement of the property owner to prohibit the registration of his own real estate property or a relevant court decision.

Key words: constitutive juridical facts, set of facts, registration, rights in rem, property rights, property, public registrar, jurisdiction.

УДК 347.725
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.06

Антон Киричок,
здобувач кафедри цивільного права та процесу
факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВОМОЧНІСТЬ НА ОТРИМАННЯ ЧАСТИНИ МАЙНА АБО ЙОГО ВАРТОСТІ В РАЗІ ЛІКВІДАЦІЇ ТОВАРИСТВА (ЛІКВІДАЦІЙНА КВОТА)

У статті, виходячи з аналізу норм чинного законодавства та правових позицій наукової спільноти, досліджено правомочність на отримання у разі ліквідації господарського товариства частини його майна або його вартості (ліквідаційна квота) та механізми її захисту у разі порушення прав учасників господарських товариств.

Зосереджено увагу на проблемі визначення природи вказаної правомочності та розглянуто дві основні наукові позиції з вибраної проблематики. Перша наукова позиція передбачає, що правомочність на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства належить до корпоративних правомочностей. Вона є потенційно спрямованою на майбутнє, оскільки виникає у зв'язку зі спеціальною умовою, яка має настати, – ліквідацією товариства. Правомочність має складний характер, оскільки належить як до майнових прав, так і до зобов'язальних. За іншим підходом ліквідаційна квота має виключно зобов'язальний характер та виникає лише після ліквідації господарського товариства, коли учасники товариства набувають статусу зовнішнього кредитора, а тому до корпоративних правомочностей не належить.

Після дослідження вказаних наукових позицій зроблено висновки про те, що правомочність на отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або його вартості є корпоративною правомочністю, спрямованою на майбутнє за умови ліквідації господарського товариства та наявності майна після задоволення всіх вимог кредиторів. Вказана правомочність є складним утворенням, оскільки має як майновий, так і зобов'язальний характер.

У статті особливу увагу приділено аналізу механізмів захисту правомочності на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства у разі визнання господарського товариства банкрутом і у разі самоліквідації. Зроблено висновок, що наявна неузгодженість щодо таких механізмів (способів) захисту, яка може бути вирішена через їх деталізацію на законодавчому рівні, а саме шляхом внесення змін до чинних законодавчих актів щодо впровадження механізму захисту учасників господарських товариств у разі недотримання правомочності на ліквідаційну квоту.

Ключові слова: корпоративні правовідносини, потенційний характер, складне утворення, зобов'язальні правовідносини, механізми захисту.

Постановка проблеми. Однією з корпоративних правомочностей, передбачених ч. 1 ст. 167 Господарського кодексу України (далі – ГК України), є правомочність на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства [1]. Однак у науковій спільноті є різні підходи щодо можливості віднесення вказаної правомочності до змісту корпоративних правовідносин. Вказані дискусії виникли у зв'язку з тим, що учасник товариства наділяється вказаною правомочністю лише за умови ліквідації господарського товариства, тобто є сумніви щодо можливості здійснення такої правомочності, коли вже немає підприємницького товариства. Крім того, ще більше питань, які потребують негайного вирішення, виникають у контексті застосування механізму судового захисту у разі порушення вказаної правомочності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням правової природи правомочності на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства займались І. В. Спасибо-Фатєєва, Є. В. Вавілін, Ю. М. Жорнокуй, В. В. Луць, Д. В. Ломакін, Т. В. Кашаніна та інші. Однак досі залишається відкритим питання щодо можливості віднесення вказаної правомочності до корпоративних.

Метою статті є з'ясування природи правомочності на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства та механізмів її захисту.

© А. Киричок, 2020

Виклад основного матеріалу. Одна з корпоративних правомочностей, яка безпосередньо визначена в ч. 1 ст. 167 ГК України, – це правомочність на частину активів у разі ліквідації господарського товариства (ліквідаційна квота) [1]. Крім того, у ч. 12 ст. 111 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) зазначено, що майно юридичної особи, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, передається учасникам юридичної особи, якщо інше не встановлено установчими документами юридичної особи або законом [2]. Також досліджувана правомочність зазначена в ст. 79 Закону України «Про господарські товариства», у п. 5 ч. 1 ст. Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» та в ст. 89 Закону України «Про акціонерні товариства».

Слід підкреслити, що можливість реалізації правомочності на ліквідаційну квоту не є безумовною, а для її реалізації потрібне настання декількох чинників (юридичних фактів). Так, науковці виділяють окремі з них:

- прийняття рішення про ліквідацію товариства;
- дотримання встановленої законом процедури ліквідації;
- погашення суспільством боргів з оплати праці осіб, які працюють на умовах найму, а також перед бюджетом, банками, власниками облігацій, випущених товариством та іншими кредиторами;
- наявність після розрахунків із кредиторами грошових коштів і майна для розподілу їх між колишніми учасниками товариства [3, с. 173].

Усі ці чинники можна поділити на 2 групи: ліквідація господарського товариства у встановленому законодавством порядку та наявність майна після задоволення всіх вимог кредиторів.

На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, така правомочність є потенційною, або правом, спрямованим на майбутнє [4, с. 132]. Науковець говорить про те, що доки немає підстав ліквідації підприємства, не можна говорити про наявність вказаної правомочності, оскільки вона виникає у зв'язку зі спеціальною умовою, яка має настати, – ліквідацією товариства, тому можна говорити, що законодавець встановив правомочність на майбутнє.

Підтримуючи вищезазначену думку, Є. В. Вавілін вказав, що право акціонерів на майно ліквідованого акціонерного товариства (далі – АТ) формується у процесі його ліквідації. На цій стадії розвитку здійснення права є хоча й персональною, але потенційною можливістю володіння майном до моменту усвідомлення акціонером цього права і завершення розрахунків із кредиторами, затвердження ліквідаційного балансу, здійснення інших передбачених законом дій [5, с. 151]. Тобто до настання можливості вимагати учасником господарського товариства виплати йому ліквідаційної квоти мають настати умови, визначені законодавством.

З позицій вченого Д. В. Ломакіна, ліквідаційна квота як правомочність може реалізовуватися як можливість брати участь в управлінні, що виникає у зв'язку з придбанням акції, і як зобов'язальне право, породжене складним юридичним складом, одним з елементів якого є ставлення участі [6, с. 362]. Тобто науковець підкреслює складний юридичний склад правомочності на частину активів у разі ліквідації господарського товариства, що зумовлений придбанням частки (акції), участі в управлінні товариством, прийняттям рішення про припинення товариства тощо. Майже аналогічну позицію займає Ю. М. Жорнокуй, зауважуючи, що правомочність на ліквідаційну квоту є встановленою законом для акціонера можливістю брати участь у розподілі майна, що залишилося після розрахунків із кредиторами товариства у процесі його ліквідації. Зобов'язальне право на ліквідаційну квоту виникає в акціонера у момент визначення предмета зобов'язання, пов'язаного з фактичною виплатою ліквідаційної частки [7, с. 144–145].

З огляду на вищезазначені наукові позиції, можна зробити висновок, що правомочність на отримання частини активів у разі ліквідації господарського товариства є потенційною (спрямованою на майбутнє) та складною, оскільки має як майновий, так і зобов'язальний характер.

Проте слід звернути увагу й на протилежний підхід. Зокрема, Т. В. Кашаніна відстоює позицію про змішаний характер корпоративних правовідносин унаслідок того, що, крім корпоративних прав, вони містять ще зобов'язальні – право вимагати виплати нарахованих дивідендів, право на ліквідаційну квоту [8, с. 419]. Тобто, вважаючи право на ліквідаційну квоту елементом змісту корпоративних правовідносин, вчена правову природу відповідного права розглядає як зобов'язальну.

У свою чергу В. П. Мозолін також стверджує, що акціонери товариства перебувають у стані його господарів, а не сторонніх осіб. Зобов'язальні відносини між акціонерами і товариством можуть виникати лише за вимогами про сплату оголошених дивідендів, отримання майна у разі ліквідації товариства та іншими цивільними вимогами, тобто тоді, коли акціонери змінюють свій правовий статус, переходячи у становище

звичайних зовнішніх кредиторів або боржників по відношенню до товариства [9, с. 20]. Таким чином, за твердженнями фахівців цієї групи правомочність на ліквідаційну квоту має зобов'язальну природу.

З огляду на вказану неузгодженість доктринальних підходів та положень законодавства виникає питання, чи можливо взагалі відносити правомочність на отримання ліквідаційної квоти до сфери корпоративних відносин, оскільки така правомочність виникає лише після ліквідації товариства, тобто коли вже немає юридичної особи. Корпоративне право нерозривно пов'язане з юридичною особою – господарським товариством. Оскільки це правомочності, якими наділені учасники господарських товариств, то у разі ліквідації юридичної особи нівелюються всі корпоративні правомочності. Можна припустити, що оскільки вказана правомочність спрямована на майбутнє, тобто можливість її реалізації має збігатися з деякими обставинами, які повинні настати, то слід говорити про зобов'язальне, а не корпоративне право.

З іншого боку, законодавець відніс вказану правомочність до корпоративного права, оскільки вона пов'язана з наявністю частки у статутному капіталі господарського товариства і покликана захистити майнові права учасника у разі його ліквідації. Таким чином, більш обґрунтованою виглядає перша позиція – віднесення ліквідаційної квоти до правомочності, спрямованої на майбутнє, що має зобов'язальну природу.

З огляду на вказану проблему постає й питання про захист вказаної правомочності учасниками господарських товариств. Якщо мала місце ліквідація в порядку визнання боржника банкрутом, то є механізм оскарження дій ліквідатора, оскарження ухвали про затвердження ліквідаційного балансу та інші можливості судового захисту в межах провадження у справі про визнання боржника банкрутом. У цьому випадку, навіть за наявності затвердженого судом ліквідаційного балансу і закриття провадження у справі про банкрутство вже після внесення запису про ліквідацію юридичної особи, учасник товариства не позбавлений можливості звернутися до апеляційного господарського суду з оскарженням ліквідаційної процедури і суд вправі скасувати ухвалу про затвердження ліквідаційного балансу у зв'язку з недотриманням правомочності учасника на ліквідаційну квоту та повернути справу на стадію ліквідації із зобов'язанням ліквідатора провести всі необхідні процедури відповідно до вимог Кодексу України з процедур банкрутства.

У разі самоліквідації не зрозуміло, до якого позивача звертатися з позовними вимогами, оскільки юридичної особи вже немає, а оскаржити внесення запису про ліквідацію товариства до реєстру юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців не видається можливим, оскільки відповідачем буде реєстратор, який норми закону не порушував, оскільки вніс запис відповідно до відомостей, наданих йому ліквідаційною комісією товариства.

Можна припустити, що належними відповідачами будуть інші учасники ліквідованого господарського товариства, однак не зрозуміло, з якими позовними вимогами звертатися. Якщо застосовувати механізм витребування майна від добросовісного набувача, передбачений ст. 388 ЦК України, або повернення майна, набутого без достатньої правової підстави, згідно зі ст. 1212 ЦК України, то навряд чи такі способи можна назвати корпоративними способами захисту. Більше того, ст. 1212 ЦК України не підлягає застосуванню, оскільки є законна підстава набуття права власності на майно в інших учасників, а саме наявність у них ліквідаційної квоти. Таким чином, скоріше за все, потрібно звертатися до інших учасників із позовними вимогами відповідно до ст. 388 ЦК України з посиланням на те, що порушена правомочність на ліквідаційну квоту учасника під час ліквідації господарського товариства, у зв'язку з чим інші учасники отримали частину майна, яке мав отримати позивач.

Підсумовуючи зазначене, слід підкреслити, що правомочність на отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або його вартості є корпоративною правомочністю, спрямованою на майбутнє, за умови ліквідації господарського товариства та наявності майна після задоволення всіх вимог кредиторів. Є сумніви щодо її корпоративної природи, оскільки після ліквідації товариства складно говорити про наявність корпоративних прав, однак така правомочність прямо визначена законодавцем у декількох нормативно-правових актах. Також виникає питання щодо захисту вказаної правомочності у разі, коли вже товариство ліквідоване, та механізму реалізації такого захисту. Таким чином є необхідність деталізації такого механізму (способу) захисту на законодавчому рівні, а саме шляхом внесення змін до чинних законодавчих актів щодо впровадження механізму захисту учасників господарських товариств у разі порушення правомочності на ліквідаційну квоту.

Висновки

1) Законодавець відніс правомочність на отримання частини активів у разі ліквідації товариства до корпоративного права, оскільки вона пов'язана з наявністю частки у статутному капіталі господарського товариства і покликана захистити майнові права учасника у разі ліквідації такого товариства.

2) Правомочність на ліквідаційну квоту є потенційною, або правом, спрямованим на майбутнє, оскільки право на отримання частки в учасника товариства виникає лише за умови ліквідації товариства.

3) Правомочність на ліквідаційну квоту має складний характер, оскільки належить як до майнових, так і зобов'язальних прав.

4) Законодавством не визначено механізм реалізації захисту правомочності на отримання частини активів у разі, коли вже товариство ліквідоване.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 12.12.2019).

2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 10.12.2019).

3. Луць В. В., Сивий Р. Б., Яворська О. С. Акціонерне право : навчальний посібник / за заг. ред. В. В. Луця, О. Д. Крупчана. Київ : Вид. дім «Ін Юре», 2004. 256 с.

4. Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. Харьков : Право, 1998. 252 с.

5. Вавилин Е. В. Осуществление и защита гражданских прав. Москва : Волтерс Клувер, 2009. 203 с.

6. Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. Москва : Статут, 2008. 511 с.

7. Жорнокуй Ю. М. Цивилистическая основа реализации субъективного корпоративного права : монография. Харьков : Золота миля, 2012. 184 с.

8. Кашанина Т. В. Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ) : учебник для вузов. Москва, 1999. 815 с.

9. Корпоративное право : учебник / под ред. Шиткиной И. С. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 648 с.

In the article, based on the analysis of the norms of the current legislation and legal positions of the scientific community, the competence to receive in case of liquidation of business entities part of its property or its value (liquidation quota) and mechanisms of its protection in case of violation of the rights of participants of business entities.

The author focuses on the problem of determining the nature of this competence and discusses two main scientific positions on the selected issues. The first scientific position assumes that the power to obtain part of the assets in the event of liquidation of a business entity is related to corporate powers. It is potentially forward-looking because it is due to a special condition that is to come - the liquidation of the business entity. The competence is complex in that it applies to both property rights and obligations. In another approach, the liquidation quota is only binding and occurs only after the liquidation of a business entity, when the members of the business entity acquire the status of external creditor, and therefore does not apply to corporate competence.

After researching these scientific positions, it is concluded that the competence to obtain in the event of liquidation of business entity, part of its property or its value is a corporate competence aimed at the future, provided the liquidation of the business entity and the availability of property after satisfying all the requirements of creditors. This competence is a complex entity, as it has both property and obligation nature.

In the article, special attention is paid to the analysis of mechanisms of protection of entitlement to receive part of assets in case of liquidation of a business entity in case of recognition of a business entity bankrupt and in self-liquidation. It is concluded that there is an inconsistency with regard to such mechanisms (methods) of protection, which can be resolved through their detailing at the legislative level, namely by amending the existing legislative acts, with regard to the introduction of a mechanism for the protection of members of companies with non-compliance with the liquidation quota.

Key words: corporate legal relationships, potential nature, complex entity, binding legal relations, mechanisms of protection.

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.07

Олександр Котуха,
канд. юрид. наук, професор,
професор кафедри цивільного права та процесу,
декан юридичного факультету
Львівського торговельно-економічного університету

Олена Чабан,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського торговельно-економічного університету

ОСОБЛИВОСТІ ВИБОРУ ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЄТЬСЯ ДО ДОГОВОРУ

У статті досліджуються особливості вибору права, застосовуваного до договору. Зазначене питання постає тільки за наявності іноземного елемента у правовідносинах. Виходячи з чинного законодавства, констатується, що застосування права, вибраного сторонами правочину, розглядається як один із принципів міжнародного приватного права, а також як колізійна прив'язка, що входить до структури колізійної норми. Встановлено, що вибір права може здійснюватися за згодою сторін договору із дотриманням вимог права держави місця укладення договору. Також визначати застосовуване право може суд або інший компетентний орган у разі відсутності згоди сторін. У такому випадку застосовується право держави суду.

Встановлені межі застосування принципу автономії волі. Законом може бути заборонений вибір права до договору. Акцентується увага, що вибір застосовуваного права не є обов'язковим для сторін за договором. Визначена низка вимог законодавства, яких сторони мають дотримуватися, реалізуючи суб'єктивне право на вибір застосовуваного права до змісту правових відносин, що виникають на підставі договору. Вказується, що вибір застосовуваного права за згодою сторін повинен мати певну форму виразу волі сторін у договорі. Обґрунтовується, що сторони для регулювання правовідносин за договором до переліку можливого вибраного права можуть включити не тільки право договірних сторін, а й право третьої держави. Визначаються випадки зворотної дії вибраного права.

Аналізуються особливості визначення права, що підлягає застосуванню до договору за відсутності згоди сторін про вибір права, згідно з колізійними нормами законодавства про міжнародне приватне право, міжнародними договорами України. Роз'яснюються особливості застосування принципу найбільш тісного зв'язку із правочином, який є визначальним у разі відсутності явно вираженої волі сторін договору щодо застосовуваного права. При цьому береться до уваги право сторони, що має здійснити виконання за договором, зокрема її місце проживання (для фізичної особи) або місцезнаходження (для юридичної особи).

Визначається сфера дії права, що застосовується до договору. Обґрунтовується, що обсяг дії застосовуваного права не обмежений тільки змістом правових відносин. Сфера дії компетентного права визначається у законодавстві про міжнародне приватне право в імперативному порядку і застосовується як у разі вибору права за згодою сторін, так і в разі визначення права за відсутності згоди сторін.

Ключові слова: іноземний елемент, автономія волі, прямо виражена воля, обхід закону, сфера дії застосовуваного права.

Постановка проблеми. Інтеграція суспільства, глобальна інтернаціоналізація світового господарства створили значні можливості для розширення географії договірних зв'язків. У міжнародній сфері договори укладаються у багатьох напрямах. Звісно, найбільш активною є сфери міжнародної торгівлі, створення та використання ІТ-технологій. Укладаючи договір, сторони повинні дійти згоди з усіх істотних умов у належній формі. Бажано детально узгодити також усі інші договірні умови, оскільки договір укладається за участю іноземного елемента. Навіть якщо у договорі не обумовлені звичайні чи випадкові умови, це питання можна врегулювати шляхом визначення матеріального права, застосовуваного до змісту правових відносин. У разі спору суд визначає право, що підлягає застосуванню до договору, керуючись законодав-

© О. Котуха, О. Чабан, 2020

ством із міжнародного приватного права та міжнародними договорами України. Тому актуальною темою дослідження є встановлення основних правил, яких повинні дотримуватися сторони майбутньої домовленості, вибираючи застосовуване до договору право. Якщо ж вони не здійснили дане суб'єктивне право, цю можливість, надану їм законом, у разі виникнення спору про право потребує вирішення питання: як має бути визначене матеріальне право, що можна застосувати договору, у разі відсутності відповідних договірних умов.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вибрана тема наукової статті досліджувалася такими вченими з міжнародного приватного права, як А. С. Довгерт, В. І. Кисіль, Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк, І. В. Мироненко, С. Г. Кузьменко, В. Л. Чубарєв. Попри ґрунтовність та багатоаспектність наукових досліджень вказаних вчених, окремі аспекти заявленої теми все ж таки потребують подальшого осмислення. Важливими є питання: які можливі способи вираження волі сторін щодо вибраного права, чи обов'язково сторонам у тексті договору зазначати застосовуване право, якщо все ж таки сторони здійснюють вибір права, чи може бути це право третьої держави, і звісно, яка сфера застосування визначеного права.

Метою даного дослідження є визначення особливостей вибору права, що підлягає застосуванню до договору.

Виклад основного матеріалу. Насамперед треба зауважити, що вибір права можливий тільки до договору, відносини за яким ускладнені іноземним елементом. Підтвердженням цього є ч. 6 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. (з наступними змінами), де передбачено, що вибір права не здійснюється, якщо відсутній іноземний елемент у правовідносинах. Застосування права, вибраного сторонами правочину, законодавець визначає як один із принципів міжнародного приватного права як галузі права, а також як колізійну формулу прикріплення. Вибір застосовуваного права у національному законодавстві має назву «автономія волі» *(lex voluntatis)*. У п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що автономія волі – принцип, згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосуванню до відповідних правовідносин. Як колізійну прив'язку вибір права сторонами правочину можна побачити, наприклад, у нормах ч. 2 ст. 39 або ч. 2 ст. 60, ч. 1 ст. 61 цього Закону.

Як стверджує В.Я. Калакура, принцип автономії волі має неабияке значення в міжнародному приватному праві, оскільки саме в ньому відображається диспозитивність регулювання приватних відносин. Ґенеза цього принципу бере витоки з принципу свободи договору в класичному приватному праві [1, с. 126]. Автономія волі дозволяє реалізувати сторонам договору свою свободу шляхом вибору норм того чи іншого правопорядку. У зв'язку з розвиненістю даного інституту він отримав закріплення як на міжнародному рівні, так і в законодавстві різних держав [2, с. 101]. Межі застосування свободи договору встановлені у Цивільному кодексі України від 16 січня 2003 р. (з наступними змінами) (далі – ЦК України). Критерії застосування автономії волі, зокрема, до договору визначені у ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, сторони договору згідно із ст. 5 та 10 цього Закону можуть вибрати право, що застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонено законами України. Натепер такої прямої заборони у законодавстві України немає. Однак є імперативна норма, яка передбачає, що до засновницького договору, що є установчим документом юридичної особи з іноземною участю, застосовується право держави, у якій буде створена юридична особа (ч. 1 ст. 46 Закону України «Про міжнародне приватне право»). Як бачимо, автономія волі не має абсолютного характеру – є певні види договорів, до яких цей принцип не можна застосувати. Тобто законом встановлені випадки, коли вибір матеріального права до конкретного виду договору неможливий шляхом застосування імперативного методу правового регулювання. Необхідно звернути увагу на те, що ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачає, що сторони договору можуть вибрати право, тобто це означає, що вибір застосовуваного права не є обов'язковим для сторін за договором.

Вибираючи право, що підлягає застосуванню до договору, необхідно враховувати вимоги ст. 5 та 10 Закону України «Про міжнародне приватне право». Так, у ч. 1 ст. 5 цього Закону України визначено, що у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Це означає, що вибір права можливий щодо змісту як одностороннього правочину, так і двостороннього, однак у випадках, передбачених законом.

Згідно з ч. 2 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права

має бути явно вираженим або прямо випливати з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, якщо інше не передбачено законом. Як стверджує В. В. Васильченко, зазвичай такий вибір здійснюється сторонами договору в самому тексті документа, і таким чином вирішується колізійна проблема. Сторони також можуть передбачити підпорядкування своїх зобов'язань праву певної іноземної держави і в окремому (додатковій угоді до договору) документі [3, с. 111]. Однак справа істотно ускладнюється, якщо угода сторін не визначає права, що підлягає застосуванню, прямо і чітко – expressis verbis. У такому разі судові органи змушені з'ясовувати мовчазно виражену (ту, що приписалася) волю сторін. Доктрина і практика міжнародного приватного права ви ходить із того, що в подібних випадках суд не має права «домислювати» зміст волевиявлення, що припускалося [3, с. 17]. Звісно, найбільш оптимальним варіантом є те, щоб воля сторін договору була явно вираженою щодо застосовуваного права, іншими словами, прямо вказана у тексті договору. Наприклад, у рішенні Господарського суду м. Києва № 77073352 від 03.10.2018 р. зазначено, що пунктом 10.1. Контракту передбачено, що усі правовідносини, що виникають з даного Договору або пов'язані із ним, у тому числі пов'язані із дійсністю, укладенням, виконанням, зміною та припиненням даного Договору, тлумаченням його умов, визначенням наслідків недійсності або порушення Договору, регламентуються даним Договором та відповідними нормами чинного в Україні законодавства, а також застосовними до таких правовідносин звичаями ділового обороту на підставі принципів добросовісності, розумності та справедливості. Отже, сторони за взаємною згодою визначили, що до правовідносин сторін, які виникли на підставі Контракту, застосовується законодавство України [4].

Тому вибір права, що застосовується до договору, за згодою сторін повинен мати певну форму виразу волі сторін у договорі. Водночас, якщо сторони досягли згоди щодо вибраного матеріального права за заявою хоча б однієї зі сторін, то ця умова договору є істотною. Як передбачено в абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України, істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. У Законі України «Про міжнародне приватне право» не встановлено обмежень щодо вибору права однієї з договірних сторін, це означає, що сторони для регулювання правовідносин за договором можуть вибрати і право третьої держави.

У ч. 3 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що вибір права може бути здійснений щодо правочину в цілому або його окремої частини. Це означає, що, наприклад, права та обов'язки сторін регулюються обраним правом, а щодо інших умов договору вибір права відсутній. У такому випадку матеріальне право щодо окремих умов договору визначається згідно з колізійними нормами Закону України «Про міжнародне приватне право», інших законів, міжнародних договорів України. Проте згідно з ч. 4 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим. Отже, це є договірна умова, тобто один із пунктів договору.

Відповідно до ч. 5 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» вибір права або зміна раніше вибраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема під час вчинення правочину, на різних стадіях його виконання тощо. Тобто вибирати матеріальне право сторони можуть на стадії укладення договору або на будь-якій стадії його виконання. Якщо вибір права здійснюється на стадії укладення договору, то він має бути прямо визначений у тексті договору, якщо ж на стадії виконання договору – то оформляються зміни до договору за взаємною згодою сторін з урахуванням вимог ст. 654 ЦК України. Як визначено в ч. 5 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», вибір права або заміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть: 1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми; 2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права. Цю норму необхідно застосовувати так: обране право можна змінити на стадії виконання договору, і воно діє з моменту укладення договору з урахуванням обмежень, встановлених законом.

Вибираючи право, що застосовується до договору, за згодою сторін, як зазначають Г. С. Фединяк, Л. С. Фединяк, сторони повинні зважати на законодавство України, яке регулює питання обходу закону [5, с. 193]. Так, згідно з ч. 1 ст. 10 Закону України «Про міжнародне приватне право», правочин та інші дії учасників приватноправових відносин, спрямовані на підпорядкування цих

відносин праву іншому, ніж те, що визначається згідно із цим Законом, в обхід його положень, є нікчемними. У цьому разі застосовується право, яке підлягає застосуванню відповідно до норм цього Закону. Дотримання цього правила важливе з метою захисту публічних інтересів, що сприяє правильному застосуванню чинного законодавства.

Право, що підлягає застосуванню до договору, може визначатися сторонами, а у разі відсутності згоди сторін про вибір права – законом [6, с. 104]. Підтвердженням цього є норма, що міститься у ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право», а саме: право, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом, визначається згідно з колізійними нормами та іншими положеннями колізійного права цього Закону, інших законів, міжнародних договорів України. Згідно з ч. 1 ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» у разі відсутності згоди сторін договору про вибір права, що підлягає застосуванню до цього договору, застосовується право відповідно до ч. 2 і 3 ст. 32 цього Закону. У разі відсутності вибору права до змісту правочину застосовується право, яке має найбільш тісний зв'язок із правочином. Якщо інше не передбачено або не випливає з умов, суті правочину або сукупності обставин справи, то правочин більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, має своє місце проживання або місцезнаходження. Вперше поняття «найбільш тісного правового зв'язку» було введено Законом про міжнародне приватне право Австрії 1978 р. [7]. Відповідно до чинного законодавства України цю колізійну прив'язку необхідно розуміти так. Якщо не здійснений вибір права, то до договору застосовується право, що має найбільш тісний зв'язок з договором. Це застосовуване право визначається за критерієм місця проживання або місцезнаходження сторони, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору. Зокрема, такою стороною за договором купівлі-продажу є продавець, договором дарування – дарувальник, договором ренти – одержувач ренти, договором довічного утримання (догляду) – відчужувач та ін. Загалом, за критерієм права, що має найбільш тісний зв'язок із договором, Закон України «Про міжнародне приватне право» передбачає 23 види договору. Проте з цього правила є винятки. Згідно з ч. 2 ст. 44 цього Закону правом, з яким договір найбільш тісно пов'язаний, вважається: 1) щодо договору про нерухоме майно – право держави, у якій це майно знаходиться, а якщо таке майно підлягає реєстрації, – право держави, де здійснена реєстрація; 2) щодо договорів про спільну діяльність або виконання робіт – право держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати; 3) щодо договору, укладеного на аукціоні, за конкурсом або на біржі, – право держави, у якій проводяться аукціон, конкурс або знаходиться біржа.

Відповідно до абз. 15 п. 17 Листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.05.2013 р. № 24-754/0/4-13 «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» колізійні норми у сфері зобов'язального права містяться також у двосторонніх договорах про правову допомогу. Наприклад, відповідно до ст. 48 Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах, ратифікованого Законом України від 10.01.2002 р. № 2927-III, договірні правовідносини регулюється законодавством, яке вибирається за згодою їх учасників, а за відсутності згоди – законодавством сторони, на території якої було укладено договір, за винятком договорів щодо нерухомого майна, де застосовується законодавство держави, на території якої знаходиться нерухомість. Форма договору регулюється законодавством тієї Договірної Сторони, яким регулюється і саме договірне зобов'язання. Справи з вирішення спорів, що виникають із договірних відносин, перебувають у сфері компетенції органів юстиції тієї Договірної Сторони, на території якої має місце проживання, перебування чи знаходження відповідач або знаходиться спірне нерухоме майно. Дана колізійна норма підтверджує застосування принципу автономії волі, а у разі відсутності згоди сторін договору застосовується право держави, де укладено договір, крім договорів щодо нерухомого майна. У коментованому міжнародному договорі розширені межі сфери дії права, що застосовується до договору, зокрема, ним охоплюється форма договору. Хоча варто зазначити, що це застосовується у разі вибору права однієї з Договірних Сторін.

Згідно зі ст. 33 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах, ратифікованого Постановою Верховної Ради України від 04.02.1994 р., зобов'язання, що виникають з договірних відносин, визначаються законодавством тієї Договірної Сторони, на території якої була укладена угода, хіба що учасники договірних відносин підпорядкують ці відносини вибраному ними законодавству. Колізійна норма

цього міжнародного договору вказує на можливість сторін вибрати застосовуване право до договору, а у разі відсутності згоди сторін зобов'язання за договором регулюється правом держави, де була укладена угода.

Визначений компетентний правопорядок, що застосовується до договору, має певну сферу дії. Виходячи зі змісту норми, що міститься у ч. 1 ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право», видається, що обсяг дії застосовуваного права обмежений тільки змістом правових відносин. Як відомо, зміст правовідносин становлять права та обов'язки сторін. Однак щодо договору необхідно застосовувати спеціальну норму, передбачену у ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій вказано, що право, що застосовується до договору, охоплює: дійсність договору; тлумачення договору; права та обов'язки сторін; виконання договору; наслідки невиконання або неналежного виконання договору; припинення договору; наслідки недійсності договору; відступлення права вимоги та переведення боргу згідно з договором. Також щодо сфери дії компетентного права необхідно зазначити, що ця норма застосовується як у разі вибору права за згодою сторін, так й у разі визначення права за відсутності згоди сторін. До сфери дії застосовуваного права не входить форма договору. Недодержання вимоги закону щодо письмової форми договору має відповідні правові наслідки для сторін. Тому, згідно з ч. 3 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право», право, що застосовується до форми договору, визначається відповідно до ст. 31 цього Закону.

Наведена у ст. 47 Закону «Про міжнародне приватне право» сфера дії права, що застосовується до договору, відповідає загальноприйнятим міжнародним стандартам. Така ж концепція відображена у ст. 12 Гаазької конвенції про право, застосовне до договорів міжнародної купівлі-продажу, від 22.12.1986 р., ст. 10 Римської конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, від 19.06.1980 р., ст. 14 Міжамериканської конвенції про право, застосовне до міжнародних договорів, від 17.03.1994 р. [3, с. 124].

Висновки

Особливостями вибору права, що застосовується до договору, є: 1) автономія волі застосовується до договору, крім випадків, коли вибір права прямо заборонений законами України; 2) вираження волі сторін договору щодо застосовуваного права має бути у формі, визначеній законом; 3) вибір права може бути здійснений до договору в цілому або окремих його умов (пунктів); 4) вибирати матеріальне право сторони можуть на стадії укладення договору або на будь-якій стадії його виконання; 5) сфера дії права, що застосовується до договору, визначається законодавством про міжнародне приватне право держави, право якої є обраним за згодою сторін або визначене за відсутності згоди сторін про вибір права; 6) договір, ускладнений іноземним елементом, вважається укладеним навіть і тоді, якщо вибір права відсутній.

Оскільки сторони договору можуть вибрати й право третьої держави до договору, то для уникнення спірних ситуацій щодо вибору права, що випливає з дій сторін правочину, умов правочину чи обставин справи, які розглядаються в їх сукупності, пропонуємо ст. 43 Закону України «Про міжнародне приватне право» доповнити частиною 2 такого змісту: «Вибір права, що застосовується договору, повинен бути явно вираженим». Вважаємо за необхідне включити до сфери дії права, що застосовується до договору, зміну або розірвання договору. Тому пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 47 Закону України «Про міжнародне приватне право» пунктом 9 такого змісту: «9) зміну або розірвання договору».

Список використаних джерел:

1. Міжнародне приватне право : підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.І. Кисіля. 2-ге видання. Київ : Алерта, 2014. 656 с.

2. Покачалова А. Г. Автономія волі як основоположний принцип регулювання забезпечення зобов'язань. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2016. Випуск 128. С. 93–102. URL: http//journals.iir/kiev/ua/index.php/apmv/article/download/3037/2726 (дата звернення: 29.11.2019).

3. Васильченко В.В. Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право». Київ : Істина, 2007. 200 с.

4. Рішення Господарського суду м. Києва № 77073352 від 03.10.2018 URL: https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/77073352/ (дата звернення: 29.11.2019).

5. Фединяк Г.С., Фединяк Л.С. Міжнародне приватне право : підручник. Київ : Алерта, 2017. 504 с.

6. Міжнародне приватне право навчальний посібник / уклад.: Котуха О.С., Чабан О.М. Львів : вид-во ЛКА, 2015. 200 с.

7. Закон зарубіжної країни в області МПрП. URL: http://kimo.univ.kiev.ua/MPP/22.htm (дата звернення: 20.12.2019).

The article explores the peculiarities of the choice of the law applicable to the contract. The stated question arises only in the presence of the foreign element in legal relations. Based on the current legislation, it is stated that the application of the law chosen by the parties to the transaction is considered as one of the principles of private international law, as well as a conflict of the attachment, which is a part of the law structure of the conflict. It is established that the choice of the law can be made with the consent of the parties to the contract, subject to the requirements of the law of the state of the place of the conclusion of the contract. The determination of the applicable law may also be made by a court or other competent authority in the absence of the agreement of the parties. In that case, the law of the State of the court shall apply.

The limits of application of the principle of autonomy of the will are set. The law may prohibit the right to contract. Attention is drawn to the fact that the choice of the applicable law is not obligatory for the parties to the contract. There is a number of legal requirements that the parties must observe when exercising the subjective right to choose the applicable law to the content of legal relations arising from the contract. It is stated that the choice of the applicable law with the consent of the parties should have a form of the will expression of the parties in the contract. It is argued that parties to regulate a legal relationship under a contract may include not only the law of the contracting parties, but also the law of a third country in the list of possible elected law. The cases of retroactive effect of the chosen right are determined.

The peculiarities of determining the law to be applied to the treatment in the absence of the parties' consent to the choice of law in accordance with the conflict of law rules of private international law and international treaties of Ukraine are analyzed. The peculiarities of the application of the principle of the closest connection with the transaction, which is decisive in the absence of the explicit will of the parties to the contract on the applicable law, are explained. This takes into account the right of the party to enforce the contract, including its place of residence (for an individual) or location (for a legal entity).

The scope of the law applicable to the contract is determined. It is justified that the scope of the applicable law is not limited only by the content of legal relations. The scope of the competent law is defined in the legislation on private international law in an imperative manner and applies both in the case of the choice of law with the consent of the parties, and in determining the law in the absence of the consent of the parties.

Key words: foreign element, the autonomy of the will, directly expressed will, circumvention of the law, scope of law.

УДК 347.440.51
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.08

Наталія Люльчук,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Стаття присвячена дослідженню особливостей укладання договору про надання правничої допомоги. Укладаючи договір, сторони підпорядковують себе чинному правовому порядку, частиною якого є правила про дійсність угод і правила про укладення договору, з дотриманням принципу свободи договору, яка забезпечується низкою правових приписів: суб'єкти цивільного права вільні у вирішенні питання, чи варто їм укладати договір; під час укладення договору сторони є вільними у виборі контрагента; сторони є вільними у виборі виду договору; сторони є вільними у визначенні умов договору. Договір про надання правничої допомоги за своєю правовою природою є договором оплатного надання послуг, якому притаманні окремі елементи представництва. Цей договір є каузальним, оплатним, консенсуальним, фідуціарним та двостороннє-зобов'язувальним, а також має ознаки публічності і у певних випадках може розглядатися як споживчий. Наведені ознаки відповідним чином характеризують і особливості укладання договору про надання правничої допомоги за цивільним законодавством України. За загальним правилом договір набуває чинності і стає обов'язковим для сторін з моменту його укладення. Особливість договору на надання правничої допомоги полягає в тому, що, з одного боку, він не є публічним, але з іншого – пропозиція з боку правників може містити елементи публічної оферти. Крім випадків, зазначених у Законі України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність», неможливості прийняття доручення на ведення справи, які законодавець розглядає як форми прояву конфлікту інтересів, адвокат не має права відмовитися від укладення договору з будь-ким, хто б не звернувся до нього. Втім, згадані положення в обов'язковому порядку на решту правників не поширюються, тому повною мірою діє принцип свободи договору. Водночас в умовах високої вірогідності скасування найближчим часом адвокатської монополії на судове представництво умови та порядок укладання договору про надання правничої допомоги мають бути уніфіковані незалежно від специфіки статусу професійного правника, який виступає стороною такого договору.

Ключові слова: адвокат, оферта, акцепт, особа, адвокатська монополія.

Постановка проблеми. Укладаючи договір, сторони підпорядковують себе чинному правовому порядку, частиною якого є правила про дійсність угод і правила про укладення договору, з дотриманням принципу свободи договору, яка забезпечується низкою правових приписів: суб'єкти цивільного права вільні у вирішенні питання, чи варто їм укладати договір; під час укладення договору сторони є вільними у виборі контрагента; сторони є вільними у виборі виду договору; сторони є вільними у визначенні умов договору. Договір про надання правничої допомоги за своєю правовою природою є договором оплатного надання послуг, якому притаманні окремі елементи представництва. Цей договір є каузальним, оплатним, консенсуальним, фідуціарним та двостороннє-зобов'язувальним, а також має ознаки публічності і у певних випадках може розглядатися як споживчий. Наведені ознаки відповідним чином характеризують і особливості укладання договору про надання правничої допомоги за цивільним законодавством України.

Стан дослідження. Дослідженню питань цивільно-правового регулювання надання правничої допомоги приділялася увага у наукових працях С. Борисенка, Є. Васьковського, І. Гловацького, А. Джуської, В. Заборовського, В. Личко, М. Кратенка, П. Павліша, В. Попелюшка, О. Святоцького, І. Синяка, А. Титова, І. Токмакова, В. Третьякової, О. Філонова, В. Шкарупи та інших дослідників. Водночас питання специфіки договору про надання правничої допомоги лишається актуальним як у практичному, так і в теоретичному аспекті.

Мета статті полягає у дослідженні особливостей укладання договору про надання правничої допомоги.

Виклад основного матеріалу. Загальний порядок укладення договору визначається главою 53 ЦК України [1] і передбачає наявність двох етапів (стадій) у процесі укладення договору: пропозиція однієї сторони, звернена до іншої, вступити в договірні відносини (оферта) та прийняття пропозиції

© Н. Люльчук, 2020

іншою стороною (акцепт). За загальним правилом договір визнається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції (тобто акцепту оферти [2]).

Під офертою розуміється пропозиція укласти договір, проте не всяка пропозиція укласти договір набуває чинності оферти. Така пропозиція має відповідати таким обов'язковим вимогам: має бути адресована конкретній особі (особам); має бути досить виразною і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її акцепту; має містити всі істотні умови договору. За формою оферта може бути будь-якою: лист, телеграма, факс, е-мейл тощо. Крім того, офертою може виступати також і розроблений стороною, що пропонує укласти договір, проєкт такого договору. З моменту отримання оферти адресатом особа, що направила оферту, має співвідносити свої дії з можливими юридичними наслідками, які можуть бути викликані акцептом оферти. При цьому відповідно до ч. 3 ст. 641 ЦК України [1] оферта може бути відкликана до моменту або в момент її одержання адресатом. Оферта, одержана адресатом, не може бути відкликана протягом строку для відповіді, якщо інше не вказане у пропозиції або не випливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена. Слід зазначити, що реклама й інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, які не є офертою і розглядаються як запрошення робити оферти, якщо інше не вказано у рекламі або інших пропозиціях (ч. 2 ст. 641 ЦК України [1]).

Акцептом визнається відповідь особи, якій адресована оферта, про її прийняття. Згідно зі ст. 642 ЦК України [1], акцепт має бути повним і безумовним. За загальним правилом мовчання не є акцептом, якщо інше не випливає із закону, звичаїв ділового обігу або з попередніх ділових відносин сторін. Відповідь про згоду укласти договір на інших умовах, ніж запропоновано в оферті, не є акцептом, але водночас визнається новою офертою. Так само новою офертою визнається відповідь на пропозицію укласти договір, одержана із запізненням (ч. 2 ст. 645 ЦК України) [1].

Проаналізувавши основні положення, що визначають порядок укладення договору, слід зупинитися на особливостях цього питання у контексті укладення договору на надання правничої допомоги. На практиці найчастіше укладення такого договору відбувається шляхом досягнення згоди з усіх його істотних умов у разі безпосереднього звернення клієнта до конкретного правника, юридичної фірми, адвокатського об'єднання тощо. Клієнт в усній формі викладає свою пропозицію і може відразу ж окреслити коло своїх фінансових можливостей щодо оплати наданих у майбутньому правничих послуг. Це особливо характерно для процесу укладання договору про надання правничої допомоги, яка передбачає судове представництво, адже до адвокатів насамперед звертаються фізичні особи, які не володіють спеціальними знаннями у сфері права, тому не переймаються тим, аби скласти оферту з дотриманням формальних вимог. Своєю чергою правник акцептує цю пропозицію або адресує потенційному клієнтові свою оферту. Найчастіше на практиці це відбувається в усній формі.

Договір про надання правничої допомоги за своєю природою не є публічним договором, але містить деякі ознаки публічного. Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокату заборонено відмовлятися від надання правової допомоги, крім випадків, установлених законом [3]. Тож адвокат має право укласти договір з будь-якими особами, які до нього звернуться, будучи пов'язаним своєю офертою з іншою особою, що, своєю чергою, підкріплюється і принципом неможливості відмови від прийнятого на себе зобов'язання з надання правничої допомоги, що є стабілізаційним складником цього договору [4, с. 108].

У сучасних умовах істотне значення в процесі виникнення договірних відносин з надання правничої допомоги відіграє реклама та інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб. Публікації та повідомлення в засобах масової інформації, телевізійна реклама, вивіски, інтернет-сайти, на яких розміщені прайс-листи, що містять список найменувань правничих послуг та їх вартість, – усе це свідчить про активне рекламування правниками своєї діяльності. Досить результативною є і так звана непряма реклама – консультація правника з конкретного питання, участь у дискусії, розповідь про успішно завершені судові справи тощо. Незважаючи на те, що подібного роду пропозиції, як зазначалося вище, не є офертою, вони є невід'ємною частиною процесу залучення клієнтів у сферу користування правничими послугами [4, с. 110].

Водночас пропозиція, яка містить всі істотні умови договору, з якої вбачається воля особи, що робить пропозицію, укласти договір на зазначених у пропозиції умовах з кожним, хто відгукнеться, визнається офертою (публічна оферта). Тож такою офертою

можна вважати вивішувані в юридичних фірмах списки юридичних послуг з розмірами їх оплати за кожним видом послуг, особливо, коли йдеться про такі послуги, як надання клієнтові консультації з правових питань безпосередньо під час відвідування відповідної юридичної фірми чи офісу правника. При цьому, якщо йдеться про надання правничих послуг адвокатом, виходячи з природи договору, а також зазначених у законі про адвокатуру випадків неможливості прийняття доручення на ведення справи, адвокат не може надавати перевагу одній особі перед іншою щодо укладення такого договору, що також підтверджується соціальною значущістю і публічно-правовим характером діяльності адвоката.

Після узгодження принципових моментів сторони мають перейти до документального оформлення договору про надання правничої допомоги.

Під час укладання договору про надання правничої допомоги велике значення має визначення моменту виникнення договірного зв'язку. Факт наявності договірного зв'язку важливий не власне як такий, а внаслідок того, що він породжує ті правові наслідки, на які мають право розраховувати сторони договору. Натепер фактичний порядок оформлення відносин щодо надання правничої допомоги адвокатами та їх об'єднаннями, а також іншими правниками, юридичними фірмами тощо не завжди збігається: в одних випадках укладається договір від імені фірми, в інших випадках стороною по ньому виступає або адвокатське об'єднання, або юридична особа, напрямом діяльності якої є надання правничих послуг, або безпосередньо правник (адвокат). Зокрема, досить часто в адвокатських конторах єдиним письмовим свідченням виникнення договірних зобов'язань стають або запис у реєстраційних документах колегії, або виданий адвокату ордер. Таке становище не сприяє встановленню стабільного договірного зв'язку та захисту інтересів сторін, втім певною мірою зумовлене положеннями ст. 26 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність». Відповідно до зазначеної статті адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги, причому документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути: «1) договір про надання правової допомоги; 2) довіреність; 3) ордер; 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги» [3]. Отже, з одного боку, йдеться про обов'язкове укладання договору про надання правничої допомоги, який можна оформити у різний спосіб: ордером, довіреністю, у формі письмового договору тощо, а з іншого боку – договір про надання правничої допомоги розглядається як альтернатива ордеру, довіреності та доручення. Тому вважаємо за доцільне внести до ст. 26 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» та до ст. 27 цього ж Закону зміни, які передбачатимуть, що довіреність, ордер, доручення тощо є документами, що посвідчують укладання договору про надання правової допомоги, який за загальним правилом укладається в письмовій формі. Такі зміни, на нашу думку, слугуватимуть повному усвідомленню сторонами договору про надання правничої допомоги своїх прав та обов'язків, а також належному виконанню вказаного договору загалом, адже тільки в договорі, що укладається в письмовій формі, можуть бути чітко відображені його предмет, права та обов'язки сторін, розмір і характер відповідальності тощо. Зауважимо, що відповідні положення щодо підстав для надання правничої допомоги і форми відповідного договору мають поширюватись не лише на адвокатську діяльність, але й на сферу надання правничих послуг загалом.

Виходячи з положень ч. 1, ч. 3 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [3], договір про надання правничої допомоги – це цивільно-правовий договір, що укладається в простій письмовій формі між клієнтом і адвокатом (адвокатами) на надання юридичної допомоги самому клієнту або визначеній ним особі. Виходячи з цього, проста письмова форма є обов'язковою для угоди про надання правової допомоги, недотримання якої відповідно до ст. 218 ЦК України [1] не тягне за собою недійсність договору, адже про це безпосередньо не зазначено в законі. Натомість недотримання письмової форми договору позбавляє сторони права в разі спору посилатися на підтвердження угоди та її умов на показання свідків, але не позбавляє їх права наводити письмові та інші докази. Ч. 2 ст. 218 також передбачає, що, якщо правочин, для якого законом встановлена його недійсність у разі недодержання вимоги щодо письмової форми, укладений усно і одна зі сторін вчинила дію, а друга сторона підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним. Це, однак, не стосується випадків, передбачених ч. 2 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [3], за яких договір про надання правничої допомоги може бути укладений в усній формі. Як уже зазначалося у попередньому розділі цього дослідження, це випадки, коли клієнт

невідкладно потребує надання правничої допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим (за таких умов раціональним є встановлення для сторін обов'язку щодо наступного письмового оформлення договору у найближчий можливий строк, причому до моменту такого оформлення підтвердженням факту укладання договору має слугувати поведінка сторін, яка засвідчує їхню волю до настання відповідних правових наслідків, у тому числі й мовчазна згода). Слід зауважити, що під час укладання такого договору в усній формі дещо ускладненим є момент визначення моменту виникнення взаємних прав та обов'язків сторін. Укладення договору в письмовій формі слугує запорукою для визначеності прав і обов'язків, стійкості відносин, гарантування відповідальності сторін за договором, у чому зацікавлений цивільний оборот, тому факт наявності договірних відносин визначити неважко, для визнання усної угоди такою, що тягне за собою встановлення (припинення, зміну) прав і обов'язків, необхідна наявність чітко висловленої волі сторін договору. Якщо розуміти під волею детерміноване і мотивоване бажання досягти поставленої мети, то для укладення договору необхідне узгодження бажань задля досягнення певної мети, тобто необхідно висловлення з узгодженої волі сторін, яке може здійснитися за допомогою дій [5, с. 24]. Фактично цими діями і формуються умови договору, адже шляхом його укладання здійснюється індивідуалізація цивільно-правової норми задля досягнення очікуваної сторонами договору мети [6, с. 25].

Таким чином, є підстави вважати, що для встановлення факту існування юридично зобов'язуючого договірного зв'язку з надання правничих послуг законодавча формула «досягнення згоди з усіх істотних умов договору» має наповнюватися специфічним змістом: про наявність такого договору буде свідчити письмова угода, а в разі його відсутності – усна, так само, як і дії, що встановлюють права і обов'язки і свідчать про збіг волевиявлення сторін щодо предмета зобов'язання, що визначається, наприклад, з таких обставин, як листування, перемовини, практика відносин сторін, їх поведінка, заяви тощо. Тобто йдеться про тлумачення договорів, факт існування яких ставиться під сумнів, про з'ясування дійсної спільної волі сторін з урахуванням мети договору за правилами, що застосовуються для тлумачення договору, коли буквальне значення тієї чи іншої умови неможливо з'ясувати шляхом зіставлення його з іншими умовами і змістом договору загалом [7, с. 13].

Висновки

За загальним правилом договір набуває чинності і стає обов'язковим для сторін з моменту його укладення. Особливість договору на надання правничої допомоги полягає в тому, що, з одного боку, він не є публічним, але з іншого – пропозиція з боку правників може містити елементи публічної оферти. Крім зазначених у Законі України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [3] випадків неможливості прийняття доручення на ведення справи (ст. 28 Закону), які законодавець розглядає як форми прояву конфлікту інтересів, адвокат не має права відмовитися від укладення договору з будь-ким, хто б не звернувся до нього. Отже, згадані положення в обов'язковому порядку на решту правників не поширюються, тому повною мірою діє принцип свободи договору. Водночас 03 вересня 2019 року до Верховної Ради України внесено законопроєкт № 1013, яким передбачається скасувати адвокатську монополію шляхом внесення змін до статті 131-2 чинної Конституції України, згідно з якою виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді (законопроєкт № 1013 передбачає залишити монополію тільки для захисту від кримінального обвинувачення) [8]. Нині цей законопроєкт отримав позитивний висновок Конституційного Суду [9] і може бути прийнятий у разі повторної підтримки конституційною більшістю парламенту (тобто більше 300 народних депутатів). Тож, на нашу думку, в умовах високої вірогідності скасування найближчим часом адвокатської монополії на судове представництво [10] умови та порядок укладання договору про надання правничої допомоги мають бути уніфіковані незалежно від специфіки статусу професійного правника, який виступає стороною такого договору.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 10.12.2019).

2. Гражданское право : учебник : В 3 т. Т. 1. 6-изд., перераб. и доп. / Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев и др. ; Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. Москва : ТК Велби Изд-во «Проспект», 2004. С. 602.

3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 10.12.2019).

4. Владимирова И.А. Особенности гражданско-правового регулирования оказания услуг адвокатом : дисс. ... канд. юрид. наук. Тверь, 2006. 202 с.

5. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление: Очерки теории, философии и психологии права. Душанбе, 1983. С. 24.

6. Вахнин И.Г. Учёт целей договора и целей деятельности сторон при формировании условий договора поставки. *Законодательство.* 2000. № 1. С. 25.

7. Щуковская О.М. Правовое регулирование деятельности по оказанию правовых услуг : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2001. 20 с.

8. Законопроєкт про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстр. № 1013). URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66242 (дата звернення: 10.12.2019).

9. КСУ надав Висновок у справі щодо скасування адвокатської монополії. URL: http://www.ccu.gov.ua/novyna/ksu-nadav-vysnovok-u-spravi-shchodo-skasuvannya-advokatskoyi-monopoliyi (дата звернення: 28.12.2019).

10. Законопроєкт про скасування адвокатської монополії: чого чекати у разі прийняття. URL: https://ldn.org.ua/consultations/zakonoproekt-pro-skasuvannya-advokatskoji-monopoliji-choho-chekaty-u-razi-pryjnyattya/ (дата звернення: 28.12.2019).

The article is devoted to the study of the peculiarities of concluding a legal aid agreement. In concluding a contract, the parties submit themselves to the applicable legal order, part of which is the rules on the validity of the agreements and the rules on the conclusion of the contract, with observance of the principle of freedom of contract, which is ensured by a number of legal requirements: the subjects of civil law are free to decide whether they should conclude the contract; the parties are free to choose the counterparty; the parties are free to choose the type of contract; the parties are free to determine the terms of the contract. A legal aid contract is, by its legal nature, a contract for the payment of services, which has particular elements of representation. This agreement is causal, remunerative, consensual, fiduciary, and bilaterally binding, and is public and may in some cases be considered consumer. The above features also characterize the peculiarities of concluding a legal aid agreement under the civil law of Ukraine. As a general rule, the contract enters into force and becomes binding on the parties from the moment of its conclusion. The peculiarity of a legal aid contract is that, on the one hand, it is not public, but on the other, a proposal by legal practitioners may contain elements of a public offer. Also, except in cases specified in the Law of Ukraine "On Advocacy and Attorney Activity" of impossibility of taking a power of attorney, which the legislator views as a form of conflict of interest, a lawyer has no right to refuse to conclude a contract with anyone who does not turn to him. However, the aforementioned provisions do not necessarily apply to the rest of the legal profession and therefore the principle of freedom of contract is fully applicable. At the same time, in the conditions of high probability of cancellation of a lawyer's monopoly on judicial representation in the near future, the terms and procedure for concluding a legal aid contract should be standardized regardless of the specific status of the professional lawyer who is a party to such contract.

Key words: lawyer, offer, acceptance, person, lawyer's monopoly.

УДК 347.454.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.09

Олена Сібільова,
аспірантка кафедри цивільного права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ДОГОВОРУ ПРО НАДАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПОСЛУГ

Аргументовано актуальність дослідження питання про відповідальність за порушення договору про надання інформаційних послуг у контексті проведення модернізації цивільного законодавства України. Встановлено, що за ЦК України презюмується вина особи, яка порушила зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг. Особа, яка порушила зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг без вини, може бути притягнута до відповідальності тільки в тому разі, якщо це передбачено договором про надання інформаційних послуг. Загальною підставою відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг є невиконання або неналежне виконання зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг. Будь-які інші підстави відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг можуть бути встановлені цим договором.

Доведено, що цивільним законодавством України визначено тільки форму відповідальності виконавця у разі порушення договору про надання послуг. Збитки, завдані замовнику – користувачу інформаційних послуг невиконанням або неналежним виконанням договору про надання інформаційних послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у разі наявності його вини у повному обсязі, якщо інше не встановлено договором про надання інформаційних послуг.

Доведено, що спеціальною формою цивільно-правової відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг є сплата неустойки. Аргументовано, що відшкодування моральної шкоди за порушення договору про надання інформаційних послуг допускається, якщо це прямо передбачено договором.

Обґрунтовано, що у разі порушення замовником-користувачем інформаційних послуг своїх зобов'язань за договором щодо оплати за надані послуги до цих відносин можуть бути застосовані положення статті 625 ЦК України щодо відповідальності за порушення грошового зобов'язання, тобто допускається стягнення суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Ключові слова: договір, інформаційні послуги, договірна відповідальність, підстави відповідальності, форма відповідальності.

Постановка проблеми. Договір про надання інформаційних послуг, спрямований на задоволення інформаційної потреби замовника, є непойменованим договором у цивільному праві та належить до групи договорів про надання послуг. Відповідно, загальні положення Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. про відповідальність за договором про надання послуг можуть бути застосовані й до договору про надання інформаційних послуг. При цьому необхідно зазначити, що стаття 906 ЦК України визначає лише відповідальність виконавця за порушення договору про надання послуг, про відповідальність замовника взагалі не йдеться.

Натепер в Україні відбувається процес модернізації цивільного законодавства (рекодифікації), тому дослідження підстав, форм цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язань, що випливають із договорів про надання інформаційних послуг, викликає підвищений науковий інтерес. Н. Кузнєцова наголошує, що потребує ґрунтовної «інвентаризації» весь правовий матеріал, який забезпечує регламентацію приватноправових відносин, зокрема сучасні наукові дослідження у сфері цивільного права, сформована на базі застосування цивільного законодавства судова практика тощо. Інститут юридичної відповідальності (і цивільно-правова відповідальність не є винятком) завжди виступав не тільки потужним засобом захисту суб'єктивних прав, але й певним «індикатором» ефективності впливу права на суспільні відносини [1, с. 112].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зобов'язальні інформаційні відносини вже досліджувалися у доктрині приватного права України, зокрема в наукових працях А. Кодинця [2], О. Кохановської [3], П. Люті-

© О. Сібільова, 2020

кової [4]. Проте питання цивільно-правової відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг досліджувалося фрагментарно у контексті характеристики правових наслідків невиконання чи неналежного виконання зобов'язань, що випливають із договорів про надання інформаційних послуг.

Метою цього дослідження є визначення підстав та форм цивільно-правової відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг та розробка пропозицій щодо застосування окремих форм відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг.

Виклад основного матеріалу. Оскільки договір про надання інформаційних послуг є непойменованим договором, будемо виходити з такого визначення цього договору: за договором про надання інформаційних послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника – користувача інформаційних послуг) надати інформаційні послуги, результати яких не охороняються як об'єкти права інтелектуальної власності, мають певний корисний ефект немайнового характеру для замовника – користувача інформаційних послуг, а замовник – користувач інформаційних послуг зобов'язується оплатити виконавцеві інформаційні послуги, якщо інше не встановлено договором [5, с. 73].

Загальновідомо, що порушення будь-якого договірного зобов'язання тягне за собою можливість застосування заходів цивільно-правової відповідальності. У сучасній науці цивільного права досить повно сутність цивільно-правової відповідальності встановлено Б. Карнаухом, який зазначає, що цивільно-правова відповідальність має три рівні сутності, які разом постають як ієрархія функціональних ідей, втілених у цьому інституті. На першому, найбільш прагматичному рівні своєї сутності цивільно-правова відповідальність – це механізм перерозподілу втрат: за допомогою цивільно-правової відповідальності втрати однієї особи переносяться (перерозподіляються) на рахунок іншої. Сутність другого рівня полягає в тому, що цивільна відповідальність є мірою відплати, оскільки в результаті перерозподілу відповідальності відбувається покладання нееквівалентного майнового позбавлення на сторону, яка порушила суб'єктивне право іншої. Саме через те, що відповідальність є мірою відплати, вона й потребує вини як своєї передумови. На третьому, найвищому рівні своєї сутності цивільно-правова відповідальність постає як інституціоналізоване втілення загальноправових ідей: справедливості, визначеності, доцільності [6, с. 9].

Розглядаючи відповідальність за порушення договору про надання інформаційних послуг, насамперед постає питання про підстави такої відповідальності. Питання про підстави цивільно-правової відповідальності в доктрині приватного права є дискусійним, не визначено воно чітко й законодавцем. Н. Кузнєцова зазначає, що вчення про склад цивільного правопорушення як підстави цивільно-правової відповідальності набуло практично хрестоматійного характеру та увійшло у всі підручники з цивільного права [7, с. 345]. Також у юридичній літературі наголошується, що в сучасних умовах склад правопорушення перестає бути не тільки єдиною, але й навіть загальною підставою відповідальності, переміщуючись на роль лише однієї з таких підстав. Тому в загальних положеннях ЦК доцільно закріпити диференційований підхід до підстав цивільно-правової відповідальності з тим, щоб відповідальність пов'язувалася не тільки і не стільки зі складом цивільного правопорушення, але й з іншими обставинами, передбаченими договором або законом [8, с. 169].

У контексті визначення підстави цивільно-правової відповідальності варто зазначити, що Г. Матвєєв вказував: «Без вини немає відповідальності». Навряд чи є інша теза, яка б так часто повторювалася в правовій літературі. І водночас навряд чи знайдеться в юриспруденції таке поняття, юридичний зміст якого так неоднаково трактувався б різними представниками правової науки та практики» [9, с. 156]. Саме такий підхід закладено і в ЦК України. Стаття 614 ЦК України має назву «Вина як підстава відповідальності за порушення зобов'язання». Відповідно до частин 1-2 ст. 614 ЦК України особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї заходів щодо належного виконання зобов'язання. Відсутність своєї вини доводить особа, яка порушила зобов'язання.

Отже, за ЦК України презюмується вина особи, яка порушила зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг. Особа, яка порушила зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг без вини, може бути притягнута до відповідальності тільки в тому разі, якщо це передбачено договором про надання інформаційних послуг. Загальною підставою відповідальності за порушення договору про надання інформа-

ційних послуг є невиконання або неналежне виконання зобов'язання, що випливає з договору про надання інформаційних послуг. Будь-які інші підстави відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг можуть бути встановлені цим договором.

Відповідно до ст. 611 ЦК України в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

У цьому контексті С. Бервено зазначає, що у разі порушення договірного зобов'язання до порушника можуть застосовуватися як міри цивільно-правової відповідальності, так й інші правові наслідки. Але у будь-якому разі серед цих правових наслідків центральне місце посідає цивільна відповідальність [10, с. 197]. На думку Є. Богданова, одним із центральних пунктів будь-якого договору є відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання своїх договірних зобов'язань. Якби в договорі або у законодавстві відповідальність сторін не передбачалася, більшість договорів ніколи так і не були б виконані. Відповідальність, отже, відіграє роль стимулятора під час виконання договору [11, с. 72–73].

Інститут цивільно-правової відповідальності спрямований на реалізацію компенсаційної функції цивільного права, при цьому й сама цивільно-правова відповідальність виконує компенсаційну функцію. В. Примак справедливо відзначає, що компенсаційна функція характеризує суть і основний зміст цивільно-правової відповідальності як правового засобу, що покликаний ефективно поновити (у розумінні якомога повного відновлення становища, в якому мали б знаходитися сторони за відсутності правопорушення) порушені цивільні правовідносини та суб'єктивні цивільні права кредитора через перенесення у майнову сферу боржника негативних наслідків вчиненого ним правопорушення та відшкодування за рахунок зобов'язаної особи майнових чи моральних (немайнових) втрат кредитора (потерпілого) [12, с. 182].

Встановлення форм цивільно-правової відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг має велике значення для правозастосовної діяльності. Форма цивільно-правової відповідальності розглядається правниками як засіб вираження додаткових майнових обтяжень, що покладаються на правопорушника [13, с. 370]. При цьому зауважується, що за домовленістю сторін у договорі може встановлюватися відповідальність за дії або бездіяльність, які у чинному законодавстві правопорушеннями не вважаються, або передбачатися інша форма відповідальності, ніж та, що закріплена у законі за певне правопорушення [13, с. 367–368].

Я. Шевченко зазначала, що універсальною мірою майнової відповідальності в цивільному праві є стягнення збитків, хоча, безсумнівно, є й інші санкції, які також слугують виразу відповідальності як правового інституту. Серед них можна назвати відшкодування шкоди в натурі (надання речі того ж роду і якості, виправлення пошкодженої речі), неустойку, пеню, штраф, стягнення майна у дохід держави та інші [14, с. 29].

Згідно з ч. 1 ст. 906 ЦК України збитки, завдані замовнику невиконанням або неналежним виконанням договору про надання послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у разі наявності його вини у повному обсязі, якщо інше не встановлено договором. Виконавець, який порушив договір про надання послуг за плату під час здійснення ним підприємницької діяльності, відповідає за це порушення, якщо не доведе, що належне виконання виявилося неможливим внаслідок непереборної сили, якщо інше не встановлено договором або законом.

Враховуючи, що договір про надання інформаційних послуг належить до групи договорів про надання послуг, можна зробити висновок, що збитки, завдані замовнику – користувачу інформаційних послуг невиконанням або неналежним виконанням договору про надання інформаційних послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у разі наявності його вини у повному обсязі, якщо інше не встановлено договором про надання інформаційних послуг.

Стаття 624 ЦК України передбачає: якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою. Договором може бути встановлено стягнення неустойки без права на відшкодування збитків або можливість за вибором кредитора стягнення неустойки чи відшкодування збитків.

За порушення договору про надання інформаційних послуг може бути стягнуто неустойку, якщо це безпосередньо передбачено договором. Так, в ухвалі Вищого

спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 жовтня 2017 р. у справі № 592/3690/16-ц зазначається, що вирішуючи спір, суди виходили з того, що оскільки позивачем були виконані умови укладеного між сторонами договору про надання інформаційних послуг і надано відповідачу перелік об'єктів нерухомості, які пропонувались на ринку нерухомості і відповідали загальним вимогам заявника, а відповідач відповідно до договору купівлі-продажу придбав об'єкт нерухомості, який був зазначений у цьому переліку, але не оплатив надані йому послуги, тому заявлені вимоги про стягнення на користь позивача оплати та неустойки, встановлені умовами договору, підлягають задоволенню. Відповідно до пунктів 10.2, 10.3 укладеного між сторонами договору від 2 вересня 2015 року передбачена виплата неустойки в сумі 5000 грн у разі, якщо замовником було укладено договір переходу права власності на об'єкт з покупцем, який був наданий виконавцем, не була здійснена оплата за надані послуги в передбаченому розмірі та в передбачений договором строк [15].

Розглядаючи спори про відповідальність сторін за порушення договору про надання інформаційних послуг, суди входять з того, що зобов'язання замовника зі сплати послуг виконавця є грошовим зобов'язанням. Видається, що такий підхід є правильним. Зокрема, Касаційний цивільний суд Верховного Суду в своїй постанові від 28 лютого 2018 р. у судовій справі № 643/15598/15-ц зазначив, що судами першої та апеляційної інстанцій встановлено, що 3 червня 2015 р. між ФОП ОСОБА_4 (виконавець) та ОСОБА_5 (замовник) укладено договір про надання інформаційних послуг з приводу пошуку нерухомості (квартири) для придбання у власність. Відповідно до пунктів 1.1, 3.4, 4.3, 7 договору про надання інформаційних послуг сторони домовились, що ОСОБА_5 сплачує виконавцю винагороду в розмірі 5% від вартості об'єкта нерухомого майна, що становить 15 750 грн, і у разі порушення строків оплати замовник сплачує штраф у розмірі 30% від вартості послуг. 3 червня 2015 р. між ОСОБА_5 та продавцем квартири укладено договір про аванс та оплату послуг, відповідно до умов якого сторони договору домовились до 30 червня 2015 р. укласти договір купівлі-продажу квартири. Встановлені обставини свідчать про виконання виконавцем послуг своїх обов'язків, передбачених пунктами 1.1, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 договору про надання інформаційних послуг. 17 червня 2015 р. ОСОБА_5 придбала у власність квартиру та зареєструвала її на своє ім'я. Згідно з пунктом 3.2 договору про надання інформаційних послуг оплата послуг виконавця здійснюється в день укладення авансового договору або в день укладення договору купівлі-продажу, але до моменту його підписання. У разі, якщо вказані договори укладені не будуть, послуги виконавця не оплачуються. Однак ОСОБА_5 про придбання квартири ФОП ОСОБА_4 не повідомила, оплату послуг згідно з договором про надання послуг не здійснила. Згідно зі статтею 903 ЦК України, якщо договором передбачено надання послуг за плату, замовник зобов'язаний оплатити надану послугу в розмірі, в строки та в порядку, що встановлені договором. Якщо неможливість виконати договір виникла з вини замовника, він зобов'язаний виплатити виконавцеві плату в повному обсязі, якщо інше не встановлено договором або законом. Таким чином, правовідношення, в якому замовник зобов'язаний оплатити надану послугу в грошах, а виконавець має право вимагати від замовника відповідної оплати, тобто в якому передбачається передача грошей як предмета договору або сплата їх як ціни договору, є грошовим зобов'язанням. Саме до таких грошових зобов'язань належить укладений договір про надання послуг, оскільки він установлює ціну договору. Установивши, що виконавцем договору про надання послуг умови цього договору виконано та знайдено нерухоме майно (квартиру) з метою придбання, однак замовником умови договору виконані не були, оплати за надані послуги в установлений строк не здійснено, суди попередніх інстанцій дійшли обґрунтованого висновку про стягнення з відповідача на користь ФОП ОСОБА_4 заборгованості зі сплати послуг у розмірі 15750 грн та штрафу у розмірі 1725 грн [16].

Отже, до замовника – користувача інформаційних послуг, який не виконав чи неналежно виконав свої обов'язки за договором про надання інформаційних послуг, можуть бути застосовані положення ст. 625 ЦК України, що встановлюють відповідальність за порушення грошового зобов'язання.

Згідно з п. 4 ч. 1 ст. 611 ЦК України, в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема відшкодування збитків та моральної шкоди. Відповідно, можна зробити висновок, що відшкодування моральної шкоди однією зі сторін у разі порушення договору про надання інформаційних послуг можливе лише у випадку, якщо це передбачено безпосередньо договором про надання інформаційних послуг.

В. Примак зазначає, що відшкодування майнової та моральної шкоди (пункти 8 і 9 частини 2 ст. 16 та статті 22 і 23 ЦК) становлять такі способи цивільно-правового захисту, котрі разом із функцією захисту (відновлення майнового стану, надання компенсації немайнових втрат) порушених цивільних прав здатні виконувати запобіжну функцію щодо можливого вчинення правопорушення. Водночас лише два названі способи здатні відновити фактичні майнові чи компенсувати у матеріальній формі немайнові (моральні) втрати кредитора (потерпілого). З цього випливає притаманна винятково цим правовим засобам компенсаційна функція [12, с. 33].

Отже, можливість відшкодування моральної шкоди за порушення договору про надання інформаційних послуг у разі визначення такої форми відповідальності в договорі спрямована на реалізацію превентивної та компенсаційної функцій цивільного права.

Висновки

Таким чином, загальною підставою відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг є невиконання або неналежне виконання зобов'язання з договору про надання інформаційних послуг. Будь-які інші підстави відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг можуть бути встановлені цим договором. Збитки, завдані замовнику – користувачу інформаційних послуг невиконанням або неналежним виконанням договору про надання інформаційних послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у разі наявності його вини у повному обсязі, якщо інше не встановлено договором про надання інформаційних послуг. Договором про надання інформаційних послуг може бути передбачено стягнення неустойки, відшкодування моральної шкоди.

Зобов'язання замовника – користувача інформаційних послуг зі сплати послуг виконавця є грошовим зобов'язанням. У разі порушення замовником – користувачем інформаційних послуг своїх зобов'язань за договором щодо оплати за надані інформаційні послуги до цих відносин можуть бути застосовані положення статті 625 ЦК України щодо відповідальності за порушення грошового зобов'язання, тобто допускається стягнення суми боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

Подальше дослідження відповідальності за порушення договору про надання інформаційних послуг сприятиме підвищенню ефективності застосування цивільного законодавства.

Список використаних джерел:

1. Кузнєцова Н.С. Інститут цивільно-правової відповідальності у контексті рекодифікації цивільного права України. *Модернізація цивільно-правової відповідальності. Матвєєвські цивілістичні читання* : матеріали міжн. наук.-практ. конф. Київ, 18 жовт. 2019 р. / Р.А. Майданик, В.В. Цюра та ін. ; відп. ред. Р.А. Майданик. Київ, 2019. С. 112–114.

2. Кодинець А.О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: методологія, теорія, практика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київськ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2016. 470 с.

3. Кохановська О.В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київськ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2006. 531 с.

4. Лютікова П. Поняття та види договорів на надання інформаційних послуг. *Право України*. 2008. № 7. С. 91–94.

5. Сібільова О. Поняття договору про надання інформаційних послуг. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 11. С. 70–74.

6. Карнаух Б.П. Вина як умова цивільно-правової відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Харків, 2013. 21 с.

7. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / Н.С. Кузнєцова, Є.О. Харитонов, Р.А. Майданик та ін. ; за заг. ред. Н.С. Кузнєцової. Харків : Право, 2013. 760 с.

8. Цивільний і Господарський кодекси: 2004–2014 рр. : монографія / І.В. Спасибо-Фатєєва, В.І. Крат, Ю.В. Мица та ін. ; за заг. ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : Право, 2014. 204 с.

9. Матвєєв Г.К. Вибране / упоряд. В.І. Кисіль. Київ : Україна, 2008. 600 с.

10. Бервено С.М. Проблеми договірного права України : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 392 с.

11. Богданов Е.В. Договор в сфере предпринимательства. Харьков : Фирма «Консум», 1997. 112 с.

12. Примак В.Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2005. 209 с.

13. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін. ; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. 816 с.

14. Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / отв. ред.: Собчак А.А., Шевченко Я.Н. Киев : Наукова думка, 1988. 264 с.

15. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 10 жовтня 2017 року, судова справа №592/3690/16-ц. URL:http://reyestr.court.gov.ua/Review/69578882 (дата звернення: 15.01.2020).

16. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду від 28 лютого 2018 року, судова справа № 643/15598/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72641511 (дата звернення: 20.01.2020).

The author has argued the relevance of the research in regard to the issue of liability for the violation of a contract on the provision of information services in the context of the modernization of civil legislation of Ukraine. It has been established that the guilt of a person who violated the obligations under the contract on the provision of information services is presumed under the Civil Code of Ukraine. A person, who has violated obligations under the contract on providing information services without fault, can be brought to liability only in case, if it is stipulated by the contract for providing information services. Failure to perform or improper performance of obligations under the contract for providing information services are the general grounds for liability for the violation of the contract for providing information services. Any other grounds of liability for the violation of the contract for providing information services may be established by this contract.

It has been proved that civil legislation of Ukraine only determines the form of liability of the contractor in case of the violation of the contract for providing services. Losses caused to the customer of information services by non-performance or improper performance of the contract for providing information services for a fee, shall be fully compensated by the contractor, in case of his fault, unless otherwise stipulated by the contract for providing information services.

The author has proved that a special form of civil liability for violating the contract on the provision of information services is the payment of forfeit. It has been argued that redress for the non-pecuniary damage for violating the contract for the provision of information services is allowed, if it is expressly provided by the contract.

It has been substantiated that in case of the violation of the obligations by the customer of information services under the contract for the payment of provided services, the provisions of the Art. 625 of the Civil Code of Ukraine may be applied to these relationships regarding the liability for the violation of monetary obligations. In this case the amount of debt may be recovered taking into account the established inflation rate for the entire period of delay, as well as three percent per annum of the overdue amount, unless another rate of interest is established by the contract or by the law.

Key words: contract, information services, contractual liability, grounds for liability, form of liability.

УДК 347.122
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.10

Георгій Смірнов,
аспірант юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КОРПОРАТИВНІ ПРАВА: ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА

Стаття присвячена аналізу поняття та правової природи корпоративних прав. Автором досліджуються доктринальні підходи до розуміння об'єктивного та суб'єктивного корпоративного права, наводяться недоліки таких підходів та надаються власні визначення аналізованих понять. Висловлено незгоду з належністю корпоративних прав до особистих немайнових прав, оскільки відсутні ознаки останніх. Наголошено на відмінностях у набутті корпоративних прав, що випливають із частки у статутному капіталі й акцій товариства. В обох випадках ідеться про право власності як підставу для набуття корпоративних прав, проте що стосується акцій, то як право власності на них, так і корпоративні права виникають одночасно – з моменту внесення відомостей до єдиної депозитарної системи. Досліджено явище «засновницького» права. Наголошено на неможливості віднесення його до корпоративних прав з огляду на виникнення останніх у зв'язку зі створенням юридичної особи. Однак відносини, пов'язані з реалізацією «засновницького» права, слід вважати корпоративними. У статті також досліджено особливості іноземних законодавств щодо можливості існування «юридичних осіб у процесі створення», корпоративні права в яких можуть виникати до їх створення. Аналіз поняття та правової природи корпоративних прав здійснено також крізь призму такого явища, як номінальні учасники / акціонери товариства. Зроблено висновок, що чинне законодавство демонструє фрагментарний підхід у врегулюванні даного феномену – з усіх господарських товариств лише в акціонерних товариствах можна говорити про бенефіціарного власника як учасника корпоративних відносин. Саме тому запропоновано внести зміни до чинного законодавства, передбачивши визначення корпоративних прав через прив'язку не тільки до права власності, але й до опосередкованого його набуття, аналогічно з акціонерними товариствами. Автор також розглядає питання правової природи корпоративних прав, зазначає змішаний характер останніх, хоч і виникнення даних прав зумовлено правом власності на частку / акції. Також запропоновано розглядати корпоративні права з погляду їхньої множинності, а не єдиного корпоративного права, зміст якого становлять правомочності та субправомочності.

Ключові слова: корпоративні права, правомочності, засновницьке право, частка, акції, статутний капітал.

Постановка проблеми. Корпоративне законодавство України сьогодні перебуває в постійному розвитку, динаміка якого є настільки високою, що часом суспільні відносини не встигають адаптуватися до тих змін, які їм диктує законодавець. У зв'язку із цим суспільство стикається з низкою теоретико-практичних питань, які потребують вирішення. Однак вирішення вищезазначених проблем потребує передусім ґрунтовного розуміння об'єкта корпоративних відносин – що ж саме собою являють корпоративні права, якою саме є їхня правова природа. Саме з'ясуванню змісту поняття корпоративного права та його правової природи і присвячена дана робота.

Аналізу поняття й особливостей правової природи корпоративних прав присвячували свої праці такі вчені, як: І.В. Спасибо-Фатєєва, М.К. Богуш, І.В. Лукач, А.Ю. Смітюх, О.В. Бігняк, О.Р. Кібенко, А.В. Сороченко, І.Т. Тарасов, В.М. Кравчук, Ю.С. Поваров, Ю.М. Жорнокуй, В.І. Цікало, В.А. Бєлов, С.В. Батрин, Н.С. Глусь, Т.В. Кашаніна й інші.

Метою статті є розгляд поняття та правової природи корпоративних прав.

Виклад основного матеріалу. Розпочати дослідження поняття та правової природи корпоративних прав варто з того, що термін «корпоративне право» притаманний лише правовим системам пострадянських держав. Якщо порівняти національне законодавство з особливостями законодавств іноземних держав, то можна помітити той факт, що ані в європейських державах, ані у Сполучених Штатах Америки не існує окремого терміна «корпоративні права». Замість нього законодавство цих держав містить терміни «права акціонера» і «права учасника» [1, с. 173].

Отже, і в цьому варто погодитися з І.В. Лукач, інститут корпоративних прав

© Г. Смірнов, 2020

є специфічним, притаманним пострадянській юридичній науці інститутом, який, з огляду на реалії української правової системи, потребує подальших наукових розробок. Зокрема, поняття корпоративного права прийнято розуміти у двох аспектах – суб'єктивному й об'єктивному.

Н.С. Глусь визначає корпоративне право в об'єктивному розумінні як сукупність правових норм, які регулюють і охороняють цивільні й інші відносини, що виникають між акціонером, учасником і самою корпорацією, а також між самими учасниками чи акціонерами щодо реалізації їхнього права власності на акцію чи права власності на частку у статутному капіталі корпорації [2]. З вищенаведеного можна зробити висновок, що автор включає до об'єктивного корпоративного права також охоронні відносини. Це, зокрема, право акціонера вимагати від товариства викупу його акцій, відповідно до ст. 68 Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУ «Про АТ»), переведення прав і обов'язків покупця акцій/частки у статутному капіталі тощо [3].

Однак не можна погодитися з автором в тому, що корпоративне право в об'єктивному розумінні регулює й охороняє «цивільні та інші відносини», адже виникати між акціонерами, учасниками, один з одним і з юридичною особою можуть трудові, фінансові й інші відносини, які не охоплюються нормами корпоративного права. Також не можна погодитися з тим, що такі відносини стосуються суто реалізації права власності на акцію чи частку у статутному капіталі, оскільки реалізація решти корпоративних прав, які становлять об'єкт корпоративних відносин, не зумовлена реалізацією права власності.

Деякі вчені, як-от С.В. Несинова, В.С. Воронко, Т.С. Чебикіна, розглядають об'єктивне корпоративне право як систему юридичних норм, що регулюють групу суспільних відносин, яка виникає у зв'язку зі створенням і функціонуванням юридичних осіб у результаті реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права бути їхніми засновниками (учасниками) [4].

На нашу думку, в об'єктивному розумінні корпоративне право – це система правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у зв'язку зі створенням, діяльністю та припиненням юридичних осіб, а також набуття та реалізації їх учасниками/акціонерами належних їм корпоративних прав. Річ у тім, що, наприклад, відносини, пов'язані з обігом акцій/часток у статутному капіталі, діяльності юридичної особи безпосередньо не стосуються, як і реалізація учасником/акціонером свого права на отримання інформації про діяльність юридичної особи.

Що ж до суб'єктивних корпоративних прав, коли вони можуть виникати, то думки також різняться.

Одні вчені, серед яких В.А. Васильєва, уважають що під суб'єктивним корпоративним правом варто розуміти суто право участі в господарському товаристві, а всі інші корпоративні права є правомочностями та становлять зміст права участі [5]. Інші вчені, зокрема О.Р. Кібенко, зазначають, що суб'єктивне корпоративне право – це «право осіб вступати в об'єднання, створюючи тим самим нового суб'єкта права; право особи, що виникає з її членства (участі) у тій чи іншій корпорації» [6]. Така позиція викликає зауваження, і ось чому.

По-перше, згідно з українським законодавством, корпоративні права виникають у зв'язку з участю в юридичній особі. Доки юридичної особи не створено, засновники не набувають корпоративних прав, хоч би ними й зроблено оплату своєї частини статутного капіталу (наприклад, приватне розміщення акцій відбувається до створення акціонерного товариства).

По-друге, в Україні відсутні специфічні типи юридичних конструкцій, щодо яких дійсно можна говорити про наявність корпоративних прав до моменту створення. Якщо О.Р. Кібенко, надаючи визначення суб'єктивному корпоративному праву, намагалася зробити його універсальним, з урахуванням особливостей корпоративного законодавства іноземних держав, то в такому разі її думка є слушною, проте водночас є незастосовною до реалій української правової системи.

Зокрема, іноземний досвід демонструє наявність таких юридичних конструкцій, які дозволяють ще не створеній юридичній особі виступати учасником економічних відносин, набувати прав і обов'язків.

Згідно із законодавством Німеччини, існує юридична конструкція «компанії у процесі створення» (нім. – "Vor-Gesellschaft mit beschr nkter Haftung") – товариства з обмеженою відповідальністю, щодо якого здійснено нотаріальне посвідчення засновницького договору, однак яке ще не зареєстровано в Комерційному (Торговому) реєстрі [7].

За даною конструкцією, товариство з обмеженою відповідальністю перебуває на проміжному етапі свого створення, хоч воно, до здійснення запису про реєстрацію в Комерційному (Торговому) реєстрі, юридичною особою, у класичному розумінні даного поняття, не є, але законодавство Німеччини надає такому «квазітовариству»

можливість набувати прав та обов'язків, які зберігають свою чинність для такого товариства і в разі завершення процедури його створення.

Подібну конструкцію можна простежити і в законодавстві Польщі. Зокрема, у ст. 161 Закону «Про комерційні компанії» передбачено можливість існування «компанії у процесі створення» – юридичної особи, відомості про яку ще не внесені до Реєстру компаній, однак щодо якої вже сплачено статутний капітал, викладено на нотаріальному бланку установчий документ (статут) і призначено органи управління. Така компанія може існувати протягом шести місяців і укладати чинні договори [8].

Звісно, існують думки про те, що й згідно з українським законодавством корпоративні відносини включають у себе відносини зі створення юридичної особи [9]. На нашу думку, самі корпоративні відносини, до створення юридичної особи, виникати можуть, адже такий висновок, зокрема, можна зробити з аналізу чинного законодавства.

Так, у п. 3 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) названо «спорами, що виникають із корпоративних відносин», ті, що пов'язані зі створенням юридичної особи [10]. Окрім цього, передбачене в ч. 3 ст. 167 Господарського кодексу України (далі – ГК України) визначення дозволяє вести мову про існування корпоративних відносин на етапі створення, бо єдиним критерієм є те, що їхнім об'єктом мають бути корпоративні права, а чи існують вони на даний момент, чи існуватимуть у майбутньому – законодавець не конкретизує [11].

Окрім цього, А.Ю. Смітюх виділяв засновницькі відносини як етап становлення та розвитку корпоративних відносин [12, с. 149]. Однак автор демонструє деяку невизначеність, зазначаючи, що дані відносини є і корпоративними, і «етапом становлення корпоративних відносин», тобто такими, що існують до виникнення корпоративних відносин.

Отже, корпоративні відносини можуть існувати до створення юридичної особи, але корпоративні права на даному етапі виникнути не можуть. Варто наголосити, що право на створення юридичної особи, так зване «засновницьке право», не є корпоративним за своєю природою, адже корпоративні права можуть виникнути лише після створення юридичної особи.

О.В. Бігняк визначає корпоративні права як певний комплекс правомочностей майнового та немайнового характеру, що виникають в учасників корпорацій і юридичних осіб корпоративного типу (квазікорпоративних утворень), що визначаються їхньою майновою участю у статутному (складеному) капіталі відповідних юридичних осіб [13, с. 86].

С.О. Сліпченко визначав корпоративні права як особисті немайнові, зазначаючи, що участь у товаристві є об'єктом особистого немайнового відношення [14]. Така позиція вченого ґрунтувалася на нині нечинній редакції ст. 100 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [15], згідно з якою законодавцем було визнано за правом участі в господарському товаристві особистий немайновий характер. Однак навіть із погляду чинного на той час законодавства ані позиція законодавця, ані думка вченого не є правильними, оскільки корпоративні права не відповідають ознакам особистих немайнових прав.

По-перше, не можна зазначати, що вони не є відчужуваними. Так, самі корпоративні права предметом правочинів щодо відчуження не є, однак їх відчуження здійснюється опосередковано, через відчуження частки/акцій. По-друге, не можна стверджувати що вони не мають економічного змісту, оскільки всі вони так чи інакше пов'язані з отриманням прибутку від діяльності товариства. По-третє, від корпоративних прав, зокрема від права на участь у товаристві, можна відмовитися. Дана можливість, зокрема, закріплена за учасниками товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю. Отже, корпоративні права (зокрема, право на участь у товаристві) не відповідають ознакам особистих немайнових прав, за жодних обставин не можуть до них належати.

А.В. Сороченко пропонує власне визначення корпоративних прав, розуміючи під ними «права особи, що у встановленому законом порядку внесла вклад до статутного капіталу господарського товариства, які включають у себе правомочності на участь цієї особи в управлінні господарським товариством, отримання певної частини прибутку такого товариства й активів у разі ліквідації останнього в порядку, передбаченому чинними законодавством, право на одержання інформації про діяльність товариства та інші правомочності, що випливають із закону та/або засновницьких (установчих) документів» [16].

Дане визначення автора є дещо неоднозначним.

По-перше, таке розуміння корпоративних прав звужує коло осіб, яким можуть належати корпоративні права, оскільки прив'язка здійснюється щодо вкладу до статутного капіталу – первинного способу набуття корпоративних прав. Але ж корпоративні права

можуть набуватися і похідним шляхом, через відчуження однією особою частки/акцій третій особі, звернення стягнення на заставлену частку чи акції тощо. З іншого боку, автором слушно вказано на той факт, що корпоративні права можуть бути передбачені як законом, так і засновницькими (установчими) документами, що підтверджується положенням ч. 2 ст. 5 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – ЗУ «Про ТОВ») [17].

По-друге, навіть за неповного внесення свого вкладу така особа все одно набуває корпоративних прав. Згідно зі ст. 14 ЗУ «Про ТОВ», учасник може внести свій вклад протягом шести місяців із моменту створення товариства. Дана норма Закону важлива з огляду на таке. У ст. 14 чітко зазначено, що особа є учасником – набула права участі в товаристві – до повного внесення свого вкладу. Отже, за логікою законодавця, дотримано умову ст. 167 ГК України щодо «особи, частка якої визначена у статутному капіталі», яка є носієм корпоративних прав.

По-третє, використовуючи поняття вкладу, автор фактично залишає поза увагою виникнення корпоративних прав в акціонерних товариствах, оскільки ані ЗУ «Про АТ», ані ГК України не оперують у частині акціонерних товариств поняттям «вклад». Ідеться суто про оплату вартості акцій.

М.К. Богуш зазначає, що запропоноване А.В. Сороченко визначення корпоративних прав не враховує того, що останні виникають виключно в суб'єктів корпоративних відносин (учасників і акціонерів), якими, на думку вченої, не можуть бути треті особи, яким було здійснено відчуження частки/акцій – останні, наголошує вчена, є носіями корпоративних прав із моменту набуття права власності на акції товариства чи вступу до ТОВ/ТДВ, що обов'язково має бути підтверджено рішенням загальних зборів. Із цим обґрунтуванням не можна погодитися з огляду на таке.

По-перше, акція, за своєю правовою природою, є цінним папером, а отже, і порядок набуття прав, засвідчених таким цінним папером, відрізняється від порядку набуття прав, що випливають із частки у статутному капіталі господарського товариства. Згідно із ч. 2 ст. 4 Закону України «Про депозитарну систему» (далі – ЗУ «Про депозитарну систему»), набуття прав на цінні папери (права власності на них), як і прав за цінними паперами, здійснюються шляхом фіксації відповідного факту в системі депозитарного обліку [18].

По-друге, наведена вченою позиція щодо моменту набуття корпоративних прав у ТОВ і ТДВ ґрунтувалася на абз. 1 п. 2.4, абз. 3 п. 2.6 та п. 2.4 постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 4 від 25 лютого 2016 р. «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» (далі – ППВГСУ «Про практику вирішення корпоративних спорів»), у якій було зазначено необхідність подання заяви про вступ до товариства, щоби набути статусу учасника [19]. В основі даної позиції Суду була чинна на момент ухвалення постанови ст. 100 Цивільного кодексу України, згідно з якою право участі визнавалося особистим немайновим правом. Сьогодні дана позиція не є актуальною з огляду на внесені зміни до ЦК України у зв'язку з набуттям чинності ЗУ «Про ТОВ».

По-третє, нині внесено зміни до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» (далі – ЗУ «Про реєстрацію), згідно з якими заява про вступ до товариства відтепер є альтернативним документом, що подається для здійснення реєстрації змін відомостей [20]. На практиці основним документом, який подається для реєстрації змін відомостей, залишається акт приймання-передачі, який, станом натепер, повинен викладатися з використанням спеціального бланка нотаріального документа, відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності» [21].

По-четверте, Закон не пов'язує момент виникнення права участі у ТОВ або ТДВ із моментом державної реєстрації відповідних змін у складі учасників ТОВ або ТДВ. Даний висновок підтверджується постановою Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13 листопада 2018 р. у справі № 910/605/18 [22].

По-п'яте, ЗУ «Про ТОВ» не відносить відомості про розмір часток кожного з учасників ТОВ до обов'язкової інформації, що має міститися у статуті товариства.

Окрім цього, відповідно до п. 17 Модельного статуту товариств з обмеженою відповідальністю, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 березня 2019 р. № 367, вступ до товариства здійснюється шляхом придбання (набуття) третьою особою частки (частини частки) у статутному капіталі товариства або в порядку спадкування (правонаступництва) [23].

Отже, набуття корпоративних прав у ТОВ і ТДВ пов'язується з моментом набуття права власності на частку у статутному капіталі, тоді як право власності на акції та корпоративні права за ними виникають із моменту внесення відомостей до депозитарної системи.

Визначення поняття корпоративних прав, надане законодавцем у ст. 167 ГК України, також не є досконалим. У даній правовій нормі зазначено лише їх перелік і той факт, що вони належать особі, частка якої визначається у статутному капіталі господарської організації. Ми вважаємо, що підхід законодавця загалом до визначення корпоративних прав потребує вдосконалення та внесення змін з огляду на таке.

В економічно розвинених країнах давно поширений такий феномен, як існування номінальних акціонерів/учасників і бенефіціарних власників. Приклади його існування можна знайти і в Україні. Під номінальним акціонером/учасником варто розуміти особу, яка де-юре зазначена власником акцій у статуті, реєстрах та інших документах. У свою чергу, бенефіціарним власником є особа, яка з тих чи інших причин вирішила зберегти анонімність, для чого призначає особу (фізичну чи юридичну), яка буде діяти в її інтересах. Пстає питання, кому належать корпоративні права – номінальному акціонеру учаснику чи особі, в інтересах якої він діє?

Якщо звернутися до досвіду країн англосаксонської правової сім'ї, то відносини між номінальним акціонером/учасником і бенефіціарним власником оформлюються трастовою декларацією (трастовою угодою). Тобто йдеться про інститут довірчої власності в тому розумінні, у якому він існує в даній правовій сім'ї.

За трастовою угодою номінальний акціонер/учасник підтверджує, що корпоративні права – право голосування, право на отримання дивідендів тощо – та повноваження власника належать не йому, а бенефіціарному власнику, за вказівками якого номінальний акціонер/учасник буде їх реалізовувати [24].

Отже, де-юре власником акцій («особою, частка якої визначена у статутному капіталі») є номінальний акціонер/учасник, однак де-факто власником і особою, яка наділена корпоративними правами та повноваженнями власника, є саме бенефіціарний власник.

Однак, згідно з легальним визначенням корпоративних прав, запропонованим у ГК України, дані права мали б належати номінальному акціонеру, адже, з формально-юридичного погляду, саме він є власником акцій у статутному капіталі. Це видається очевидним, якщо звернути увагу на положення ч. 2 ст. 4 ЗУ «Про депозитарну систему», за яким набуття, зміна та припинення прав за цінними паперами (зокрема, за акціями) обумовлена внесенням відповідного запису до депозитарної системи обліку цінних паперів. Отже, даний підхід законодавця не повною мірою враховує сучасні тенденції у сфері корпоративного права.

З огляду на те, що визначення корпоративних прав у ГК України містить прив'язку саме до участі в юридичній особі, а не тільки права власності на частку у статутному капіталу, а також той факт, що, згідно із ЗУ «Про ТОВ», корпоративними правами наділені саме учасники, доцільніше буде говорити, що в разі існування відносин номінального учасика/акціонера та бенефіціарного власника відбувається не управління корпоративними правами останнього, а радше реалізація номінальним учасником/акціонером його корпоративних прав (саме він є їхнім носієм) в інтересах бенефіціарного власника.

ЗУ «Про АТ» демонструє більш прогресивну позицію законодавця в питанні визначення корпоративних прав. У п. 111 ст. 2 Закону «Про АТ» передбачено поняття «опосередкованого набуття власності». Під цим терміном, у цілях Закону, розуміється, зокрема, «набуття права власності, що настає, якщо особа самостійно або спільно з іншими особами, зокрема, здійснює контроль прямого власника акцій акціонерного товариства та/або здійснює контроль групи прямих власників акцій акціонерного товариства <...>». Інакше кажучи, у визначенні прямо йдеться про те, що у відносинах між номінальним акціонером і бенефіціарним власником останній опосередковано набуває право власності, яке, у свою чергу, є підставою для набуття корпоративних прав.

Отже, введення законодавцем поняття «опосередковане набуття власності» є тим самим уточненням, яке дозволяє поєднати власність як підставу для виникнення корпоративних прав і феномен існування номінальних акціонерів та бенефіціарних власників. Зазначене, у свою чергу, дозволить визнавати бенефіціарного власника частки/акцій у статутному капіталі суб'єктом корпоративного спору, адже сьогодні ГПК України, згідно з п. 3 ч. 1 ст. 20, під корпоративними спорами розуміє ті, що виникають із корпоративних відносин між учасниками юридичної особи чи між юридичною особою та її учасниками (засновники, акціонери, члени), учасником, що вибув.

Але успіх законодавця в даному аспекті породжує нові проблеми. Адже поняття «опосередковане набуття власності» ужито лише в цілях регулювання відносин щодо акціонерних товариств, тоді як номінальними власниками можуть бути й учасники у статутних капіталах інших господарських товариств, зокрема товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Тому, на нашу думку, визначаючи поняття суб'єктивного корпоративного права, доцільно було б внести зміни до ст. 167 ГК України, виклавши ч. 1 в такій редакції: «Корпоративні права – це права, що належать власнику частки у статутному капіталі (майні) господарської організації або особі, яка опосередковано набула право власності на таку частку, що включають право на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші права, передбачені законом та статутними документами».

Також ч. 1 ст. 167 ГК України пропонується доповнити абз. 2, який повинен містити визначення опосередкованого набуття права власності, відтворюючи зміст, викладений у п. 111 ст. 2 ЗУ «Про АТ».

Варто зазначити, що існує виняток із загального правила щодо того, що корпоративні права належать особі, яка набула (опосередковано набула) право власності на частку (майно) у статутному капіталі. Так, особа, яка припинила свою участь у товаристві з обмеженою чи додатковою відповідальністю шляхом виходу, зберігає за собою корпоративне право на одержання вартості частки, що їй належала, водночас виплата вартості частки може бути здійснена товариством, згідно із ч. 7 ст. 24 ЗУ «Про ТОВ», протягом одного року із дня, коли воно дізналося чи мало дізнатися про вихід учасника, якщо інший строк не встановлено статутом.

Винятком із загального правила є і набуття корпоративних прав спадкоємцями, передбачене у ст. 23 ЗУ «Про ТОВ». З моменту відкриття спадщини і до моменту подання заяви про вступ учасником залишається спадкодавець, а прийняття спадщини (частки) не зумовлює виникнення у спадкоємців корпоративних прав, доки ними не буде подано заяву про вступ.

Також варто розглянути правову природу суб'єктивного корпоративного права. Зокрема, можна звернутися до праць Ф.К. фон Савіньї, Молля та Міттенмайера, які обстоювали думку, що корпоративне право (акціонерне право) по суті має подвійну правову природу – з одного боку, йдеться про право речове (спільна власність), а з іншого – про право співучасті [25].

Станом натепер некоректно говорити про спільну власність учасників/акціонерів, оскільки з моменту внесення вкладу до статутного капіталу власником переданого майна стає юридична особа, про жодну співвласність не йдеться. Учасники ж набувають відповідних часток у статутному капіталі, які є самостійними оборотоздатними об'єктами та належать кожному з них за правом власності. Але й заперечувати речовий характер низки корпоративних прав також не варто. Ідеться про такі права, як право власності на частку/акції у статутному капіталі, право вимагати викупу акцій, право на отримання майна під час ліквідації товариства тощо.

С.В. Батрин, характеризуючи правову природу корпоративних відносин, зазначав їхню речово-правову природу, виходячи з того, що їх виникнення й існування зумовлено реалізацією власником правомочностей володіння, користування та розпорядження майном посередництвом участі в корпоративному господарюванні [26]. Отже, можна дійти висновку, що і правова природа корпоративних прав, на думку С.В. Батрина, є речовою.

На нашу думку, така позиція вченого є дещо категоричною, адже як не самі корпоративні відносини, так і не всі корпоративні права опосередковуються правомочностями володіння, користування та розпорядження. Так, наприклад, ані право участі в управлінні товариством, ані право на одержання інформації про діяльність товариства не є речово-правовими, а їх реалізація не пов'язана зі здійсненням власником акцій/частки у статутному капіталі правомочностей володіння, користування та розпорядження. Отже, хоча зазначені права і випливають, згідно із законодавством, із факту набуття права власності на акції/частку у статутному капіталі, говорити про виключно речово-правову природу корпоративних відносин, зокрема корпоративних прав, що становлять їхній об'єкт, є дещо некоректним.

На противагу вищезазначеній позиції можна навести думку Т.В. Кашаніної, яка зауважує, що корпоративні права мають змішаний характер. Учена виділяє суто корпоративні права – «право на участь в управлінні товариством», та зобов'язальні права – «право на належну акціонеру частину майна, що залишилася після ліквідації акціонерного товариства» [27]. Такої ж думки – щодо виділення суто корпоративних прав і зобов'язальних – дотримується й О.В. Щербина [28].

На наш погляд, говорячи про корпоративні права та їхню правову природу, варто визначати комплексність даного явища, оскільки воно не вичерпується лише одним із його аспектів, сутнісно проявляється по-різному, залежно від виду корпоративного права, що є предметом розгляду. Зокрема, корпоративні права мають речово-правову (право розпоряджатися своєю часткою/акціями), зобов'язальну (право на диві-

денди) та власне корпоративну природу (право на участь в управлінні, право на отримання інформації).

Розгляд питання правової природи корпоративного права буде неповним, якщо не розглянути, домінування якої концепції – унітарного єдиного права чи множинності прав – лежить в основі даного суб'єктивного права.

Зокрема, І.Т. Тарасов, який досліджував корпоративні права акціонерів ще в часи Російської імперії, наголошував на невід'ємності правомочності акціонера бути обраним від його права на участь в управлінні акціонерним товариством. Однак водночас учений класифікував корпоративні права (а не правомочності) на основні та спеціальні, де основними були: 1) право на частину акціонерного капіталу в разі ліквідації АТ; 2) право на участь в управлінні; 3) право контролю; 4) право на отримання частини прибутку; 5) право скарги, позову та протесту. Спеціальними ж були всі решта.

Отже, учений, імовірно, схилявся до існування множинності корпоративних прав, визначаючи нерозривний зв'язок між окремими з них і тими правомочностями, що становлять їхній зміст.

В.А. Бєлов, будучи прихильником концепції єдиного корпоративного права, зазначав, що будь-яке правовідношення може складатися лише з одного суб'єктивного права й одного юридичного обов'язку, який йому кореспондує [29].

Досить неоднозначний підхід, адже для правовідносин характерна наявність у них також множинності прав і обов'язків. Для ілюстрації сказаного за приклад можна взяти зобов'язальні відносини з договору підряду. Підрядник має право на: 1) оплату роботи; 2) ощадливе ведення робіт тощо. Аналогічна ситуація із множинністю обов'язків.

Окрім цього, варто зазначити, що концепція єдиного корпоративного права також спирається на той факт, що законодавець у ч. 1 ст. 167 ГК України та п. 8 ч. 1 ст. 1 ЗУ «Про АТ» визначає корпоративні права через одночасне застосування термінів «право» (сукупність прав) і «правомочність». Однак вищезазначені норми передусім акцентують увагу на тому, що корпоративні права як сукупність складаються з низки окремих одиничних прав, що є правильним підходом.

Також досить неоднозначний той факт, що, за концепцією єдиного корпоративного права, ми стикаємося із ситуацією, коли таке право не матиме єдиного змісту – останній буде встановлюватися в кожному конкретному випадку. Даний висновок випливає з положень п. 3 ч. 1 ст. 24 ЗУ «Про АТ» і ч. 2 ст. 5 ЗУ «Про ТОВ», якими передбачено можливість учасників мати й інші права, передбачені статутом товариства.

Продовжуючи, варто зазначити, що прихильники концепції єдності корпоративного права визначають решту юридичних можливостей суб'єктів корпоративних відносин як правомочності. З таким поглядом погодитися складно. Адже в такому разі правомочності суб'єктів корпоративних відносин складатимуться із власної сукупності юридичних можливостей, «субправомочностей». Наприклад, якщо вести мову про участь в управлінні товариством, то така правомочність складатиметься з таких елементів: 1) правомочність скликати загальні збори; 2) правомочність голосувати особисто чи через представника; 3) правомочність вносити питання на розгляд загальних зборів; 4) правомочність бути обраним до органів управління товариства.

Отже, про корпоративні права варто говорити в їхній множинності, а не універсальній єдності (єдине ціле), що складається із правомочностей, оскільки доходимо до абсурду, коли правомочності складаються з низки власних правомочностей.

Загалом, варто погодитися в цьому питанні з І.В. Лукач, яка, розглядаючи питання єдності чи множинності корпоративних прав, дотримується думки, що дана дискусія була створена в науковому середовищі штучно, визначає корпоративні права через їхню множинність, зазначаючи, що під ними варто розуміти «права учасників корпорації, що виникають у результаті участі у статутному капіталі на підставі правової норми».

Висновки

У результаті проведеного дослідження варто зазначити таке:

– корпоративні права є досить складним юридичним явищем, запровадженим пострадянською наукою, яке не є притаманним законодавствам іноземних держав поза пострадянським простором;

– незважаючи на те, що у світі існують юридичні конструкції «товариств у процесі створення», їх існування не передбачено українським законодавством, а тому корпоративні права не можуть існувати до моменту створення даної юридичної особи;

– корпоративні права набуваються разом із набуттям права власності на частку чи акції у статутному капіталі. Виняток – вступ до товариства спадкоємців;

– відносини щодо створення юридичної особи є засновницькими – різновидом корпоративних відносин, але право на створення юридичної особи корпоративним не є;

– чинне законодавство дозволяє розглядати бенефіціарного власника як суб'єкта корпоративних відносин і корпоративних спорів лише в частині регулювання акціонерних товариств. Тому пропонується запровадити даний підхід щодо інших юридичних осіб, шляхом внесення змін до корпоративного законодавства;

– корпоративні права мають складну правову природу. Залежно від того, яке саме корпоративне право є предметом розгляду, корпоративні права мають речово-правову, зобов'язальну та власне корпоративну природу;

– корпоративні права слід розглядати як множинність, а не як універсальну єдність.

Список використаних джерел:

1. Лукач І.В. Господарсько-правове регулювання корпоративних відносин в Україні: теоретичні проблеми : дис. ... докт. юр. наук: 12.00.04. Київ, 2016. 474 с.

2. Глусь Н.С. Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2000. 23 с.

3. Про акціонерні товариства : Закон України, у редакції від 17 жовтня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № № 50–51. Ст. 384.

4. Господарське право України : навчальний посібник / за заг. ред. С.В. Несинової. Київ : Центр учбової літератури, 2012. 564 с.

5. Шевчук О.Р., Бобер С.Ю. Корпоративні права учасника господарського товариства: проблеми правової регламентації. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. № 4. С. 186–190.

6. Кибенко Е.Р. Корпоративное право : учебное пособие. Харьков : Эспада, 1999. 480 с.

7. Schneider G., Stefano M. Doing business in Germany. 2014. URL: https://www.tiefenbacher.de/fileadmin/tiefenbacher_neu/seiteninhalt/broschueren/Doing_Business_in_Germany.pdf.

8. Кодекс комерційних компаній Польщі, затверджений постановою Сейму від 15 вересня 2000 р. URL: https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-commercial-companies-code.pdf.

9. Пальчук П.М. Корпоративне право : навчальний посібник. Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2015. 316 с.

10. Господарський процесуальний Кодекс : Закон України, у редакції від 16 листопада 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

11. Господарський кодекс : Закон України, у редакції від 17 листопада 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 18–22. Ст. 144.

12. Смітюх А.В. Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові засади : автореф. дис. ... докт. юр. наук: 12.00.04. Київ, 2019. 37 с.

13. Бігняк О.В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... докт. юр. наук: 12.00.03. Одеса, 2018. 474 с.

14. Сліпченко С.О. Особисті немайнові відносини щодо оборотоздатних об'єктів. Харків, 2013. 498 с.

15. Цивільний кодекс : Закон України, у редакції від 28 листопада 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 40–44. Ст. 356.

16. Сороченко А.В. Корпоративні права та обов'язки: господарсько-правовий аспект : автореф. дис... канд. юр. наук: 12.00.03. Київ, 2015. 20 с.

17. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України, у редакції від 2 листопада 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69.

18. Про депозитарну систему : Закон України, у редакції від 18 жовтня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 39. Ст. 517.

19. Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин : постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 4 від 25 лютого 2016 р. *Офіційна інтернет-сторінка Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16.

20. Про реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України, у редакції від 2 листопада 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № № 31–32. Ст. 263.

21. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності : Закон України, у редакції від 3 жовтня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 47. Ст. 312.

22. Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13 листопада 2018 р. у справі № 910/605/18. *Офіційна інтернет-сторінка Єдиного державного реєстру судових рішень*. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77821192.

23. Деякі питання дерегуляції господарської діяльності : постанова Кабінету Міністрів України від 27 березня 2019 р. № 367.

24. Kourtellos P.N. Nominee shareholders – valid trust arrangements or a mere façade? Mondaq. 2015. URL: http://www.mondaq.com/cyprus/x/399568/Shareholders/Nominee+shareholders+valid+trusts+arrangements+or+a+mere+faade.

25. Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях. Москва : Статут, 2000. 666 с.

26. Гарагонич О.В. Правова природа корпоративних відносин між акціонерами та акціонерним товариством. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 3. С. 130–141.

27. Кашанина Т.В. Корпоративное право (Право хозяйственных товариществ и обществ) : учебник для вузов. Москва : Норма – Инфра-М, 1999. С. 419.

28. Щербина О.В. Правове становище акціонерів за законодавством України. Київ : Юрінком-Інтер, 2001. С. 22.

29. Корпоративное право: актуальные проблемы теории и практики / под. общ. ред. В.А. Белова. Москва : Юрайт, 2009. 678 с.

The article is devoted to analysis of corporate rights' concept and their legal nature. The author studies doctrinal approaches to understanding of subjective and objective corporate rights, highlighting shortcomings of such approaches and providing his own definitions. Deeming of corporate rights as personal non-property rights has been disagreed with due to them having no signs of the latter. Emphasis has been made on the differences in the acquisition of corporate rights arising from the share in the charter capital and the shares of the company. In both cases corporate rights derive from the ownership right, but regarding shares of the company both corporate rights and ownership arise simultaneously – from the moment the information has been entered into a uniform depository system. Phenomena of founding right has been studied. Emphasis has been made on not being able to attribute this right to corporate rights due to latter arising only once a legal entity has been established. However, legal relationships, related to the exercise of the founding right, should be considered corporate. The article also explores the peculiarities of foreign legislations regarding the possibility of the existence of legal entities «in the process of creation», corporate rights in which may arise before their creation. Analysis of corporate rights has also been made through nominal shareholders' phenomena. It has been concluded, that current legislation depicts fragmentary approach when it comes to regulation of this phenomena – of all legal entities, only in joint-stock companies a beneficial owner can be a party to corporate relations. Thus, it is suggested to amend the current legislation, providing for the definition of corporate rights not only to arise from ownership but also from indirect acquisition of ownership, similarly with joint stock companies. The author also considers the matter the legal nature of corporate rights, noting the mixed nature of the latter, despite them arising from the ownership of the shares / share in the charter capital. It is also proposed to consider corporate rights from the point of view of their multiplicity, rather than a single corporate right, which consists of powers and sub-powers.

Key words: corporate rights, power, founder's right, shares, participatory interest, charter capital.

УДК 347.426
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.11

Ольга Таран,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративних та цивільно-правових дисциплін
Прикарпатського факультету
Національної академії внутрішніх справ

ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ СКАСУВАННЯМ АБО ЗАТРИМКОЮ АВІАРЕЙСУ, ЗА ДОГОВОРОМ НА ТУРИСТИЧНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ

Стаття присвячена дослідженню проблематики стягнення компенсації за скасування або затримку рейсу у разі, якщо авіаперевезення є складовою частиною туристичного продукту за договором на туристичне обслуговування. На основі аналізу норм українського законодавства, права Європейського Союзу та судової практики у справах про відшкодування шкоди, завданої неналежним наданням туристичних послуг, проведено відмежування понять «скасування рейсу» та «затримка рейсу». Автором обґрунтовується, що використання в українському законодавстві поняття «розумні строки» у характеристиці затримки та скасування рейсу зумовлює нечітке визначення критеріїв їх розмежування під час вирішення питання про призначення компенсації. На основі характеристики рішень Європейського суду пропонується уточнення пункту 6 розділу I Авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» щодо визначення розумної межі тривалості затримки або скасування рейсу.

Розглядаючи судову практику у справах про відшкодування шкоди, завданої неналежним наданням туристичних послуг у зв'язку зі скасуванням або затримкою авіарейсу, автором акцентується увага на неоднаковому вирішенні судами питання щодо суб'єкта відповідальності у цих категоріях справ. Зокрема, в одних випадках за рішенням суду компенсація за неналежне надання туристичних послуг через скасування або затримку рейсу стягується з авіаперевізника, а в інших – з туроператора. Крім того, незважаючи на доведення факту завдання матеріальної шкоди через скасування або затримку рейсу за договором на туристичне обслуговування, суди в окремих випадках відмовляють туристам у задоволенні позовних вимог у частині стягнення моральної шкоди.

Акцентується увага на необхідності тлумачення авіаперевезення як невід'ємної складової частини туристичного продукту за договором на туристичне обслуговування. Визначено доцільність введення презумпції відповідальності туроператора за неналежне надання туристичних послуг, зокрема у разі скасування або затримки рейсу, що відповідає положенням європейського законодавства про відшкодування шкоди за договорами на туристичне обслуговування та практиці Суду справедливості Європейського Союзу.

Ключові слова: договір на туристичне обслуговування, відшкодування шкоди, затримка рейсу, скасування рейсу, туристичні послуги, права туриста.

Постановка проблеми. Протягом останніх років спостерігається систематичне зростання кількості українців, які відпочивають за кордоном. Так, приріст виїзного потоку туристів-громадян України за перше півріччя 2019 року зріс на 5,6% порівняно з аналогічними періодами за минулі роки та становить 13 627 осіб [1]. Однак не всі туристичні подорожі супроводжуються наданням на належному рівні туристичних послуг, зокрема у сфері авіаперевезення. Під час туристичного сезону в Україні постійно з'являються повідомлення про вітчизняних туристів, які не можуть вилетіти додому з відпочинку. Наприклад, влітку 2018 року більше тисячі українців застрягли в аеропортах Грузії, Туреччини, Албанії та Єгипту, оскільки туроператор Join Up не оплатив послуги авіаперевізника Bravo Airways [2].

За статистичними даними Європейського Союзу, щороку лише двом відсоткам туристів вдається довести у суді своє право на компенсацію за скасування або перенесення рейсу [3]. В Україні аналогічна статистика не ведеться, однак у Реєстрі судових рішень є справи щодо відшкодування шкоди, завданої неналежним наданням туристичних послуг у зв'язку із скасуванням або затримкою авіарейсу.

© О. Таран, 2020

Про важливість якісного авіасполучення як складової частини договорів на туристичне обслуговування свідчать також положення Пам'ятки для туристів Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України 2019 року, у яких українським туристам рекомендують перевіряти місце авіакомпанії у Рейтингу пунктуальності виконання рейсів Державіаслужби України [4].

Збільшення кількості українців, що відпочивають за кордоном, наявність систематичних повідомлень про затримку рейсів з українськими туристами під час туристичного сезону, незначна кількість справ, за якими туристам вдається стягнути компенсацію за неналежне авіасполучення під час туристичної подорожі, свідчать про актуальність дослідження сучасного стану та перспектив розвитку законодавства України у сфері відшкодування шкоди за скасування або затримку авіарейсу за договором на туристичне обслуговування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у вивчення поняття, правової природи, особливостей укладення, виконання та припинення цивільно-правових зобов'язань у сфері туризму здійснили Б.І. Вихристенко, М.М. Гудима, Н.М. Зільник, В.О. Кохановський, В.В. Луць, О.Ю. Серьогін, Н.І. Турчак, Н.В. Федорченко, Р.І. Яворський. Проблематиці виконання договорів на туристичне обслуговування та відшкодування шкоди за порушення надання туристичних послуг присвячені публікації І.І. Банасевич, А.Б. Гриняка, М.М. Гудими-Підвербецької, Н.С. Камінської, М.Д. Пленюк, М.В. Семенової. Незважаючи на значну кількість наукових досліджень у сфері правового регулювання договору на туристичне обслуговування, порядок стягнення компенсації за скасування або затримку рейсу під час туристичної подорожі залишається не досить вивченим.

Мета статті – дослідження відшкодування шкоди, завданої скасуванням або затримкою авіарейсу за договором на туристичне обслуговування, виявлення проблемних аспектів отримання туристом компенсації, а також формулювання пропозицій удосконалення норм українського законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Для характеристики стягнення компенсації за скасування або затримку авіарейсу за договором про надання туристичних послуг першочергове значення має здійснення відмежування понять «скасування рейсу» та «затримка рейсу» з урахуванням норм національного та європейського права, а також судової практики.

Так, зі змісту статей 5 та 6 Регламенту (ЄС) Європейського Парламенту та Ради від 11 лютого 2004 року № 261/2004 про запровадження загальних правил компенсації та допомоги пасажирам у разі відмови у перевезенні та скасування чи тривалої затримки рейсів (надалі – Регламент № 261/2004) випливає, що у відмежуванні затримки та скасування рейсів враховується час запланованої відправки рейсу та дальність польоту. Зокрема, затримкою для авіарейсів з дальністю польоту включно до 1500 кілометрів вважається відсутність відправки протягом 2 годин, для авіарейсів у межах ЄС та рейсів з дальністю польоту від 1500 до 3500 кілометрів – протягом 3 годин, а для рейсів з більшою дистанцією – відсутність відправки протягом 4 годин [5]. Для характеристики скасування рейсу стаття 5 Регламенту 261/2004 містить вказівку на обов'язок авіаперевізника надати інформацію пасажирам про альтернативні маршрути, сприяти їм у поверненні вартості квитка або пересадці на інший маршрут, однак не визначає особливостей щодо дистанції польоту чи інших характеристик у разі призначення компенсації.

Водночас відповідно до Авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» (надалі – Авіаційні правила України) у разі визначення затримки та скасування рейсу використовується термін «розумні строки», які за пунктом 6 розділу I Авіаційних правил охоплюють дві години або більше щодо всіх рейсів дальністю 1500 кілометрів або менше, три години або більше – для всіх рейсів дальністю понад 1500 до 3500 кілометрів; чотири години або більше – для всіх інших рейсів [6].

Під час порівняння положень Регламенту ЄС № 261/2004 та Авіаційних правил України щодо співвідношення понять «затримка рейсу» та «скасування рейсу» слід звернути увагу на використання у національному законодавстві формулювань «дві години або більше», «три години або більше», «чотири години або більше». Якщо за Регламентом ЄС № 261/2004 у визначенні затримки рейсу строки є абсолютно визначеними та становлять, наприклад, у разі дальності польоту до 1500 кілометрів дві години від запланованого часу вильоту, то в Авіаційних правилах України введення терміна «розумні строки» у пункті 6 Розділу I призводять до нечіткого визначення критеріїв розмежування строків затримки рейсу. Зокрема, у разі дальності польоту до 1500 кілометрів встановлено відносний строк у дві години або більше. При цьому не визначеною залишається верхня

межа затримки рейсу, що має ключове значення під час призначення компенсації, адже, наприклад, не можна ототожнювати збитки пасажира у разі затримки рейсу дальністю польоту до 1500 кілометрів на дві години та на 15 годин.

Офіційне тлумачення співвідношення термінів «затримка рейсу» та «скасування рейсу» під час відшкодування шкоди пасажиру встановлено у рішеннях Європейського суду (Четверта Палата) у справах № С-402/07 Крістофер Стерджен та інші проти авіакомпанії "Condor Flugdienst GmbH" та № С-432/07 Стефан Бек, Корнелія Лепушиц проти авіакомпанії "Air France SA". Відповідно до цих судових актів статті 5, 6 та 7 Регламенту № 261/2004 для вирішення питання про виплату компенсації слід застосовувати так: пасажири, рейси яких затримуються, прирівнюються до пасажирів, рейси яких скасовані, якщо затримка дорівнює або перевищує три години, тобто пасажири досягають свого кінцевого пункту призначення на три або більше годин пізніше, ніж це визначено у розкладі рейсів авіаперевізника [7].

Таким чином, затримка рейсу на три або більше годин за рішеннями Європейського суду у справах № С-402/07 та № С-432/07 прирівнюється за цивільно-правовими наслідками до скасування рейсу та надає право туристу на аналогічну компенсацію у розмірі: 250 євро за авіарейсами із дальністю польоту до 1500 км; 400 євро за авіарейсами із дальністю польоту від 1500 до 3500 км; 600 євро – для всіх інших авіарейсів. Якщо затримка рейсу становить менше як три години, то, застосовуючи тлумачення із наведених вище судових рішень Європейського суду та положення пункту а) параграфу 1 статті 8 Регламенту № 261/2004, пасажир має право на забезпечення прохолодними напоями та харчуванням під час очікування відправки рейсу, на поселення в готелі, якщо час очікування у разі зміни маршруту становить одну або кілька ночей або на відшкодування повної вартості квитка на авіарейс.

Отже, визначення у рішеннях Європейського суду у справах № С-402/07 та № С-432/07 мінімального строку у три години для встановлення компенсації за затримку рейсу у тому ж самому розмірі як у разі скасування авіаперельоту розширює права туристів на отримання відповідного відшкодування. На відміну від європейського законодавства, згідно з главою 4 розділу XV Авіаційних правил України пасажири, рейс яких затримують, мають право від авіаперевізника на забезпечення напоями, харчуванням, здійснення двох безкоштовних дзвінків чи повідомлень, а у разі затримки рейсу на більше як 5 годин – відшкодування вартості повітряного перевезення або зміну маршруту. Таким чином, право на отримання грошової компенсації за затримку рейсу за Авіаційними правилами України максимально визначене у розмірі вартості квитка та буде однаковим у разі затримки рейсу на 5 годин чи на 15 годин.

З метою гармонізації українського законодавства із нормами Регламенту ЄС № 261/2004 та судовою практикою Європейського суду у справах про стягнення компенсації за скасування або затримку рейсу слід уточнити положення Авіаційних правил України щодо строків затримки авіарейсу, зокрема із визначення тривалості «розумних строків» потрібно видалити формулювання «або більше» та викласти пункт 6 розділу I Авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» у такій редакції: «розумні строки – період часу, розумна межа тривалості якого під час повітряного перевезення пасажира (багажу) становить дві години – щодо всіх рейсів дальністю 1500 кілометрів або менше; три години – для всіх рейсів дальністю понад 1500 до 3500 кілометрів; чотири години – для всіх інших рейсів». Уточнення тривалості строків сприятиме більш чіткому відмежуванню розумних строків затримки рейсів із різною дальністю польоту.

Крім цього, з метою забезпечення прав туристів та інших пасажирів на відшкодування шкоди слід передбачити можливість отримання компенсації за затримку авіарейсу у розмірі вищому, ніж вартість квитка та викласти пункт 3 глави 4 розділу XV Авіаційних правил України у такій редакції: «У разі затримки рейсу понад розумні строки авіаперевізник має забезпечити пасажирам можливість зміни маршруту або відшкодувати вартість авіаперевезення, а у разі затримки рейсу понад 3 години пасажири мають право на отримання компенсації у розмірі, визначеному пунктом 5 глави 2 розділу XV Авіаційних правил України», тобто за аналогією із судовою практикою Європейського суду передбачити у законодавстві право пасажира отримати відшкодування за затримку рейсу понад три години у розмірі, аналогічному, як у разі скасування рейсу.

Під час розгляду справ щодо стягнення компенсації, завданої туристу затримкою або скасуванням авіарейсу, використовується загальноприйнятий у цивілістиці підхід до умов настання цивільно-правової відповідальності, що охоплює: наявність шкоди, протиправність поведінки особи, що заподіяла шкоду, причинний зв'язок між цією поведінкою та завданою шкодою, а також

вина заподіювача шкоди. Відповідно до статей 22 та 23 Цивільного кодексу України шкода поділяється на майнову (реальні збитки та упущена вигода) та моральну.

У разі скасування або затримки авіарейсу наявна як майнова, так і моральна шкода. Однак суди, задовольняючи позовні вимоги щодо стягнення майнової шкоди, в окремих випадках відмовляють у стягненні моральної шкоди за порушення договорів на туристичне обслуговування. Наприклад, у рішенні у справі № 761/6433/18 Шевченківський районний суд м. Києва зобов'язав туроператора оплатити майнові збитки за ненадані туристичні послуги в сумі 36 899,00 грн, однак відмовив у стягненні моральної шкоди, оскільки позивач не надав доказів, які підтверджували б її настання [8]. У зв'язку з цим слід закцентувати увагу на правовій позиції Верховного Суду у справі № 761/35935/15-ц від 30 жовтня 2019 року, у якій встановлено, що під час вирішення питання про стягнення моральної шкоди за неналежне надання туристичних послуг суди мають враховувати, що за ч. 1 ст. 25 Закону України «Про туризм» туристи мають право на відшкодування моральних збитків. Оскільки рейс позивачів було затримано, а туроператор не надав послуги трансферу із аеропорту до готелю, це призвело до душевних хвилювань туристів і розчарування від подорожі. Також туроператор не надав доказів того, що моральна шкода була компенсована ним добровільно або шляхом надання додаткових туристичних послуг, тому суд задовольнив частково касаційну скаргу та зобов'язав туроператора виплатити туристам моральну шкоду [9]. Отже, під час розгляду справ про стягнення шкоди за скасування або затримку авіарейсу за договором на туристичне обслуговування у разі наявності достатніх підстав для стягнення майнової шкоди моральна шкода також підлягає компенсації.

Також необхідною умовою настання цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди є протиправність поведінки заподіювача шкоди. Окрему увагу слід звернути на те, що суди неоднаково вирішують питання про суб'єкта відповідальності у справах про стягнення компенсації за скасування чи затримку авіарейсу за договором про надання туристичних послуг. В одних випадках цим суб'єктом є туроператор, адже він відповідає за організацію туристичної подорожі, а в інших судових справах – авіакомпанія, яка безпосередньо забезпечує авіапереліт, що підтверджується матеріалами судової практики.

Наприклад, у провадженні Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області розглядалась цивільна справа за позовом фізичної особи до турагентства ТОВ «Туристична компанія «КРАСНА» та туроператора ТОВ «Оазіс Тревел Україна» про стягнення шкоди, завданої невиконанням умов договору на туристичне обслуговування. Відповідно до матеріалів справи позивачем було сплачено турагенту «Туристична компанія «КРАСНА» грошові кошти за туристичну подорож до Тунісу, однак через скасування авіарейсу туристичні послуги не були надані. У рішенні суду від 05.06.2019 р. до майнової відповідальності за порушення договору на туристичне обслуговування було притягнуто туроператора [10].

Натомість в аналогічному випадку у рішенні Корольовського районного суду м. Житомира від 18.10.2019 р. збитки за скасування авіарейсу було стягнуто з авіакомпанії ТОВ «ЯНЕІР» ЛТД у розмірі фактично сплачених коштів за договором про надання туристичних послуг загальною сумою 18 340,74 гривень [11].

Також поширеною є ситуація, коли за ненадання туристичних послуг через скасування авіарейсу притягують солідарно туроператора та авіакомпанію, зокрема туроператор відшкодовує кошти, сплачені туристом за туристичну подорож, а авіакомпанія сплачує компенсацію за скасування авіарейсу. Наприклад, рішенням Ленінського районного суду м. Харкова від 21.03.2019 р. за порушення договору на туристичне обслуговування до цивільно-правової відповідальності було притягнуто солідарно туроператора та авіперевізника, а саме із туроператора ТОВ «Оазіс Тревел Україна» стягнуто збитки у розмірі сплачених позивачем коштів за договором на туристичне обслуговування та пеню, а з авіаперевізника ТОВ «Авіакомпанія Браво» – компенсацію за скасування авіарейсу до Тунісу [12].

Враховуючи наведені приклади судової практики, для відмежування відповідальності туроператора та авіаперевізника за скасування авіарейсу слід враховувати, що визначення суб'єкта, протиправність поведінки якого призвела до неналежного надання туристичних послуг, залежить в основному від змісту договору на туристичне обслуговування. На практиці у ці договори часто включають положення про те, що туроператор не несе відповідальності за скасування авіарейсу або передає відповідні претензії на розгляд авіакомпанії. Наприклад, у Типовому договорі на туристичне обслуговування туроператора «Зевс Тревел» у пункті 8.4. щодо відповідальності сторін вказано, що у випадках скасування чи зміни часу відправлення та/чи прибуття регулярних рей-

сів туроператор передає претензії туриста на розгляд авіакомпанії [13]. Включаючи відповідні положення до тексту договору, туроператор страхує себе від відповідальності.

Однак відповідно до статті 20 Закону України «Про туризм» за договором на туристичне обслуговування туроператор зобов'язується надати туристу комплекс туристичних послуг (туристичний продукт), а згідно з положеннями статті 1 цього Закону, туристичний продукт поєднує не менше ніж дві такі послуги, зокрема послуги перевезення, послуги розміщення та інші туристичні послуги [14]. Таким чином, законодавець визначає послуги перевезення як невід'ємну складову частину договору на туристичне обслуговування і туроператор, реалізуючи туристичний продукт, відповідає за його виконання у повному обсязі.

Оскільки авіаперевезення входить до складу туристичного продукту, то і відповідальність за скасування або затримку рейсу має нести перед туристом не авіаперевізник, а туроператор. Це відповідає також європейській судовій практиці. Зокрема, відповідно до рішення Суду справедливості Європейського Союзу від 10 липня 2019 року у справі № C 163/18 пасажири, які постраждали від скасування рейсу, що є частиною пакетної туристичної подорожі, не можуть вимагати від авіаперевізника відшкодування, а мають право на компенсацію вартості квитків у організатора своєї поїздки [15]. При цьому право на компенсацію від організатора поїздки зберігається також у разі, якщо він фінансово не здатний відшкодувати вартість квитка і не вживає заходів для гарантії такого відшкодування.

Висновки

З метою уніфікації правового механізму притягнення до відповідальності за шкоду, завдану скасуванням або затримкою авіарейсу за договором на туристичне обслуговування, статтю 20 Закону України «Про туризм» варто доповнити презумпцією відповідальності туроператора за неналежне авіаперевезення. Введення цієї презумпції відповідає концепції єдності і неподільності туристичного продукту, судовій практиці Європейського Суду справедливості та спрямоване на покращення захисту прав туристів у цій сфері, а практично забезпечуватиметься у межах статті 15 Закону «Про туризм», згідно з якою туроператор має обов'язково здійснити фінансове забезпечення своєї цивільної відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Департамент туризму та курортів. Інформація щодо відвідування України іноземними туристами та виїзду громадян України за кордон. І півріччя 2016–2019 років. URL: http://www.me.gov.ua/Documents/List?lang=uk-UA&id=be44a1a7-69b3-4a77-a86a-447499abcdd6&tag=Analitika&isSpecial=true (дата звернення: 04.02.2020).

2. Без воды, еды и объяснений. Как украинцы стали «заложниками» заграничных аэропортов и кто за это ответит. URL: https://112.ua/glavnye-novosti/bez-vody-edy-i-obyasneniy-kak-ukraincy-stali-zalozhnikami-zagranichnyh-aeroportov-i-kto-za-eto-otvetit-452274.html (дата звернення: 04.02.2020).

3. Busson Th. Delayed Flight Compensation: A Complete Guide to Know How to Claim. URL: https://www.claimcompass.eu/blog/delayed-flight-compensation/ (дата звернення: 04.02.2020).

4. Пам'ятка для туристів Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 04.06.2019 р. URL: http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=42e3bc7a-2dec-42b2-9e3b-4cbdc436484e&title=PamiatkaDliaTuristiv&isSpecial=true (дата звернення: 04.02.2020).

5. Регламент (ЄС) Європейського Парламенту та Ради про запровадження загальних правил компенсації та допомоги пасажирам у разі відмови у перевезенні та скасування чи тривалої затримки рейсів від 11 лютого 2004 року № 261/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_912 (дата звернення: 04.02.2020).

6. Про затвердження Авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» : Наказ Державної авіаційної служби України від 26.11.2018 №1239. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0141-19#top (дата звернення: 04.02.2020).

7. Joined Cases of European Court No. C-402/07 and No. C-432/07 from November, 19, 2009. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0402 (дата звернення: 04.02.2020).

8. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 13 вересня 2018 р., судова справа № 761/6433/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77036511 (дата звернення: 04.02.2020).

9. Правова позиція Верховного Суду від 30 жовтня 2019 р., судова справа № 761/35935/15-ц. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/85582027 (дата звернення: 04.02.2020).

10. Рішення Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 05 червня 2019 р., судова справа № 344/17019/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82415446 (дата звернення: 04.02.2020).

11. Рішення Корольовського районного суду м. Житомира від 18.10.2019 р., судова справа № 296/359/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86253715 (дата звернення: 04.02.2020).

12. Рішення Ленінського районного суду м. Харкова від 21.03.2019 р., судова справа № 642/6923/18. URL: https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/80771596/ (дата звернення: 04.02.2020).

13. Типовий договір на туристичне обслуговування туроператора «Зевс Тревел». URL: http://www.zeus.travel/texts/docum/tourist_treatment.pdf (дата звернення: 04.02.2020).

14. Про туризм : Закон України від 15.09.1995 № 324/95-ВР зі змінами та доповненнями. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.

15. Рішення Суду справедливості Європейського Союзу від 10 липня 2019 р., судова справа № C 163/18. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216037&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3615049 (дата звернення: 04.02.2020).

The article is concerned with analysis of recovery of damages problematic for cancellation or flight delay to the extent that aviation operations is a part of tourism product under Agreement for tourist services. On the ground of the analysis of the norms of the Ukrainian legislation, the Law of the European Union and the Jurisprudence in cases of compensation of damage inflicted by inappropriate provision of tourist services, realization of concept delimitation of "flight cancellation" and "flight delay". The author grounded that the use of the term "reasonable timeframes" in the Ukrainian legislation in characterizing the flight delay and flight cancellation causes a fuzzy definition of the criteria for their delimitation when deciding the assignment of compensation. On the ground of the characteristics of the European Court, it is proposed to clarify paragraph 6 of section I of the Aviation Rules of Ukraine "Rules for the Air Conveyance and Passenger and Passenger and Baggage Handling" conceivably reasonable limit of delay or cancellation of flight.

In consideration of the case law on compensation of damage inflicted by the inappropriate provision of tourist services, on grounds of cancellation or delay of flight, the author focuses his attention on the unequal court decision regarding the subject of liability in these categories of cases. In particular, in some cases, compensation for improper provision of tourist services through cancellation or delay of a flight is charged to the carrier by the court and in others by the tour operator. In addition, despite proving the fact of pecuniary damage caused by cancellation or delay of flight under Agreement for tourist services, the courts in some cases refuse tourists to satisfy the claim for non-pecuniary damage.

Author focuses his attention on the need to interpret air travel as an integral part of a tourism product under Agreement for tourist services. The expediency of introducing the presumption of liability of the tour operator for the improper provision of tourist services, in particular in the event of cancellation or delay of flight, which complies with the provisions of the European legislation on compensation for damage under Agreement for tourist services and the practice of the Court of Justice of the European Union has been determined.

Key words: agreement for tourist services, compensation of damage, flight delay, cancellation of flight, tourist services, tourist rights.

УДК 342; 341.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.12

Олександр Чумак,
докт. юрид. наук, заслужений юрист України,
заступник начальника з економічної та адміністративно-фінансової роботи
Льотної академії
Національного авіаційного університету

ОСОБЛИВОСТІ КОЛІЗІЙНОГО РЕГУЛЮВАННЯ УКЛАДАННЯ ШЛЮБУ

У статті досліджено проблему колізійного регулювання шлюбу, обтяженого елементом іноземної країни, та питання початку сімейних правовідносин. На основі розкриття сутності сімейних правовідносин з елементом закордонної країни їх групи виокремлено й охарактеризовано з погляду права. Також описані форма і порядок урегулювання шлюбу як на національному рівні, так і з урахуванням міжнародного законодавства. Наголошено, що закони про врегулювання шлюбу в різних країнах відрізняються. Законодавство в більшості країн містить норми, які визначають матеріальні та формальні умови в разі укладення шлюбу, їх дотримання є неодмінною умовою його дії. Порівнюючи норми вітчизняного та міжнародного законодавства, ми з'ясували умови, які безпосередньо пов'язані з дійсністю шлюбу, зокрема щодо шлюбного віку, добровільності та моногамії. У статті подано міжнародний правовий аналіз форм укладення шлюбу порівнянно з вітчизняним законодавством. Шлюб може бути врегульований у різних формах. Міжнародне законодавство підкреслює, що шлюб повинен бути зареєстрований відповідно до закону після того, як оголошено про це належним чином, у присутності представника держави, уповноваженої на здійснення цієї процедури, та свідків. Конвенція зобов'язує держави-члени забезпечувати ведення реєстрів шлюбів, виданих уповноваженим органом. Органи, уповноважені видавати свідоцтво про шлюб і вести шлюбні реєстри, визнаються Конвенцією Міжнародного комітету про сімейний стан про видачу свідоцтва про право на шлюб. Автор пропонує низку кроків для вирішення колізійного регулювання шлюбу, обтяженого елементом іноземної країни. Зроблено висновок, що теоретичних знань колізійної норми та законодавства іншої держави може бути недостатньо для практичного застосування й реалізації своїх прав. Варто брати до уваги колізійну норму та можливість зворотного відсилання, відсилання до права третьої країни, ураховувати наслідки кваліфікації юридичних понять, факт імплементації міжнародних конвенцій і договорів.

Ключові слова: іноземний елемент, колізії, сімейні правовідносини, матеріальні і формальні умови, укладання шлюбу.

Постановка проблеми. Інститут сімейного права невпинно змінюється під тиском соціально-економічних обставин, піддається впливу трансформацій сучасного світу, змін його пріоритетів і культурних уподобань. Як осередок прошарку суспільства сім'я відображає всі зміни, що відбуваються в соціумі.

Особливо відчутних і неоднозначних змін інститут сім'ї зазнав в європейських країнах у другій половині XX – на початку XXI ст. Свою специфіку мають ці зміни на пострадянському просторі, де вони зумовлені як загальноцивілізаційними тенденціями розвитку шлюбно-сімейної сфери, так і впливом чинників, пов'язаних із системною кризою, отже, несуть на собі особливо значний тягар невирішених соціальних, економічних, морально-етичних проблем [2, с. 48].

Існування родин, «обтяжених» іноземним елементом, ускладнюється відсутністю єдності у правовому регулюванні сімейних відносин матеріально-правовими нормами різних держав. Це зумовлено тим, що на формування національного законодавства кожної держави, включаючи і сімейне, впливають соціально-економічні, релігійні, побутові особливості, що, у свою чергу, породжує колізії, коли сімейні відносини ускладнюються іноземним елементом [1, с. 234].

Актуальність порушеної теми зумовлюється важливістю своєчасного регулювання сімейних відносин з іноземними особами або особами без громадянства у просторі міжнародного права.

Сімейні відносини в межах міжнародного приватного досліджували небагато науковців, зокрема: А. Довгерт, Г. Матвєєв, О. Мережко, О. Турченко, К. Казарян, А. Шебанова. Окремі аспекти проблеми розглядалися Є. Дрижчаною, В. Кисилем, Н. Орловою, хоча жодна з їхніх праць не розкривала безпосередньо сімейні відносини.

© О. Чумак, 2020

Метою статті є дослідження можливостей подолання конфлікту колізійних норм за укладання шлюбу в міжнародному приватному праві.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж перейдемо до розкриття колізійних норм щодо регулювання укладання шлюбу, обтяженого іноземним елементом, звернемося до національного законодавства з метою визначення сутності сімейних відносин.

Визначення сім'ї в юридичному значенні та в новому Сімейному кодексі України відсутнє. У ст. 3 лише зазначається, що сім'я є первинним і основним осередком суспільства, а також дається визначення складу сім'ї, до якої належать особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права й обов'язки [11, ст. 3]. Таке визначення не є досить вдалим, адже не розкриває змісту, ознак, а лише визначає місце сім'ї в суспільстві.

В юридичній літературі у визначеннях під сім'єю розуміють: союз осіб, пов'язаних шлюбом чи родинністю; союз осіб, заснований на вільному і рівноправному шлюбі, близькій родинності, усиновленні чи іншій формі виховання дитини і який характеризується спільністю життя й інтересів цих осіб, наділених відповідними правами й обов'язками; об'єднання осіб, що природно формується в реальному житті, ґрунтується на шлюбі, родстві, усиновленні чи інших формах відносин між цими особами і характеризується спільністю духовного, матеріального життя й інтересів, що забезпечують продовження роду і виховання дітей; цілісне соціальне утворення, що характеризується внутрішньою єдністю і поєднанням частин в єдине ціле; первинний і багатогранний осередок нашого суспільства; активну соціальну групу, побудовану на шлюбі чи на родинних відносинах.

Отже, здебільшого сім'я розглядається як союз (утворення) осіб, що пов'язані відносинами шлюбу, родства чи усиновлення.

Форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України й іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України [8, ст. 56] (ст. ст. 26, 51 Конституції України, ст. 21 Сімейного кодексу України).

Виходячи з норм ст. 1 Закону України «Про міжнародне приватне право» [8], правовідносини з іноземним елементом можна поділити на кілька груп:

– відносини, суб'єктом яких є громадянин України, який проживає за межами України, особа, яка за своїм характером є іноземцем. Згідно із Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземцем є особа, що не має громадянства України і є громадянином (підданим) іншої держави чи держав; особа без громадянства – це особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином (ч. ч. 1, 2 ст. 1) [9], або іноземна юридична особа;

– відносини, у яких всі учасники, хоча і належать до однієї держави, але об'єкт (майно), у зв'язку з яким виникають ці відносини, перебуває на території іноземної держави;

– відносини, виникнення, зміна або припинення яких пов'язані з юридичним фактом, що має місце на території іноземної держави.

Отже, сімейні відносини з іноземним елементом – це відносини, суб'єктами (суб'єктом) яких є: громадянин України, який проживає за межами України, іноземець, особа без громадянства; або виникнення, зміна, припинення яких пов'язані з юридичним фактом, що має місце на території іноземної держави. Зокрема, до таких відносин належать укладення чи розірвання шлюбу з іноземним громадянином на території України; усиновлення дитини, що є громадянином України, але проживає за її межами; укладення шлюбу громадянами України за її межами.

Зупинимося на дослідженні особливостей правого регулювання реєстрації шлюбу громадянина України з іноземцем, особами без громадянства та шлюбу між іноземцями в Україні.

Відповідно до ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право» [8], право на шлюб визначається особистим законом кожної з осіб, які подали заяву про укладення шлюбу. У разі укладення шлюбу в Україні застосовуються вимоги Сімейного кодексу України. У свою чергу, сімейне законодавство України не має обмежень для укладення шлюбів з іноземним елементом.

Ст. 21 Сімейного кодексу України в розкритті сутності шлюбу, визначаючи його як сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану, дає можливість укладати шлюб громадянам України з іноземцями й особами без громадянства. Навіть більше, як ми зазначали вище: форма і порядок укладення шлюбу в Україні між громадянином України й іноземцем або особою без громадянства, а також між іноземцями або особами без громадянства визначаються правом України [8, ст. 56].

У разі укладання шлюбу, обтяженого іноземним елементом, виникає комплекс

питань, як-от: законодавством якої країни мають регулюватися сімейні відносини, які наставатимуть юридичні наслідки?

Варто зазначити, що поняття «колізія законів» і «вибор» норми права законодавства, що підлягає застосуванню, умовні, тому що той чи інший із «колізійних» законів обирається відповідними органами не довільно, а відповідно до обов'язкового для них правила про вибір закону, так званої «колізійної норми», що міститься в законодавстві даної країни чи в укладеному нею міжнародному договорі [7, с. 9].

Отже, встановлення колізійної норми передбачається ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право», де право на шлюб визначається особистим законом фізичної особи, яким є право держави, громадянином якої є ця особа [8, ст. 16].

Правові наслідки укладання шлюбу подружжям, ускладненим іноземним елементом, визначаються ст. 60 Закону України «Про міжнародне приватне право», у якій береться до уваги наявність спільного особистого закону; останнє спільне місце проживання подружжя, а за відсутності такого – право, за яким обидва з подружжя мають найбільш тісний зв'язок іншим чином; або обирається право, що буде застосовуватися до правових наслідків шлюбу, якщо подружжя не має спільного місця проживання або якщо особистий закон жодного з них не збігається із правом держави їхнього спільного місця проживання.

Варто зауважити, що регулювання права щодо укладання шлюбу в різних країнах відрізняється. Законодавство більшості країн містить норми, що визначають матеріальні та формальні умови укладання шлюбу, а їх дотримання підч ас укладання шлюбу є обов'язковою умовою для подальшої його дійсності [10].

До матеріальних умов О. Розгон відносить умови, з дотриманням яких пов'язується питання дійсності шлюбу. Насамперед це шлюбний вік. У різних країнах встановлено різний шлюбний вік. В Україні для чоловіків і жінок – 18 років (ст. 22 Сімейного кодексу України), в Австралії шлюбний вік – 16 років для жінок і 18 років для чоловіків, у Франції – 15 років для жінок і 18 років для чоловіків, в Англії – 16 ро¬ків для жінок і чоловіків, в Еквадорі та Колумбії він становить 12 років для жінок і 14 років для чоловіків, у Перу – 14 та 16 років відповідно [10].

Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 7 листопада 1962 р. (набрала чинності 9 грудня 1964 р.) виступає за недопущення шлюбів із дітьми й укладання шлюбів із дівчатами, які не досягли полової зрілості. Конвенція забороняє укладання шлюбу особою, яка не досягла мінімального шлюбного віку (крім випадків, коли компетентний орган, ураховуючи інтереси сторін і конкретні обставини, надає відповідний дозвіл) [5].

Для забезпечення правового захисту та застосування колізійного регулювання використовуються положення Конвенції про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах, укладеної країнами Співдружності Незалежних Держав [6]. Так, у ст. 26 вказаної Конвенції зазначено, що умови укладення шлюбу визначаються для кожного майбутнього подружжя законодавством країни, громадянином якої він є, а для осіб без громадянства – законодавством договірної сторони, що є їхнім постійним місцем проживання. Крім того, щодо перешкод до укладення шлюбу повинні бути дотримані вимоги законодавства договірної сторони, на території якої укладається шлюб [6].

Добровільність є наступною обов'язковою умовою для визнання законності шлюбу. Ця умова дотримується національним законодавством України, а саме ст. 24 Сімейного кодексу України, де примушення жінки та чоловіка до шлюбу не допускається [11]. У ст. 55 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено недійність шлюбу, у разі укладання його в Україні застосовуються вимоги Сімейного кодексу України. Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 7 листопада 1962 р. визначає, що шлюб може бути укладений тільки за вільної і повної згоди обох сторін, що беруть шлюб [5]. У тексті Конвенції наголошено, що Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй у резолюції 843 (IX) від 17 грудня 1954 р. зазначила, що деякі застарілі звичаї, закони й практика щодо шлюбу та родини суперечать принципам, викладеним в Уставі Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) і Загальній декларації прав людини. У зв'язку із чим усі держави, зокрема й ті, які несуть або приймають на себе відповідальність за управління підопічними територіями до досягнення ними незалежності, повинні вжити всіх належних заходів для скасування таких застарілих звичаїв, законів і практики шляхом забезпечення, зокрема, повної волі вибору чоловіка, повного скасування шлюбів із дітьми й укладання шлюбів із дівчатами, які не досягли полової зрілості.

Сімейним кодексом України одношлюбність визнано обов'язковою ознакою для визнання шлюбу законним (ст. 25), визначено право на повторний шлюб тільки після

припинення попереднього. У законодавстві більшості країн даний принцип дотримується, перебування в іншому шлюбі є перешкодою для укладання наступного. Винятком є країни мусульманського права, де передбачається можливість для чоловіка укладати до чотирьох шлюбів. Коран дозволяє і багатошлюбність. Іслам дозволяє чоловіку мати чотири дружини, але він може розлучитися з однією з них і одружитися ще раз. У мусульманських країнах у паспорті ставиться відмітка про всі чотири шлюби [10].

Більшість науковців до формальних умов відносять вимоги, які висуваються до процедури оформлення шлюбу, тобто стосуються форми укладання шлюбу. Шлюб може укладатися в різноманітних формах. Основними є цивільна (державна), релігійна (церковна) та змішана форми [10].

З метою дотримання прав людини та її основних свобод ООН запропоновано багатосторонню Конвенцію про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбів від 7 листопада 1962 р. (набрала чинності 9 грудня 1964 р.) [5]. Учасницями цієї Конвенції є майже сорок держав (Австрія, Федеративна Республіка Німеччина, Великобританія, Канада, Мексика й ін.), Україна не бере участі в цій Конвенції. Норми Конвенції ґрунтуються на правилах Загальної декларації прав людини, що проголошують право чоловіків і жінок, які досягли повноліття, брати шлюб та засновувати сім'ю без усяких обмежень за ознакою раси, національності чи релігії [3, ст. 16]. Конвенція передбачає, що шлюб повинен бути зареєстрований відповідно до закону, після належного оголошення, у присутності представника влади, який має право на реєстрацію, у присутності свідків. Конвенція зобов'язує країни-учасниці забезпечити ведення відповідних реєстрів укладених шлюбів компетентним органом [5].

У свою чергу, органи, компетентні видавати свідоцтва та вести відповідні реєстри з укладання шлюбу, визнані Конвенцією Міжнародної комісії із цивільного стану про видачу свідоцтва на право вступу у шлюб [4]. У ст. 8 вказаної Конвенції зазначено, що під час підписання, ратифікації, увхалення або приєднанні договірні держави призначать органи, компетентні видавати свідоцтва [4].

У деяких країнах допускається укладання шлюбу лише в релігійних установах (наприклад, Ізраїль, Іран, Ірак, Кіпр, Ліхтенштейн та інші). Так, наприклад, офіційне укладання шлюбу громадянина Сирії з іноземкою, відповідно до місцевого законодавства, може відбутися лише за його реєстрації органами реєстрації цивільного стану Сирії. Проте, відповідно до ч. 1 ст. 21 Сімейного кодексу України, шлюбом є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану. Що стосується релігійного обряду з укладання шлюбу, то він, відповідно до ч. 3 ст. 21 Сімейного кодексу України, не вважається підставою для виникнення в жінки та чоловіка прав і обов'язків подружжя, крім випадків, коли релігійний обряд шлюбу відбувся до створення або відновлення державних органів реєстрації актів цивільного стану.

Змішаною формою укладання шлюбу є обрання молодими на вибір державної реєстрації чи релігійної форми. Це практикується в таких країнах, як: Австралія, Англія, Бразилія, Іспанія, Італія, Канада й ін. [10].

Висновки

Резюмуючи викладене вище, варто зазначити, що теоретичних знань колізійної норми та законодавства іншої держави може виявитися недостатньо для практичного застосування й реалізації своїх прав. Варто брати до уваги колізійну норму та можливість зворотного відсилання, відсилання до права третьої країни, ураховувати наслідки кваліфікації юридичних понять, факт імплементації міжнародних конвенцій і договорів.

Список використаних джерел:

1. Сімейне право України : підручник / Л. Баранова та ін. Київ : Юрінком-Інтер, 2006. 264 с.

2. Демчук О. Сімейні цінності як парадигма інституту життєдіяльності. *Нова педагогічна думка*. 2017. № 1 (89). С. 47–49.

3. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 04.01.2020).

4. Конвенція Міжнародної комісії з цивільного стану про видачу свідоцтва на право вступу у шлюб від 5 вересня 1980 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_888 (дата звернення: 04.01.2020).

5. Конвенція про згоду на взяття шлюбу, шлюбний вік та реєстрацію шлюбу від 10 грудня 1962 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_242 (дата звернення: 04.01.2020).

6. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/997_009 (дата звернення: 04.01.2020).

7. Орлова Н. Брак и семья в международном частном праве. Москва : Международные отношения, 1966.

8. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709–IV. Дата оновлення: 20.10.2019. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#n251 (дата звернення: 03.01.2020).

9. Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства : Закон України від 22 вересня 2011 р. № 3773–VI. Дата оновлення: 25.08.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3773-17#Text (дата звернення: 03.01.2020).

10. Розгон О. Укладання шлюбу громадянина України з іноземцем за кордоном. *Юридичний радник*. 2011. № 6 (60). С. 1–8.

11. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947–III. Дата оновлення: 28.08.2018. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 03.01.2020).

The article investigates the problem of the conflict-of-law regulation of marriage burdened by a foreign country element and the issue of the start of family legal relationships. Based on the revealing the essence of family legal relationships with a foreign country element their groups have been distinguished and characterized in terms of law. There has also been described the form and procedure of marriage settlement both on the national level and in the light of international legislation. It has been stressed that marriage settlement laws in different countries differ. Legislation in most countries contains the norms which define material and formal conditions in case of a marriage and their observance is an indispensable condition for its validity. Comparing the norms of the domestic and international legislation we found out the terms observance of which is directly related to the marriage validity in particular marriage age, voluntariness and monogamy. In comparison with the domestic legislation the article provides the international legal analysis of the form of marriage settlement. Marriage can be settled in different forms. International legislation accentuates that marriage must be registered in compliance with the law after being announced in the proper way in presence of a representative of the state authorized to perform this procedure and witnesses. The convention obliges the member-states to ensure the maintenance of registers of marriages issued by an authorized body. In its turn bodies authorized to issue certificate of marriage and maintain marriage registers are recognized by the Convention of the International committee of marital status on issuing a certificate of the right to marriage. The author suggests a number of steps to solve the conflict-of-law regulation of marriage burdened by a foreign country element. It is concluded that, in theory, knowing the conflict of laws and law of another state, this knowledge may not be sufficient for the practical application and exercise of their rights. Consideration should be given to the conflict of law rules and the possibility of return and referral to the law of a third country, taking into account the consequences of the qualification of legal concepts and the fact of implementation of international conventions and treaties.

Key words: foreign country element, conflict-of-law, family legal relationships, material and formal conditions, marriage.

УДК 342.565:347.91
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.13

Ольга Ювчиця,
аспірантка кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРИНЦИПИ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА БЕЗСТОРОННОСТІ СУДУ В ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: ІСТОРІЯ ВИНИКНЕННЯ ТА СТАНОВЛЕННЯ

Поняття принципів незалежності та безсторонності суду як галузевих засад цивільного судочинства має давню та тривалу історію, хоча не завжди воно наповнювалось сучасним змістом. Аналіз історії виникнення та тлумачення зазначених принципів, а також відображення у правовій доктрині дає можливість проаналізувати тенденції їхнього розвитку та дослідити їхню сутність.

Дослідження історіографії принципів незалежності та безсторонності суду також дозволить встановити витоки цих засад, шлях становлення та перспективи подальшого розвитку. Дослідження принципів незалежності та безсторонності суду як галузевих засад цивільного судочинства все ще продовжується сучасними науковцями, а тому питання наукового стану розробки цих організаційно-правових засад цивільного судочинства у правовій доктрині залишається актуальним.

Метою статті є дослідження становлення та розвитку принципів незалежності та безсторонності суду як галузевих засад у цивільному судочинстві.

Авторка доходить висновку, що у своїй еволюції принципи незалежності та безсторонності суду як галузеві засади цивільного судочинства пройшли декілька етапів. Кожний етап характеризується притаманними йому рисами, які розкривають зміст і сутність цих принципів.

Встановлено, що законодавство про цивільне судочинство України тривалий час розвивалося під впливом законодавства царської Росії, а після революції 1917 р. – Російської Радянської Федеративної Соціалістичної Республіки і Радянського Союзу як федеративної держави.

Зауважено, хоча принципи незалежності та безсторонності суду не знайшли свого прямого закріплення в новій редакції Цивільного процесуального кодексу України, однак вони є складовими елементами принципу верховенства права.

Для вдосконалення принципів незалежності та безсторонності суду та їх неухильного дотримання в цивільному судочинстві потрібно відшукати дієві механізми стимулювання дотримання цих основоположних засад судової влади. І в цьому може допомогти досвід низки країн, де такі принципи вже історично вкоренилися, без дотримання них неможливий доступ до правосуддя.

Ключові слова: правосуддя, судова влада, цивільне судочинство, принципи судової влади, засади цивільного судочинства, незалежність суддів, безсторонність суду.

Постановка проблеми. Поняття принципів незалежності та безсторонності суду як елементів права на справедливий суд має давню і тривалу історію, хоча не завжди воно наповнювалось сучасним змістом. Аналіз історії виникнення і тлумачення зазначених принципів, а також відображення у правовій доктрині дає можливість з'ясувати тенденції їх розвитку, дослідити їхню сутність.

Дослідження історіографії принципів незалежності та безсторонності суду також дозволить встановити витоки цих засад, шлях становлення та перспективи подальшого розвитку. Водночас варто зазначити, що дослідження принципів незалежності та безсторонності суду все ще продовжується сучасними науковцями, тому питання наукового стану розробки цих організаційно-правових засад як елемента права на справедливий суд у правовій доктрині залишається актуальним.

Питання незалежності та безсторонності судової влади досліджували такі вчені, як: С. Бондарчук, В. Городовенко, І. Гриценко, І. Жаровська, О. Захарова, В. Комаров, А. Олійник, В. Маляренко, М. Погорецький, С. Сливка, В. Терьохін, Е. Трегубов, Т. Цувіна, М. Штефан, С. Штогун та інші. Проте залишається актуальним дослідження принципів незалежності та безсторонності суду як галузевих засад цивільного судочинства.

© О. Ювчиця, 2020

Метою статті є дослідження становлення та розвитку принципів незалежності та безсторонності суду як елементів права на справедливий суд у цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Проведені в Україні реформи цивільного процесу мають свій історико-правовий контекст. Законодавство про цивільне судочинство України тривалий час розвивалося під впливом законодавства царської Росії, а після революції 1917 р. – Російської Радянської Федеративної Соціалістичної Республіки (далі – РРФСР) і Радянського Союзу як федеративної держави. Виникнення сучасного цивільного процесу в Україні пов'язують із судовою реформою 1864 р. Олександра II, яка внесла значні зміни в судоустрій і судочинство кріпосницької Росії [1, с. 13].

Основним нормативним актом, що регулював цивільне судочинство, став Статут цивільного судочинства 1864 р. Він сприйняв принципи кодифікації цивільного процесу у Франції і фактично ґрунтувався на Цивільному процесуальному кодексі Французької республіки 1806 р. Ст. 1 Статуту передбачала, що будь-який спір про право цивільне підлягає вирішенню судовою установою, він виходив із принципів винятковості судової влади, її незалежності, єдиного і рівного для всіх суду. В Україні, поряд зі Статутом цивільного судочинства 1864 р., також діяв Австрійський статут цивільного судочинства 1895 р. Цей Статут поширювався на території Західної України аж до її приєднання до Української Радянської Соціалістичної Республіки (далі – УРСР) у другій половині 40-х рр. XX ст. [2, с. 9–10].

З 1917 по 1921 рр. судове законодавство України розвивалось драматично. Судовий устрій тих часів мав фрагментарний характер, оскільки цей період відзначався швидкоплинністю політичних процесів, які унеможливлювали створення засад незалежності української державності, зокрема судової системи. Деякі особливості формування судової системи мали місце із приходом до влади П. Скоропадського. Після падіння Гетьманату й приходу до влади Директорії також постала проблема створення судового апарату.

Найбільший вплив на судову систему мала Лютнева революція, оскільки судовий устрій особливо розгорнувся в січні і на початку лютого 1918 р., тобто після проголошення в Україні радянської влади. Першим законом про суд в Україні була постанова Народного секретаріату від 4 січня 1918 р. про введення народного суду. Цією постановою скасовувалася буржуазна судова система: окружні суди, судові палати, усі судові установи, натомість утворено місцеві суди [3, с. 53].

Розвиток судової системи України та цивільного процесуального законодавства здійснювався в епоху перетворень, спрямованих на побудову радянського суду і радянського судочинства. Початок цього періоду є знаковим та характерним ще й тому, що в цей час відбулася диференціація цивільної юрисдикції.

Але фундаментальним явищем у розвитку законодавства і цивільного процесу України став Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1924 р., який проголошував принципи диспозитивності, рівності сторін перед судом і законом, рівноправності сторін у процесі, активності суду, що розглядав справу, змагальності, гласності, національної мови судочинства, усності, безпосередності, безперервності [4, с. 615].

11 вересня 1929 р. ухвалено Цивільний процесуальний кодекс (далі – ЦПК) УРСР. Він набув чинності 1 грудня 1929 р. Цей Кодекс не змінив форми існуючого цивільного судочинства, по суті змістовно та структурно дублюючи ЦПК 1924 р. [5, с. 148].

Наприкінці 50-х – на початку 60-х рр. XX ст. в Радянському Союзі і союзних республіках проводилися широкомасштабні законодавчі роботи. Їхнім результатом, зокрема, стало ухвалення Основ цивільного судочинства Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР) і союзних республік. На їхній базі верховні ради союзних республік увхалювали цивільні процесуальні кодекси. Цивільний процесуальний кодекс УРСР ухвалений 18 липня 1963 р. і введений у дію з 1 січня 1964 р. Порівняно із ЦПК 1924 р. та 1929 р. ЦПК 1963 р. був значно досконалішим законодавчим актом як з погляду юридичної техніки, так і щодо змісту його інститутів і окремих норм. ЦПК 1963 р. передбачав такі принципи цивільного процесу, як: здійснення правосуддя тільки судом (ст. 6); незалежність суддів (ст. 8); мова судочинства (ст. 9); гласність судового розгляду (ст. 10); законність судової діяльності (ст. 11); диспозитивність (ст. ст. 5, 103 та ін.); змагальність (ст. 30 та ін.) тощо. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки законові закріплювався у ст. 8 ЦПК УРСР 1963 р., де зазначалося, що під час здійснення правосуддя в цивільних справах судді незалежні і підкоряються тільки законові. Судді вирішують цивільні справи на основі закону, в умовах, що виключають сторонній вплив на них [6].

У нашій державі створення незалежного суду розпочалось ухваленням Декларації про

державний суверенітет України 16 липня 1990 р. Після здобуття Україною незалежності в українській правовій системі відбулися зміни, зокрема й ті, які безпосередньо або опосередковано пов'язані з розвитком цивільного процесуального законодавства. Вони здійснювалися відповідно до Концепції судово-правової реформи в Україні, затвердженої постановою Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. [7].

Серед чинників, що зумовили необхідність проведення судово-правової реформи й ухвалення цієї Концепції, зазначали недостатню соціально-економічну захищеність суддів, а також факти втручання в діяльність правосуддя. Головною метою судово-правової реформи і формування незалежної судової влади було визначено перебудову судової системи, створення нового законодавства, удосконалення форм судочинства. У процесі реформи вбачалось за необхідне:

– шляхом ефективного розмежування повноважень гарантувати самостійність і незалежність судових органів від впливу законодавчої і виконавчої влади;

– створити систему законодавства про судоустрій, яке б забезпечило незалежність судової влади;

– гарантувати право громадянина на розгляд його справи компетентним, незалежним і неупередженим судом.

Концепція передбачала основні принципи судово-правової реформи, до яких, зокрема, було віднесено такі:

– створення такого судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, рівність громадян перед законом, створило б умови для дійсної змагальності та реалізації презумпції невинності;

– відповідність нормативних актів із питань діяльності судів і органів юстиції вимогам міжнародних угод, ратифікованих Україною [7].

Вищенаведене свідчить, що законодавець, хоча і не зазанчав серед принципів засад незалежності та безсторонності суду, однак ставив за мету перебудову судової системи саме для формування незалежної судової влади.

У зв'язку з тим, що в цей період розроблялася нова Конституція України, процес здійснення судово-правової реформи в Україні мав не системний, а фрагментарний характер. Законодавець обмежився окремими поправками до Цивільного процесуального кодексу. У період з 1991 по 1996 рр. у ЦПК вносилися істотні зміни, які загалом свідчать про спроби модифікації цивільного процесу. Однією з новел була та, яка скасувала прокурорський нагляд у цивільному судочинстві. Так, Законом України від 15 грудня 1992 р. була змінена ст. 13 ЦПК 1963 р. у зв'язку з тим, що функції прокурора в цивільному процесі як органу, який здійснював нагляд за судовою діяльністю на той час, не сумісні з незалежністю судової влади.

Безумовно, важливу роль у становленні й законодавчому закріпленні незалежності судової влади відіграло ухвалення Конституції України 28 червня 1996 р. Принцип незалежності суддів був закріплений в окремій статті Основного закону нашої держави. Так, ст. 126 Конституції України передбачала, що незалежність і недоторканість суддів гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддів у будь-який спосіб заборонявся [8].

Найбільш концентрований вплив Конституції на цивільне процесуальне право і законодавство виражається в закріпленні в ній принципів правосуддя. Конституційне закріплення принципів правосуддя має надзвичайно велике значення, оскільки цим визначаються орієнтири розвитку цивільного процесуального законодавства, його застосування, конституційний обсяг правового регулювання в цій сфері.

Оцінка нововведень у цивільному процесуальному законодавстві до 2001 р. дозволяє зробити висновок, що це не привело до зміни конструкції цивільного процесу, оскільки його модель, як і раніше, була вираженням ідеї соціального цивільного судового процесу [1, с. 29].

Новий закон про судоустрій ухвалений лише 7 лютого 2002 р. Ст. 14 Закону України «Про судоустрій» [9] передбачала самостійність і незалежність суддів, зокрема те, що суди здійснюють правосуддя самостійно. Судді під час здійснення правосуддя незалежні від будь-якого впливу, нікому не підзвітні і підкоряються лише закону. Гарантії самостійності та незалежності суддів визначаються Конституцією України й іншими законами. Встановлювався обов'язок органів і посадових осіб державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, громадян та їх об'єднань, а також юридичних осіб поважати незалежність суддів і не посягати на неї. Заборонялися втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, за що встановлювалася кримінальна відповідальність. Цим Законом також закріплювалися гарантії забезпечення самостійності судів та незалежності суддів.

Подальша еволюція правового регулювання принципів незалежності та безсторонності суду ознаменувалася ухваленням 18 березня 2004 р. нового ЦПК України, який набрав чинності 1 січня 2005 р. [10].

Загалом цей Кодекс відрізнявся від попереднього не лише за змістом, новими інститутами, але й певною мірою концептуально, тобто моделлю та структурою цивільного судочинства. У гл. 1 «Основні положення» ЦПК 2004 р. закріплювалися принципи цивільного процесу, однак, на відміну від ЦПК 1963 р., окремої статті, присвяченої незалежності та безсторонності суду, у цьому Кодексі не було.

7 липня 2010 р. відбувся черговий етап судової реформи, у результаті чого ухвалений новий закон «Про судоустрій і статус суддів». У р. 1 цього Закону закріплювалися засади організації судової влади, а ст. 1 передбачала, що судова влада в Україні, відповідно до конституційних засад поділу влади, здійснюється незалежними та безсторонніми судами. У ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зазначено, що суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, гарантує кожному право на справедливий суд, а ст. 3 цього Закону передбачала, що судова система забезпечує доступність правосуддя для кожної особи в порядку, установленому Конституцією та законами України [11].

Необхідно зазначити, що ст. 6 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» 2010 р., хоча і називалася «Самостійність судів», але по суті встановлювала вимоги щодо незалежності та безсторонності суду. Вона передбачала, зокрема, що суди, здійснюючи правосуддя, є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Цією ж нормою було заборонено втручання у здійснення правосуддя, вплив на суддів у будь-який спосіб, вплив на безсторонність суду, передбачалася кримінальна відповідальність за такі дії. Також ст. 7 цього Закону містила норму, яка гарантувала кожному захист його прав, свобод і законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону [11].

Черговим етапом судової реформи стало внесення змін до Конституції України 2 червня 2016 р. щодо правосуддя. Низку статей Конституції, зокрема ст. 126, яка містила положення щодо недоторканості та незалежності суддів, було викладено в новій редакції. Так, згідно із цією статтею, незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю в будь-який спосіб забороняється. Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком учинення злочину або дисциплінарного проступку. Суддя обіймає посаду безстроково. Цією ж статтею визначені підстави для звільнення судді та припинення його повноважень [12].

2 червня 2016 р. також ухвалений новий Закон «Про судоустрій і статус суддів», у ст. 6 якого закріплювався принцип незалежності судів. Так, здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції та законів України, на засадах верховенства права.

Звернення до суду громадян, організацій чи посадових осіб, які, відповідно до закону, не є учасниками судового процесу, щодо розгляду конкретних справ судом не розглядаються, якщо інше не передбачено законом.

Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб із метою дискредитації суду або впливу на безсторонність суду, заклики до невиконання судових рішень забороняються і мають наслідком відповідальність, установлену законом. Органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи повинні утримуватися від заяв і дій, що можуть підірвати незалежність судової влади [13].

Остання новелізація нині чинного ЦПК України 2004 р. відбулася 3 жовтня 2017 р. Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» ЦПК України 2004 р. було викладено в новій редакції. Необхідно зазначити, що вперше в Цивільному процесуальному кодексі викладено в одній статті засади цивільного судочинства, зокрема, ст. 2 ЦПК України «Завдання та основні засади цивільного судочинства» налічує дванадцять принципів [14].

Варто звернути увагу на те, що, хоча принципи незалежності та безсторонності суду не були прямо закріплені в новій редакції ЦПК, але вони є складовими елементами принципу верховенства права. Так, Європейська комісія за демократію через право в доповіді про верховенство права від 25–26 березня 2011 р. визначила обов'язкові елементи поняття «верховенство права», як-от: 1) законність; 2) юридична визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя, представленого незалежними

та безсторонніми судами; 5) дотримання прав людини; 6) заборона дискримінації та рівність перед законом [15]. Найвищу цінність міжнародні гарантії прав людини являють собою тоді, коли вони підлягають виконанню на внутрішньодержавному рівні.

Висновки

Виходячи з наведеного, можна стверджувати, що у своїй еволюції принципи незалежності та безсторонності суду як галузеві засади цивільного судочинства пройшли декілька етапів, серед яких доцільно виокремити:

1) зародження правового регулювання принципів незалежності та безсторонності суду (XIV ст. – 1924 р.);

2) становлення і розвиток правового регулювання принципів незалежності та безсторонності суду в радянському цивільному процесуальному законодавстві (1924–1963 рр.);

3) подальший розвиток засад незалежності та безсторонності суду в цивільному процесуальному законодавстві УРСР і України, характерною особливістю якого стала детальна правова регламентація сутності цих принципів (1963–2004 рр.);

4) новелізація правового регулювання принципів незалежності та безсторонності суду в цивільному судочинстві України (2004 р. – дотепер).

Для вдосконалення принципів незалежності та безсторонності суду і їх неухильного дотримання в цивільному судочинстві потрібно запроваджувати дієві механізми стимулювання дотримання цих основоположних засад судової влади. І в цьому може допомогти досвід низки країн, де такі принципи вже історично вкоренилися, без дотримання таких принципів неможливий доступ до правосуддя.

Список використаних джерел:

1. Комаров В. Цивільне процесуальне законодавство в динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків : Право, 2012. 624 с.

2. Васьковский Е. Учебник гражданского процесса. Москва, 1914. 572 с.

3. Рум'янцев В. Судова система в Україні в період Української революції 1917–1921 рр. *Проблеми законності :* республіканський міжвідомчий науковий збірник / відп. ред. В. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2009. Вип. 100. С. 53–62.

4. Рейхель М. Гражданский процессуальный кодекс УССР. *Вестник советской юстиции.* 1924. № 19 (29). С. 615–618.

5. Бабій Б., Таранов А., Терлецький В. Історія держави і права Української РСР. Київ : Наукова думка, 1967. Т. 1 : 1917–1937 рр. 674 с.

6. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 липня 1963 р., втратив чинність 1 вересня 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1501-06 (дата звернення: 17.01.2020).

7. Про Концепцію судово-правової реформи : постанова Верховної Ради України від 28 квітня 1992 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 30. Ст. 42.

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Офіційний вісник України.* 2010. № 72/1. С. 15.

9. Про судоустрій України : Закон України від 7 лютого 2002 р. № 3018, втратив чинність 3 серпня 2010 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3018-14 (дата звернення: 17.01.2020).

10. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618–IV. Дата оновлення: 19.10.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 17.01.2020).

11. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р., втратив чинність. *Відомості Верховної Ради України.* 2010. № № 41–45. Ст. 529.

12. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 28. Ст. 532.

13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 31. Ст. 545.

14. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 3 жовтня 2017 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2017. № 48. Ст. 436. (

15. Європейська комісія «За демократію через право» (Веніційська комісія). Верховенство права. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/6b6c1e2e6ad3e2fcc225745c0034f4cc/229b826c8ac787dec2257d87004987c3/$FILE/CDL-AD(2011)003rev-ukr.pdf (дата звернення: 17.01.2020).

The notion of the principles of independence and impartiality of the court as a sectoral basis of civil justice has a long and long history, although it has not always been filled with modern content. The analysis of the history of the interpretation and interpretation of these principles, as well as the reflection in the legal doctrine, make it possible to analyze the tendencies of their development and to explore their essence.

The study of the historiography of the principles of independence and impartiality of the court, among other things, will allow to establish the origins of these principles, the way of formation and the prospect of further development. The study of the principles of independence and impartiality of the court as a sectoral basis of civil justice is still continued by modern scientists, and therefore the question of the scientific state of the development of these organizational and legal grounds in civil proceedings.

The purpose of the article is to investigate the formation and development of the principles of independence and impartiality of the court as a sectoral basis in civil proceedings.

The author concludes that in its evolution the principles of independence and the impartiality of the court as the sectoral principles of civil justice have passed several stages. Each stage is characterized by its inherent features that reveal the content and essence of these principles.

It is established that the legislation on civil justice of Ukraine for a long time developed under the influence of the legislation of tsarist Russia, and after the revolution of 1917 – the Russian Soviet Federal Socialist Republic and the Soviet Union as a federal state.

Attention is drawn to the fact that the principles of independence and impartiality of the court have not been directly enshrined in the new wording of the Civil Procedure Code of Ukraine, but they are an integral part of the rule of law principle.

In order to improve the principles of independence and impartiality of the court and their steadfast adherence in civil proceedings, it is necessary to find effective mechanisms to encourage adherence to these fundamental principles of the judiciary. And this can be helped by the experience of a number of countries where such principles have been historically rooted and without which access to justice is impossible.

Key words: justice, judiciary, civil justice, principles of judiciary, principles of civil justice, independence of judges, impartiality of court.

УДК 346.1: 346.2: 346.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.14

Оксана Вінник,
докт. юрид. наук, професор,
член-кореспондент
Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник
відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПОТЕНЦІАЛ ГОСПОДАРСЬКОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ В РАКУРСІ ЦИФРОВІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ ТА СОЦІАЛЬНОГО ЇЇ СПРЯМУВАННЯ

Стаття присвячена проблемі вдосконалення правового забезпечення економіки України в умовах її цифровізації та розвитку громадянського суспільства. Визначаються характерні тенденції в сучасній економіці, переваги та ризики цифрової економіки, а також адекватні такій економіці засоби регулювання. Цифровізація економіки забезпечує підвищення її ефективності. Цьому сприяє швидкий обмін інформацією, що забезпечує оперативне встановлення бізнес-контактів, укладення договорів та здійснення транзакцій. Разом із тим переваги цифрових технологій є привабливими для недобросовісних учасників відносин у сфері цифрової економіки. Зловживання цими технологіями завдає великої шкоди економіці, суспільству та потерпілим від зловживань особам (споживачам, бізнесу).

У зв'язку з цим цифрова економіка (ЦЕ) потребує комплексного правового регулювання, яке б забезпечувало стимулювання цивілізованого застосування цифрових технологій в економіці та створювало би бар'єри для зловживання такими технологіями. Господарський кодекс України, попри наявність у нього низки недоліків, спроможний забезпечити таке регулювання. Критикуються пропозиції скасувати Господарський кодекс, оскільки їх реалізація призведе до руйнування системи законодавства України. Натомість пропонується вдосконалити цей кодекс, звільнивши його від недоліків та доповнивши новим розділом під назвою «Цифрова економіка».

Це дозволить визначити специфіку і цифрової економіки, і її регулювання з точки зору: принципів та засобів регулювання, включно з основними засадами поєднання державного регулювання і саморегулювання; правил конкуренції та засобів протидії негативним явищам у сфері ЦЕ; складу учасників відносин ЦЕ (суб'єкти е-бізнесу, у тому числі віртуальні підприємства, суб'єкти організаційно-господарських повноважень, а в їх числі – уповноважені органи держави, саморегулівні організації, споживачі електронних послуг та/або товарів в електронній формі) та основ їх правового статусу; правового режиму електронних ресурсів, включно з Інтернет-магазинами та торговельними Інтернет-платформами; відповідальності в цій сфері; електронних договорів; розгляду он-лайн спорів; подолання цифрової нерівності.

Ключові слова: цифровізація, цифрова економіка/ЦЕ, громадянське суспільство, Господарський кодекс України, вдосконалення правового регулювання.

Сьогодення суспільного життя з притаманними йому процесами (цифровізацією [1] та розвитком громадянського суспільства [2]) потребує адекватного правового регулювання, яке б у комплексі вирішило пов'язані з цими процесами проблеми і забезпечило б соціальне спрямування вітчизняної економіки відповідно до ст. 13 Конституції України [3] та її цифрову трансформацію, що, своєю чергою, має посилити ефективність економіки та надати їй цивілізованих рис, включно з новітнім її сегментом – цифровою економікою (далі – ЦЕ). Остання потребує адекватного правового забезпечення, яке наразі, попри спроби українського законодавця, все ще не забезпечує належним чином ефективність ЦЕ та захист її учасників від зловживань в цій сфері.

Комплексний характер відносин у сфері економіки з огляду на склад їх учасників (частина з яких є носіями приватних інтересів, інша – публічних), принципів та засо-

© О. Вінник, 2020

бів регулювання (включаючи поєднання державного регулювання із саморегулюванням), обмеження принципу свободи бізнес-діяльності на користь загальносуспільних інтересів (передусім, законних інтересів більшості – споживачів, дрібних підприємців, найманих працівників – найбільш вразливих з огляду на їхні доволі скромні реальні можливості) потребує відповідного нормативно-правового регулювання, що має віддзеркалити специфіку економічної сфери. У чинному законодавстві України актом, що враховує ці аспекти, є Господарський кодекс [4]. Разом із тим, замість використання можливостей цього кодексу та вдосконалення його положень, знову на щит піднімаються спроби його опонентів скасувати цей важливий акт [5].

Комплексне висвітлення цієї проблеми, попри її актуальність, ще не знайшло відображення в науковій літературі з огляду на новизну, динамізм та складність згаданих явищ, використання у світовій (зарубіжній, ЄС) практиці різних шляхів правового забезпечення ЦЕ та її соціального спрямування, що відповідає інтересам громадянського суспільства. Разом із тим окремі аспекти правового забезпечення цифровізованих господарських відносин з метою їх соціального спрямування досить активно висвітлюються в наукових працях щодо: господарсько-договірних відносин (О. Беляневич), щодо електронного бізнесу (О. Вінник), відповідальності та захисту прав споживачів у сфері е-комерції (А. Шаблієнко, М. Кузьміна), ролі саморегулювання у сфері ЦЕ (О. Гончаренко), віртуальних підприємств та електронних ресурсів (В. Кочин, К. Єфремова), електронних публічних реєстрів (О. Шаповалова), телекомунікаційних послуг (Ю. Остапенко), електронних страхових послуг (Н. Пацурія) та ін. Отже, ця стаття є спробою заповнити прогалину в наукових дослідженнях з порушених тут проблем, а саме щодо використання потенціалу Господарського кодексу України для правового забезпечення соціального спрямування та цифровізації економіки.

Діджиталізація (digitalization) як англомовний варіант слова цифровізація виявилась найпопулярнішим у 2019 р., що свідчить про значущість для громадян України цього процесу та його результатів [6].

Визначенню поняття цифровізації приділяють увагу не лише дослідники, більшість яких визначає його як цифрову трансформацію суспільства та економіки, що означає перехід від індустріальної епохи, для якої характерні аналогові технології, до епохи знань та творчості, якій притаманні цифрові технології та цифрові бізнес-новації [7][1]. Уряд України у відповідному нормативно-правовому акті [1] визначив зміст низки понять, що характеризують нові процеси в економіці, зокрема:

– *цифровізації*, основна мета якої полягає у досягненні цифрової трансформації існуючих та створенні нових галузей економіки, а також трансформації сфер життєдіяльності у нові більш ефективні та сучасні;

– *цифрової економіки*, підкресливши її ключові ознаки, в тому числі базування на інформаційно-комунікаційних та цифрових технологіях з їх здатністю забезпечувати електронно-комунікаційну взаємодію складників економічної системи і, відповідно, трансформацію аналогової економіки у цифрову, основними засобами (факторами) виробництва якої є цифрові (електронні, віртуальні) дані, як числові, так і текстові;

У Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки [1] також зазначається необхідність інтеграції ідей, дій, ініціатив та програм, які стосуються цифровізації, в національні, регіональні, галузеві стратегії і програми розвитку, щоб забезпечити позитивний ефект від цифровізації. Оскільки такі документи є частиною господарського законодавства, то, власне, визнається необхідність віддзеркалення процесу і результатів цифровізації (поява нових суб'єктів, електронних ресурсів, електронної форми взаємодії складників економічної системи тощо) в законодавстві, що регулює відносини у сфері економіки. Шляхи вдосконалення нормативно-правового регулювання в цій сфері, як про це свідчить зарубіжний, в тому числі ЄС, досвід, може бути різним: у формі прийняття спеціального кодексу – Кодексу цифрової еконо-

[1] Разом із тим, на думку Colleen Chapco-Wade, слід розрізняти зміст суміжних понять *digitazation* (оцифровка – перетворення аналогової форми у цифрову, яка стосується внутрішньої оптимізації процесів і призводить до їх прискорення та зниження витрат), *digitalization* (цифровізація – використання цифрових технологій та оцифрованих даних в діяльності, що є процесом, який виходять за межі впровадження технологій і передбачає більш глибокі зміни усієї бізнес-моделі та еволюцію робіт) та *digital transformation*/цифрової трансформації, яку нерідко використовують як синонім цифровізації. Проте цифрова трансформація, на думку цієї дослідниці, передбачає значно ширше використання цифрових технологій, вжиття відповідних організаційних заходів та пов'язані з цим культурні зміни, а отже, стосується більше людей, ніж технологій [8]. Не вдаючись у дискусію щодо змісту та співвідношення згаданих понять, в цій статті поняття цифровізації використовується в широкому розумінні, як це і закріплено у відповідному акті Уряду України [1].

міки, як у Об'єднаному королівстві Великої Британії та Північної Ірландії [9], чи комплексу актів (директив та регламентів [10; 11; 12; 13; 14; 15; 16 та ін.]), як в ЄС. Проте головним у справі правового забезпечення ЦЕ є її соціальне спрямування, ключовою метою якого, на нашу думку, має бути, по-перше, стимулювання позитивних якостей цифрових технологій та їх використання у сфері економіки, а по-друге, створення дієвих правових механізмів щодо запобігання зловживанням в цій сфері, а зрештою – забезпечення ефективності ЦЕ та її цивілізованості з точки зору збалансованого врахування інтересів усіх категорій її учасників з урахуванням їхніх можливостей і, відповідно, приділення особливої уваги найбільш численним і водночас найменш захищеним категоріям – споживачам-громадянам, найманим працівникам, дрібним підприємцям.

Характеризуючи ЦЕ, її адепти зазвичай посилаються на численні переваги, що забезпечуються використанням цифрових технологій у сфері господарювання, насамперед ***швидкість*** та ***зручність*** обміну інформацією, її поширення, пошуку і, відповідно, встановлення зв'язків між заінтересованими особами, в тому числі укладення електронних договорів, здійснення електронних платежів, надання електронних послуг, подання звітності, здійснення реєстрації, отримання необхідних дозволів/ліцензій тощо. Разом із тим цифровізації притаманні не лише позитивні риси, а й значні ризики [17; 18], серед яких: вивільнення значної кількості працівників, що загрожує безробіттям, а також необхідність перенавчання працюючих [19]; невизначеність правового статусу нових гравців у сфері економіки – віртуальних підприємств – та правового режиму нових електронних ресурсів на зразок бізнес-сайтів, у тому числі Інтернет-магазинів та торговельних Інтернет-платформ [20]; збільшення кількості не лише зловживань, а й злочинів [21] та розміру завданої ними шкоди [22]; загроза втрати інформації у віртуальних ресурсах у разі непередбачуваного збою [18], ймовірність якого не передбачили розробники відповідної технології (ідеально позитивна і на 100 відсотків безпечна, недоступна для зловживань, технологія подібна до вічного двигуна, який все ще не винайшли). Крім того, транснаціональний характер цифровізованих явищ потребує реакції міжнародної спільноти як на рівні протидії зловживанням [21, с. 301-302], так і в плані сприяння їх цивілізованому використанню [23], в тому числі визначення основних засад ЦЕ [24].

Необхідність урахування як позитивних рис цифровізації економічної сфери, так і пов'язаних із цим ризиків зумовлює пошук оптимальних шляхів нормативно-правового регулювання відносин у сфері ЦЕ. Остання не є полем для реалізації виключно приватних інтересів, серед яких домінують інтереси крупних гравців ринків ЦЕ та тих, хто використовує слабших (з точки зору наявності цифрових знань, навичок та засобів для їх реалізації). Захист законних приватних інтересів більшості членів суспільства – споживачів та дрібних підприємців – стає клопотом держави, оскільки вона має забезпечити мир і злагоду в суспільстві. Законні інтереси більшості та цивілізовані правила гри у сфері ЦЕ і є суспільними інтересами з відповідним їх віддзеркаленням в законодавстві, що ґрунтується не лише на засадах рівності (якої, власне, у сфері економіки немає), а на засадах, що враховують реальні можливості учасників відповідних відносин, захищаючи їх від зловживань своїми правами з боку економічно крупних та недобросовісних учасників. Поєднання прав та обов'язків, відносної свободи з обмеженнями щодо її використання з урахуванням інтересів суспільства в цілому – це завдання, адекватне лише комплексному нормативно-правовому акту, яким в Україні є Господарський кодекс. Природно, можна зауважити, що світова практика знає різні шляхи регулювання відносин у сфері ЦЕ, найбільш поширеними серед яких є прийняття низки актів (на зразок ЄС [10-16]), хоча є приклади регулювання цих відносин у формі кодексу – Digital Economy Act (Об'єднаного королівства), що «пережив» дві редакції – 2010 і 2017 років [9].

Сучасний стан нормативно-правового регулювання відносин ЦЕ в Україні значною мірою подібний за формою до того, що є в ЄС, оскільки включає значну кількість актів, які, однак, за ґрунтовністю та ефективністю значно поступаються європейським (ЄС), а крім того, має низку серйозних вад, серед яких – численні прогалини, застарілі норми, колізії, що зрештою не забезпечує адекватність регулювання сучасному стану відносин і, відповідно, не спроможне належним чином забезпечити цивілізований стан «цифровізованих» відносин, захист від зловживань, прозорість та зрозумілість регулювання для пересічних учасників відносин.

Відповідно, актуальною є проблема оптимізації цього законодавства, що має включати звільнення його від наявних вад, забезпечення адекватності нормативно-правового регулювання сучасному стану відносин у сфері ЦЕ, зрозумілості його для членів суспільства – як громадянського, так і державно-організованого. Важливу роль у вирішенні цього завдання відіграє кодифікація,

а формою її реалізації може бути новий, як в Об'єднаному Королівстві, кодифікаційний акт – Закон про цифрову економіку чи Кодекс цифрової економіки [20, с. 80], або чинний Господарський кодекс України, доповнений новим Розділом «Цифрова економіка». У такому розділі мають бути визначені ***особливості ЦЕ*** з точки зору принципів регулювання, поєднання державного нормативно-правового регулювання та саморегулювання, специфіки електронного бізнесу, правового статусу нових суб'єктів на зразок віртуальних підприємств, правового режиму електронних бізнес-ресурсів, у тому числі Інтернет-магазинів та торговельних Інтернет-платформ, порядку укладення та виконання електронних договорів, відповідальності за правопорушення, пов'язані з використанням електронних ресурсів, основних засад розгляду споживацьких спорів у режимі он-лайн (на зразок платформи, що використовується в ЄС [15; 16], а також основних засад визначення специфіки відносин окремих ринків ЦЕ, в тому числі електронних фінансових послуг, електронної торгівлі, ринку електронних цінних паперів та ін., що не виключає ґрунтовного регулювання цих відносин на рівні спеціальних законів.

Водночас опоненти Господарського кодексу України не залишають свої спроби щодо його скасування, про що свідчить законопроект від 19.12.2019 р. «Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства України», зареєстрований під № 2635 [5].

Основною метою зазначеного законопроекту, попри його назву, є скасування Господарського кодексу України, а також вилучення з ЦК України положень щодо унітарних підприємств публічних (державної та комунальної) форм власності з притаманними їм правовими режимами майна права господарського відання чи права оперативного управління, доповнення ЦК України статтею 96-1, значною мірою подібною до змісту ст. 167 ГК України «Зміст корпоративних прав та корпоративних відносин», що є *невиправданим*, оскільки:

– в авторів законопроекту відсутнє бачення шляхів удосконалення відносин, що регулюються ГК, у разі його скасування. Про це свідчать положення законопроекту щодо підготовки Урядом відповідних (без зазначення яких саме) актів законодавства, приведення власних та відомчих актів у відповідність до Закону, проект якого тут аналізується. З чинного ГК «вихоплено» та дещо змінено лише положення ГК про корпоративні права. Останні пов'язані з господарськими товариствами як учасниками відносин у сфері економіки, що діють з метою отримання прибутку. У свою чергу, отримання прибутку забезпечується реалізацією вироблених товариствами товарів / виконаних робіт / наданих послуг споживачам – «публіці», права та інтереси яких має захищати держава на виконання однієї із своїх функцій – забезпечення соціального спрямування вітчизняної економіки (ст. 13 Конституції України), про що свідчать і положення сформованої на загальнодержавному рівні (а не приватними особами) системи законодавства, важливою частиною якого є ГК України, з відповідним встановленням не лише прав, а й обов'язків та обмежень у сфері господарювання, в тому числі щодо господарських товариств і, відповідно, пов'язаних з ними корпоративних прав (зокрема, за наявності в господарському товаристві істотної – понад 50 % – участі держави/територіальної громади – глава 9 ГК) та підприємств державної та комунальної форм власності (гл. 8);

– скасування Господарського кодексу (далі – ГК) – це руйнування системи законодавства України, що вже склалася і працює. Наявність недоліків ГК – привід не для його скасування, а лише до необхідності вдосконалення. У країнах традиційно розвинених ринкових відносин, на які посилаються автори законопроекту, прийняті у XIX і XX століттях кодекси (зокрема, Торгове уложення Німеччини від 10.05.1897 р. [25], Комерційний кодекс Франції/ККФ 2000 р., який прийшов на зміну Комерційному кодексу 1807 р., що включений як додаток до ККФ 2000 р. [26]), Уніфікований Комерційний кодекс США 1951 р., положення якого регулярно переглядаються з внесенням відповідних змін [27] та ін.) діють до цього часу або масштабно змінені після тривалого використання (Франція). У разі потреби в них вносяться зміни та доповнення, але в цілому вони залишаються чинними тривалий час, забезпечуючи не лише стабільність правового регулювання, а й можливість для слабо захищених верств населення, а власне – «публіки»: дрібних підприємців, громадян-споживачів, найманих працівників, міноритаріїв господарських товариств, користуватися положеннями цих актів для захисту своїх прав та відстоювання інтересів, не звертаючись до дорогих послуг адвокатів;

– пропозиція скасувати похідні від права власності правові титули майна (право господарського відання, право оперативного управлінні) та організаційно-правову форму унітарного підприємства цілком справедлива щодо приватних підприємств, засновники яких у такий спосіб намагаються уникнути вимог стосовно відповідальності учасників,

вимог щодо порядку формування, зміни розміру майнової бази, порядку управління тощо, притаманних господарським товариствам.

Скасування Господарського кодексу, який визначає не лише особливості правового становища підприємств публічних (державної та комунальної) форм власності та похідних від права власності правових титулів майна – права оперативного управління та права господарського відання, та вилучення відповідних положень із ЦК України мотивується авторами законопроекту кількома чинниками, а насамперед їх нібито невідповідністю ринковим засадам господарювання. Проте, крім ринкової економіки, однією з провідних сучасних тенденцій суспільного розвитку є становлення та розвиток громадянського суспільства, яке є середньою ланкою між державою та ринком і, відповідно, покликане стримувати монополізацію ними (державою та ринком) суспільного (в тому числі економічного) життя. Адекватне громадянському суспільству соціальне підприємництво (зорієнтоване на задоволення соціальних потреб громадян, а не на отримання прибутку як головну мету діяльності) набуває поширення в країнах цивілізованих ринкових відносин з огляду на розвиток інститутів громадянського суспільства. Наступним мотивом скасування положень про унітарні державні та комунальні підприємства автори законопроекту вважають зловживання державною власністю та її використання у приватних інтересах керівників (топ-менеджерів) державних підприємств (але насамперед це стосується *державних акціонерних товариств*, правовий режим майна яких менш жорсткий, ніж для державних унітарних підприємств). Корупція – прикре і досить поширене явище в Україні, а похідні від права власності правові титули майна (право господарського відання та право оперативного управління) та унітарна форма державних та комунальних підприємств покликані запобігти цьому вкрай небезпечному суспільному явищу, оскільки для цих підприємств передбачені значні обмеження щодо використання закріпленого за ними майна (глава 8 ГК України). Пропонуючи залишити для державних та комунальних підприємств лише організаційно-правову форму господарського товариства (передусім, акціонерного), автори законопроекту не посилаються на аналіз практики, що передує зміні правового регулювання в країнах цивілізованої ринкової економіки та ЄС (для цього використовуються так звані *зелені* [28] та *білі* книги [29]: перші мають на меті ініціювати громадське обговорення та розпочати процес консультацій на загальнодержавному/європейському рівні з певної тематики. Результатом таких консультацій згодом може стати публікація офіційних білих книг, в яких висновки започаткованих зеленими книгами дебатів узагальнюються у формі практичних пропозицій Уряду/Європейської Комісії). Проте пропозиції згаданого законопроекту ґрунтуються не на аналізі та широкому обговоренні (*і не лише серед представників цивілістики*) практики використання згаданих правових режимів та унітарної форми підприємств публічної (державної та комунальної) власності, а, швидше, на баченні більшості цивілістів (багаторічне протистояння цивілістів та господарників з питання шляхів регулювання відносин у сфері ринкової економіки загальновідоме в колі правознавців). Саме на цивілістичній позиції щодо регулювання цих відносин і ґрунтуються пропозиції скасування ГК та положень щодо підприємств державної та комунальної власності.

Не враховується авторами законопроекту і той факт, що унітарні державні (в тому числі казенні) та комунальні/муніципальні підприємства в згаданих країнах також функціонують. Зокрема, це стосується випадків, якщо такі підприємства здійснюють діяльність, що належить до монополії держави, а також підприємств, що здійснюють необхідну для суспільства (держави, територіальної громади) діяльність, яка, однак, не дає прибутку для забезпечення їх самоокупності та прибутковості, через що приватні підприємці за таку діяльність не беруться, а господарські товариства за своєю природою є комерційними (такими, що діють з метою отримання прибутку) організаційно-правовими формами ведення бізнесу, а отже, непридатними для здійснення такої суспільно необхідної діяльності.

Висновки

Господарський кодекс України, попри його вади, які можна усунути, є важливим актом законодавства, що в комплексі регулює відносини у сфері економіки, яка в сучасних умовах зазнає значної цифровізації. Остання має як істотні переваги, що і спонукає учасників суспільних відносин застосовувати у своїй діяльності цифрові технології, так і значні ризики, в тому числі і ризик колосальних втрат від зловживання такими технологіями. Реалізувати подвійну мету (забезпечити стимулювання добросовісного використання цифрових технологій та водночас створити бар'єри для зловживання ними у формі обмежень, заборон, відповідальності) спроможний лише комплексний нормативно-правовий акт, спрямо-

ваний на збалансоване врахування приватних та публічних інтересів учасників відносин у сфері економіки, яким і є Господарський кодекс України. Тому доцільним є не його скасування, а *вдосконалення*, в тому числі звільнення від вад (застарілих норм, колізій, дублювання) та доповнення нормами, що регулюватимуть нові відносини, зокрема відносини у сфері цифрової економіки (щодо її основних засад; особливостей регулювання, в тому числі поєднання державного регулювання із саморегулюванням; специфіки правового статусу суб'єктів на зразок віртуальних підприємств, представників е-бізнесу, уповноважених у сфері ЦЕ органів; правового режиму електронних ресурсів, включно з бізнес-сайтами; засобів подолання цифрової нерівності у сфері ЦЕ; особливостей укладення е-договорів, розгляду пов'язаних із ними конфліктів/спорів у режимі он-лайн; основних засад конкуренції та відповідальності в цій сфері тощо). В умовах розвитку інститутів громадянського суспільства [2] Українська держава має послідовно виконувати свою функцію щодо *соціального спрямування економіки* (ст. 13 Конституції України), включно з цифровізованим її варіантом, забезпечувати ефективність та стабільність правового регулювання, прозорість законодавства, а отже, його зрозумілість для пересічних громадян. Господарський же кодекс України, попри його вади, є свідченням того, що держава опікується не лише приватними інтересами, на реалізацію та захист яких спрямований Цивільний кодекс, а й інтересами суспільства, його найменш захищених верств, обмежуючи можливості щодо зловживань з боку найсильніших гравців ринку – крупних підприємців, а також недобросовісних учасників, що зловживають своїм становищем та/або цифровими технологіями, використовуючи цифрову нерівність і, відповідно, вразливість більшої частини громадян України, яку б роль (дрібного підприємця, споживача, найманого працівника, міноритарія в господарському товаристві) вони не виконували.

Список використаних джерел:

1. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки : схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80 (дата звернення: 18.10.2019).

2. Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні : Указ Президента України від 26 лютого 2016 р. № 68. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/68/2016 (дата звернення: 26.01.2020).

3. Конституція України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 02.02.2020).

4. Господарський кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 02.02.2020).

5. Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства України : проект Закону України № 2635 від 19 грудня 2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67704 (дата звернення: 14.01.2020).

6. 6. Названо слово року за версією словника сучасної української мови (UA.NEWS). URL: https://ua.news/ua/nazvano-slovo-goda-po-versyy-slovarya-sovremennogo-ukraynskogo-yazyka/ (дата звернення: 27.12.2019).

7. What is digitalization. URL: : https://innolytics-innovation.com/what-is-digitalization/ (дата звернення: 17.01.20).

8. Colleen Chapco-Wade. Digitization, Digitalization, and Digital Transformation: What's the Difference? URL: https://medium.com/@colleenchapco/digitization-digitalization-and-digital-transformation-whats-the-difference-eff1d-002fbdf (дата звернення: 01.02.2020).

9. Digital Economy Act 2017 (Get in on the Act). URL: https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/9.34%20Get%20in%20on%20the%20Act%20-%20Digital%20Economy%20Act%202017_6PP_v04_Web.pdf (дата звернення:17.01.20).

10. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031 (дата звернення: 19.01.2020).

11. Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities (Access Directive). Official Journal of the European Communities. 24.4.2002. L 108/7. URL: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0007:0020:EN:PDF (дата звернення: 01.02.2020).

12. Directive 2002/20/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on the authorisation of .electronic communications networks and services // URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX-%3A32002L0020 (дата звернення: 01.02.2020).

13. Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (Framework Directive) // URL: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0007:0020:EN:PDF(дата звернення: 01.02.2020).

14. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council // URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0083 (дата звернення: 01.02.2020).

15. Regulation (EU) № 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) № 2006/2004 and 7. 17. Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR). // URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013R0524 (дата звернення: 22.08.2019).

16. Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) // URL: : https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF (дата звернення: 22.08.2019).

17. R. Bukht, R. Heeks. (2017) Defining, Conseptualising and Measuring the Digital Economy // Development Informatics Working Paper Series. Paper No. 68 // URL: https://diodeweb.files.wordpress.com/2017/08/diwkppr68-diode.pdf (дата звернення 18.01.2020).

18. Дэн Лаример: технологические гиганты ведут мир в оруэлловскую антиутопію // https://forklog.com/den-larimer-tehnologicheskie-giganty-vedut-mir-v-oruellovskuyu-antiutopiyu/ (28.12.2019)

19. У Давосі обговорювали необхідність світової революції з перенавчання кадрів: причина // https://rubryka.com/2020/01/26/retraining-personnel-davos/ (26.01.2020).

20. Вінник О.М. Правове забезпечення соціального спрямування електронного бізнесу // Підприємництво, господарство і право. 2019. № 11. С. 75-82.

21. М.Гребенюк, А. Черняк. Проблеми протидії організованій злочинності у сфері цифрової економіки // Підприємництво, господарство і право. 2019. № 3. С. 297-301.

22. Аферисти «розвели» наївних українців на два мільйони: нова схема обману вражає масштабами // https://znaj.ua/society/290875-aferisti-rozveli-najivnih-ukrajinciv-na-dva-milyoni-nova-shema-obmanu-vrazhaye-masshtabami (24.01.2020).

23. Європа створює відкритий «хмарний» простір для науки та досліджень // https://internetua.com/yevropa-stvoruaye-vidkritii-hmarnii-prostir-dlya-nauki-ta-doslidjen (22.01.20).

24. Data Governance Principles for the Global Digital Economy https://www.csis.org/analysis/data-governance-principles-global-digital-economy (дата звернення: 25.01.2020).

25. Германское право. Ч. II. Германское торговое уложение и другие законы. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. С. 15-162.

26. Коммерческий кодекс Франции. – М.: Волтерс Клувер, 2008. 1272 с.

27. Uniform Commercial Code // https://www.uniformlaws.org/acts/ucc (дата звернення 25.01.2020).

28. Green Paper – Glossary of summaries – EUR-Lex – Europa // https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html (дата звернення: 01.02.2020).

29. White Paper // URL: https://dictionary.cambridge.org/ru/%D1%81%D0%BB%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D1%80%D1%8C/%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB%D0%B8%D0%B9%D1%81%D0%BA%D0%B8%D0%B9/white-paper (дата звернення: 25.01.2020).

The article is devoted to the problem of improving the legal support of the Ukrainian economy in conditions of its digitalization and civil society development. The characteristic trends in the modern economy, the benefits and risks of the digital economy are identified, as well as the regulatory means appropriate to such economics. The digitalization of the economy increases its efficiency. This is facilitated by the rapid exchange of information that ensures the prompt establishment of business contacts, the conclusion of contracts and the execution of transactions. At the same time, the benefits of digital technology are attractive to unscrupulous participants of the economy relations. The abuse of these technologies causes great harm to the economy, to the society and to the aggrieved persons (consumers, enterprises).

The Digital Economy/DE needs comprehensive legal regulation that must stimulate the civilized use of digital technologies in the economy and create barriers to the misuse of such technologies. The Commercial Code of Ukraine, despite its shortcomings, is capable of providing such regulation. Proposals to repeal the Commercial Code are criticized, as their implementation may destroy the system of Ukrainian legislation. Instead, it is proposed to improve this normative act by exempting it from the shortcomings and by adding a new section called Digital Economy. This will determine the specifics of both the digital economy and its regulation in terms of: regulatory principles; of the legal status of e-business entities, including virtual enterprises; of the legal regime of electronic resources, including online shops; of the rules of competition and liability in this area; of electronic contracts; online dispute resolution; overcoming digital inequality.

This will identify the specifics of both the digital economy and its regulation in terms of: principles and means of regulation, including the basic principles of the combination of state regulation and self-regulation; competition rules and means of counteracting negative phenomena in the field of DE; composition

of participants in the relations of DE (subjects of e-business, including virtual enterprises, subjects of organizational and economic powers, including authorized bodies of the state, self-regulatory organizations, consumers of electronic services and / or goods in electronic form) and bases of their legal status; the legal regime of electronic resources, including online shops and trading online platforms; responsibility in this area; electronic contracts; online dispute resolution; overcoming digital inequality.

Key words: digitalization, Digital Economy/DE, civil society, Commercial Code of Ukraine, improvement of legal regulation.

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.15

Олена Гончаренко,
канд. юрид. наук, доцент,
старший науковий співробітник
відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

САМОРЕГУЛІВНІ ОРГАНІЗАЦІЇ У СФЕРІ ЦИФРОВОЇ ЕКОНОМІКИ

У статті визначені особливості та перспективи правового забезпечення діяльності СРО у сфері цифрової економіки в Україні. Враховуючи особливість цифрової економіки, саморегулювання у формі створення СРО є найбільш оптимальним варіантом її розвитку в Україні. Водночас потрібно враховувати можливі недоліки саморегулювання та ризики діяльності СРО у формуванні моделі взаємодії з органами державної влади, споживачами товарів та послуг тощо.

Встановлено, що в Україні СРО у сфері цифрової економіки можуть функціонувати у різних організаційно-правових формах. Найбільш поширеною є громадська організація, низка яких уже функціонують нині. Залишається актуальним питання легітимації діяльності СРО у сфері цифрової економіки, адже нинішнє законодавство не визначає можливості їхньої діяльності шляхом офіційної заявки та вказівки на їхній саморегулівний статус. Фактичні СРО у сфері цифрової економіки в Україні можуть існувати, однак не можуть набути юридичного статусу як такого через відсутність належного законодавчого регулювання. До СРО у сфері цифрової економіки слід віднести і СРО на ринку криптовалюти та блокчейну.

Важливим елементом діяльності СРО має бути розробка правил та стандартів діяльності її учасників. Незважаючи на важливість діяльності СРО на ринку криптовалюти, без дієвого, прозорого механізму контролю за діяльністю членів організації не можливо сформувати довіру до професійної спільноти на ринку.

Зроблено висновок, що процес становлення та розвитку саморегулювання цифрової економіки в Україні відбувається у рамках загальнонаціонального процесу впровадження системи саморегулювання у господарській діяльності та розвитку цифрової економіки. Однак у жодному з цих документів не йдеться про розвиток СРО саме у цифровій економіці. Хоча це питання продовжує бути актуальним з огляду на особливості регулювання, а також на те, що саме СРО впроваджують додаткове регулювання на відповідному ринку. Крім того, саме професійна спрямованість у процесі формування СРО допоможе належно врегулювати цю сферу. Важливою є розробка та запровадження Концепції розвитку саморегулювання у цифровій економіці в Україні, у якій би було враховано специфіку розробки СРО правил та стандартів, етичних кодексів у цій сфері тощо.

Ключові слова: саморегулівна організація, стандарти діяльності, цифрова економіка, етичний кодекс, криптовалюта, блокчейн.

Постановка проблеми. Розвиток правового регулювання цифрової економіки в Україні актуалізував питання дослідження саморегулювання господарської діяльності загалом та саморегулівних організацій (далі – СРО), зокрема, в електронній комерції. Цифрова економіка ґрунтується на чітко визначених стандартах здійснення певних технологічних схем, що розробляються здебільшого саморегулівними інституціями, самими суб'єктами господарювання. СРО створюються у нових сферах, галузях, видах економічної діяльності. Завданням держави є створення правого поля діяльності таких суб'єктів. Практика зарубіжних держав доводить ефективність функціонування СРО у регулюванні реклами та іншого контенту в Інтернеті, блокчейну, на ринку криптовалюти тощо. Тому вивчення питання діяльності СРО у цифрові сфері є, безперечно, актуальним, враховуючи перспективи розвитку в Україні.

Питання цифрової економіки, тих чи інших її аспектів досліджували О. О. Бакалінська, О. А. Беляневич, О. М. Вінник, К. В. Єфремова, О. Р. Ковалишин, В. В. Кочин, Н. Б. Пацурія та інші. Однак проблематика саморегулювання цифрової економіки, у тому числі діяльності СРО, не досить вивчена з огляду на особливості діяльності

© О. Гончаренко, 2020

цих організацій в Україні. Дослідження зарубіжних науковців у цій сфері залежать від рівня розвитку системи СРО, від ефективності та поширеності їхньої діяльності. Зокрема, можна назвати роботи Р. Боннітта, Ж. М. Бонніці, Д. Тапскотт, Р. Шахджі та інших.

Метою статті є визначення особливостей та перспектив правового забезпечення діяльності СРО у сфері цифрової економіки в Україні.

Виклад основного матеріалу. Цифрова економіка є наслідком самоорганізації та саморегулювання економічної діяльності з використанням інформаційних технологій. Завданням сучасної держави є добре врядування, у тому числі завдяки розвитку інституційного саморегулювання, яке проявляється у вигляді саморегулівних організацій (далі-СРО).

Синергія саморегулювання та господарювання приводить по появи нових форм та явищ, зокрема цифрової економіки. У правовому полі створюються правила регулювання цього нового явища та пов'язаних із ним інструментів та засобів. Тому поява, функціонування та правове забезпечення СРО у цифровій економіці є відповіддю на виклики сьогодення. Створення СРО у сфері цифрової економіки є необхідним явищем, оскільки сама цифрова економіка і виникла завдяки саморегулюванню. О. М. Вінник зазначає: «Цифрова економіки потребує правил взаємодії <...>, що включають нормативно-правове регулювання та засоби саморегулювання, в тому числі договори, установчі документи цих осіб, акти саморегулівних організацій, правила ділового обороту, формування яких у цифровій сфері лише починається» [1, с. 34–35]. Актами СРО враховуються професійні нюанси цифрової економіки, забезпечується взаємодія між учасниками ринку, а також споживачами послуг та органами державної влади.

Потребу створення СРО у цифровій економіці, як правило, пов'язують з упорядкуванням, стабілізацією та визначеністю правил у цій сфері, наданням легітимності як рішенням органів державної влади, так і нормативним документам, які створюються самими СРО, зі збільшенням довіри споживачів до послуг, які надаються суб'єктами господарювання, задіяними в електронній комерції. Для самих суб'єктів господарювання, які професійно здійснюють свою діяльність у цій сфері, важливим є більш «м'яке», зрозуміле для них створення правил на основі їхнього досвіду. Однак загальні принципи та пріоритети формування соціальної держави повинні бути збережені у процесі регулювання та встановлення обмежень господарської діяльності у цій сфері та залишатися базовими імперативами, як-то дотримання конкурентного законодавства, захисту прав споживачів тощо.

Так, пріоритети політики в електронній комерції держав, які розвиваються, Б. Тигре та Д. О'Коннор розглядають через етапи «готовності до електронної комерції» («e-commerce readiness»). Зокрема, учені зазначають: «Для більшості країн, що розвиваються, основним пріоритетом залишається створення базової інфраструктури телекомунікацій, конкурентного середовища та регуляторної бази для підтримки широкого та легкого доступу до Інтернету. Приватизація телекомунікацій повинна супроводжуватися розширеною конкуренцією, а не надмірно щедрими угодами про ексклюзивність» [2, с. 43]. Нині Україна має проблеми не тільки з розвитком конкурентного середовища, а й зі створенням базової інфраструктури. Однак найбільш гостро стоїть питання захисту прав споживачів в Інтернет-середовищі (наприклад, захист конфіденційності, бази даних), безпечність трансакцій тощо. Ці питання цілком можливо упорядкувати за допомогою додаткового регулювання професійною спільнотою СРО. Водночас потрібно розуміти і негативні аспекти монопольного (домінуючого) регулювання СРО цифрової економіки.

З такими питаннями уже стикнулися США та деякі держави ЄС. Однак деякі науковці вказують і на вирішення проблеми щодо контролю в електронній комерції. Так, Генрі Фарел вказує на появу «гібридних інститутів» («hybrid institutions»), коли держави створюють загальні рамки правил, які потім реалізуються приватними суб'єктами. Це проілюстровано автором на прикладі домовленості про безпечну гавань (Safe Harbor) ЄС-США щодо конфіденційності між державними та приватними суб'єктами у сфері електронної комерції [3].

Державне регулювання цифрової економіки – це відповідь держав, які також перебувають у сучасних умовах під впливом трансформаційних саморегулівних процесів, на спонтанне саморегулювання у сфері використання інформаційних технологій, пов'язаних із бізнес- процесами. Це виконання державою функцій охорони прав людини і громадянина у цифрову епоху. Швидкість змін технологій спонукає державу до дій і реакцій, які б мали випереджувальний ефект. Тому принципи та методи, які мають бути використані під час розробки норм щодо цифрової економіки, мають

включати футуристичний аспект [4, с. 62]. Жанна Міфсуд Бонніці робить висновок про те, що саморегуляцію в Інтернеті частково можна розуміти як форму юридичного плюралізму, оскільки це передбачає створення обов'язкових правил різними групами поза межами ієрархічної структури держави, але вона може бути краще зрозуміла як залучення до створення регуляторної сітки, в якій «саморегулювання та державне регулювання переплітаються і взаємно доповнюють одне одного» [5, с. 199-200].

Н. Абрахам, Д. Бах досліджували питання галузевого саморегулювання цифрового ринку та вказували на переважаючу стратегію такого регулювання на ринках США та Європейського Союзу. Однак автори зазначали наявні відмінності у такому регулюванні: тіні публічної влади (in the shadow of public power) – інструменти державного сектору, що використовуються для стимулювання галузевих колективних дій – два на різні режими саморегулювання (переклад – *О.М. Гончаренко*). До таких різних режимів науковці відносять у США юридичне саморегулювання (legalistic selfregulation), а в Європі координаційне саморегулювання (coordinated selfregulation) [6].

В Україні ж СРО цифрової економіки можуть функціонувати у різних організаційно-правових формах. Найбільш поширеною є громадська організація, низка яких уже функціонують нині. В Україні СРО не просто створюються за моделлю громадських організацій, деякі з них до моменту набуття статусу СРО проходять обов'язкову реєстрацію як громадські організації, а деякі так і залишаються громадськими організаціями, які представляють та захищають інтереси суб'єктів господарювання [7, с. 111].

Однак адвокатування саморегулювання та усвідомлення відповідальності СРО потребує належного розуміння як у представників професійного середовища, так і в органів державної влади. Залишається актуальним для нашої держави і питання легітимації діяльності СРО у сфері цифрової економіки, адже нинішнє законодавство не визначає можливості їхньої діяльності шляхом офіційної заявки та вказівки на їхній саморегулівний статус. Фактично СРО у сфері цифрової економіки в Україні можуть існувати, однак не можуть набути юридичного статусу як такого через відсутність належного законодавства.

СРО на ринку криптовалюти та блокчейну. Сучасні світові тенденції присвячені обговоренню питання діяльності СРО на ринку криптовалюти. До держав, у яких уже створені СРО на цьому ринку, відносять: Японію, США, Південну Корею, Швейцарію, Нідерланди, Німеччину, Хорватію та інші.

Наприклад, створена Хорватська асоціація Blockchain і криптовалюти (Ubik), що є саморегулівною організацією, метою якої є створення криптографічної спільноти, суспільного утворення з розвитку регулювання в Хорватії [8]. У Південній Кореї створена Корейська асоціація Blockchain, яка впроваджує стратегії, спрямовані на захист активів інвесторів, більшої прозорості тощо.

У Японії також існують СРО на ринку криптовалют. Організаційною формою СРО є, наприклад, біржа. Японська асоціація блокчейн (Japan Blockchain Association (JBA)) має 127 членів, серед яких – 35 бірж криптовалют. Вона встановлює стандарти та сприяє «розвитку надійного бізнес-середовища та системи захисту користувачів віртуальної валюти та технології blockchain» [9]. Японська асоціація обміну криптовалют (Japanese Cryptocurrency Exchange Association (JCEA)) складається з 16 криптовалютних бірж, зареєстрованих у Японському агентстві фінансових послуг (Japan's Financial Services Agency). Наприклад, біржі криптовалют в Японії посилили регуляторні заходи, пов'язані-**9 з безпекою після недавнього зламу Coincheck [10]. СРО у Японії можуть бути зареєстровані у Японському агентстві фінансових послуг.

У США також функціонують СРО на ринку криптовалюти, зокрема біржі криптовалюти. Суб'єктами господарювання було створено Віртуальну товарну асоціацію (Virtual Commodity Association) – саморегулівну неприбуткову організацію на ринку криптовалют, яка сприяє «визначенню ціни, ефективності та прозорості» шляхом прийняття професійних стандартів [11]. Загалом ринок критовалюти та діяльність СРО на цьому ринку регулюються Комісією з цінних паперів та бірж (SEC), Комісією з торгівлі товарними ф'ючерсами (CFTC), Регулюючим органом фінансової галузі (FINRA). Досліджуючи позиції американських науковців щодо діяльності СРО на ринку криптовалюти, можна дійти висновку про їх різноплановість та амбівалентність: поряд з урахуванням переваг діяльності СРО ставиться під сумнів ефективність такого регулювання. Так СРО описують як регуляторний «фасад», вказують на можливість шахрайства з криптовалютою самими СРО тощо. Р. Клементс із цього приводу зазначає: «СРО може не бути регуляторною панацеєю, про яку думають деякі. Хоча СРО може використовувати галузевий досвід для створення поліпшених стандартів та кращого дотримання, деякі юридичні коментатори

ставлять під сумнів їх фактичну ефективність. <...> Фірми криптовалюти для саморегулювання – це довіра. Відповідно, СРО може бути важливою інституцією з огляду на мінливий ринок криптовалют, який зароджується» [12]. Незважаючи на важливість діяльності СРО на ринку криптовалюти, без дієвого, прозорого механізму контролю за діяльністю членів організації не можливо сформувати довіру до професійної спільноти на ринку.

Становлення та розвиток саморегулювання цифрової економіки в Україні відбувається у рамках загальнонаціонального процесу впровадження системи саморегулювання у господарській діяльності та розвитку цифрової економіки. Так, було прийнято Концепцію реформування інституту саморегулювання в Україні, схвалену розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 308-р [13], та Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки, схвалену розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. [14]. Також затверджено план заходів щодо реалізації Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки [15]. Однак у жодному з цих документів не йдеться про розвиток СРО саме у цифровій економіці. Хоча це питання продовжує бути актуальним з огляду на особливості регулювання, а також на те, що саме СРО впроваджують додаткове регулювання на відповідному ринку. Крім того, саме професійна спрямованість у процесі формування СРО допоможе належно врегулювати цю сферу. Важливою є розробка та запровадження Концепції розвитку саморегулювання у цифровій економіці в Україні, у якій би було враховано специфіку розробки правил та стандартів СРО, етичних кодексів у цій сфері тощо.

Висновки

В Україні продовжується становлення та розвиток системи СРО. До неї мають увійти і СРО у сфері цифрової економіки, включаючи СРО на ринку криптовалюти та блокчейну. Важливим елементом інституційної діяльності має бути розробка правил та стандартів діяльності учасників СРО у сфері цифрової економіки. Враховуючи особливість цифрової економіки, саморегулювання у формі створення СРО є найбільш оптимальним варіантом її розвитку в Україні. Водночас потрібно враховувати можливі недоліки саморегулювання та ризики діяльності СРО у формуванні моделі взаємодії з органами державної влади, споживачами товарів та послуг тощо.

Список використаних джерел:

1. Вінник О. М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2018. 212 с.

2. Bastos Tigre, P. O'Connor. Policies and Institutions for E-Commerce Readiness: What Can Developing Countries Learn From OECD Experience? *OECD Development Centre Working Papers*. 2002. № 189. OECD Publishing, Paris. DOI: https:// doi.org/10.1787/604626755535.

3. Farrell H. Constructing the International Foundations of E-Commerce—The EU-U.S. Safe Harbor Arrangement. *Published online by Cambridge University Press*. 2003. Vol. 57. Iss. 2. P. 277-306. DOI: https://doi.org/10.1017/S0020818303572022.

4. Гончаренко О. М. Саморегулювання цифрової економіки. *Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання* : збірник наукових праць / за заг. ред. О. М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 56-82.

5. Mifsud B. J. Self-regulation in cyberspace. The Hague: TMC Asser Press, 2008, P. 199–200. URL: https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/6-1-McIntyre.pdf (дата звернення: 10.07.2019).

6. Abraham Newman L., Bach David. Self-Regulatory Trajectories in the Shadow of Public Power: Resolving Digital Dilemmas in Europe and the United States. 2004. DOI: https:// https://doi.org/10.1111/j.0952-1895.2004.00251.

7. Гончаренко О. Актуальні питання правового статусу саморегулівних організацій в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 109-114.

8. Chorwacja wprowadza samoregulującą się organizację Blockchain wśród rosnących trendów na całym świecie. Luty 19, 2018. URL: https://cryptofakty.pl/chorwacja-wprowadza-samoregulujaca-sie-organizacje-blockchain-wsrod-rosnacych-trendow-calym-swiecie/ (дата звернення: 15.12.2018).

9. How Many Countries Have Implemented Self-Regulation? URL: https://www.investopedia.com/news/should-cryptocurrency-exchanges-elfregulate-themselves/(дата звернення: 10.01.2020).

10. Should Cryptocurrency Exchanges Self-Regulate? URL: https://www.investopedia.com/news/should-cryptocurrency-exchanges-selfregulate-themselves/ (дата звернення: 18.01.2020).

11. Winklevoss Twins Unveil Proposal for Self-Regulation of Crypto Markets. URL: https://www.investopedia.com/news/winklevii-proposal-selfregulation-crypto-markets-receives-cautious-welcome/ (дата звернення: 10.01.2020).

12. Clements R. Can a Cryptocurrency Self-Regulatory Organization Work? Assessing Its Promise and Likely Challenges. 2018.

URL: https://sites.duke.edu/thefinregblog/2018/06/21/can-a-cryptocurrency-self-regulatory-organization-work (дата звернення: 20.01.2020).

13. Концепція реформування інституту саморегулювання в Україні : схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 308-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-konc (дата звернення: 20.01.2020).

14. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки: схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80 (дата звернення: 18.10.2019).

15. План заходів щодо реалізації Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки : схвалений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#n250 (дата звернення: 20.01.2020).

The article identifies features and prospects of legal support for SRO activities in the field of digital economy in Ukraine. Given the peculiarity of the digital economy, self-regulation in the form of SROs is the most optimal option for its development in Ukraine. At the same time, it is necessary to take into account possible shortcomings of self-regulation and risks of SRO activity in forming a model of interaction with public authorities, consumers of goods and services, etc.

It is established that in Ukraine, SROs in the field of digital economy can function in different organizational and legal forms. The most common is a non-governmental organization, a number of which are already operational today. The question of legitimation of SRO activities in the digital economy remains relevant, as current legislation does not determine the feasibility of their activities by formally applying for and indicating their self-regulatory status. Actual SROs in the digital economy may exist in Ukraine but may not acquire legal status as such due to lack of proper legislation. SROs in the digital economy include SROs in the cryptocurrency and blockchain markets.

An important element of an SRO's activity should be to develop rules and standards for its participants. Despite the importance of SRO activity in the cryptocurrency market without an effective, transparent mechanism for controlling the activities of members of the organization, it is not possible to create trust in the professional community in the market.

It is concluded that the process of formation and development of self-regulation of the digital economy in Ukraine is taking place within the national process of introducing the system of self-regulation in economic activity and development of the digital economy. However, none of these documents addresses the development of SROs in the digital economy. Although this issue remains relevant, given the particularities of regulation, it is also the case that SROs themselves are introducing additional regulation in the relevant market. Moreover, it is the professional orientation in the formation of the SRO that will help to regulate this sphere properly. It is important to develop and implement a Concept for the development of self-regulation in the digital economy in Ukraine, which would take into account the specifics of developing SRO rules and standards, codes of ethics in this field, etc.

Key words: self-regulatory organization, standards of activity, digital economy, code of ethics, cryptocurrency, blockchain.

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.16

Олександр Ковалишин,
канд. юрид. наук, науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ТОВАРИСТВА ОСІБ У КРАЇНАХ СХІДНОЇ ЄВРОПИ

У статті аналізується роль товариств осіб у системі господарських товариств на основі порівняльного аналізу в країнах центральної та Східної Європи.

Автор зазначає, що хоча товариства осіб у центральних та східних державах-членах ЄС і не займають лідируючі позиції (в загальній кількості господарських товариств вони становлять меншість), та разом із тим розрив у співвідношенні не такий явний, як в Україні та інших пострадянських державах. Динаміка кількості товариств осіб хоча й не демонструє тенденції до збільшення, але й не зменшується. Тобто товариства осіб займають стабільну нішу в народному господарстві вищеназваних держав.

Акцентується увага на тому, що в східних державах-членах ЄС (Польща, Словаччина, Чехія тощо) товариства осіб не розглядаються як юридичні особи, тож, відповідно, дохід таких товариств не підлягає оподаткуванню.

Автор піддає критиці пропонований ву науковій літературі спосіб забезпечення можливості в Україні створення повних та командитних товариств як із правами, так і без прав юридичної особи, оскільки таке нововведення потребуватиме перегляду концептуальних засад корпоративного права України.

Підсумовується, що роль товариств осіб в Україні та інших країнах пострадянського простору за абсолютними та відносними показниками незначна порівняно з країнами ЄС, що зумовлено особливостями соціально-економічного розвитку, рівнем правової свідомості та ін. Незатребуваність товариств осіб у господарських відносинах зумовлена небажанням учасників ринку нести відповідальність за свої дії.

Найбільш доцільним, на думку автора, є метод встановлення певних преференцій для товариств осіб порівняно з товариствами капіталу, для того щоб учасники господарських відносин з власної волі були зацікавлені провадити діяльність саме у формі товариства осіб.

Тому пропонується диференціювання ставок оподаткування залежно від організаційно-правової форми суб'єкта господарювання, оскільки досвід диференційованого підходу в оподаткуванні юридичних осіб не є новим у податковому праві України. Автором пропонується запровадити нижчі ставки оподаткування для товариств осіб порівняно з тими ставками, які застосовуються за загальним правилом до товариств капіталу.

Ключові слова: товариства осіб, командитне товариство, повне товариство, порівняльний аспект, правове запозичення, країни східної Європи.

Постановка проблеми. Систему господарських товариств України становлять товариства капіталу та товариства осіб. Перевагами останніх (зокрема, повних товариств) мали би бути можливість безпосередньої участі в господарській діяльності товариства, відсутність мінімального статутного капіталу. До переваг командитного товариства в літературі відносять можливість збільшити початковий капітал за рахунок внесків вкладників товариства, виключаючи, таким чином, необхідність залучення цього капіталу ззовні (шляхом укладання договорів позики, отримання кредиту тощо). З іншого боку, у вкладників виникає можливість отримання прибутку від підприємницької діяльності товариства на досить вигідних умовах: без участі в управлінні його справами і з ризиком втрати тільки свого внеску в товаристві [1, с. 2].

На жаль, на практиці товариства осіб в Україні не затребувані. Та чи є це загальносвітовою тенденцією?

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правового регулювання командитних та повних товариств досліджувались у працях багатьох учених, зокрема І. Я. Бабецької, О. М. Вінник, В. М. Коссака, Ю. Ю. Симонян, Ю. М. Юркевича, А. В. Філімонова, Ю. В. Яковлєва та ін. Незважаючи

© О. Ковалишин, 2020

на наявність праць згаданих науковців, проблема правового регулювання товариств осіб в умовах реформування вітчизняного законодавства і досі залишається актуальною, статистичні дані не застосовувалися.

Мета дослідження полягає в проведенні порівняльного аналізу вітчизняного нормативного регулювання повних та командитних товариств із зарубіжним, а також висловлення власної позиції щодо необхідності вдосконалення їх правового статусу.

Виклад основного матеріалу. Аналіз поширеності та їх реалізації на практиці доцільно розпочати із динаміки кількості зареєстрованих господарських товариств в Україні.

Вищенаведена статистика яскраво свідчить, що повне та командитне товариство за абсолютним показником демонструє тенденцією до зниження. Падіння кількості тих чи інших зареєстрованих суб'єктів господарювання є до певної міри типовим явищем в економіці кожної країни та пов'язане з різними причинами: фінансовою кризою, зміною економічної політики, боротьбою з тіньовим бізнесом, зміною в податковому законодавстві тощо. До прикладу, після введення обов'язкового єдиного внеску для фізичних осіб-підприємців кількість останніх в Україні різко знизилась. Це пов'язано зі значною кількістю так званих «сплячих ФОПів», які не здійснювали систематичної активної господарської діяльності, використовувались від часу до часу з метою оптимізації оподаткування інших суб'єктів господарювання (як правило, юридичних осіб) у зв'язку з їх вищим рівнем податкового навантаження.

Але й у відсотковому відношенні до інших організаційно-правових форм суб'єктів господарювання повне та командитне товариство втрачають своє значення. Це свідчить, що не лише ті об'єктивні чинники, які є загальними для всіх (кризові явища в економіці тощо) виступають тими факторами, які зумовлюють неефективність та незатребуваність товариств осіб на практиці. На думку Ю. В. Яковлєва, залучення в командитні товариства іноземних інвестицій є скоріше винятком, ніж правилом [3, с. 14].

Видається, першочергове значення має необмежена солідарна відповідальність учасників товариств осіб. На це неодноразово вказувалося в юридичній літературі. Недосконалість правового регулювання командитних товариств, так само як і повних, зумовлена встановленням необмеженої відповідальності повних учасників командитного товариства, неврегульованістю питання взаємовідносин вкладників із товариством, а також тим, що на законодавчому рівні не враховано особливі умови заснування командитного товариства, тощо [1, с. 2-3]. За одночасної відсутності податкових преференцій інвестори не готові нести вищі ризики, які пов'язані з потенційною можливістю втрати особистого майна, за відсутності переваг таких типів суб'єктів господарювання на ринку.

Падіння частки повних командитних товариств не лише в абсолютних, але й в кількісних показниках дає підстави вважати, що товариства осіб в Україні є зовсім не затребуваними сьогодні. Дані суб'єкти господарювання практично не відіграють вагомої ролі в господарському обороті України. То чи є товариства осіб «атавізмами» корпоративного права України?

Слід зауважити, що подібна негативна статистика для товариств осіб спостеріга-

Таблиця 1

Кількість зареєстрованих підприємницьких товариств в Україні [2]

Станом	на 1 січня 2017 року		на 1 січня 2018 року		на 1 січня 2019 року	
Організаційно-правова форма	Загальна кількість	% від заг. к-сті, %	Загальна кількість	% від заг. к-сті, %	Загальна кількість	% від заг. к-сті, %
Усього юридичних осіб	1185071		1235024		1298435	
акціонерні товариства	15206	1,28	14710	1,19	14310	1,10
з них:						
публічне акціонерне товариство	3122	0,26	2186	0,18	1727	0,13
приватне акціонерне товариство	4348	0,36	5076	0,41	5304	0,41
товариство з обмеженою відповідальністю	532401	44,92	576554	46,68	632231	48,69
товариство з додатковою відповідальністю	1392	0,12	1453	0,12	1502	0,12
повне товариство	1378	0,11	1344	0,11	1322	0,10
командитне товариство	384	0,03	377	0,03	370	0,03
кооперативи	26460	2,23	26975	2,18	27524	2,12

ється і в інших країнах пострадянського простору (РФ, Білорусь та ін.).

У Білорусі на 30 серпня 2010 року в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та індивідуальних підприємців значилося 104 530 комерційних організацій. Серед них унітарних підприємств – 52 606, товариств з обмеженою відповідальністю – 34 098, товариств з додатковою відповідальністю – 9 540, закритих акціонерних товариств – 2 212, відкритих акціонерних товариств – 1 959, селянських (фермерських) господарств – 2 793, виробничих кооперативів (в тому числі сільськогосподарських виробничих кооперативів) – 1 318, повних товариств – 1, командитних товариств – 3 [5, с. 54].

Як вбачається із згаданої статистики, в Білорусі товариства осіб, незважаючи на рівноцінне правове регулювання на рівні з товариствами капіталу, не відіграють жодної економічно вагомої ролі. Тому, з огляду на їх незатребуваність в економіці країни (за інформацією Міністерства юстиції Республіки Білорусь станом на січень 2018 року створено 1 повне товариство і 2 командитних), пропонувалося виключити дані організаційно-правові форми з числа комерційних організацій. Задля цього пропонувалося виключити статті 66-85 ЦК Республіки Білорусь, а також внести зміни до статей 63, 64 ЦК Республіки Білорусь [6]. Даний законопроект так і не був втілений в життя.

Таблиця 2

Кількість зареєстрованих комерційних організацій в Російській Федерації [4]

Станом	на 01.01.2017 року		на 01.01.2018 року		на 01.02.2019 року	
Організаційно-правова форма	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**
Кількість комерційних організацій	3895974	-	3729191	-	3422486	-
Кількість акціонерних товариств	102 293	2,63	86 440	2,31792901	72 807	2,1273133
з них:						
Закрите акціонерне товариство	81 705	2,10	69 954	1,87	59 217	1,73
Відкрите акціонерне товариство	19 904	0,51	15 829	0,42	12 551	0,367
Товариство з обмеженою відповідальністю	3742114	96,05	3597536	96,47	3310022	96,71
Товариство з додатковою відповідальністю	12	0,0003	6	0,00016	5	0,0001
Повних товариств	217	0,0055	189	0,005	169	0,0049
Товариств на вірі	439	0,01	367	0,009	309	0,009
Виробничих кооперативів	14 870	0,38	13 111	0,35	11 787	0,34

Таблиця 3

Кількість зареєстрованих господарських товариств та кооперативів Австрії [9]

Станом	на 31.12.2016 року		на 31.12.2017 року		на 31.12.2018 року	
Організаційно-правова форма	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**
Господарських товариств (*Gesellschaften*)	131688		134561		137823	
Акціонерне товариство *(Aktiengesellschaft)*	1374	1,04	1 311	0,97	1290	0,94
Товариство з обмеженою відповідальністю *(Gesellschaft mit beschänkter Haftung)*	99512	75,57	102 102	75,88	104980	76,17
Повне товариство (*Offene Gesellschaft*)	9018	6,85	9431	7,01	9819	7,12
Командитне товариство *(Kommanditgesellschaft)*	21784	16,54	21717	16,13	21734	15,77
Виробничий кооператив *(Erwerbs- und Wirschaftsgenossenschaft)*	836	0,63	819	0,61	800	0,58

Натепер товариства осіб входять до системи господарських товариств Білорусі [7].

Як вбачається з вищенаведеної статистики, товариства осіб не є популярними, коли здійснюється вибір організаційно-правової форми для ведення господарської діяльності, серед провідних пострадянських країн (Україна, Білорусія, РФ та ін.). Їх кількість незначна, а відповідна динаміка показує тенденцію до зниження.

То, можливо, втрата позицій товариствами осіб є загальносвітовою тенденцією? Автор не береться зіставляти динаміку товариств осіб України та відповідну динаміку інших правових систем, оскільки таке порівняння було б науково некоректним у зв'язку з відмінностями в культурному та правовому розвитку, різним господарським призначенням. Натомість доцільно здійснити порівняльний аналіз із корпоративним правом деяких держав-членів Європейського Союзу. Система господарських товариств України формувалась під значним впливом німецької моделі корпоративного права. Тому доцільно навести статистику Німеччини, а також близької до неї Австрії.

У Німеччині товариства осіб відіграють вагому роль в економіці країни. Станом на 2017 р. серед загальної кількості суб'єктів господарювання (3,48 млн.) було зареєстровано 844 609 господарських товариств, з яких товариства капіталу становили 520 524 (61,63 %), а товариства осіб – 324 085 (38,37 %) [8]. Тобто товариства осіб становлять понад 1/3 від усієї кількості господарських товариств. В Австрії близько чверті всіх господарських товариств становлять товариства осіб.

Слід визнати, що підприємницьке середовище у вищезгаданих країнах не зазнало впливу комуністично-соціалістичної ідеології, їхня економіка постійно розвивалась

Таблиця 4

Кількість зареєстрованих господарських товариств Польщі [10]

Станом	на 01.01.2017 року		на 01.01.2018 року		на 01.01.2019 року	
Організаційно-правова форма	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**
Господарських товариств	501056	-	537273	-	489908	-
Акціонерне товариство (*spółka akcyjna*)	11769	2,35	12044	2,24	9938	2,02
Товариство з обмеженою відповідальністю (*Spółka z o.o.*)	420789	83,98	451863	84,10	402168	82,09
Партнерське товариство (*spółka partnerska*)	2249	0,45	2333	0,43	2376	0,48
Повне товариство (*spółka jawna*)	36368	7,26	36399	6,77	35753	7,29
Командитне товариство (*spóka komandytowa*)	25647	5,12	30654	5,71	35826	7,31
Командитно-акціонерне товариство (*spóka komandytowo-akcyjna*)	4234	0,84	3980	0,74	3847	0,78
Виробничий кооператив (*spódzielnia*)	17633	3,52	17694	3,29	11655	2,37

Таблиця 5

Кількість зареєстрованих господарських товариств Угорщини [11]

Станом	на 31.12.2017 року		на 31.12.2018 року		на 31.12.2019 року	
Організаційно-правова форма	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**	**Загальна кількість**	**% від заг. к-сті, %**
Господарських товариств	516 881		508 609		503 564	
Акціонерне товариство (*Részvénytársaság*)	6783	1,31	7083	1,39	7313	1,45
Товариство з обмеженою відповідальністю (*Korlátolt Felelősségű Társaság*)	380 082	73,53	376 304	73,99	375 579	74,58
Повне товариство (*Közkereseti társaság*)	3 299	0,64	3 096	0,61	2 873	0,57
Командитне товариство (*Betéti társaság*)	126 825	24,54	122 126	24,01	117 799	23,39

на капіталістичних ринкових засадах, правовою культурою і традиціями ведення підприємницької діяльності суб'єктами господарювання необхідність дотримання балансу приватно-публічних інтересів та принципу «вища прибутковість – вища відповідальність» сприймається як аксіома комерційного (господарського) права.

Тому для порівняння варто взяти також і дані про зареєстровані господарські товариства колишніх країн Варшавського договору. По-перше, останні після розпаду Радянського Союзу та зміни вектору на інтеграцію до Європейського співтовариства стикнулися з тими самими проблемами й викликами, що й пострадянські держави. По-друге, корпоративне право більшості з них конструювалося за зразком корпоративного права Німеччини. Тому доцільно навести статистику таких країн, як Польща, Угорщина.

Як вбачається, хоча товариства осіб у центральних та східних державах-членах ЄС і не займають лідируючі позиції (в загальній кількості господарських товариств їх меншість), та разом із тим розрив у співвідношенні не такий явний, як в Україні та інших пострадянських державах. Динаміка кількості товариств осіб хоча й не демонструє тенденції до збільшення, але й не зменшується (за винятком Угорщини). Тобто товариства осіб займають стабільну нішу в народному господарстві вищеназваних держав. Справді, можна говорити про дотримання приватних (отримання вищих прибутків за рахунок меншого податкового навантаження) та публічних інтересів (імовірність вищого рівня захисту контрагентів, споживачів тощо).

Тому правове регулювання товариств осіб в Україні потребує системних змін. За наявного рівня правового регулювання повні та командитні товариства не будуть затребуваними в господарському обороті. На думку автора, причини полягають у непродуманому, науково не обґрунтованому запозиченні досліджуваних організаційно-правових форм.

Шляхи розв'язання проблеми можуть бути різними. Пропонована в Республіці Білорусь відмова від таких видів товариств видається недоцільною. І доля відповідного законопроекту в Білорусі, і позитивна динаміка провадження діяльності товариств осіб у державах-членах ЄС є прямими тому підтвердженнями. Відсутність директив, які б мали на меті уніфікувати корпоративне право держав-членів ЄС в частині права товариств осіб, зумовлена не європейським песимізмом щодо майбутнього товариства осіб, а, радше, різницею у концептуальних підходах до поняття товариств у державах-членах ЄС. Тому виключення товариств осіб із системи підприємницьких товариств в Україні було б необґрунтованим та хибним кроком.

Необхідно змінювати підходи або ж хоча б окремі аспекти правого регулювання товариств осіб. У східних державах-членах ЄС (Польща, Словаччина, Чехія тощо) товариства осіб не розглядаються як юридичні особи, тож, відповідно, дохід таких товариств не підлягає оподаткуванню. Слід відзначити, що у вітчизняній науці також висловлювались думки щодо необхідності забезпечення можливості створення повних та командитних товариств як із правами, так і без прав юридичної особи з наділенням їх ключовими ознаками [12, с. 98; 13, с. 57; 14, с. 6-7]. Рішення, безумовно, цікаве, але запровадження даного досвіду потребує перегляду концептуальних засад корпоративного права України, що вимагає, напевно, не одного ґрунтовного наукового дослідження для його реалізації.

Іншим шляхом розв'язання проблеми могло би бути закріплення в імперативному порядку за окремими видами господарської діяльності обов'язковості її провадження лише у визначених організаційно-правових формах. Банки провадять діяльність виключно в організаційно-правовій формі акціонерного товариства або кооперативного банку (ч. 1 ст. 6 Закону України «Про банки і банківську діяльність») [15]. Господарська діяльність довірчих товариств провадиться у формі товариства з додатковою відповідальністю. Довірче товариство – товариство з додатковою відповідальністю, яке здійснює представницьку діяльність відповідно до договору, укладеного з довірителями майна щодо реалізації їхніх прав власників (ст. 1 Декрету КМУ «Про довірчі товариства» [16]). В юридичній літературі зазначається, що доцільною є зміна організаційно-правової форми довірчих товариств із товариства з додатковою відповідальністю на повне товариство, що дало б змогу посилити відповідальність довірчих товариств перед клієнтом у разі зловживання з боку довірчих товариств довірою та їхньої недобросовісної поведінки [17, с. 36]. На думку І. Кучеренко, з розвитком підприємницьких відносин розширюватимуться види діяльності, які матимуть право здійснювати тільки повні та командитні товариства [18].

За раніше чинним Законом України «Про підприємництво» діяльність у сфері ломбардних операцій могла здійснюватись виключно у формі повних товариств (ч. 2 ст. 4) [19]. Але ні в проекті Закону України «Про ломбарди і ломбардну діяльність» [20], ні в Розпорядженні Державної комісії

з регулювання ринків фінансових послуг України № 3981 від 26.04.2005 «Про затвердження Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами» [21] жодних вимог щодо звуження переліку можливих організаційно-правових форм провадження ломбардної діяльності немає. Так само і для інших видів господарської діяльності на ринку фінансових послуг.

Станом на 31.12.2018 до небанківського фінансового ринку належали: 281 страхова компанія; 358 кредитних установ; 359 ломбардів; 940 фінансових компаній; 62 недержавних пенсійних фонди; 22 адміністратора недержавних пенсійних фондів; 2 довірчі товариства. Як видається, на ринку фінансових послуг товариства осіб не набули популярності. Між тим ринок фінансових послуг потребує особливого піклування та гарантування прав та інтересів його учасників, оскільки апріорі несе певні ризики як для інвесторів, так і для економіки та економічної безпеки країни в цілому. Варто лише згадати, що всі останні світові економіко-фінансові кризи (Велика рецесія 2007–2008 року, Азійська фінансова криза 1997 року тощо) розпочинались саме через брак ефективного правового забезпечення та моніторингу на ринку фінансових послуг. Звичайно, причини криз світового масштабу залежать перш за все від проблем у корпоративному управлінні акціонерних товариств, які за своєю природою здатні акумулювати значні фінансові ресурси. Але відсутність аналогів, на переконання автора, теж має певне значення.

Нині чинним законодавством провадження певного виду діяльності виключно у формі повного чи командитного товариства не передбачено. Та й закріплення обов'язковості здійснення господарської діяльності для окремих сфер народного господарства виключно у певній організаційно-правовій формі видається малоефективним. На нашу думку, такий імперативний порядок порушував би принцип свободи підприємницької діяльності, можливість вільного вибору виду товариства.

Найбільш доцільним видається метод встановлення певних преференцій для товариств осіб порівняно з товариствами капіталу, для того щоб учасники господарських відносин з власної волі були зацікавлені провадити діяльність саме у формі товариства осіб.

Тому одним зі способів розв'язання даної проблеми могло би бути диференціювання ставок оподаткування залежно від організаційно-правової форми суб'єкта господарювання. Досвід диференційованого підходу в оподаткуванні юридичних осіб не є новим у податковому праві України. Натепер базова (основна) ставка податку становить 18 відсотків (ст. 136.1. Податкового кодексу України) [22]. Водночас для окремих видів діяльності встановлюється інші ставки оподаткування (ст. 136.2). До доходів нерезидентів та прирівняних до них осіб із джерелом їх походження з України застосовуються такі ставки оподаткування: 0, 4, 6, 12, 15 і 20 відсотків (п. 136.3). Запроваджена також система спрощеного оподаткування.

Тому ще одним із можливих шляхів покращення привабливості ведення господарської діяльності у формі товариств осіб могло би бути диференціювання оподаткування прибутку товариств осіб та товариств капіталу. Для товариств осіб варто було би встановити меншу відсоткову ставку оподаткування.

Висновки

Роль товариств осіб в Україні та інших країнах пострадянського простору за абсолютними та відносними показниками суттєво нижча, ніж у країнах ЄС.

Одним із можливих шляхів удосконалення правового статусу товариств осіб могло би стати закріплення податкових преференцій для товариств осіб, а саме, шляхом запровадження нижчих ставок податку на прибуток підприємств порівняно із ставкою прибутку, що застосовується за загальним правилом до юридичних осіб.

Список використаних джерел:

1. Симонян Ю. Ю. Корпоративні відносини у командитних товариствах (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. 20 с.

2. Показники Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (ЄДРПОУ) за 2017-2019 рр. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoy/ukr/EDRPU_2018/ks_opfg/ks_opfg_0118.htm (дата звернення: 11.01.2020).

3. Яковлєв Ю.В. Командитні товариства як суб'єкти підприємницької діяльності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2001. 20 с.

4. Отчет по форме № 1-ЮР (2018 год). Сведения о работе по государственной регистрации юридических лиц по состоянию на 01.01.2019. URL: https://www.nalog.ru/rn77/related_activities/statistics_and_analytics/forms/7243238/ (дата звернення: 11.01.2020).

5. Вартанян А.М. Правовое положение производственных кооперативов в Республике Беларусь : монография. Гродно: ГГАУ, 2011. 224 с.

6. Профессионально об актуальном: Проект Закона Республики Беларусь «Об изменении кодексов»: обзор основных изменений в главу 4 Гражданского кодекса. URL: http://pravo.by/novosti/novosti-pravo-by/2019/january/32159/ (дата звернення: 11.12.2019).

7. Гражданский Кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-З. URL: http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9800218 (дата звернення: 11.12.2019).

8. Anzahl der Unternehmen in Deutschland nach Rechtsform und Anzahl der Beschäftigten im Jahr 2017. URL: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/237346/umfrage/unternehmen-in-deutschland-nach-rechtsform-und-anzahl-der-beschaeftigten/ (дата звернення: 11.12.2019).

9. Kammermitglieder nach Rechtsformen 2016, 2017, 2018. URL: http://wko.at/Statistik/Extranet/Mitglied/Mitgliederstatistik18.pdf (дата звернення: 12.12.2019).

10. Zmiany strukturalne grup podmiotów gospodarki narodowej w rejestrze REGON, 2018 rok. URL: https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2018-rok,1,23.html(датазвернення: 01.12.2019).

11. Number of registered business units by legal forms in Hungary. URL: https://www.ksh.hu/docs/eng/xstadat/xstadat_infra/e_qvd018a.html (дата звернення: 11.12.2019).

12. Юркевич Ю. М. Командитні товариства за законодавством України. *Право і суспільство*. 2016. № 1. С. 94-99.

13. Бекірова Е.Е. Удосконалення правового статусу повних товариств. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2013. Т. 26(65). № 1. С. 53-58.

14. Шеремет О С. Правове регулювання організації і діяльності повних товариств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Донецьк, 2006. 164 с.

15. Про банки і банківську діяльність : Закон України № 2121-III від 7 грудня 2000 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2001. № 5-6. Ст. 30.

16. Про довірчі товариства : Декрет КМУ № 23-93 від 17 березня 1993 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 19. Ст. 207.

17. Харченко Г.Г. Правове регулювання діяльності трастових компаній та довірчих товариств: порівняльно-правовий аналіз : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2004. 20 с.

18. Кучеренко І. Повні і командитні товариства. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 7. С. 36–39.

19. Про підприємництво : Закон України № 698-XII від 7 лютого 1991 року. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 14. Ст.168.

20. Проект Закону України «ломбарди і ломбардну діяльність» від 20 січня 2015 року №1800. URL:http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JH1E000A.html (дата звернення: 11.12.2019).

21. Про затвердження Положення про порядок надання фінансових послуг ломбардами : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України № 3981 від 26 квітня 2005 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0565-05 (дата звернення: 11.12.2019).

22. Податковий кодекс України № 2755-VI від 2 грудня 2010 року. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112.

The role of partnerships in the system of companies is analyzed in the article based on a comparative analysis in the countries of Central and Eastern Europe.

The author notes that although the do not occupy leading positions (they are a minority in the total number of companies) partnerships in the central and eastern EU member-states, however, the gap in the ratio is not as clear as in Ukraine and other post-Soviet states. The dynamics of the number of partnerships, although not showing a tendency to increase, but is not decreasing. The author emphasizes the partnerships occupy a stable niche in the national economy of the above-mentioned states.

Attention is drawn to the fact that in the Eastern EU member-states (Poland, Slovakia, the Czech Republic, etc.), partnerships of persons are not regarded as legal persons; therefore, the income of such companies is not taxable.

The author criticizes the method offered in the scientific literature for providing the possibility in Ukraine to create full and limited partnerships with both rights and without the rights of a legal entity, since such an innovation will require revision of conceptual principles of Ukrainian corporate law.

In summary, the role of partnerships in Ukraine and other post-Soviet countries is insignificant in absolute and relative terms compared to EU countries, due to the peculiarities of socio-economic development, the level of legal consciousness, etc. The indispensability of partnerships of persons in economic relations is conditioned by the reluctance of market players to be responsible for their actions.

The most appropriate, according to the author, is a method of establishing certain preferences for partnerships in comparison with companies, in order to motivate the participants of economic relations to carry out activities in the form of partnership of persons on their own will.

Therefore, it is proposed to differentiate tax rates depending on the organizational and legal form of the entity, since the experience of differentiated approach to corporate taxation is not new to the tax law of Ukraine. The author proposes to introduce lower rates of taxation for partnerships in comparison with those, which apply as a general rule to companies. The author is convinced that such approach helps to make a partnership more attractive in Ukraine.

Key words: partnerships, limited partnerships, full partnerships, comparative aspects, legal transplant, Eastern European countries.

УДК 346.1:347.736
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.17

Яна Левшина,
суддя
Господарського суду Донецької області

ВИДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА

Провадження у справах про банкрутство є особливим видом провадження у господарському процесі, в якому багато традиційних інститутів знаходять своє особливе переломлення. Одним із таких інститутів є інститут відповідальності, який покликаний забезпечити законність дій учасників провадження у справі про банкрутство. Доводиться констатувати, що часто до банкрутства підприємство довели його власники, які своїми протиправними діями зменшили активи боржника, що призвело до нездатності підприємства розрахуватися з усіма кредиторами. Крім власників та керівництва боржника, протиправні дії у банкрутстві можуть вчиняти й інші учасники справи про банкрутство – арбітражні керуючі, адвокати, навіть судді. Саме в такому разі актуальним стає інститут відповідальності у процедурі банкрутства. Зважаючи на різноманіття процесуальних заходів відповідальності, що можуть бути застосовані у процедурі банкрутства, актуальності набуває класифікація відповідальності у процедурі банкрутства. Крім того, у зв'язку з набуттям чинності новим Кодексом України з процедур банкрутства проблеми відновлення платоспроможності та банкрутства також є дуже актуальними.

Стаття присвячена дослідженню інституту відповідальності у процедурі банкрутства, класифікації відповідальності у процедурі банкрутства та аналізу наявних видів відповідальності у справі про банкрутство.

Автор доходить висновку, що відповідальність у процедурі банкрутства можна класифікувати за галузевою приналежністю на цивільну, адміністративну, кримінальну та дисциплінарну. Крім солідарної та субсидіарної відповідальності, до цивільної відповідальності у справі про банкрутство автор відносить визнання недійсними правочинів боржника.

Дисциплінарна відповідальність у процедурі банкрутства може наставати для тих учасників справи про банкрутство, для яких участь у процесі є «роботою», насамперед це арбітражний керуючий – професійний учасник справи про банкрутство. Крім арбітражних керуючих, до дисциплінарної відповідальності за неправомірні дії у процедурі банкрутства можуть притягуватися й інші суб'єкти – судді, адвокати, прокурори.

Кожен з видів відповідальності у процедурі банкрутства має свої особливості, однак усіх їх поєднує єдина мета – забезпечення законності здійснення процедури банкрутства.

Ключові слова: банкрутство, неплатоспроможність, відповідальність, арбітражний керуючий, господарський суд.

Постановка проблеми. Банкрутство є складним економічним явищем, причинами якого часто є не лише помилкові рішення керівництва боржника, але й умисні протиправні дії осіб, що контролюють боржника. Причому коли розпочинається провадження у справі про банкрутство, то зловживання часто тільки починаються, оскільки складна процедура банкрутства часто стає плацдармом для реалізації «чорних схем» недобросовісних учасників справи. Крім власників та керівництва боржника, протиправні дії у банкрутстві можуть вчиняти й інші учасники справи про банкрутство – арбітражні керуючі, адвокати, навіть судді. Тому великої актуальності набуває інститут відповідальності у процедурі банкрутства, який покликаний забезпечити законність дій учасників провадження у справі про банкрутство. Зважаючи на різноманіття процесуальних заходів відповідальності, що можуть бути застосовані у процедурі банкрутства, актуальності набуває класифікація відповідальності у процедурі банкрутства. Крім того, у зв'язку з набуттям чинності новим Кодексом України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ) проблеми відновлення платоспроможності та банкрутства опинилися у центрі уваги вчених.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання відновлення платоспроможності та банкрутства стали темою дослідження для таких вітчизняних учених, як: О. Беляневич, О. Бірюков, А. Бутирський, І. Бутирська, Л. Грабован, В. Джунь, С. Жуков, Ю. Кабенок, Б. Поляков, П. Пригуза, В. Радзивілюк

© Я. Левшина, 2020

та ін. Разом із тим питання відповідальності у процедурі банкрутства залишаються малодослідженими, що зумовлює актуальність теми цього дослідження.

Метою статті є дослідження інституту відповідальності у процедурі банкрутства, класифікація відповідальності у процедурі банкрутства та аналіз наявних видів відповідальності у справі про банкрутство.

Виклад основного матеріалу. Банкрутство – це невід'ємний елемент ринкової економіки. Система норм, що регламентують відносини, пов'язані з банкрутством, являє собою господарсько-правовий інститут, якому властиве з'єднання публічно-правових і приватноправових засад [1, с. 190]. Фактори виникнення неплатоспроможності можуть бути найрізноманітнішими, але загалом їх можна поділити на дві групи: зовнішні та внутрішні. До перших належать: кон'юнктура на ринку, доступність і дешевизна кредитів, курс валют, рівень інфляції тощо. Натомість внутрішні фактори зумовлені невдалою діяльністю засновників (учасників) боржника та його менеджменту. Як правило, коли банкрутство зумовлене зовнішніми факторами, засновники боржника намагаються врятувати такого суб'єкта господарювання, і навпаки, за наявності внутрішніх факторів засновники втрачають інтерес до справи про банкрутство [2, с. 89]. Справді, доводиться констатувати, що часто до банкрутства підприємство довели його власники, які своїми протиправними діями зменшили активи боржника, що призвело до нездатності підприємства розрахуватися з усіма кредиторами. Саме в такому разі актуальним стає інститут відповідальності у процедурі банкрутства.

Провадження у справі про банкрутство є специфічним видом провадження у господарському процесі, в якому традиційні господарсько-процесуальні інститути реалізуються особливо [3, с. 109]. Особливо тут проявляється і відповідальність за неправомірні дії.

І. Бутирська відзначає, що «Кримінальна та адміністративна відповідальність осіб, що контролюють боржника, виконує здебільшого каральну функцію і не сприяє зменшенню майнових втрат кредиторів неспроможного боржника. Набагато ефективнішою у цьому аспекті є відповідальність, передбачена Законом про банкрутство, хоча її ще досить рідко застосовують на практиці. На нашу думку, зазначену відповідальність осіб, що контролюють боржника, у межах справи про банкрутство можна умовно поділити на два види – процесуальну та матеріальну. До процесуальної відповідальності можна віднести припинення повноважень керівника боржника, а до матеріальної – солідарну та субсидіарну відповідальність засновників (учасників, акціонерів) та керівника боржника» [4, с. 101].

На нашу думку, відповідальність у справі про банкрутство можна назвати цивільною, а класифікацію відповідальності здійснити за критерієм галузевої приналежності на:

– цивільну;
– кримінальну;
– адміністративну;
– дисциплінарну.

Що ж стосується припинення повноважень керівника боржника, то це скоріше є заходом не відповідальності, а заходом забезпечення вимог кредиторів у процедурі банкрутства.

Цивільна відповідальність у справі про банкрутство, як уже було зазначено вище, – це відповідальність, передбачена профільним законом про банкрутство, натепер це КУзПБ. П. Пригуза з цього приводу відзначає: «Особливістю цивільно-правової відповідальності у світлі положень Кодексу є посилення її превентивної та компенсаційної функції в інтересах кредиторів та суспільства. Одна з головних функцій субсидіарної та солідарної відповідальності у разі банкрутства – запобігання втрат кредиторів неплатоспроможної юридичної особи внаслідок умисних дій його засновників (учасників, акціонерів), керівника боржника або інших осіб» [5, с. 183]. С. Жуков вказує, що основною метою субсидіарної відповідальності є притягнення винних осіб у доведенні до банкрутства до додаткової (субсидіарної) відповідальності і стягнення на користь кредиторів непогашених у ліквідаційній процедурі кредиторських вимог. Тобто це пошук ліквідатором додаткового джерела погашення боргів перед кредиторами [6].

Крім солідарної та субсидіарної відповідальності, до цивільно-правової відповідальності у справі про банкрутство ми вважаємо за можливе віднести визнання недійсними правочинів боржника. Так, ст. 42 КУзПБ визначає підстави, з яких можна визнавати недійсними правочини боржника, вчинені у так званий підозрілий період – за три роки до відкриття провадження у справі про банкрутство, та правочини, вчинені боржником після відкриття провадження у справі про банкрутство. При цьому такий термін не призупиняється, не переривається і не відновлюється [7, с. 173]. Отже, встановивши під час розгляду справи про банкрутство, що правочин, який вчинено боржником у підозрілий період, переслідував мету обмеження

можливості кредитора мати не заборонені Законом цивільні права, як-то: отримати задоволення своїх грошових вимог з майна боржника – такий правочин (договір, майнову дію) господарський суд має визнавати нікчемним і застосовувати наслідки недійсності нікчемного правочину з власної ініціативи (ч.ч. 4–5 ст. 216 ЦК), оскільки правочин є шахрайським, містить елементи зловживання правом, заволодіння (відчуження) чужими правами на майно, обману [8, с. 285–286].

Адміністративна відповідальність у процедурі банкрутства передбачена Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Цікавим є склад адміністративного правопорушення, передбачений ст. 164-15 КУпАП «Приховування стійкої фінансової неспроможності», яка передбачає відповідальність за умисне приховування громадянином – засновником (учасником) або службовою особою суб'єкта господарської діяльності своєї стійкої фінансової неспроможності шляхом подання недостовірних відомостей або неподання в установлений строк до господарського суду заяви про порушення справи про банкрутство юридичної особи у випадках, передбачених законом, якщо це завдало великої матеріальної шкоди кредиторові. Практики з цього приводу відзначають, що тут виникають запитання щодо застосування цієї статті на практиці. Зокрема, протоколи про адміністративні правопорушення, які передбачені ст. 164-15 КУпАП, складають органи внутрішніх справ (Національна поліція). Однак складно усвідомити, яким чином представник органу внутрішніх справ (Національної поліції) може виявити адміністративне правопорушення, яке полягає, зокрема, у неподанні в установлений строк до господарського суду заяви про порушення справи про банкрутство юридичної особи [9]. Хоча постанова про притягнення засновника до адміністративної відповідальності за таке адміністративне правопорушення могла б стати основною для притягнення такого засновника до субсидіарної чи солідарної відповідальності.

Кримінальна відповідальність у сфері банкрутства також постійно зазнає змін, зокрема шляхом криміналізації чи декриміналізації тих чи інших протиправних дій у банкрутстві. Натепер кримінально-правова охорона відносин у сфері банкрутства здійснюється з допомогою чотирьох статей Кримінального кодексу України: 218-1 «Доведення банку до неплатоспроможності», 219 «Доведення до банкрутства», 220-1 «Порушення порядку ведення бази даних про вкладників або порядку формування звітності» та 220-2 «Фальсифікація фінансових документів та звітності фінансової організації, приховування неплатоспроможності фінансової установи або підстав для відкликання (анулювання) ліцензії фінансової установи». А з огляду на постійні зміни в економічній системі України та особливості політичної спрямованості держави стає зрозумілим постійна необхідність в удосконаленні кримінального законодавства щодо інституту банкрутства [10, с. 95].

Дисциплінарна відповідальність у процедурі банкрутства може наставати для тих учасників справи про банкрутство, для яких участь у процесі є «роботою», насамперед це арбітражний керуючий – професійний учасник справи про банкрутство. Стосовно арбітражного керуючого КУзПБ у ст. 19 визначає перелік дисциплінарних проступків, а у ст.ст. 20–23 регламентує загальні правила притягнення арбітражних керуючих до дисциплінарної відповідальності. Крім арбітражних керуючих, до дисциплінарної відповідальності за неправомірні дії у процедурі банкрутства можуть притягуватися й інші суб'єкти – судді, адвокати, прокурори, особливості відповідальності яких урегульовуються відповідними законами.

Висновки

Таким чином, відповідальність у процедурі банкрутства вважаємо за можливе класифікувати за галузевою приналежністю на цивільну, адміністративну, кримінальну та дисциплінарну. Кожен з цих видів відповідальності має свої особливості, однак усіх їх поєднує єдина мета – забезпечення законності здійснення процедури банкрутства.

Список використаних джерел:

1. Бутирський А.А. Правова природа засобів відновлення платоспроможності боржника. *Вісник господарського судочинства.* 2006. № 3. С. 190–196.

2. Бутирський А. Концепція удосконалення законодавства про неспроможність. *Право України*. 2018. № 6. С. 86–97.

3. Масловський С.В. Повноваження суду першої інстанції в провадженні у справі про банкрутство. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 108–112.

4. Бутирська І. Відповідальність осіб, що контролюють боржника, у справі про банкрутство. *Право України*. 2018. № 6. С. 98–110.

5. Пригуза П. Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства: становлення інституту права. *Застосування норм Кодексу України з процедур банкрутства*. Збірка наукових статей / За загальною редакцією д.ю.н., судді Верховного Суду С.В. Жукова. Київ : Алерта, 2019. С. 180–195.

6. Жуков С. Субсидіарна відповідальність за доведення до банкрутства у судовій практиці Верховного Суду. *Банкрутство & Ліквідація*. URL: https://bankruptcy-ua.com/articles/13290 (дата звернення: 02.02.2020).

7. Поляков Б.М. Закон Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» : Научно-практический комментарий : В 2-х т. Т. 1. Киев : Логос, 2014. 407 с.

8. Пригуза П.Д., Пригуза А.П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції від 18 січня 2013 року (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон : Видавництво «ТДС», 2013. 304 с.

9. Конопля А. Відповідальність за банкрутство: як покарати винних. *Юридична газета online*. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/bankrutstvo-i-restrukturizaciya/vidpovidalnist-za-bankrutstvo-yak-pokarati-vinnih.html (дата звернення: 02.02.2020).

10. Ключик Ю.В. Кримінальна відповідальність за злочини, пов'язані з банкрутством в історичному аспекті. *Держава та регіони*. 2019. № 2. С. 91–95.

Bankruptcy proceedings are a special kind of economic process in which many traditional institutions find their particular turning point. One such institution is the institution of liability, which is intended to ensure the legality of the actions of the parties involved in bankruptcy proceedings. It is necessary to state that often the bankruptcy of the enterprise was brought by its owners, who by their unlawful actions reduced the assets of the debtor, which led to the inability of the enterprise to settle with all creditors. In addition to the owners and management of the debtor, bankruptcy can be committed by other parties to the bankruptcy case – arbitration managers, attorneys, even judges. In this case, the institution of responsibility in the bankruptcy procedure becomes relevant. Due to the variety of procedural liability measures that can be applied in the bankruptcy procedure, the classification of liability in the bankruptcy procedure becomes relevant. In addition, due to the entry into force of the new Bankruptcy Code of Ukraine, solvency recovery and bankruptcy issues are also generally topical.

The article is devoted to the investigation of liability institute in the bankruptcy proceedings, the classification of bankruptcy liability and the analysis of existing types of bankruptcy liability.

The author concludes that bankruptcy liability can be classified by industry, civil, administrative, criminal and disciplinary. In addition to joint and several liability, the author attributes to the civil liability in the bankruptcy case the invalidation of the debtor's deeds.

Disciplinary liability in bankruptcy proceedings may be imposed on those participants in a bankruptcy case for whom participation in the process is a "job", first and foremost, it is the arbitrator manager – a professional participant of the bankruptcy case. In addition to arbitration managers, other entities – judges, attorneys, prosecutors – can also be brought to disciplinary liability for misconduct in bankruptcy proceedings.

Each of the types of liability in the bankruptcy procedure has its own peculiarities, but they are all united by the sole purpose of ensuring the legality of the bankruptcy procedure.

Key words: bankruptcy, insolvency, liability, arbitration manager, economic court.

УДК 347.15/.17:346.9 [(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.18

Аріна Савченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

СМЕРТЬ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ-БОРЖНИКА ЯК ПІДСТАВА ДЛЯ ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО

Існування норм, що регламентують закриття провадження у справі, викликано необхідністю «очистити» процес від справ, які не можуть бути вирішенні по суті з тих чи інших підстав. Нормами Господарського процесуального кодексу України передбачено таку підставу для закриття провадження у справі, як смерть фізичної особи або оголошення її померлою, яка була однією зі сторін у справі, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва. Така підстава належить до групи підстав, які не залежать ані від суду, ані від сторін та пов'язані з настанням певних юридичних фактів. Та є особливо актуальною в рамках справ процедури банкрутства фізичної особи-підприємця та фізичної особи, що стало можливим у зв'язку з набранням чинності Кодексом України з процедур банкрутства. Цей інститут є новим для сучасної процедури, відповідно, деякі положення в ньому є неузгодженими та такими, що потребують додаткового врегулювання. У зв'язку з чим ця стаття присвячена дослідженню такої підстави закриття провадження у справі про банкрутство, як смерть фізичної особи – боржника. В ній визначено передумови для закриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи-підприємця у зв'язку зі смертю, проаналізовано обставини, які зумовлюють закриття провадження у господарській справі та співставлення їх з особливостями судового провадження у справах про банкрутство.

Також у статті проаналізовано, які правові наслідки матиме для кредиторів смерть боржника – фізичної особи. Висвітлено позицію законодавця щодо можливості закриття провадження у справі у зв'язку зі смертю боржника. Обґрунтовано неузгодженість правових норм, які містяться в Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі України з процедур банкрутства. Як наслідок, запропоновано та аргументовано їх вирішення, по-перше, шляхом застосування змістових колізій, які випливають з цілей законодавця відбити особливості врегулювання специфічних відносин у спеціальних нормах. Особливим різновидом спеціальних норм права є виняткові колізії, які встановлюють зовсім інший порядок, ніж загальні норми. По-друге, шляхом застосування аналогії права, якщо відносини не врегульовані Кодексом України з процедур банкротства, вони мають регулюватися виходячи із загальних принципів процесуального законодавства.

Ключові слова: відновлення платоспроможності, судовий розгляд, колізія, аналогія права, припинення розгляду справи.

Постановка проблеми. Припинення провадження у справі – це форма завершення справи, що зумовлене передбаченими законом обставинами, які повністю відкидають можливість судочинства [1, с. 356]. Або закриття провадження у справі визначають як форму закінчення розгляду справи без винесення судового рішення з огляду на виявлення після відкриття провадження обставин, з якими закон пов'язує неможливість судового розгляду справи [2, с. 493]. У будь-якому разі закриття провадження у справі чи у цивільній, чи у господарській являє собою закінчення її розгляду без винесення рішення із зазначених у законі підстав, яке виключає можливість повторного звернення до суду із таким самим позовом (заявою).

Існування норм, що регламентують закриття провадження у справі, викликане необхідністю вилучати з процесу судочинства справи, порушені за позовами, що подані на підставі помилкового уявлення особи про її право на звернення до господарського суду або внаслідок розпорядчих дій сторін [3, с. 582]. Тобто провадження у справі закривається через те, що справа не може бути вирішена по суті.

Процесуальним законодавством передбачено підстави, за наявності яких господарський суд закриває провадження у справі. Так, ч. 1 ст. 231 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України) передбачено їх вичерпний перелік, який не підлягає розширеному тлумаченню [4].

© А. Савченко, 2020

Не будемо детально зупинятися на семи підставах, передбачених Кодексом, а через тематику цієї статті розглянемо одну із них, а саме смерть фізичної особи або оголошення її померлою чи припинення юридичної особи, які були однією зі сторін у справі, якщо спірні правовідносини не допускають правонаступництва (ч. 6 ст. 231 ГПК України). Така підстава належить до групи підстав, які не залежать ані від суду, ані від сторін та пов'язані з настанням певних юридичних фактів. Зокрема, ця підстава є особливо актуальною в рамках справ процедури банкрутства фізичної особи-підприємця, яке стало можливим у зв'язку з набранням чинності 21 жовтня 2019 року Кодексу України з процедур банкрутства [5]. Цей інститут є новим для сучасної процедури, відповідно, деякі положення в ньому є неузгодженими та такими, що потребують додаткового врегулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням закриття провадження у цивільних та господарських справах займалися такі вчені, як: В.В. Комаров, В.Е. Беляневич, В.А. Кройтор, В.І. Тертишніков, В.В. Масюк та інші. Своєю чергою особливості провадження у справах про банкрутство були предметом досліджень А.А. Бутирського, В.В. Джуня, І.О. Вечірка, Б.М. Полякова, О.П. Подцерковного, П.Д. Пригузи тощо. Однак питання щодо закриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи-підприємця у зв'язку зі смертю боржника не досліджувалося окремо від інших підстав для закриття провадження, що зумовлює актуальність цієї статті та є затребуваним практикою у зв'язку з дією Кодексу України з процедур банкрутства, який містить спеціальні норми, що мають пріоритет у застосуванні під час розгляду справ про банкрутство щодо інших законодавчих актів України. Оскільки з моменту порушення стосовно боржника справи про банкрутство він перебуває в особливому правовому режимі, який змінює весь комплекс юридичних правовідносин боржника (висновки щодо застосування норм права викладені у постановах Верховного Суду від 13.03.2018 у справі № 922/928/17, від 06.04.2018 у справі № 925/1874/13 та Верховного Суду України від 13.04.2016 у справі № 908/4804/14 (№ 3-304гс16).

Актуалізує необхідність дослідження цього питання і та обставина, що положення Кодексу України з процедур банкрутства не містять будь-яких норм з цього приводу, хоча п. 1 ч. 1 ст. 90 Кодексу України з процедур банкрутства [5] чітко встановлює суду обов'язок для закриття провадження у справі про банкрутство, якщо припинено в установленому законодавством порядку юридичну особу, яка є боржником, про що є відповідний запис в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Натомість, що стосується фізичних осіб, то тут законодавець обмежився лише четвертим розділом, який присвячено наслідкам закриття провадження у справі про банкрутство фізичних осіб-підприємців.

Відповідно, **метою статті** є дослідження передумов для закриття провадження у справі про банкрутство фізичної особи-підприємця у зв'язку зі смертю, висвітлення обставин, які зумовлюють закриття провадження у господарській справі у зв'язку зі смертю фізичної особи, яка була однією із сторін у справі, та співставлення їх з особливостями судового провадження у цій категорії справ; здійснення аналізу процесуального законодавства та судової практики у сфері банкрутства на предмет їх колізійності, а також розгляд питання щодо застосування аналогії закону.

Виклад основного матеріалу. Класичною є ситуація: наявний банківський кредит із простроченням повернення боргу на декілька сотень тисяч доларів США (валютний), в іпотеці перебуває нерухоме майно, ринкова вартість якого в декілька разів менша боргу та на «судовому горизонті» з'являються (додатково виникають) інші незабезпечені кредитори та вимагають сплати коштів [6]. Виходячи з такої постановки проблеми, це добре, що є інститут банкрутства, який сприяє очищенню економіки країни. Проте як бути фізичним особам, які мають борги? Банкрутство фізичної особи спричинене не лише економічними чинниками, але й гуманітарною емпатією, тобто спробою держави захистити конкретну фізичну особу від фінансової трагедії. Можливо, тільки порушивши справу про банкрутство, фізична особа зможе погасити свої кредиторські вимоги [7].

У цьому ж разі йдеться про неплатоспроможність фізичної особи, під якою відповідно до ст. 1 Кодексу України з процедур банкрутства [5] розуміється неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами не інакше, як через застосування процедур, передбачених цим Кодексом.

Відповідно до ст. 509 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [8] зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утри-

матися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Згідно з ч. 1, 2 ст. 598 ЦК України, зобов'язання припиняється частково або у повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом. Ст. 599 ЦК України встановлено, що зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином.

При цьому за правилами ч. 1 ст. 608 ЦК України зобов'язання припиняється смертю боржника, якщо воно є нерозривно пов'язаним з його особою і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою.

Варто відзначити, що зобов'язання боржника за кредитним договором не є таким, що нерозривно пов'язане з його особою. Оскільки відповідно до ст. 1 Закону України «Про іпотеку» [9] під іпотекою визнається вид забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому цим Законом.

У зв'язку з чим смерть фізичної особи іпотекодавця не є підставою припинення іпотеки в розумінні ст. 17 Закону України «Про іпотеку» [9], відповідно до якої іпотека припиняється у разі: припинення основного зобов'язання або закінчення строку дії іпотечного договору; реалізації предмета іпотеки відповідно до цього Закону; набуття іпотекодержателем права власності на предмет іпотеки; визнання іпотечного договору недійсним; знищення (втрати) переданої в іпотеку будівлі (споруди), якщо іпотекодавець не відновив її.

Відповідно до ст. 7 Кодексу України з процедур банкрутства [5] спори, стороною в яких є боржник, розглядаються господарським судом за правилами, передбаченими Господарським процесуальним кодексом України, з урахуванням особливостей, визначених цією статтею.

Статтею 41 ГПК України [4] встановлено, що у справах про банкрутство склад учасників справи визначається Кодексом України з процедур банкрутства, згідно зі ст. 1 якого сторони у справі про банкрутство – конкурсні кредитори (представник комітету кредиторів), забезпечені кредитори, боржник (банкрут).

Таким чином, якщо йдеться про забезпечених кредиторів, вимоги яких до боржника або іншої особи забезпечені заставою майна боржника, то останні як учасники процедури банкрутства мають здійснювати свої процесуальні права відповідно до їх призначення, а саме вимагати задоволення вимог, які виникли у зв'язку з невиконанням боржником взятих на себе зобов'язань, як того вимагає ст. 509 ЦК України.

Як наслідок, згідно з ч. 3 ст. 133 Кодексу України з процедур банкротства, вимоги кредиторів за зобов'язаннями боржника, забезпеченими заставою майна фізичної особи, задовольняються за рахунок такого майна. Адже відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 120 Кодексу України з процедур банкротства [5] з моменту відкриття провадження у справі про неплатоспроможність боржника, пред'явлення кредиторами вимог до боржника та задоволення таких вимог може відбуватися лише в межах провадження у справі про неплатоспроможність та у порядку, передбаченому цим Кодексом.

Виходячи з такої норми та враховуючи спеціальний режим, в якому знаходиться боржник, перебуваючи в процедурі ліквідації, можна припустити, що такого роду зобов'язання у разі смерті боржника може бути виконане іншою особою, зокрема таке право відповідно до ст. 61 Кодексу України з процедур банкротства надано ліквідатору, який з дня свого призначення виконує функції з управління та розпорядження майном банкрута; вживає заходів, спрямованих на пошук, виявлення та повернення майна банкрута, що перебуває у третіх осіб; продає майно банкрута для задоволення вимог, внесених до реєстру вимог кредиторів, у порядку, передбаченому цим Кодексом тощо.

Серед підстав закриття провадження у справі згідно зі ст. 90 Кодексу України з процедур банкротства [5] відсутня така підстава, як смерть боржника – фізичної особи-підприємця. Не міститься відповідної норми і в Книзі четвертій Кодексу України з процедур банкрутства, який присвячений відновленню платоспроможності фізичної особи.

Таким чином, виникає певна неузгодженість між чинними нормами Господарського процесуального кодексу України та Кодексом України з процедур банкротства стосовно підстав для закриття провадження у справі.

Відповідно до Листа Міністерства юстиції України від 26.12.2008 № 758-0-2-08-19 «Щодо застосування норм права у випадку колізій» [10] неузгодженість між чинними нормативно-правовими актами, їх протиріччя з одного й того самого предмета регулювання, а також суперечність між двома або більше формально чинними нормами права, прийнятими з одного і того ж питання, в теорії права відомі як колізія норм права.

Колізія норми права вирішується шляхом вибору того нормативного акта, який має бути застосований до конкретного випадку (юридичного факту).

Є і декілька способів, за якими можна визначити нормативно-правовий акт, яким слід керуватися.

Відповідно до п. 4 Листа у разі розбіжності між загальним і спеціальним нормативно-правовим актом перевага надається спеціальному, якщо він не скасований виданим пізніше загальним актом.

Як наслідок, мають місце змістові колізії – це колізії, що виникають внаслідок часткового збігу обсягів їх регулювання, зумовленого специфікою суспільних відносин. Специфіка цих колізій пов'язана з поділом норм права на загальні, спеціальні та виняткові. Загальні норми права поширюються на рід відносин загалом; спеціальні діють тільки у межах визначеного виду відносин і встановлюють для нього певні особливості порівняно із загальним правилом; виняткові (які є особливим різновидом спеціальних норм права) встановлюють зовсім інший порядок, ніж загальні норми. Змістові колізії випливають з цілей законодавця відбити особливості врегулювання специфічних відносин у спеціальних нормах.

Тобто об'єктивною умовою такої колізії є специфіка правового регулювання окремих відносин – відносин у сфері відновлення платоспроможності боржника та/або визнання його банкрутом.

Крім того, Верховний Суд України з метою правильного та однакового застосування законодавства про банкрутство у своїй постанові від 18.12.2009 № 15 «Про судову практику в справах про банкрутство» [11] роз'яснив, що Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» містить спеціальні норми, які мають пріоритет у застосуванні під час розгляду справ про банкрутство щодо інших законодавчих актів України.

Відповідно до п. 5 цієї Постанови провадження у справах про банкрутство регулюється ГПК у випадках, коли його норми безпосередньо визначають правила такого провадження (статті 2, 4-1, 12 та 15) або мають універсальний характер для будь-якої стадії судового процесу або процесуальної дії (статті, вміщені в розділах I, V, VI, VII, XII, XIII) з урахуванням встановлених Законом «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» особливостей. Порядок прийняття або відмови у прийнятті заяви про порушення справи про банкрутство та припинення провадження у справі про банкрутство врегульовано Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Натепер діє Кодекс України з процедур банкрутства.

Тому Кодекс України з процедур банкрутства є нормативно-правовим актом, що містить спеціальні норми, які мають пріоритет стосовно норм загальних щодо регулювання порядку провадження у справах про банкрутство, відновлення платоспроможності боржника, визнання його банкрутом та застосування ліквідаційної процедури, задоволення вимог кредиторів тощо.

Враховуючи вищенаведене та з урахуванням того, що має місце змістова колізія норм, до відносин у процедурі банкрутства щодо закриття провадження у зв'язку зі смертю боржника варто застосовувати як спеціальний нормативно-правовий акт Кодекс України з процедур банкрутства, який серед підстав закриття провадження у справі не містить такої підстави, як смерть фізичної особи – боржника.

З іншого боку, можна вести мову не про колізійність норм двох нормативно-правових актів, а про аналогію права та закону. Адже, як відзначає Л.Л. Чантурія, під час розробки кожного закону його розробники спираються на ті знання та досвід, які вони мають на час розробки такого закону. Тому вони не можуть передбачити всі життєві випадки [12, с. 77].

Прогалини в праві частіше за все виявляються в процесі реалізації права. Перед правозастосовувачем у такій ситуації стоїть завдання своєчасного і правильного вирішення справи. Усунення прогалини через звернення до законодавця може затягнути процес вирішення справи або й зовсім не привести до конкретного результату. У такій ситуації правозастосовувач управі сам подолати прогалину [13, с. 6].

З цією метою відповідно до ч. 10 ст. 11 ГПК України [4], якщо спірні відносини не врегульовані законом і відсутній звичай ділового обороту, який може бути до них застосований, суд застосовує закон, що регулює подібні відносини (аналогія закону), а за відсутності такого – виходить із загальних засад і змісту законодавства (аналогія права).

Д.М. Гєнкін під аналогією закону розумів застосування цього закону до подібного випадку, а під аналогією права – вирішення справи на підставі загальних правових засад, установлених законом для подібного правового інституту або цілої галузі права [14, с. 91].

Таким чином, у цьому разі якщо відносини не врегульовані Кодексом України з процедур банкрутства, вони мають регулю-

ватися виходячи із загальних принципів процесуального законодавства.

Р.А. Майданик з цього приводу стверджує, що інститут аналогії в праві є правовим способом заповнення прогалин у праві, зміст якого полягає у виникненні цивільних прав та обов'язків, а також із дій фізичних та юридичних осіб, які хоча й не передбачені законом, але внаслідок загальних засад і змісту цивільного законодавства породжують цивільні права й обов'язки. Зміст аналогії права, відзначає автор, полягає у визначенні прав та обов'язків сторін правовідношення на основі не конкретних правових норм, а загальних засад і змісту цивільного законодавства, а також вимог добросовісності, розумності і справедливості [15, с. 395].

Висновки

Задоволення майнових вимог кредиторів спрямоване на створення необхідних умов для більш повного задоволення вимог кредиторів і якщо подивитися на інститут банкрутства юридичних осіб, чітко простежується, що він є доволі прокредиторським, але інститут банкрутства фізичної особи спрямований на права боржника. У зв'язку з чим виникають певні неузгодженості між правовими нормами, які містяться в Господарському процесуальному кодексі України та Кодексі України з процедур банкрутства. Як наслідок, запропоновано та аргументовано їх вирішення, по-перше, шляхом застосування змістових колізій, які випливають із цілей законодавця відбити особливості врегулювання специфічних відносин у спеціальних нормах. Особливим різновидом спеціальних норм права є виняткові колізії, які встановлюють зовсім інший порядок, ніж загальні норми. По-друге, шляхом застосування аналогії права, якщо відносини не врегульовані Кодексом України з процедур банкрутства, вони мають регулюватися виходячи із загальних принципів процесуального законодавства.

Список використаних джерел:

1. Гражданский процесс / Отв. ред. В.В. Ярков. 5-е изд. перераб. и доп. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 720 с.

2. Кравчук В.М. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / В.М. Кравчук, О.І. Угриновська. Київ : Істина, 2006. 944 с.

3. Беляневич В.Е. Господарський процесуальний кодекс України (із змінами і допов. станом на 1 серпня 2007 р.) : науково-практичний коментар. Видання третє. Київ : Видавництво «Юстініан», 2009. 872 с.

4. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

5. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 № 2597-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19.

6. Банкрутство фізичної особи по-новому, портрет банкрута, особливості проведення. URL: https://zib.com.ua/ua/139548-bankrutstvo_fizichnoi_osobi_po-novomu_portret_bankruta_osobl.html.

7. Бурцева І. Тунель банкрутства: чи видно світло? URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/bankrutstvo-i-restrukturizaciya/tunel-bankrutstva-chi-vidno-svitlo.html.

8. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.203 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

9. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 № 898-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15.

10. Щодо застосування норм права у випадку колізій : Лист Міністерства юстиції України від 26.12.2008 № 758-0-2-08-19. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08.

11. Про судову практику в справах про банкрутство : Постанова Верховного Суду України від 18.12.2009 № 15 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-09.

12. Чантурия Л.Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительно-правовое исследование с учётом некоторых особенностей постсоветского права). Москва : Статут, 2006. 349 с.

13. Шиндяпина Е.Д. Соотношение аналогии права и аналогии закона / Е.Д. Шиндяпина, С.В. Бошно. *Юрист*. 2006. № 7. С. 6–9.

14. Советское гражданское право : учебник: в 2 т. / Д.М. Генкин, С.Н. Братусь, Л.А. Лунц и др. ; под ред. Д.М. Генкина. Москва : «ГОСЮРИЗДАТ», 1950. Том 1. 495 с.

15. Майданик Р.А. Цивільне право: Загальна частина : монографія. Київ : Алерта, 2012. Т. 1 : Вступ у цивільне право. 472 с.

The existence of rules governing the closure of proceedings is due to the need to "clear" the process of cases that cannot be resolved on one or the other grounds. The rules of the Commercial Code of Ukraine provide such a ground for closing proceedings in the case as the death of an individual or declaring him dead, which were one of the parties to the case, if the disputed legal relationship does not allow succession. This ground belongs to a group of grounds that are independent of either the court or the parties and are related to the occurrence of certain legal facts. It is especially relevant in the context of bankruptcy proceedings of an individual entrepreneur and an individual, which became possible due to the entry into force of the Bankruptcy Code of Ukraine. This institute is new to the modern procedure, with some provisions in it being inconsistent and in need of further adjustment. Therefore, this article is devoted to investigating such a ground for closing bankruptcy proceedings as the death of a debtor individual. It sets out the prerequisites for closing the bankruptcy case of a natural person-entrepreneur in connection with death, analyzes the circumstances that lead to the closure of proceedings in a business case and comparing them with the peculiarities of bankruptcy proceedings.

The article also analyzes what legal effects a creditor's death, an individual, will have on creditors. The position of the legislator on the possibility of closing the proceedings in connection with the death of the debtor is clarified. The inconsistency of legal norms contained in the Commercial Procedure Code of Ukraine and the Bankruptcy Code of Ukraine is substantiated. As a consequence, their solution is proposed and justified, first, by applying meaningful conflicts that follow from the legislator's goals to reflect the peculiarities of the regulation of specific relations in special norms. A special kind of special rule of law is the exceptional conflicts that set a completely different order than the general rules. Or secondly, by applying the analogy of law, if the relationship is not regulated by the Bankruptcy Code of Ukraine, they should be governed by the general principles of procedural law.

Key words: solvency restoration, litigation, conflict of norms, analogy of law, termination of proceedings.

УДК 342.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.19

Богдан Устименко,
магістр права, адвокат

Тетяна Устименко,
канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ПРО ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИДОБУВАННЯ ВУГЛЕВОДНІВ ВІДПОВІДНО ДО УГОД ПРО РОЗПОДІЛ ПРОДУКЦІЇ У ВИКЛЮЧНІЙ ЕКОНОМІЧНІЙ ЗОНІ УКРАЇНИ

У статті проаналізовані відповідні норми міжнародного морського права і приписи українського законодавства щодо видобування вуглеводнів у межах виключної економічної зони України відповідно до угод про розподіл продукції.

Так, Конвенцією Організації Об'єднаних Націй з морського права від 1982 року встановлено, що прибережні держави у своїх виключних морських зонах, серед іншого, мають суверенні права в цілях розвідки, розробки і збереження природних ресурсів як живих, так і неживих, у водах, що покривають морське дно, на морському дні та в його надрах, а також з метою управління цими ресурсами.

Також, прибережна держава у своїй виключній економічній зоні має юрисдикцію, передбачену у відповідних положеннях Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права щодо створення і використання штучних островів, установок і споруд; морських наукових досліджень; захисту і збереження морського середовища; інші права й обов'язки, передбачені цією Конвенцією.

У свою чергу, Україною в 1999 році ухвалений Закон «Про угоди про розподіл продукції», який спрямований на створення сприятливих умов для інвестування пошуку, розвідки та видобування корисних копалин, зокрема вуглеводневої сировини, у межах території України, її континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони на засадах, визначених угодами про розподіл продукції.

Автори статті зробили висновки про те, що з метою створення сприятливих умов для видобування вуглеводневої сировини на шельфі Чорного й Азовського морів і забезпечення енергонезалежності України необхідно:

1. Із 2020 року активізувати політику видобутку вуглеводнів на українській частині шельфу.

2. У 2020 році схвалити Стратегію освоєння вуглеводневих ресурсів в українському секторі Чорного й Азовського морів на виконання приписів Морської доктрини України на період до 2035 року, затвердженої Кабінетом Міністрів України.

Ключові слова: прибережні держави, природні ресурси, видобування корисних копалин, виключна (морська) економічна зона, Чорне море, Азовське море, вуглеводнева сировина.

Постановка проблеми. Проведення геологічних, геофізичних і бурових робіт багатьма країнами в останні роки засвідчило, що шельфові зони і континентальні схили є високоперспективними щодо безлічі видів мінеральної сировини, зокрема нафти та газу. Ці роботи підтверджують практичну можливість освоєння шельфу, а також його економічну цінність [1].

Також і на українському шельфі Чорного й Азовського морів розвідано значні запаси корисних копалин, зокрема до 1 583,5 млрд куб. метрів природного газу і до 409,8 млн тонн сирої нафти, що становить понад 30% загальних запасів вуглеводнів України. Водночас із них видобуто лише 4%, тоді як із берегових родовищ – до 70% розвіданих запасів вуглеводнів [2].

Водночас, ураховуючи традиційну схильність Росії до створення антиконкурентних і монопольних схем, одним із мотивів окупації Криму був енергетичний. У Росії не залишились непоміченими прогнози американської консалтингової компанії IHS CERA щодо перспектив нарощування Україною національного газовидобутку, як традиційного, так і нетрадиційного природного газу. Згідно із прогноз-

© Б. Устименко, Т. Устименко, 2020

ною моделлю, Україна могла вийти на обрії 2030 р. на рівень видобутку газу, який мав місце в середині 70-х рр. За таких обставин газ власного видобутку не тільки задовольнив би всі потреби країни, але і став би експортуватися до країн Центрально-Східної Європи, витісняючи російський газ. Основна перспектива була пов'зана з розробкою шельфових родовищ у північно-західному секторі Чорного моря – між Кримом і Одеською областю. До того ж у сусідньому румунському секторі геологорозвідувальні роботи, виконані Exxon Mobil і OMV, дали позитивні результати [3, с. 152].

Необхідно додати, що питанням гарантування енергетичної безпеки України приділена особлива увага в чинній Стратегії національної безпеки України [4].

Також у далекому 1996 р. Кабінет Міністрів України затвердив Програму освоєння вуглеводневих ресурсів українського сектора Чорного і Азовського морів [5]. Однак, ураховуючи фактичну окупацію не тільки міста Севастополя й Автономної Республіки Крим, а й морських вод навколо Кримського півострова, ця Програма потребує актуалізації.

Зважаючи на те, що сьогодні немає стратегії видобування вуглеводневих ресурсів у виключній економічній зоні України, дане питання не було предметом наукових досліджень.

Мета статті – проаналізувати, що ж установлено приписами міжнародного морського права в контексті суверенних прав і юрисдикції прибережної держави щодо видобування корисних копалин, зокрема вуглеводнів, у межах виключної економічної зони.

Виклад основного матеріалу. Так, ст. 56 Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права [6] (далі – ЮНКЛОС) визначає, що прибережна держава у виключній морській зоні (далі – ВЕЗ), серед іншого, має суверенні права в цілях розвідки, розробки і збереження природних ресурсів як живих, так і неживих, у водах, що покривають морське дно, на морському дні та в його надрах, а також із метою управління цими ресурсами. Також прибережна держава у своїй ВЕЗ має юрисдикцію, передбачену у відповідних положеннях ЮНКЛОС, щодо створення і використання штучних островів, установок і споруд; морських наукових досліджень; захисту і збереження морського середовища; інші права й обов'язки, передбачені цією Конвенцією.

Приписом ч. 1 ст. 60 ЮНКЛОС установлено, що прибережна держава у ВЕЗ має виключне право споруджувати, а також дозволяти і регулювати створення, експлуатацію та використання:

а) штучних островів;

б) установок і споруд для цілей, передбачених у ст. 56, та для інших економічних цілей;

в) установок і споруд, що можуть перешкоджати здійсненню прав прибережної держави у ВЕЗ.

Прибережна держава має виключну юрисдикцію над такими штучними островами, установками і спорудами, зокрема юрисдикцію щодо митних, фіскальних, санітарних та імміграційних законів і правил, а також законів і правил, що стосуються безпеки.

Штучні острови, установки і споруди не мають статусу островів. Вони не мають свого територіального моря, їх наявність не впливає на визначення меж територіального моря, виключної економічної зони або континентального шельфу (ч. 8 ст. 60 ЮНКЛОС).

Водночас на підставі ЮНКЛОС Україна ухвалила власне законодавство про виключну економічну зону.

Так, відповідно до положень ст. 4 Закону України «Про виключну морську економічну зону» [7], Україна у своїй виключній (морській) економічній зоні має:

– суверенні права щодо розвідки, розробки і збереження природних ресурсів як живих, так і неживих у водах, що покривають морське дно, на морському дні та в його надрах, а також із метою управління цими ресурсами і щодо здійснення інших видів діяльності з економічної розвідки та розробки зазначеної зони, зокрема виробництва енергії шляхом використання води, течій і вітру;

– юрисдикцію, передбачену відповідними положеннями цього Закону та нормами міжнародного права, щодо створення і використання штучних островів, установок і споруд, здійснення морських наукових досліджень, захисту та збереження морського середовища;

– інші права, передбачені цим Законом, іншими законодавчими актами України та загальновизнаними нормами міжнародного права.

Суверенні права та юрисдикція України щодо морського дна виключної (морської) економічної зони і його надр реалізуються відповідно до законодавства України про континентальний шельф і Кодексу України про надра.

У ст. 411 Господарського кодексу України [8] (далі – ГК України) також закріплено, що держава у виключній (морській) економічній зоні України має виключне право створювати, а також дозволяти і регулювати спорудження, експлуатацію та використання штучних островів,

установок і споруд для морських наукових досліджень, розвідки і розробки природних ресурсів, інших економічних цілей відповідно до законодавства України.

У свою чергу, Україною ухвалений Закон «Про угоди про розподіл продукції» [9] (далі – Закон про угоди про розподіл продукції), який спрямований на створення сприятливих умов для інвестування пошуку, розвідки та видобування корисних копалин, зокрема вуглеводної сировини, у межах території України, її континентального шельфу та *виключної (морської) економічної зони* на засадах, визначених угодами про розподіл продукції.

Закон про угоди про розподіл продукції регулює відносини, що виникають у процесі укладення, виконання та припинення дії угод про розподіл продукції, визначає основні правові вимоги до таких угод, а також особливості правовідносин щодо користування надрами на умовах розподілу продукції (ч. 1 ст. 2 Закону про угоди про розподіл продукції).

Відносини, що виникають у процесі виконання пошукових робіт, розвідки та видобування корисних копалин, розподілу виробленої продукції, її транспортування, обробки, зберігання, переробки, використання, реалізації чи розпорядження нею іншим чином, а також будівництва й експлуатації пов'язаних із цим промислових об'єктів, трубопроводів та інших об'єктів, регулюються угодою про розподіл продукції, що укладається згідно із цим Законом (ч. 2 ст. 2 Закону про угоди про розподіл продукції).

Ст. 4 Закону про угоди про розподіл продукції визначає, що за такою угодою Україна (далі – держава) доручає іншій стороні – інвестору на визначений строк проведення пошуку, розвідки та видобування корисних копалин на визначеній ділянці (ділянках) надр і ведення пов'язаних з угодою робіт, а інвестор зобов'язується виконати доручені роботи власним коштом і на свій ризик із наступною компенсацією витрат і отриманням плати (винагороди) у вигляді частини прибуткової продукції.

Припис ч. 2 вказаної статті встановлює, що угода про розподіл продукції може бути двосторонньою чи багатосторонньою, тобто її учасниками можуть бути декілька інвесторів, за умови, що вони несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, передбаченими такою угодою.

Держава забезпечує надання інвесторам (зокрема, операторам угод), а також представництвам іноземних інвесторів, та сприяє наданню їхнім підрядним, субпідрядним та іншим організаціям (особам), а також представництвам іноземних підрядних, субпідрядних та інших організацій (осіб) в установленому порядку погоджень, квот, спеціальних дозволів на користування надрами та ліцензій на здійснення діяльності з пошуку (розвідки) і експлуатації родовищ корисних копалин, актів про надання гірничого відводу, документів, що засвідчують право користування землею, та інших дозволів, документів дозвільного характеру, ліцензій, пов'язаних із користуванням надрами, виконанням робіт, будівництвом споруд, передбачених угодою про розподіл продукції (ч. 3 ст. 4 Закону про угоди про розподіл продукції).

Сторонами угоди про розподіл продукції виступають інвестор (інвестори) і держава в особі Кабінету Міністрів України. Для вирішення питань з організації укладення та виконання угод про розподіл продукції Кабінет Міністрів України утворює постійно діючу міжвідомчу комісію (далі – Міжвідомча комісія) у складі представників державних органів, органів місцевого самоврядування, народних депутатів України.

В абз. 1 ча. 1 ст. 6 Закону про угоди про розподіл продукції визначено, що угоди про розподіл продукції відповідно до цього Закону можуть укладатися щодо окремих ділянок (ділянки) надр, що обмежуються у просторі та координатами, у межах яких знаходяться родовища, частини родовищ корисних копалин загальнодержавного і місцевого значення, включаючи ділянки надр у межах континентального шельфу та *виключної (морської) економічної зони України*.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону про угоди про розподіл продукції, інвестор може звернутися до Кабінету Міністрів України або Міжвідомчої комісії із пропозицією про вирішення питання щодо проведення конкурсу на укладення угоди про розподіл продукції щодо окремої ділянки надр. Про результати розгляду поданої пропозиції інвестор повідомляється не пізніше тримісячного строку.

Конкурс на укладення угоди про розподіл продукції щодо окремої ділянки надр проводиться згідно з положеннями абз. 2 ч. 2 ст. 6 Закону про угоди про розподіл продукції за наявності будь-якої з таких умов:

– збитковість для користувачів надрами та держави продовження розробки родовищ корисних копалин, яка зумовлена об'єктивними чинниками, коли розробка такого родовища може забезпечити істотний обсяг видобування корисних копалин, а консервація чи ліквідація об'єкта розробки може призвести до негативних соціальних наслідків та фінансових (матеріальних) втрат;

– відсутність державного фінансування і технічних засобів для освоєння нових великих родовищ корисних копалин, освоєнням яких забезпечується рівень видобутку корисних копалин загалом по Україні, необхідний для соціального розвитку й економічної безпеки України;

– необхідність залучення спеціальних високозатратних технологій розробки важкодобувних і значних за обсягом запасів корисних копалин, що знаходяться у складних гірничо-геологічних умовах або є залишковими для родовищ, що розробляються, а також необхідність запобігання втратам паливно-енергетичної та мінеральної сировини в надрах;

– необхідність забезпечення регіонів власною паливно-енергетичною сировиною, утворення нових робочих місць у районах, де зайнятість населення перебуває на низькому рівні;

– необхідність упровадження новітніх технологій, обладнання передових технічних розробок для забезпечення ефективного пошуку, розвідки та розробки перспективних малодосліджених родовищ корисних копалин;

– необхідність освоєння родовищ корисних копалин, розробка яких ведеться в особливо складних умовах (ділянки надр і родовищ у морських акваторіях, родовищ із важкодобувними та виснаженими запасами або в районах із невстановленою нафтогазоносністю);

– необхідність дорозвідки, додаткової чи поглибленої розвідки ділянки надр.

Угода про розподіл продукції укладається з переможцем конкурсу з урахуванням умов конкурсу та конкурсної заявки переможця, а у випадках, передбачених в абз. 15 ч. 1 ст. 7 Закону про угоди про розподіл продукції, – з переможцем конкурсу й особою, визначеною в аб. 15 ч. 1 ст. 7 Закону про угоди про розподіл продукції (господарським товариством). Конкурс уважається таким, що відбувся, коли із заявкою на участь у ньому звернувся хоча б один учасник, у разі виконання ним усіх умов конкурсу. Конкурс уважається таким, що не відбувся, у разі відсутності заявок на участь у конкурсі або якщо Кабінетом Міністрів України не визначено переможця конкурсу (ч. 4 ст. 6 Закону про угоди про розподіл продукції).

Рішення Кабінету Міністрів України щодо укладення угоди без проведення конкурсу ухвалюється на підставі:

– письмового звернення (заяви) надрокористувача до Міжвідомчої комісії із пропозицією укласти угоду про розподіл продукції (двосторонню або багатосторонню) із доданням копій документів, що підтверджують правовий статус заявника, його фінансові можливості, копії спеціального дозволу (дозволів) на користування надрами й інших відомостей та матеріалів за запитом Міжвідомчої комісії;

– пропозицій Міжвідомчої комісії щодо можливості укладення угоди про розподіл продукції.

За рішенням Кабінету Міністрів України й органу місцевого самоврядування угода про розподіл продукції може бути укладена без проведення конкурсу щодо ділянок надр із незначними запасами корисних копалин, що підтверджується висновками відповідних державних органів (ч. 5 ст. 6 Закону про угоди про розподіл продукції).

Міжвідомча комісія протягом двох місяців із дня ухвалення рішення про проведення конкурсу публікує оголошення про проведення конкурсу в офіційних друкованих виданнях України, виконує інші функції щодо організації проведення конкурсу в межах своєї компетенції, визначеної Кабінетом Міністрів України. Строк проведення конкурсу не повинен перевищувати трьох місяців від дати закінчення граничного строку подання конкурсних заяв (ст. 7 Закону про угоди про розподіл продукції).

Водночас в угоді про розподіл продукції визначаються: перелік видів діяльності інвестора та програма обов'язкових робіт із визначенням строків виконання, обсягів і видів фінансування, технологічного обладнання й інших показників, що не можуть бути нижчими від запропонованих інвестором у конкурсній заяві, а також інші істотні умови (абз. 1 ч. 2 ст. 8 Закону про угоди про розподіл продукції).

У ч. 5 ст. 8 Закону про угоди про розподіл продукції визначено, що угода про розподіл продукції повинна передбачати обов'язки інвестора щодо:

– віддання переваг продукції, товарам, роботам, послугам та іншим матеріальним цінностям українського походження за рівних умов стосовно ціни, строку виконання, якості, відповідності міжнародним стандартам;

– прийняття (наймання) на роботу на території України працівників для зазначених в угоді потреб переважно із числа громадян України та для організації їхнього навчання в обсягах, передбачених угодою.

Згідно зі ст. 9 Закону про угоди про розподіл продукції, угоди про розподіл продукції, укладені щодо пошуку, розвідки та видобування вуглеводневої сировини, а також щодо використання родовищ із значними запасами корисних копалин, крім істотних умов, зазначених у ст. 8 Закону про угоди

про розподіл продукції, повинні передбачати також такі істотні умови:

– щорічне декларування видобувних характеристик;

– порядок користування геологічною, геофізичною й іншою інформацією;

– порядок і особливості обліку витрат на промислові та технологічні потреби;

– порядок і строки оцінки рівня забруднення довкілля в районі експлуатації ділянки надр (земельної ділянки, наданої для потреб, пов'язаних із користуванням надрами) на момент укладення угоди;

– обсяги і строки виконання природоохоронних заходів;

– порядок узгодження та затвердження програм робіт, зокрема програм проведення нафтових операцій;

– умови відповідального зберігання державної частки видобутих корисних копалин до передачі їх державі;

– умови страхування майнових ризиків, включаючи втрату видобутих корисних копалин унаслідок розливу, повені, пожежі;

– умови виключного ризику під час розробки родовищ.

Якщо учасником угоди про розподіл продукції є іноземний інвестор, він зобов'язаний протягом трьох місяців із дня укладення угоди про розподіл продукції зареєструвати своє представництво на території України. Якщо учасниками угоди про розподіл продукції є два чи більше інвесторів, вони повинні призначити зі свого складу одного інвестора – оператора угоди для представництва їхніх інтересів у відносинах із державою. Із цією метою інвестори зобов'язані укласти угоду про операційну діяльність (далі – операційний договір), що регулює відносини між оператором угоди й іншими інвесторами (ч. 2 ст. 9 Закону про угоди про розподіл продукції).

Строк дії угоди про розподіл продукції визначається сторонами, однак не може перевищувати п'ятдесяти років із дня її укладання (абз. 1 ч. 1 ст. 14 Закону про угоди про розподіл продукції).

Дія спеціального дозволу на користування надрами на умовах угод про розподіл продукції може бути зупинена чи достроково припинена (зокрема, шляхом анулювання) виключно Кабінетом Міністрів України в порядку та з підстав, передбачених у ч. 2 цієї статті (абз. 3 ч. 1 ст. 17 Закону про угоди про розподіл продукції).

Право користування надрами під час виконання угоди про розподіл продукції може бути обмежено, тимчасово заборонено (зупинено) або припинено Кабінетом Міністрів України в разі виникнення безпосередньої загрози життю та здоров'ю людей або довкіллю в порядку, передбаченому такою угодою. З моменту усунення інвестором умов, унаслідок яких були обмежені права користування надрами, такі права підлягають відновленню в повному обсязі (ч. 2 ст. 17 Закону про угоди про розподіл продукції).

Згідно зі ст. 19 Закону про угоди про розподіл продукції, вироблена продукція, відповідно до угоди про розподіл продукції, підлягає розподілу між сторонами угоди: державою та інвестором (інвесторами) згідно з умовами угоди, які повинні передбачати, серед іншого, умови і порядок передачі державі належної їй за умовами угоди частини виробленої продукції або її грошового еквівалента.

Угоди про розподіл продукції стосовно вуглеводнів можуть передбачати безперервний розподіл вироблених вуглеводнів (абз. 2 ч. 2 ст. 19 Закону про угоди про розподіл продукції).

Водночас щоквартальна частка компенсаційної продукції не може перевищувати 70% загального обсягу виробленої в розрахунковий період продукції до повного відшкодування витрат інвестора (ч. 3 ст. 19 Закону про угоди про розподіл продукції).

Жодна зі сторін угоди про розподіл продукції не має права розпоряджатися виробленою продукцією до її розподілу за угодою без письмового погодження з іншими сторонами угоди (ч. 4 ст. 19 Закону про угоди про розподіл продукції).

Порядок визначення складу витрат, що підлягають відшкодуванню інвестору компенсаційною продукцією, визначається угодою про розподіл продукціїі Законом про угоди про розподіл продукції (ч. 5 ст. 19 Закону про угоди про розподіл продукції).

Але до моменту розподілу продукції в пункті виміру право власності на всю вироблену за угодою продукцію належить державі (ч. 1 ст. 20 Закону про угоди про розподіл продукції).

З моменту розподілу продукції в пункті виміру інвестор набуває права власності на компенсаційну продукцію та визначену угодою частину прибуткової продукції; решта виробленої продукції залишається у власності держави (ч. 2 ст. 20 Закону про угоди про розподіл продукції).

Також дуже важливим для інвесторів є те, що держава гарантує, що до прав і обов'язків інвестора, визначених угодою про розподіл продукції, протягом строку її дії буде застосовуватися законодавство, чинне на момент укладання угоди, крім зако-

нодавства, що зменшує розмір податків чи зборів чи скасовує їх, спрощує регулювання господарської діяльності щодо пошуку, розвідки та видобування корисних копалин, послаблює процедури державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності, зокрема процедури митного, валютного, податкового й інших видів державного контролю, або пом'якшує відповідальність інвестора, яке має застосовуватися з дати набрання чинності таким законодавством. Однак ч. 1 ст. 27 Закону про угоди про розподіл продукції також встановлено, що гарантії щодо стабільності норм законодавства не поширюються на зміни законодавства, що стосуються питань оборони, національної безпеки, забезпечення громадського порядку й охорони довкілля.

Окрім цього, спори між сторонами угоди про розподіл продукції, пов'язані з виконанням, припиненням та недійсністю угоди, підлягають розгляду в судах України, якщо інше не передбачено умовами угоди про розподіл продукції, як визначено у ст. 31 Закону про угоди про розподіл продукції.

Висновки

Як висновок автори статті вважають за необхідне зазначити, що з метою створення сприятливих умов для видобування вуглеводнів на шельфі Чорного й Азовського морів і забезпечення енергонезалежності України необхідно:

1. Із 2020 р. активізувати політику видобутку вуглеводнів на українській частині шельфу.

2. У 2020 р. схвалити Стратегію освоєння вуглеводневих ресурсів в українському секторі Чорного й Азовського морів на виконання приписів Морської доктрини України на період до 2035 р., затвердженої Кабінетом Міністрів України.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Загальнодержавної програми розвитку мінерально-сировинної бази України на період до 2030 р. : Закон України від 21 квітня 2011 р. № 3268–VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3268-17.

2. Про затвердження Морської доктрини України на період до 2035 р. : постанова Кабінету Міністрів України від 7 жовтня 2009 р. № 1307. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1307-2009-%D0%BF.

3. Війни – XXI: Полігібресія Росії. Київ : Центр глобалістики «Стратегія XXI», 2017. 244 с. URL: https://geostrategy.org.ua/images/wars21_UA_19.pdf.

4. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 р. «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015.

5. Про програму освоєння вуглеводневих ресурсів українського сектора Чорного і Азовського морів : постанова Кабінету Міністрів України від 17 вересня 1996 р. № 1141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/1141-96-%D0%BF.

6. Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (ратифікована Законом України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р. та Угоди про імплементацію Частини XI Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 р.» № 728–XIV від 3 червня 1999 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057.

7. Про виключну морську (економічну) зону : Закон України від 16 травня 1995 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 21. Ст. 152.

8. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. С. 303. Ст. 462.

9. Про угоди про розподіл продукції : Закон України від 14 вересня 1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1039-14.

The authors analyzed the relevant norms of the international law of the sea and Ukrainian legislation in the context of the hydrocarbon production in accordance with the Production Sharing Agreements within the exclusive economic zone of Ukraine.

Under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea in the exclusive economic zone the coastal State has sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living, of the waters superjacent to the sea-bed and of the sea-bed and its subsoil.

At the same time, in accordance with the United Nations Convention on the Law of the Sea in the exclusive economic zone the coastal State has jurisdiction as provided for in the relevant provisions of this Convention with regard to: (i) the establishment and use of artificial islands, installations and structures; (ii) marine scientific research; (iii) the protection and preservation of the marine environment.

In 1999, the Law on Production Sharing Agreements was adopted by Ukraine, which aims to create favorable conditions for investing in the search for minerals, exploration and production of minerals, including hydrocarbons, within the territory of Ukraine, its continental shelf and the exclusive (maritime) economic zone on the basis of the Production Sharing Agreements.

The authors of the article concluded that in order to create favorable conditions for the hydrocarbon production on the Ukrainian part of the Black and the Sea of Azov and to ensure the energy independence of Ukraine:

1. Ukraine should intensify the policy of hydrocarbon production on the Ukrainian part of the shelf in 2020.

2. Ukraine should adopt in 2020 Hydrocarbon Resources Production Strategy in the Ukrainian Sector of the Black and the Sea of Azov in accordance with the Maritime Doctrine of Ukraine for the period up to 2035, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Key words: extraction of mineral resources, hydrocarbon, exclusive economic zone, Production Sharing Agreements, Black Sea, Sea of Azov.

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.20

Катерина Харківська,
канд. юрид. наук, помічник судді
Господарського суду Харківської області

ОСНОВНІ НАПРЯМИ ЗДІЙСНЕННЯ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИРОБНИЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

У статті досліджено особливості державного впливу на виробничу діяльність, розглянуто його сутність та форми. Визначено, що головним і невід'ємним інструментом регулюючого впливу держави на виробничу діяльність виступає господарське право. Його роль і значення під час здійснення підприємницької діяльності складно перебільшити, а питання, які пов'язані із правовим забезпеченням виробничої діяльності, були і залишаються актуальними. Досліджено основні форми регулюючого впливу держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва. Встановлено, що регулюючий вплив держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва, не обмежується лише підтримкою. У роботі також розглянуто різні підходи науковців до диференціації засобів регулюючого впливу держави на виробничу діяльність. На підставі аналізу нормативно-правових актів щодо здійснення державного регулювання виробничої діяльності виділено основні чинники, які впливають на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва. Звернуто увагу на напрям державного регулювання виробничої діяльності, який стосується державної політики у сфері розвитку економічної конкуренції та обмеження монополізму в господарській діяльності. З'ясовано, що окремі види регулюючого впливу держави виконують функцію обмеження свободи виробничої діяльності суб'єктів підприємництва, зокрема ліцензування, технічне регулювання, ціноутворення тощо. Проте інші, як-от дотації, компенсації, податкові та митні пільги, є такими, що підтримують свободу підприємництва. Визначено, що одним із головних завдань держави на сучасному етапі є ефективний регулюючий вплив держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва. А її реалізація вимагає цілісної концепції щодо галузевої правової приналежності підприємницьких відносин, тобто їхнього місця в системі права і законодавства, оптимально допустимих меж втручання держави у сферу регулювання виробничої діяльності підприємницьких відносин, а також юридичних гарантій підприємництва і відповідальності в цій сфері. У роботі також виокремлено основні напрями державного впливу на виробничу діяльність.

Ключові слова: виробнича діяльність, державне регулювання, комерційне господарювання, суб'єкти підприємницької діяльності, засоби державного регулювання господарської діяльності.

Постановка проблеми. Сьогодні, коли перебіг економічних реформ у державі не можна назвати успішним, наука перебуває на новому витку пошуків, відшукування області ефективного функціонування та взаємозв'язку держави, права та підприємництва, тому зазначені питання набувають особливої значущості як на теоретичному, так і на практичному рівнях.

Метою статті є виявлення особливостей державного впливу на здійснення виробничої діяльності суб'єктів підприємництва.

Виклад основного матеріалу. Існують різноманітні форми регулюючого впливу держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва. Безпосереднє державне управління низкою галузей, об'єктів цілком або частково застосовується до підприємств, організацій, які життєво важливі для економіки і суспільства, що потребують значної державної підтримки. До таких об'єктів відносять військові, оборонні, енергетичні, заповідники, національні музеї, природні парки, курорти, корисні копалини, водні ресурси, низку установ науки, культури, освіти, охорони здоров'я. По-перше, це може бути податкове регулювання, що здійснюється шляхом встановлення тих чи інших об'єктів оподаткування, призначення та диференціації податкових ставок, уведення податкових пільг, звільнення від податків. У тому ж напрямі впливає і введення мит, митних зборів. Зрозуміло, що зміною в той чи інший бік податкового тягаря держава може прискорювати або сповільнювати виробничі процеси. Водночас стягування податків – головне джерело доходів державного бюджету, фінансова база соціальної політики. Цінове регулювання в умовах ринкової економіки поля-

© К. Харківська, 2020

гає в тому, що держава може встановлювати граничний рівень цін на продукцію суб'єктів підприємництва. Ґрунтуючись на зазначених принципах і умовах здійснення підприємницької діяльності, суб'єкт підприємництва самостійно визначає напрями виробничої діяльності, її структуру й обсяг, самостійно розпоряджається виробленою продукцією та доходами, здійснює будь-яку діяльність, що не суперечить законодавству України.

За характером впливу на виробничу діяльність суб'єктів підприємницької діяльності засоби регулюючого впливу поділяються на дві форми: прямі та непрямі. У свою чергу, прямі засоби впливають на виробничу діяльність безпосереднім використанням відповідних регуляторів, а саме: через бюджетне інвестування державою відповідних програм фінансування розвитку суб'єктів підприємницької діяльності державного сектора економіки, інфраструктури, науки, культури, освіти, соціального захисту населення тощо, а також через регламентацію цін, заробітної плати й інших інструментів ринкового механізму. Зазначений прямий вплив зазвичай полягає у використанні адміністративних важелів, які регламентують конкретні завдання й обмеження підприємницької діяльності, обмежуючи тим самим свободу підприємницької діяльності. Але ці обмеження, на нашу думку, є позитивними.

Непрямий вплив на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва відбувається шляхом внесення відповідних змін в умови функціонування ринкового механізму, що досягається за допомогою правових і економічних інструментів. Застосовуючи ці інструменти, держава безпосередньо нічого не змінює в ринковому механізмі, а створює лише передумови для цих змін.

Крім того, серед основних засобів регулюючого впливу держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва варто виокремити: 1) законодавчі акти; 2) прогнози розвитку національної економіки; 3) концептуальні та програмні документи; 4) ліміти; 5) державні замовлення і контракти; 6) ліцензування видів господарської діяльності; 7) встановлення квот; 8) державні інвестиції; 9) державні та місцеві бюджети; 10) бюджетні дотації, субсидії, субвенції; податки і податкові пільги, державні кредити; 11) державні резерви; 12) операції з державними цінними паперами на відкритому ринку; 13) соціально-економічні нормативи; 14) галузеві та загальнодержавні норми, стандарти; 15) норми амортизації, зокрема прискореної; 16) встановлення граничних рівнів рентабельності; 17) систему фіксованих, граничних і вільних цін; 18) індексування цін тощо. Наявні різні підходи науковців до цього питання.

Так, Н.О. Саніахметова до засобів державного регулювання підприємництва відносить: 1) аудит діяльності підприємців; 2) бухгалтерський облік і звітність; 3) державну реєстрацію суб'єктів підприємництва; 4) квотування зовнішньоекономічної діяльності; 5) контроль за ціноутворенням і цінами; 6) ліцензування деяких видів підприємництва; 7) ліцензування зовнішньоекономічної діяльності; 8) митно-тарифні засоби; 9) недопущення недобросовісної конкуренції; 10) облік (реєстрація) зовнішньоекономічних договорів; 11) оподаткування; 12) обмеження монополізму; 13) обмеження окремих видів реклами; 14) патентування окремих видів підприємницької діяльності; 15) стандартизацію та сертифікацію продукції і послуг [1, с. 69]. А, наприклад, О.В. Покатаєва до основних засобів, які використовує держава для регулювання підприємницької діяльності, відносить: державну реєстрацію; ліцензування, патентування, квотування; сертифікацію та стандартизацію; регулювання цін і тарифів; податкове регулювання (надання податкових пільг); надання дотацій, компенсацій; застосування нормативів і лімітів; матеріально-технічну підтримку підприємців: інформаційне, кадрове та науково-методичне забезпечення підприємців [2, с. 90].

Здійснення державного регулювання виробничої діяльності забезпечується цілим комплексом нормативно-правових актів, серед них такі: закони України «Про ліцензування видів господарської діяльності» [3], «Про ціни і ціноутворення» [4], «Про стандартизацію» [5], «Про зовнішньоекономічну діяльність» [6], «Про захист економічної конкуренції» [7] тощо. Тобто до засобів регулюючого впливу держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва варто віднести такі спеціальні засоби й інструменти регулювання: 1) норми, нормативи, наприклад, мінімальний розмір встановленого капіталу господарського товариства, нормативи достатності власних коштів у ліцензіата – професійного учасника ринку цінних паперів, нормативи гранично допустимих шкідливих речовин у продуктах харчування, нормативи гранично допустимого рівня шуму, вібрації та інших шкідливих впливів на здоров'я людей у виробничих умовах; 2) ліміти, наприклад, ліміти на викиди забруднюючих речовин у природне середовище; 3) розміри ставок податків, мит тощо; 3) коефіцієнти, що застосовують під час державного регулювання цін і тарифів; 4) квоти – кількісні обмеження, наприклад

на експорт або імпорт окремих видів товарів; 5) резерви та гранично допустимі суми, наприклад, у разі підвищення цін, під час розрахунків готівкою між юридичними особами, інші кількісні обмежувачі і вимоги. Т.М. Кравцова зауважує, що, виконуючи функції державного регулювання економіки, державні органи та їх посадові особи повинні використовувати лише ті форми регуляторної діяльності, які встановлені правовими нормами [8, с. 46].

Також необхідно звернути увагу ще на один напрям державного регулювання виробничої діяльності, який стосується державної політики у сфері розвитку економічної конкуренції й обмеження монополізму в господарській діяльності. Так, суб'єкти господарювання, органи влади, органи місцевого самоврядування, а також органи адміністративно-господарського управління та контролю зобов'язані сприяти розвитку конкуренції та не вчиняти будь-яких неправомірних дій, які можуть негативно вплинути на конкуренцію [7].

Однак регулюючий вплив держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва не обмежується лише підтримкою. Навпаки, підстави для державного втручання у виробничу діяльність лежать переважно у сфері публічних інтересів. Ступінь регулюючого впливу держави та його межі в разі втручання у справи суб'єкта підприємницької діяльності визначаються необхідністю і достатністю збереження істотних елементів ринкового регулювання економіки в поєднанні з коригуванням економічного розвитку в потрібному суспільству напрямі. Ці межі повинні бути точно намічені і закріплені в нормах господарського права. Фахівці в області підприємницького права зазначають, що регулюючий вплив держави на діяльність суб'єктів підприємництва може бути як прямим, так і непрямим.

До методів прямого (адміністративного) державного впливу належать: визначення стратегічних цілей розвитку економіки, їх вираження в індикативних та інших планах; державні замовлення і контракти на постачання окремих видів продукції; нормативні вимоги до якості та сертифікації технології та продукції; правові й адміністративні обмеження і заборони з випуску окремих видів продукції тощо. Методами непрямого регулювання виробничих процесів є: оподаткування; система податкових та митних пільг; ставки за кредит і кредитні пільги.

Державне прогнозування і планування розвитку виробничої діяльності суб'єктів підприємництва взагалі та підприємницької діяльності зокрема є одним із найважливіших непрямих засобів державного регулювання господарської діяльності. Державне прогнозування являє собою систему науково обґрунтованих уявлень про напрями соціально-економічного розвитку держави, заснованих на законах ринкового господарювання. Правовою основою здійснення державного планування і прогнозування є Закон України «Про державні цільові програми» [9], згідно з яким (ст. 1) Державна цільова програма – це комплекс взаємопов'язаних завдань і заходів, які спрямовані на розв'язання найважливіших проблем розвитку держави, окремих галузей економіки або адміністративно-територіальних одиниць, здійснюються з використанням коштів державного бюджету України й узгоджені за строками виконання, складом виконавців, ресурсним забезпеченням. У свою чергу, Закон України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» (ст. 1) [10] визначає державне прогнозування економічного і соціального розвитку як науково обґрунтоване передбачення напрямів розвитку країни, окремих галузей економіки або окремих адміністративно-територіальних одиниць, можливого стану економіки та соціальної сфери в майбутньому, а також альтернативних шляхів і строків досягнення параметрів економічного і соціального розвитку.

Також прикладом регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів підприємницької діяльності є Закон України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» [11], де регламентовано, що шляхами вдосконалення правового забезпечення розвитку малого підприємництва є: 1) створення дієвих механізмів захисту прав і свобод підприємців; 2) гармонізація українського законодавства із законодавством Європейського Союзу та Співдружності Незалежних Держав; 3) забезпечення законодавчої гарантії незмінності та довготривалості державної політики щодо підтримки малого підприємництва; 4) розроблення нормативно-правової бази, яка регулює відносини між державою та підприємцями, роботодавцями і найманими працівниками, зокрема і для забезпечення їх соціального захисту, встановлює норми і правила здійснення підприємницької діяльності, регламентує діяльність органів державної влади, їх посадових осіб щодо виконання ними відповідних повноважень у сфері розвитку малого підприємництва; 5) удосконалення функціональної та організаційної структури центральних і місцевих органів виконавчої влади в частині забезпечення розвитку і державної під-

тримки малого підприємництва. Системне здійснення практичних заходів у цій сфері повинно забезпечити стабільну нормативно-правову основу для ефективного розвитку підприємницької діяльності. Незмінність єдиних для всіх суб'єктів підприємницької діяльності відносин протягом тривалого часу є однією з найголовніших умов пожвавлення економічної ситуації в Україні.

Але головним нормативним актом, що регламентує основні засоби регулюючого впливу держави під час здійснення виробничої діяльності залишається Господарський кодекс (далі – ГК) України, зокрема ст. 12 ГК [12]. ГК чітко регламентує (ч. 2 ст. 12), що основними засобами регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є: 1) державне замовлення; 2) ліцензування, патентування і квотування; 3) технічне регулювання; 4) застосування нормативів та лімітів; 5) регулювання цін і тарифів; 6) надання інвестиційних, податкових та інших пільг; 7) надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій і субсидій. У цьому контексті державне замовлення (ст. 13) є засобом державного регулювання економіки шляхом формування на договірній (контрактній) основі складу й обсягів продукції (робіт, послуг), необхідної для пріоритетних державних потреб, розміщення державних контрактів на поставку (закупівлю) цієї продукції (виконання робіт, надання послуг) серед суб'єктів господарювання, незалежно від їхньої форми власності.

Ліцензування, патентування окремих видів господарської діяльності та квотування (ст. 14) є засобами державного регулювання у сфері господарювання, спрямованими на забезпечення єдиної державної політики в цій області, захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства й окремих споживачів. У сфері господарювання застосовуються технічні регламенти, стандарти, кодекси усталеної практики та технічні умови (ст. 15).

Відповідно до ст. 16 ГК України [12], держава може надавати дотації суб'єктам господарювання: на підтримку виробництва життєво важливих продуктів харчування, на виробництво життєво важливих лікарських препаратів і засобів реабілітації інвалідів, на імпортні закупівлі окремих товарів, послуги транспорту, що забезпечують соціально важливі перевезення, а також суб'єктам господарювання, що опинилися у критичній соціально-економічній або екологічній ситуації, з метою фінансування капітальних вкладень на рівні, необхідному для підтримання їхньої діяльності, на цілі технічного розвитку, що дають значний економічний ефект, а також в інших випадках, передбачених законом.

Крім того, держава може здійснювати компенсації або доплати сільськогосподарським товаровиробникам за сільськогосподарську продукцію, що реалізується ними державі.

Оподаткування як регулюючий вплив держави регламентується ч. 2 ст. 17 ГК [12]. З метою вирішення найважливіших економічних і соціальних завдань держави закони, якими регулюється оподаткування суб'єктів господарювання, повинні передбачати: 1) оптимальне поєднання фіскальної та стимулюючої функцій оподаткування; 2) стабільність (незмінність) протягом кількох років загальних правил оподаткування; 3) усунення подвійного оподаткування; 4) узгодженість із податковими системами інших країн.

Правовою формою регулюючого впливу держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва насамперед є акт у вигляді цільової програми, дозволу, квоти, ліцензії, припису тощо, з яким зв'язуються передбачені законом наслідки. Щодо співвідношення форми та змісту правовий акт виступає правовою формою державного регулювання підприємницької діяльності. Правова реалізація використаних державою методів і способів впливу на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва і являє собою правовий режим регулюючого впливу держави.

Цікаво те, що окремі види регулюючого впливу держави виконують функцію обмеження свободи виробничої діяльності суб'єктів підприємництва, зокрема ліцензування, технічне регулювання, ціноутворення тощо. Проте інші, як-от дотації, компенсації, податкові та митні пільги, є такими, що підтримують свободу підприємництва.

Необхідно зазначити, що методом державного регулювання виробничої діяльності є також державний контроль і нагляд у сфері господарської діяльності. Так, відповідно до ст. 19 ГК [12], держава здійснює контроль і нагляд за господарською діяльністю суб'єктів господарювання в таких сферах, як: 1) збереження та витрачання коштів і матеріальних цінностей суб'єктами господарських відносин – за станом і достовірністю бухгалтерського обліку та звітності; 2) фінансові, кредитні відносини, валютне регулювання та податкові відносини – за додержанням суб'єктами господарювання кредитних зобов'язань перед державою і розрахункової дисципліни, додержанням вимог валютного законодавства, податкової дисципліни; 3) ціни та ціноутворення – з питань додержання суб'єктами господарювання дер-

жавних цін на продукцію і послуги; 4) монополізм і конкуренція – щодо додержання антимонопольно-конкурентного законодавства; 5) земельні відносини – за використанням і охороною земель; водні відносини і лісове господарство – за використанням і охороною вод і лісів, відтворенням водних ресурсів і лісів; 6) виробництво і праця – за безпекою виробництва і праці, додержанням законодавства про працю; за пожежною, екологічною, санітарно-гігієнічною безпекою; за дотриманням норм і правил, якими встановлено обов'язкові вимоги щодо умов здійснення господарської діяльності; 7) споживання – за якістю і безпечністю продукції та послуг; 8) зовнішньоекономічна діяльність – щодо питань технологічної, економічної, екологічної та соціальної безпеки.

Висновки

Ефективний регулюючий вплив держави на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва – одне з головних завдань держави на сучасному етапі. Його виконання потребує цілісної концепції про галузеву правову приналежність підприємницьких відносин, тобто про їхнє місце в системі права і законодавства, про оптимальне допустимі межі втручання держави у сферу регулювання виробничої діяльності підприємницьких відносин, а також про юридичні гарантії підприємництва та відповідальність у цій сфері.

Отже, можна зазначити основні чинники, що впливають на виробничу діяльність суб'єктів підприємництва: 1) ліцензування окремих видів господарської діяльності; 2) регулювання цін на окремі види продукції; 3) застосування системи податкових пільг; 4) використання політики прискорення амортизації; державна політика у сфері стандартизації та експертизи якості товарів, їхня відповідність міжнародним нормативним документам; 5) контроль за забезпеченням екологічності промислового виробництва; 6) комплекс антимонопольних заходів; 7) державна політика щодо залучення суб'єктів підприємницької діяльності до виконання державних і регіональних цільових комплексних програм.

Список використаних джерел:

1. Саніахметова Н.О. Підприємницьке право: Суб'єкти підприємництва. Кредитування. Оренда. Лізинг. Зовнішньоекономічна діяльність. Інвестиції. Антимонопольне законодавство. Захист від недобросовісної конкуренції. Реклама. Київ : А.С.К., 2001. 704 с.

2. Покатаєва О.В. Методи державного регулювання підприємницької діяльності. *Економіка та держава*. 2008. № 1. С. 89–91.

3. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон від 2 березня 2015 р. № 222–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 23. Ст. 158.

4. Про ціни і ціноутворення : Закон України від 21 червня 2012 р. № 5007–VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № № 19–20. Ст. 190.

5. Про стандартизацію : Закон України від 5 червня 2014 р. № 1315–VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 31. Ст. 1058.

6. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16 квітня 1991 р. № 959–XII. *Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки*. 1991. № 29. Ст. 377.

7. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 6.

8. Кравцова Т.М. Правові форми державного регулювання у сфері підприємницької діяльності. *Право України*. 2003. № 12. С. 45–47.

9. Про державні цільові програми : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1621–IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 25. Ст. 352.

10. Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України : Закон України від 23 березня 2000 р. № 1602–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 25. Ст. 195.

11. Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні. Заходи від 21 грудня 2000 р. № 2157–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 7. Ст. 35.

12. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436–IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 462.

The peculiarities of state influence on industrial activity, its essence and forms are considered in the article. It is determined that economic law is the main and integral instrument of the regulatory influence of the state on production activity. Its role and importance in carrying out business activity is difficult to exaggerate, and issues related to the legal support of industrial activity have been and remain relevant today. The basic forms of regulatory influence of the state on the production activity of business entities are investigated. It is established that the regulatory influence of the state on the production activity of business entities is not limited to its support. The article also considers different approaches of scientists to differentiation of the means of regulatory influence of the state on industrial activity. On the basis of the analysis of legal acts regulating the implementation of state regulation of production activity, the main factors that influence the production activity of business entities are identified. Attention is drawn to the direction of state regulation of industrial activity, which concerns the state policy in the sphere of development of economic competition and restriction of monopoly in economic activity. It has been found that certain types of regulatory influence

of the state serve as a restriction on the freedom of production of business entities, in particular, licensing, technical regulation, pricing, etc. However, others, such as subsidies, compensation, tax and customs benefits, are those that support freedom of enterprise. It is determined that one of the main tasks of the state at the present stage is the effective regulatory influence of the state on the production activity of business entities. And its implementation requires a holistic concept of the sectoral legal affiliation of business relations, that is, their place in the system of law and legislation, the optimal permissible limits of state intervention in the sphere of regulation of industrial activity of business relations, as well as legal guarantees of entrepreneurship and responsibility in this field. The article also outlines the main directions of state influence on production activity.

Key words: industrial activity, state regulation, commercial management, subjects of entrepreneurial activity, means of state regulation of commercial activity.

УДК 349.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.21

Ольга Бурлака,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ СІМ'Ї, ДИТИНСТВА, МАТЕРИНСТВА ТА БАТЬКІВСТВА В УКРАЇНІ

У статті на основі аналізу норм чинного законодавства надано характеристику сучасного стану правового регулювання соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні. Визначено проблеми нормативного забезпечення окресленої сфери. Запропоновано систематизувати чинне законодавство у сфері соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства та прийняти єдиний нормативно-правовий акт, який би регулював дане питання. Визначено, що одним з основних нормативно-правових актів у сфері соціального захисту як усього населення, так і сімей з дітьми, багатодітних, неповних та малозабезпечених сімей, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів є Закон України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії», який встановлює найважливіші державні соціальні стандарти і нормативи у різних сферах життєдіяльності. Наголошено, що державна цільова підтримка для здобуття вищої освіти полягає у: повній або частковій оплаті навчання за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів; пільгових довгострокових кредитах для здобуття освіти; соціальній стипендії; безоплатному забезпеченні підручниками; безоплатному доступі до мережі Інтернет, систем баз даних у державних та комунальних навчальних закладах; безоплатному проживанні в гуртожитку тощо. Зроблено висновок, що на нормативному рівні існує певна невпорядкованість відповідних видів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства, оскільки норми, які визначають допомоги, послуги і пільги для сімей з дітьми, багатодітних, неповних та малозабезпечених сімей, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів та встановлюють соціальні гарантії реалізації їхнього права на соціальний захист, розосереджені в багатьох підзаконних нормативно-правових актах, що ускладнює застосування їх на практиці, а також призводить до незнання громадянами своїх соціальних прав. У зв'язку з цим запропоновано систематизувати чинне законодавство у сфері соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства та прийняти єдиний нормативно-правовий акт, який би регулював дане питання.

Ключові слова: правове регулювання, соціальний захист сім'ї, дитинство, материнство, батьківство, законодавство.

Постановка проблеми. Стратегічна мета сучасної цивілізаційної держави полягає в провадженні ефективної соціальної політики, спрямованої на забезпечення належного матеріального становища її громадян. Розвиток держави є відображенням соціальної структури суспільства, а показником якісної соціальної політики є реалізація державних соціальних стандартів та гарантій, що вказують на політику держави загалом [1, с. 102]. Для досягнення вказаної мети необхідно запровадити ефективне правове регулювання соціального захисту як усього населення, так і сім'ї, дитинства, материнства та батьківства. Слушною вважаємо думку С. С. Алексєєва, який серед особливостей правового регулювання суспільних відносин визначає насамперед те, що воно, відповідно до своєї соціальної природи, є таким різновидом соціального регулювання, який має цілеспрямований, організований за своєю націленістю, результативний характер. Окрім того, правове регулювання здійснюється за допомогою цілісної системи засобів, які реально виражають саму матерію права як нормативного інституційного утворення – регулятора [2, с. 145-150]. Особливість правового регулювання також полягає в тому, що воно має свій специфічний механізм, під яким розуміють взяту у єдності систему правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини [3, с. 211; 4].

Стан дослідження. Окремі проблемні питання правового регулювання соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та бать-

© О. Бурлака, 2020

ківства в Україні у своїх наукових працях розглядали: В. М. Андріїв, В. С. Андрєєв, А. Г. Бірюкова, С. Я. Вавженчук, В. С. Венедіктов, С. В. Венедіктов, В. Д. Гетьманцева, Ю. М. Гришина, Т. А. Занфірова, О. Л. Кучма, В. В. Лаврухін, Н. О. Мельничук, О. В. Москаленко, В. І. Надрага, О. М. Потопахіна, В. І. Прокопенко, В. І. Щербина, Є. П. Яригіна, О. М. Ярошенко та інші. Проте, незважаючи на значний науковий доробок з даної проблематики, комплексні дослідження соціального захисту таких вразливих верств населення, як сім'ї з дітьми, багатодітні, неповні та малозабезпечені сім'ї, діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування, інваліди з дитинства та діти-інваліди, практично відсутні, тому багато питань у цій сфері потребують подальшого дослідження.

Саме тому **мета статті** – надати оцінку сучасному стану правового регулювання соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні.

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні здійснюється за допомогою міжнародних норм і норм національного законодавства. Так, основними положеннями є норми Конституції України, в ст. 46 якої визначаються основні засади, а саме передбачено право громадян на соціальний захист, а ст. 52 Конституції проголошує, що діти рівні у своїх правах незалежно від походження, а також від того, народжені вони у шлюбі чи поза ним. Будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом. Утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, покладається на державу. Держава заохочує і підтримує благодійницьку діяльність щодо дітей [5]. Тобто діти, незалежно від того, чи вони живуть у сім'ї, чи вони позбавлені батьківського піклування і виховуються у відповідних дитячих закладах, мають право на належні умови життя, дбайливе ставлення до себе, право на забезпечення можливості розвиватися духовно, фізично, морально, інтелектуально.

Наступним нормативно-правовим актом, який є частиною системи національного законодавства у сфері соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства, є Сімейний кодекс України, в якому визначено важливість сім'ї як первинного та основного осередку суспільства, що підлягає державній охороні. Так, ст. 5 Кодексу регламентує, що держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї. Держава створює людині умови для материнства та батьківства, забезпечує охорону прав матері та батька, матеріально і морально заохочує і підтримує материнство та батьківство. Держава забезпечує пріоритет сімейного виховання дитини. Держава бере під свою охорону кожну дитину-сироту і дитину, позбавлену батьківського піклування [6]. Також у Сімейному кодексі визначені положення, які передбачають порядок і особливості влаштування дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, шляхом усиновлення, встановлення над такою дитиною опіки чи піклування, здійснення патронату над дітьми, влаштування дітей до прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу.

Закони України «Про освіту», «Про вищу освіту» визначають певні гарантії у сфері освіти для дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, та встановлюють пільги щодо прийому на навчання до вищих навчальних закладів для окремих категорій дітей, щоб такі діти мали змогу повною мірою реалізувати своє конституційне право на освіту, в рамках якого здобути відповідну спеціальність та професію.

Для реалізації такого права у ст. 37 Закону України «Про освіту» закріплено необхідність у створенні навчальних закладів для громадян, які потребують соціальної допомоги та реабілітації. У цій статті йдеться про таке: для дітей, які не мають необхідних умов для виховання і навчання в сім'ї, створюються загальноосвітні школи-інтернати. Для дітей-сиріт і дітей, які залишилися без піклування батьків, створюються школи-інтернати, дитячі будинки, в тому числі сімейного типу, з повним державним утриманням. Для дітей, які потребують тривалого лікування, створюються дошкільні навчальні заклади, загальноосвітні санаторні школи-інтернати, дитячі будинки. Навчальні заняття з такими дітьми проводяться також у лікарнях, санаторіях, вдома. Для осіб, які мають вади у фізичному чи розумовому розвитку і не можуть навчатися в масових навчальних закладах, створюються спеціальні загальноосвітні школи-інтернати, школи, дитячі будинки, дошкільні та інші навчальні заклади з утриманням за рахунок держави. Для дітей і підлітків, які потребують особливих умов виховання, створюються загальноосвітні школи і професійно-технічні училища соціальної реабілітації.

Порядок забезпечення учнів державних та комунальних професійно-технічних навчальних закладів стипендією, організації харчування учнів із числа дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, осіб з їх числа, дітей-інвалідів/інвалідів

I-III групи та дітей із сімей, які отримують допомогу відповідно до Закону України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям», визначається Кабінетом Міністрів України [7]. Таким чином, держава намагається забезпечити всі належні умови для виховання дітей-сиріт, дітей, позбавлених батьківського піклування, і дітей, які потребують особливих умов виховання, їх розвитку з метою адаптації таких дітей до умов соціального середовища.

Також в абзаці 2 ч. 3 статті 44 Закону України «Про вищу освіту» визначено, що брати участь у конкурсі за результатами вступних іспитів з конкурсних предметів у вищому навчальному закладі у межах установлених квот прийому до вищих навчальних закладів (наукових установ) України мають право особи (за їхнім вибором), які мають захворювання, що можуть бути перешкодою для проходження зовнішнього незалежного оцінювання, діти-сироти та особи, яких законом визнано учасниками бойових дій та які захищали незалежність, суверенітет і територіальну цілісність України, брали участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення.

Частина 17 ст. 44 закону передбачає обов'язок держави щодо забезпечення особам, визнаним учасниками бойових дій, та їхнім дітям, дітям, один із батьків яких загинув (пропав безвісти) у районі проведення антитерористичних операцій, бойових дій чи збройних конфліктів або помер внаслідок поранення, контузії чи каліцтва, одержаних у районі проведення антитерористичних операцій, бойових дій чи збройних конфліктів, а також внаслідок захворювання, одержаного в період участі в антитерористичній операції, дітям, один із батьків яких загинув під час масових акцій громадянського протесту або помер внаслідок поранення, контузії чи каліцтва, одержаних під час масових акцій громадянського протесту, дітям, зареєстрованим як внутрішньо переміщені особи, у тому числі дітям, які навчаються за денною формою навчання у вищих навчальних закладах, – до закінчення навчальних закладів, але не довше ніж до досягнення ними 23 років, державну цільову підтримку для здобуття вищої освіти у державних та комунальних навчальних закладах.

Відповідна державна цільова підтримка для здобуття вищої освіти полягає у: 1) повній або частковій оплаті навчання за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів; 2) пільгових довгострокових кредитах для здобуття освіти; 3) соціальній стипендії; 4) безоплатному забезпеченні підручниками; 5) безоплатному доступі до мережі Інтернет, систем баз даних у державних та комунальних навчальних закладах; 6) безоплатному проживанні в гуртожитку; тощо [8]. Така державна цільова підтримка спрямована на підвищення добробуту дітей, поліпшення їх якості життя, подолання соціального відторгнення таких дітей та забезпечення реалізації основоположного принципу рівності прав усіх громадян.

Закон України «Про безоплатну правову допомогу» [9] також містить відповідні пільги щодо надання відповідним категоріям громадян безоплатної вторинної правової допомоги, а саме: 1) дітям-сиротам, дітям, позбавленим батьківського піклування, дітям, які перебувають у складних життєвих обставинах, дітям, які постраждали внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів; 2) особам, які перебувають під юрисдикцією України, якщо середньомісячний сукупний дохід їхньої сім'ї нижчий від суми прожиткового мінімуму, розрахованого та затвердженого відповідно до Закону України «Про прожитковий мінімум» для осіб, які належать до основних соціальних і демографічних груп населення, інвалідам, які отримують пенсію або допомогу, що призначається замість пенсії, у розмірі, меншому за два прожиткових мінімуми для непрацездатних осіб, на всі види правових послуг; захист; здійснення представництва інтересів таких дітей в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; складення документів процесуального характеру.

Наступним одним із основних нормативно-правових актів у сфері соціального захисту як усього населення, так і сімей з дітьми, багатодітних, неповних та малозабезпечених сімей, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів є Закон України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» [10], який встановлює найважливіші державні соціальні стандарти і нормативи у різних сферах життєдіяльності: у сфері житлово-комунального обслуговування, у сфері транспортного обслуговування та зв'язку, у сфері охорони здоров'я, у сфері забезпечення навчальними закладами, у сфері обслуговування закладами фізичної культури та спорту, у сфері побутового обслуговування, торгівлі та громадського харчування; визначає основні державні соціальні гарантії (мінімальний розмір заробітної плати, мінімальний розмір пенсії за віком, неоподатковуваний мінімум доходів громадян, розміри державної соціаль-

ної допомоги та інших соціальних виплат), порядок визначення і їх розмір; джерела і способи забезпечення їх фінансування.

У Законі України «Про охорону дитинства» [11] визначено, що кожна дитина має право на рівень життя, достатній для її фізичного, інтелектуального, морального, культурного, духовного і соціального розвитку. Також для забезпечення належного рівня життя дітей та належних матеріальних умов для їх виховання у ст. 13 вказаного закону встановлено обов'язок держави надавати соціальну допомогу батькам або особам, які їх замінюють. Порядок та особливості надання такої допомоги визначаються Законом України від 21.11.1992 № 2811-XII «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» [12], де у ст. 3 цього закону передбачено, що до державної допомоги сім'ям з дітьми належать: 1) допомога у зв'язку з вагітністю та пологами; 2) допомога при народженні дитини; 3) допомога при усиновленні дитини; 4) допомога на дітей, над якими встановлено опіку чи піклування; 5) допомога на дітей одиноким матерям.

Необхідно зауважити, що у зв'язку з нестабільною політичною та економічною ситуацією в Україні, подорожчанням послуг і товарів, масовим звільненням працівників значна частина сімей з дітьми є малозабезпеченими і підпадають під дію Закону України «Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям» від 01.06.2000 № 1768-III [13]. Відповідний закон визначає, що малозабезпеченою є сім'я, яка з поважних або незалежних від неї причин має середньомісячний сукупний дохід, нижчий від прожиткового мінімуму для сім'ї. Такі сім'ї мають право на отримання щомісячної допомоги у грошовій формі в розмірі, що залежить від величини середньомісячного сукупного доходу сім'ї. Порядок надання допомоги малозабезпеченим сім'ям передбачений Постановою Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2003 р. № 250 «Про затвердження Порядку призначення і виплати державної соціальної допомоги малозабезпеченим сім'ям».

Основні засади, заходи соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, а також осіб із їх числа та державні соціальні стандарти і нормативи для них містяться в Законі України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», порядок надання якої передбачений Постановою Кабінету Міністрів України від 31 січня 2007 р. № 81 «Про затвердження Порядку призначення і виплати державної соціальної допомоги на дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, грошового забезпечення батькам-вихователям і прийомним батькам за надання соціальних послуг у дитячих будинках сімейного типу та прийомних сім'ях за принципом «гроші ходять за дитиною».

Що ж до соціального захисту дітей-інвалідів, то основним законом України, який регулює дане питання, є Закон «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам» [14], в якому містяться положення щодо категорій осіб, які мають право на державну соціальну допомогу, її розміри, умови, порядок і строки виплати.

Закон України «Про соціальні послуги» [15] регулює питання надання соціальних послуг сім'ям з дітьми, багатодітним, неповним та малозабезпеченим сім'ям, дітям-сиротам та дітям, позбавленим батьківського піклування, інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам, визначає види соціальних послуг, форми, порядок їх надання та умови їх отримання.

Правовою основою соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей є Закон України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей» [16], який містить основні принципи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей, їхні права та обов'язки, визначає заходи щодо запобігання бездомності і безпритульності.

Не менш важливим нормативно-правовим актом у системі національного законодавства у сфері соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства є Закон України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю» [17], в якому визначаються основні принципи здійснення соціальної роботи з сім'ями, дітьми та молоддю, порядок та особливості її реалізації шляхом надання соціального обслуговування, здійснення соціальної профілактики серед сімей, дітей та молоді та їх соціальної реабілітації, також виокремлюються сфери та рівні здійснення такої соціальної роботи тощо.

Щодо підзаконних нормативно-правових актів – постанов Кабінету Міністрів України, указів Президента України, наказів різних відомств, то вони більше деталізують, уточнюють особливості, порядок, умови реалізації соціального захисту органами державної влади, громадськими, соціальними організаціями, сім'ями з дітьми, багатодітними, неповними та малозабезпеченими сім'ями, дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування, інвалідами з дитинства та дітьми-інвалідами.

Висновки

Таким чином, проаналізувавши сучасний стан правового регулювання соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства в Україні, слід зауважити, що на нормативному рівні існує певна невпорядкованість відповідних видів соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства, оскільки норми, які визначають допомоги, послуги і пільги для сімей з дітьми, багатодітних, неповних та малозабезпечених сімей, дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів та встановлюють соціальні гарантії реалізації їхнього права на соціальний захист, розосереджені в багатьох підзаконних нормативно-правових актах, що ускладнює застосування їх на практиці, а також призводить до незнання громадянами своїх соціальних прав. У зв'язку з цим пропонуємо систематизувати чинне законодавство у сфері соціального захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства та прийняти єдиний нормативно-правовий акт, який би регулював дане питання.

Список використаних джерел:

1. Тищенко О. В. Державні соціальні стандарти та гарантії як основа соціального забезпечення в Україні. *Юридичний вісник*. 2013. № 4 (29). С. 99-104.

2. Алексеев С. С. Теория права. Москва : БЕК, 1994. 224 с.

3. Комзюк А. Т. Заходи адміністративного примусу в правоохоронній діяльності міліції: поняття, види та організаційно-правові питання реалізації : монографія / за заг. ред. проф. О. М. Бандурки. Харків : Нац. ун-т внутр. справ, 2002. 336 с.

4. Болотіна Н. Б. Соціальне законодавство України. Ґендерна експертиза / відп. ред. Т. М. Мельник. Київ : Логос, 2001. 82 с.

5. Конституція України: Науково-практичний коментар / ред. колегія В. Я. Тацій (голова редкол.) О. В. Петришин (відпов. секретар), Ю. Г. Бараш та ін.] ; Нац. академ. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і доповн. Харків : Право, 2011. 112 с.

6. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 02.12.2019).

7. Про освіту : Закон України від 05.09.2017 № 2145-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19 (дата звернення: 09.12.2019).

8. Про вищу освіту : Закон України від 01.07.2014 № 1556-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 37-38. Ст. 2004.

9. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

10. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії : Закон України від 05.10.2000 № 2017-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 48. Ст. 409.

11. Про охорону дитинства : Закон України від 01.06.2000 № 1768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 30. Ст.142.

12. Про державну допомогу сім'ям з дітьми : Закон України від 21.11.1992 № 2811-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 5. Ст. 21.

13. Про державну соціальну допомогу малозабезпеченим сім'ям : Закон України» від 01.06.2000 № 1768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 35. Ст. 290.

14. Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам : Закон України від 16.11.2000 № 2109-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 1. Ст. 2.

15. Про соціальні послуги : Закон України від 19.06.2003 № 966-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 358.

16. Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей : Закон України від 02.06.2005 № 2623-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 26. Ст. 354.

17. Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю : Закон України від 21.06.2001 № 2558-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 42. Ст. 213.

In the article, based on the analysis of the norms of the current legislation, a description of the current state of legal regulation of social protection of family, childhood, motherhood and paternity in Ukraine is given. The problems of regulatory support of the outlined sphere are defined. It is proposed to systematize the current legislation in the field of social protection of the family, childhood, motherhood and paternity and to adopt a single legal act that would regulate this issue. It is determined that one of the main normative legal acts in the field of social protection of both the whole population and families with children, large children, incomplete and low-income families, orphans and children deprived of parental care, children with disabilities and children with disabilities is the Law Of Ukraine "On State Social Standards and State Social Guarantees", which establishes the most important state social standards and norms in various spheres of life. It is emphasized that state targeted support for higher education is: full or partial payment of tuition at the expense of state and local budgets; preferential long-term loans for education; social scholarships; free provision of textbooks; free access to the Internet, databases at state and municipal schools; free accommodation in the hostel; etc. It is concluded that at the regulatory level there is a certain disordering of the relevant types of social protection of the family, childhood, motherhood and paternity, since the rules governing benefits, services and benefits for families with children, large families, incomplete and needy families, orphans and children deprived of

parental care, disabled children and disabled children and establish social guarantees for the exercise of their right to social protection, dispersed in many by-laws, which complicates their application in practice, and also leads to ignorance of citizens of their social rights. In this regard, we propose to systematize the existing legislation in the field of social protection of the family, childhood, motherhood and paternity and to adopt a single legal act that would regulate this issue.

Key words: legal regulation, family social protection, childhood, motherhood, paternity, legislation.

УДК 349.2:331
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.22

Роман Грищенко,
викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ДИСЦИПЛІНАРНОГО ПРОСТУПКУ

У статті на основі аналізу наукових поглядів ечених та норм чинного законодавства України надано характеристику об'єктивної сторони дисциплінарного проступку. Обґрунтовано, що важливим аспектом невиконання чи неналежного виконання працівником своїх трудових обов'язків є протиправний характер такої поведінки. Доведено, що розкриття змісту об'єктивної сторони дисциплінарного проступку має велике значення для проведення справедливого дисциплінарного провадження. З'ясовано, що відсутність причинного зв'язку між діями (або бездіяльністю) особи і негативними наслідками, що настали, може мати місце в двох ситуаціях. Перша ситуація: негативні наслідки були викликані стихійними силами, нещасним випадком і т. п., тобто не були результатом дій людини. Друга ситуація: шкідливі наслідки були викликані діями інших осіб. Доведено, що для того, щоб вчинок працівника міг бути розцінений як дисциплінарне правопорушення, він має бути здійснений у той період часу та у тому місці, коли і де він – найманий працівник – зобов'язаний виконувати свої трудові обов'язки. Визначено, що закон має прямо передбачати, що не вважається неправомірним невиконання працівником трудових обов'язків з мотивів попередження, усунення загрози його власним життю і здоров`ю, життю і здоров'ю інших людей, навколишньому середовищу. Зроблено висновок, що об'єктивна сторона дисциплінарного проступку фактично є зовнішнім відображенням протиправного вчинку працівника, вона характеризується через протиправність дій або бездіяльності працівника, причинно-наслідковий зв'язок між невиконанням трудових обов'язків та шкідливими наслідками. Важливим аспектом невиконання чи неналежного виконання працівником своїх трудових обов'язків є протиправний характер такої поведінки. Саме протиправність свідчить про те, що були порушені вимоги, встановлені чинним законодавством. Відповідно, дії (бездіяльність) особи не можуть вважатися протиправними, якщо вони не визнані як такі чинними нормативно-правовими актами. А отже, розкриття змісту об'єктивної сторони дисциплінарного проступку має велике значення для проведення справедливого дисциплінарного провадження.

Ключові слова: дисциплінарний проступок, правопорушення, об'єктивна сторона, дисциплінарна відповідальність.

Постановка проблеми. На необхідності реформування українського трудового права і законодавства вже багато років наголошують як науковці, так і представники політичних кіл та громадськості. Однак будь-яке реформування, тим більше цілої правової галузі, вимагає вироблення ґрунтовних теоретичних засад з основних аспектів реалізації даного процесу. Це зумовлює наявність значної кількості наукових досліджень із проблематики трудового права України, втім через значні розміри і розгалуженість даної галузі права цілий ряд її проблемних аспектів усе ще не отримали належного наукового опрацювання. Зокрема, це стосується інституту дисциплінарної відповідальності, який виступає важливим засобом забезпечення належного перебігу трудових відносин. Відомо, що єдиною підставою для притягнення особи до дисциплінарної відповідальності є вчинення нею дисциплінарного проступку. Однак для того, щоб дії чи бездіяльність суб`єкта права могли бути розцінені як дисциплінарний проступок, вони мають містити відповідний склад. Поняття складу правопорушення є одним з основних як у правознавстві взагалі, так і в теорії юридичної відповідальності зокрема.

Стан дослідження. Дисциплінарній відповідальності, її змісту, ознакам ролі в інституті юридичної відповідальності та іншим аспектам приділялося й нині приділяється багато уваги з боку дослідників із різних галузей права, зокрема її вивчали: О. Ф. Скакун, М. В. Цвік, Є. В. Гризунова, Л. О. Сироватська, П. Р. Стависский, О. І. Процевський, С. Е. Демський, Л. П. Грузінова, А. Ю. Подорожній, В. С. Ковальський, А. М. Колодій, Н. Б. Болотіна, Є. Ю. Подорожній, Л. В. Могілевський, В. В. Жернаков, Ю. П. Дмитренко та інші. Однак все ж таки, незважаючи на істотний науковий доробок із зазначеної про-

© Р. Грищенко, 2020

блематики, ряд її теоретичних та практичних аспектів, на наше переконання, потребує більш детального та ґрунтовного вивчення. Зокрема, це стосується складу дисциплінарного проступку, одним із ключових елементів якого є його об'єктивна сторона.

Саме тому **мета статті** – надати характеристику об'єктивній стороні дисциплінарного проступку.

Виклад основного матеріалу. Об'єктивна сторона – характеристика діяння, способу його здійснення (групою, систематично, повторно, із застосуванням зброї, спеціальних технічних засобів тощо), обставин (під час епідемії, у воєнний час, під час стихійних лих та інше). Для ряду складів правопорушень досить тільки здійснення діяння, хоча б воно і не спричинило наслідків (перевищення водієм установленої швидкості руху, порушення правил охорони праці, збереження вогнепальної зброї без відповідного дозволу тощо). Якщо це діяння спричинило шкідливі наслідки, то відповідальність за нього або посилюється, або кваліфікується за іншим складом, що передбачає більш сувору відповідальність [1].

Об'єктивна сторона правопорушення – це зовнішній прояв самого протиправного вчинку [2, с. 355]. Саме за таким проявом можна судити про правопорушення – про те, що воно відбулося і якої шкоди завдало [3, с. 492]. До обов'язкових елементів об'єктивної сторони в складах правопорушення належать: діяння (дія чи бездіяльність суб'єкта); його шкідливі наслідки (їх настання або загроза настання). Необхідний причинний зв'язок між діянням і наслідками, які настали. Крім обов'язкових, будь-яке правопорушення має факультативні елементи: спосіб, місце, оточення і час скоєння правопорушення. Кожен із них додатково характеризує суб'єкта правопорушення, ступінь суспільної шкоди від його посягання, роль кожного правопорушника в разі співучасті, обставини, що обтяжують або пом'якшують вину суб'єкта [3, с. 355].

Діяння суб'єкта як елемент об'єктивної сторони дисциплінарного проступку полягає у невиконанні чи неналежному виконанні ним своїх трудових обов'язків. Тобто зазначене правопорушення вважається вчиненим даною особою тільки у тому разі, якщо: по-перше, воно було вчинене через її активні дії чи бездіяльність; по-друге, особа зобов'язана була і мала змогу у відповідній ситуації вчинити такі дії або утриматися від них. Зауважимо, що йдеться саме про трудові обов'язки, тобто невиконання громадських доручень, моральних, етичних правил поведінки, не пов'язаних з виконанням трудової функції, не може викликати застосування юридичної відповідальності. Разом із тим для окремих категорій працівників поняття дисциплінарного проступку розширюється через особливий характер виконуваних обов'язків за рахунок включення проступків, несумісних із займаною посадою. До таких категорій, наприклад, належать прокурор, суддя [4, с. 20-21].

Слід зазначити, що у трудовому праві і законодавстві, на відміну від кримінального чи адміністративного, протиправність проявляється не лише у порушенні чітко встановлених заборон, а й у невиконанні працівником своїх трудових обов'язків. Тобто, якщо чинними нормативно-правовими актами загального чи локального характеру встановлені для працівника певні обов'язки, їх невиконання або неналежне виконання ним може розцінюватися як протиправна поведінка, навіть якщо у законодавстві не закріплено конкретної заборони щодо дій, у яких виразився акт невиконання працівником зазначених обов`язків.

Судовою практикою порушенням трудової дисципліни визнано:

– відмову працівника без поважної причини укласти трудовий договір про повну матеріальну відповідальність;

– відмову чи ухилення без поважної причини від медичного огляду працівників окремих професій;

– відмову працівника від проходження у робочий час спеціального навчання та складання іспиту з техніки безпеки, якщо це є обов'язковою умовою допуску до роботи;

– перебування працівника не на своєму робочому місці, а в приміщенні іншого цеху, відділу без поважної причини та інші випадки [4, с. 21].

Також слід зазначити, що законодавством передбачені випадки, коли невиконання особами своїх трудових обов'язків не вважається протиправним. Так, відповідно до статті 27 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 03.03.1998 № 137/98-ВР участь у страйку працівників, за винятком страйків, визнаних судом незаконними, не розглядається як порушення трудової дисципліни і не може бути підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності [5].

Цікавим є питання щодо відмови працівників від виконання своїх трудових обов'язків, зокрема в частині своєчасного і точного виконання розпорядження власника або уповноваженого ним органу, у разі, якщо це не відповідає законодавчим вимогам щодо охорони праці. Так, у статті 153 КЗпП

України закріплено, що власник або уповноважений ним орган не вправі вимагати від працівника виконання роботи, поєднаної з явною небезпекою для життя, а також в умовах, що не відповідають законодавству про охорону праці. Працівник має право відмовитися від дорученої роботи, якщо створилася виробнича ситуація, небезпечна для його життя чи здоров'я або людей, які його оточують, і навколишнього середовища [6]. З викладеного видно, що, з одного боку, законодавство забороняє роботодавцю вимагати від працівника виконувати трудові обов'язки, якщо це не відповідає вимогам охорони праці, а найманий працівник у свою чергу може відмовитися від виконання своїх обов'язків, якщо це створює загрозу його життю та (або) здоров'ю, життю і здоров'ю іншій людей, навколишньому середовищу. Однак з іншого – дана норма жодним чином не перешкоджає роботодавцю застосувати до працівника дисциплінарне стягнення за невиконання ним своїх трудових обов'язків, зокрема вказівок першого. Звісно, у такому випадку працівник може оскаржити рішення роботодавця про притягнення до зазначеної відповідальності. На наше переконання, закон має прямо передбачати, що не вважається неправомірним невиконання працівником трудових обов'язків з мотивів попередження, усунення загрози його власному життю і здоров'ю, життю і здоров'ю інших людей, навколишньому середовищу.

Важливими елементами об'єктивної сторони дисциплінарного проступку є наявність шкоди, а також причино-наслідкового зв'язку між поведінкою працівника та завданою шкодою: шкода, заподіяна діянням, – несприятливі і тому небажані наслідки, що настають у результаті правопорушення. Ці несприятливі наслідки можуть бути майнового, немайнового, організаційного, особистого й іншого характеру [3, с. 493]. Трудовому праву притаманні проступки як із матеріальним, так і з формальним складом, до перших належать дисциплінарні проступки. Для перших, тобто проступків із матеріальним складом, обов'язковою умовою є настання внаслідок їх вчинення реальної матеріальної шкоди, майнових збитків. Тоді як проступки із формальним складом зашкоджують самому порядку перебігу трудових відносин, при цьому наявність безпосередньої матеріальної шкоди внаслідок такого порушення не є обов'язковою умовою притягнення до дисциплінарної відповідальності. Слід погодитися з О. І. Карпенко у тому, що у ряді випадків вчинення дисциплінарного проступку з формальним складом (наприклад, прогул) теж тягне за собою реальний матеріальний збиток, що виражається в сумі, на яку не була випущена продукція (в цивільному праві така шкода вважається втраченою вигодою). Однак він не стягується з винного працівника. Водночас ці збитки негативно позначаються на інтересах даної організації і суспільства в цілому. Таким чином, дисциплінарні проступки з формальним складом тягнуть за собою такі наслідки, які негативно позначаються на виробничій діяльності, вносять дезорганізацію в діяльність колективу, тобто завдають реальної шкоди трудовим правовідносинам [7, с. 71].

Варто зазначити дещо про виявлення причинно-наслідкового зв'язку між поведінкою працівника та шкідливими наслідками, що настали. Зауважимо, що у даному випадку йдеться про матеріальний склад, оскільки для формального, як ми вже зазначали вище, важливим є не стільки факт настання реальних шкідливих наслідків, скільки порушення порядку. Відсутність причинного зв'язку між діями (або бездіяльністю) особи і негативними наслідками, що настали, може мати місце в двох ситуаціях. Перша ситуація: негативні наслідки були викликані стихійними силами, нещасним випадком і т. п., тобто не були результатом дій людини. У цьому випадку ні про яке скоєння дисциплінарного проступку йтися не може. Друга ситуація: шкідливі наслідки були викликані діями інших осіб. У цьому випадку особа, яка спочатку притягалася до дисциплінарної відповідальності, вже відповідальність не несе, але при цьому вина інших осіб повинна бути встановлена і має бути вирішене питання про притягнення винних до дисциплінарної відповідальності [7, с. 71].

Слід звернути увагу на такі аспекти об'єктивної сторони проступку, як час та місце. Л. П. Грузінова з цього приводу зазначає, що порушення трудової дисципліни вважається таким за умови, що воно сталося в робочий час, а для працівників з ненормованим робочим днем увесь час перебування на робочому місці та на території підприємства вважається робочим часом [4, с. 21]. М. І. Іншин та інші підкреслюють, що особливе значення для встановлення складу дисциплінарного проступку має час та місце вчинення діяння. Діяння працівника може визнаватися дисциплінарним проступком тільки за умови вчинення його на роботі та в межах робочого часу [8, с. 87]. Тобто, за загальним правилом, для того, щоб вчинок працівника міг бути розцінений як дисциплінарне правопорушення, він має бути здійснений у той період часу та у тому місці, коли і де він – найманий працівник – зобов'язаний виконувати свої тру-

дові обов'язки. Однак для окремих категорій працівників є певні винятки. Так, наприклад, відповідно до закону «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження з таких підстав: допущення суддею поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя, зокрема в питаннях моралі, чесності, непідкупності, відповідності способу життя судді його статусу, дотримання інших норм суддівської етики та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду; прояв неповаги до інших суддів, адвокатів, експертів, свідків чи інших учасників судового процесу. Або ж, скажімо, закон «Про прокуратуру» 14.10.2014 № 1697-VII, в якому передбачено, що прокурора може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з таких підстав: вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури. Очевидно, що у даних ситуаціях час та місце вчинення зазначених дій, що є підставим для притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів та (або) прокурорів, не має суттєвого значення. Специфіка правового становища даної категорії працівників вимагає від них утримуватися від такого роду поведінки протягом усього періоду перебування їх на посадах суддів чи прокурорів.

Також варто зазначити, що відповідно до пункту 3 статті 41 КЗпП України вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного з продовженням даної роботи, є підставою для розірвання трудового договору з працівником. З підстав вчинення аморального проступку, не сумісного з продовженням даної роботи, можуть бути звільнені лише ті працівники, які займаються виховною діяльністю, наприклад: вихователі, вчителі, викладачі, практичні психологи, соціальні педагоги, майстри виробничого навчання, методисти, педагогічні працівники позашкільних закладів. Таке звільнення, відповідно до Постанови Пленуму ВСУ від 06.11.1992 № 9 «Про практику розгляду судами трудових спорів», допускається за вчинення аморального проступку як під час виконання трудових обов'язків, так і не пов'язаного з ними (вчинення такого проступку в громадських місцях або в побуті). Звільнення не може бути визнано правильним, якщо воно проведено лише внаслідок загальної оцінки поведінки працівника, не підтвердженої конкретними фактами [9]. Отже, для осіб, які перебувають в особливому правовому статусі і виконують у зв'язку із цим специфічні трудові функції та обов'язки, вимоги щодо місця та часу вчинення дисциплінарного проступку можуть мати більш широке тлумачення.

Висновки

Таким чином, об'єктивна сторона дисциплінарного проступку фактично є зовнішнім відображенням протиправного вчинку працівника, вона характеризується через протиправність дій або бездіяльності працівника, причинно-наслідковий зв'язок між шкідливими наслідками та невиконанням трудових обов'язків. Важливим аспектом невиконання чи неналежного виконання працівником своїх трудових обов'язків є протиправний характер такої поведінки. Саме протиправність свідчить про те, що були порушені вимоги, встановлені чинним законодавством. Відповідно, дії (бездіяльність) особи не можуть вважатися протиправними, якщо вони не визнані як такі чинними нормативно-правовими актами. А отже, розкриття змісту об'єктивної сторони дисциплінарного проступку має велике значення для проведення справедливого дисциплінарного провадження.

Список використаних джерел:

1. Самалюк Т. В. Поняття, сутність, ознаки правопорушення та основні юридичні характеристики даного поняття. URL: https://naub.oa.edu.ua/2010/ponyattya-sutnist-oznaky-pravoporushennya-ta-osnovni-yurydychni-harakterystyky-danoho-ponyattya/ (дата звернення: 10.11.2019).

2. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, В. Д. Ткаченко, Л. Л. Богачова та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Харків : Право, 2002. 432 с.

3. Теория государства и права : учебник / под ред. В.К. Бабаева. Москва : Юристъ, 2003. 592 с.

4. Грузінова Л. П., Короткін В. Г. Трудове право України : навчальний посібник. Київ : МАУП, 2003. Ч. 4. 2003. 152 с.: іл. – Бібліогр.: с. 141–145.

5. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) : Закон України від 03.03.1998 № 137/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1998. № 34. Ст. 227.

6. Кодекс законів про працю України : Закон України: від 10.12. 1971 № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. № 50.

7. Карпенко О.И. Дисциплинарная ответственность работника в трудовом праве: понятие и виды : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Москва, 2003. 166 с.

8. Юридична відповідальність та інші примусові заходи у трудовому праві : навчальний посібник / М. І. Іншин, В. І. Щербина, І. М. Ваганова. Харків : Золота миля, 2012. 495 с.

9. Про практику розгляду судами трудових спорів : Постанова Пленуму ВСУ від 06.11.1992 № 9. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-92 (дата звернення: 10.11.2019).

In the article, based on the analysis of scientific views of scientists and norms of the current legislation of Ukraine, a characteristic of the objective side of disciplinary misconduct is presented. It is argued that an important aspect of the employee's failure to perform or improperly perform his or her work responsibilities is the unlawful nature of such behavior. It is argued that disclosure of the content of the objective side of disciplinary misconduct is essential for a fair disciplinary proceeding. It has been found that the absence of a causal link between a person's actions (or inactivity) and the negative consequences can occur in two situations: the first situation - the negative effects were caused by natural forces, an accident, etc., that is were not the result of human action. The second situation is the adverse effects caused by the actions of others. It is argued that in order for an employee's conduct to be considered a disciplinary offense, it must be committed at the time and at the time and place where he or she is a hired employee is required to perform his or her duties. It is determined that the law should expressly stipulate that it is not considered unlawful for an employee to fulfill his/her duties, on the grounds of warning, eliminating the threat to his/her own life and health, life and health of other people, the environment. It is concluded that the objective side of disciplinary misconduct is in fact an outward reflection of the wrongful act of the employee, characterized by the wrongful act or omission of the employee, the causal link between the harmful consequences and the failure to perform work responsibilities. An important aspect of the employee's failure to perform or improperly discharge his or her work responsibilities is the unlawful nature of such behavior. Unlawfulness itself indicates that the requirements established by the current legislation have been violated. Accordingly, actions (inactivity) of a person cannot be considered unlawful unless they are recognized as such valid legal acts. Therefore, disclosing the content of the objective side of disciplinary misconduct is essential for a fair disciplinary process.

Key words: disciplinary offense, offenses, objective side, disciplinary responsibility.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.23

Віолета Дейнека,
аспірант кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ҐЕНЕЗА І СУТНІСТЬ ПРАВА НА ПРАЦЮ

Статтю присвячено дослідженню природи права на працю і визначенню його сутності. Праця – невід'ємна частина людського буття, яка забезпечує життя людини та її самореалізацію. Право на працю є одним із головних соціально-економічних прав особи. Значну увагу приділено правовому регулюванню даного фундаментального права як на світовому, так і на національному рівні. Закріплено воно у ряді міжнародних актів. Право на працю вперше знайшло відображення у Загальній декларації прав людини, однак варто зважати, що вона не має обов'язкової сили (має декларативний характер), а тому держави не несуть юридичну відповідальність за порушення цього права. Подальше регулювання та деталізацію цього права знаходимо в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права та в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. На регіональному рівні – в Європейській соціальній хартії (переглянутій). Кожен із перелічених вище актів по-різному дає визначення «права на працю», розширює і доповнює його, створюючи певний «шаблон».

Щодо національного законодавства, то в статті 43 Конституції України закріплено право на працю, а саме, визначено, що кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується. Крім того, передбачено випадки, що не можуть вважатися примусовою працею. Поняття, визначене Основним законом, повністю відповідає міжнародним стандартам та сучасним вимогам. Конкретизація права на працю здійснюється галузевим законодавством, зокрема статтею 2 Кодексу законів про працю України. Нині положення, що містяться в чинному Кодексі законів про працю України, є дещо застарілими та не відповідають ні Основному Закону, ні фактичним вимогам, які є в суспільстві. Така ситуація зумовлена тим, що галузевий акт було ухвалено ще в 1971 році, а тому об'єктивно необхідно або прийняти новий акт, або внести поправки до чинного. Тому сьогодні активно обговорюються проєкти Трудового кодексу України та закону України «Про працю», в кожному з яких викладено нові підходи до розуміння природи права на працю.

Ключові слова: праця, право на працю, примусова праця, перекваліфікація, гарантії.

Постановка проблеми. З юридичної точки зору працю можна розглядати в широкому і вузькому розумінні. У широкому розумінні праця – це первинно необхідна, суспільно корисна, інноваційна, доцільна, цілеспрямована, особиста, вольова, оціночна діяльність, пов'язана з реалізацією унікальних властивостей людини – фізичних та розумових здібностей – шляхом її творчого і фізичного самоствердження, свідомої і цілеспрямованої зміни навколишнього середовища з метою створення (нових) матеріальних і духовних цінностей та задоволення на цій основі потреб і інтересів людини, суспільства, держави і така, що породжує особливий вид суспільних відносин та потребує у зв'язку із цим правового регулювання [1, с. 65].

У вузькому розумінні праця – це цілеспрямована діяльність людини задля створення матеріальних і духовних благ з метою задоволення її потреб та інтересів.

Оскільки праця відіграє значну роль в житті кожного, право на працю потребує детального та всебічного розгляду.

Аналіз останніх досліджень Проблематика права на працю досліджувалася багатьма як вітчизняними, так і іноземними науковцями. Серед них Д. М. Величко, І. П. Жигалкін, П. І. Жигалкін, О. О. Конопельцева, Р. З. Лівшиць, Л. Д. Нечипорук, С. М. Прилипко, О. І. Процевський, В. М. Солома, М. М. Феськов, А. Хьоланд, М. М. Якименко, О. М. Ярошенко.

Мета і завдання статті полягає в комплексному дослідженні права на працю та визначенні тенденцій його розвитку в Україні.

Виклад основного матеріалу. Важливою умовою життєдіяльності людини є праця, що становить вольову діяльність, спрямовану на створення матеріальних цінностей. Право на працю є фундаментальним соціально-економічним правом людини, яке дає можливість самореалізації. Як влучно зазначає О. О. Конопельцева, право на працю – невід'ємне право людини, а держава відповідальна за його реалізацію. Саме тому це право перебуває в центрі уваги науки тру-

© В. Дейнека, 2020

дового права як одне з найважливіших соціально-економічних прав, оскільки з правом на працю пов'язані всі інші права й обов'язки працівника [2, с. 76]. Р. З. Лівшиць зазначав, що право на працю має основоположний, фундаментальний характер, з нього випливають усі інші трудові права [3, с. 104]. Із цим складно не погодитися.

М. І. Марчук 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 словами науковця, є природна здатність до праці, що належить людині, зважаючи на її людську природу [4, с. 193].

Це право закріплено як у міжнародних актах, так і у вітчизняних. Вперше на світовому рівні право на працю було зафіксовано статтею 23 Загальної декларації прав людини, прийнятої і проголошеної резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. У ній містяться положення про те, що кожна людина має право на працю, на вільний вибір роботи, на справедливі і сприятливі умови праці та на захист від безробіття; право на рівну оплату за рівну працю без будь-якої дискримінації; право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування, її самої та її сім'ї і яка в разі необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення; право створювати професійні спілки і входити до професійних спілок для захисту своїх інтересів [5]. Однак положення Загальної декларації не мають обов'язкової сили. Прийнята у формі резолюції, вона має декларативний характер і не покладає на держави, що брали участь у її прийнятті, яких-небудь «чітких юридичних зобов'язань» [6, с. 39].

Подальше відображення знаходимо в Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права від 16 грудня 1966 р. (ратифікований 19 жовтня 1973 р.), в статті 6 якого сказано, що держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право на працю, що включає право кожної людини дістати можливість заробляти собі на життя працею, яку вона вільно вибирає або на яку вона вільно погоджується, і зроблять належні кроки до забезпечення цього права [7]. Крім того, наголошується, що з метою повного здійснення цього права держави мають вживати заходів, як-от створювати програми професійно-технічного навчання і підготовки, визначати шляхи і методи досягнення продуктивної зайнятості в умовах, що гарантують основні політичні й економічні свободи людини.

У Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (ратифіковано Україною 17 липня 1997 р.) акцент зроблено не на праві на працю загалом, а на забороні рабства і примусової праці. Визначено таке: нікого не можна тримати в рабстві або в підневільному стані; ніхто не може бути присилуваний виконувати примусову чи обов'язкову працю [8]. Важливий внесок Конвенції в тому, що нею визначено, що саме не є «примусовою чи обов'язковою працею»: це робота, виконання якої зазвичай вимагається під час визначеного згідно з положеннями статті 5 цієї Конвенції тримання в умовах позбавлення свободи або під час умовного звільнення; служба військового характеру або – у разі, коли особа відмовляється від неї з мотивів особистих переконань у країнах, де така відмова визнається, – служба, яка вимагається замість обов'язкової військової служби; служба, що вимагається у випадку надзвичайної ситуації або стихійного лиха, яке загрожує життю чи благополуччю суспільства; будь-яка робота чи служба, яка є частиною звичайних громадянських обов'язків [8].

Таким чином, на міжнародному рівні закріплено певний «стандарт» права на працю, визначено його основні складники, заходи, які мають вживати держави для його ефективної реалізації, заборону примусової праці та перераховано випадки, коли працю не можна вважати «примусовою чи обов'язковою».

Серед регіональних актів варто ще виділити Європейську соціальну хартію (переглянуту) 1996 року (ратифіковано Україною 14 вересня 2006 р). Аналізуючи положення ЄСХ (п), М. М. Феськов дійшов висновку, що обов'язковими нормами є: ст. 1 «Право на працю», ст. 5 «Право на створення організацій», ст. 6 «Право на укладення колективних договорів», ст. 7 «Право дітей та підлітків на захист», пп. a, b п. 4 ст. 19 «Право трудящих-мігрантів і членів їхніх сімей на захист і допомогу», ст. 20 «Право на рівні можливості та рівне ставлення при вирішенні питань щодо працевлаштування та професії без дискримінації за ознакою статі». Крім того, вчений наголосив, що законодавство України в цілому відповідає вимогам обов'язкових і низки безпосередньо пов'язаних із ними додаткових статей Хартії, які забезпечуються засобами трудового законодавства [10, с. 171].

Хартією закріплено, що кожна людина повинна мати можливість заробляти собі на життя професією, яку вона вільно вибирає. З метою забезпечення ефективного здійснення права на працю учасники Хартії зобов'язуються: визнати однією зі своїх

найголовніших цілей і одним зі своїх найголовніших обов'язків досягнення та підтримання якомога високого і стабільного рівня зайнятості, маючи на меті досягнення повної зайнятості; ефективно захищати право працівника заробляти собі на життя професією, яку він вільно вибирає; створювати безкоштовні служби працевлаштування для всіх працівників або забезпечувати їх функціонування; забезпечувати належну професійну орієнтацію, підготовку та перекваліфікацію або сприяти їм [9].

Таким чином, Європейська соціальна хартія (переглянута) зосереджує увагу на обов'язках держави зі створення умов для високої стабільної занятості та підвищення кваліфікації працівників, містить перелік прав працівників та їхніх сімей, а також наголошує на вільному виборі професії як на ключовому факторі успішної реалізації права на працю.

За радянських часів право на працю пов'язувалося з обов'язком держави забезпечити роботою всіх працездатних громадян. У Конституції УРСР 1937 р. уперше зафіксовано право на працю, тобто на одержання гарантованої роботи з оплатою праці відповідно до її кількості і якості. Це право забезпечувалося соціалістичною організацією народного господарства, неухильним зростанням продуктивних сил радянського суспільства, усуненням можливості господарських криз і ліквідацією безробіття [11, с. 213].

Верховна Рада СРСР 15 липня 1970 р. постановила затвердити Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про працю, на підставі яких Верховною Радою УРСР 1 грудня 1971 р. прийнято Кодекс законів про працю Української РСР. Стаття 1 так визначає завдання цього КЗпП: «Кодекс законів про працю Української РСР регулює трудові відносини всіх робітників і службовців, сприяючи зростанню продуктивності праці, підвищенню ефективності суспільного виробництва і підйому на цій основі матеріального і культурного рівня життя трудящих, зміцненню трудової дисципліни і поступовому перетворенню праці на благо суспільства на першу життєву потребу кожної працездатної людини. Законодавство про працю встановлює високий рівень умов праці, всемірну охорону трудових прав робітників і службовців» [11, с. 219].

Положення Конституції УРСР 1978 р. право на працю закріплювало як «право на одержання гарантованої роботи з оплатою праці відповідно до її кількості та якості». Тобто передбачалося не лише право на працю, але й обов'язок кожного здатного до праці громадянина сумлінно працювати у вибраній галузі суспільно корисної діяльності, суворо дотримуватися трудової та виробничої дисципліни. Принцип загальності праці за радянських часів означав як загальне право на отримання гарантованої роботи, так і загальний обов'язок працювати. Праця розглядалася і як невід'ємне право, і як почесний обов'язок кожного громадянина. Норми Кримінального кодексу УРСР 1961 р. закріплювали відповідальність за ухилення від суспільно корисної праці, оскільки це було несумісним з принципами соціалістичного суспільства [12, с. 128]. П. І. Жигалін писав, що Конституція СРСР розширила зміст права на працю, включивши в нього право на вибір професії, роду занять, роботи відповідно до покликання, здібностей, професійної підготовки, освіти. Також закріплено важливе правило, що право на працю реалізувалося з урахуванням громадських потреб [13, с. 44].

Сьогодні право на працю зафіксовано статтею 43 Конституції України, де прописано, що кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується [14]. Варто уточнити, що вільний вибір праці та вільне погодження на неї означає, що лише особа може розпоряджатися своїми здібностями до продуктивної та творчої праці, вибираючи то чи інший вид діяльності, рід занять [15, с. 192]. Право вільно розпоряджатися своїми здібностями до праці означає, що особа сама вирішує, чи займатися трудовою діяльністю чи ні. Незайнятість не тягне за собою юридичної відповідальності.

Відповідно до частини 2 статті 43 Конституції України 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. Використання примусової праці забороняється. Частиною 3 вищезгаданої статті визначено, що 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. Перелік є вичерпним.

Дещо інший підхід окреслено в статті 2 Кодексу законів про працю, за якою право громадян України на працю, тобто на одержання роботи з оплатою праці не нижче встановленого державою мінімального розміру, включаючи право на вільний вибір професії,

роду занять і роботи, забезпечується державою. Держава створює умови для ефективної зайнятості населення, сприяє працевлаштуванню, підготовці і підвищенню трудової кваліфікації, а у разі необхідності забезпечує перепідготовку осіб, вивільнюваних у результаті переходу на ринкову економіку [16].

Якщо порівнювати визначення, що містяться в Конституції України та Кодексі законів про працю, то очевидно, що вони дещо по-різному трактують це право. Конституцію України було прийнято 28 червня 1996 року, і поняття, яке нею закріплено, є синтезом визначень Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Кодекс законів про працю є спадщиною законодавства Української РСР, прийнятий ще 10 грудня 1971 року і містить інше поняття. Головна складність полягає в тому, що відсутня єдина термінологія. Основний Закон використовує категорії «заробляти на життя», «праця, яку вільно обирає чи на яку вільно погоджується», тоді як у Кодексі законів про працю віднаходимо «одержання роботи», «вільний вибір професії, роду занять і роботи», що свідчить про застарілий підхід і невідповідність як актам міжнародного законодавства, так і Конституції України.

Крім визначення самого права на працю, Кодекс законів про працю закріплює в статті 5^{-1} гарантії забезпечення права на працю, що включає вільний вибір виду діяльності; безплатне сприяння державними службами 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.

Проєктом Трудового кодексу № 1658 в статті 20 [17] передбачено широкий перелік основних прав працівника. Варто наголосити, що він лишається відкритим. Серед них – право на працю, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується, та право на припинення трудових відносин; право на рівні можливості та рівне ставлення до нього при вирішенні питань щодо працевлаштування, винагороди за працю рівної цінності, професійного зростання або звільнення; право на повагу до його честі, гідності, на конфіденційність особистої інформації та на їх захист; право на захист від безробіття, на професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації; право неповнолітніх на особливий захист від фізичного та морального ризику у зв'язку з трудовими відносинами; право працюючих жінок на особливий захист у разі материнства; право працівників з інвалідністю на професійну і трудову реабілітацію, професійну адаптацію; право працівників-мігрантів на захист їхніх трудових прав; право працівників із сімейними обов'язками на захист від дискримінації та на узгодження за можливості їхніх трудових обов'язків із сімейними; право на належні, безпечні та здорові умови праці, включаючи право на отримання інформації щодо умов праці та вимог охорони праці на робочому місці; право на справедливу винагороду за працю, не нижчу за визначену законом мінімальну заробітну плату, та своєчасну її виплату в повному обсязі; право на належні виробничо-побутові умови, пов'язані з виконанням працівником обов'язків за трудовим договором; право на забезпечення державних гарантій і компенсацій, визначених цим Кодексом, законами та іншими актами трудового законодавства; право на підтвердження результатів неформального професійного навчання; право на відпочинок; право вимагати від роботодавця дотримання вимог трудового законодавства, колективного і трудового договорів; право на об'єднання у професійні спілки; право на участь у веденні колективних переговорів; право на страйк; право на відшкодування шкоди, заподіяної здоров'ю або майну у зв'язку з виконанням трудових обов'язків; право на захист від необґрунтованого звільнення; право на захист своїх трудових прав, у тому числі в суді; право на відмову від виконання роботи у зв'язку з виникненням прямої загрози життю чи здоров'ю працівника, у тому числі внаслідок порушення вимог законодавства про охорону праці, зокрема незабезпечення працівника засобами колективного або індивідуального захисту відповідно до встановлених норм, а також внаслідок виконання роботи, не передбаченої трудовим договором; право відмовитися від виконання роботи у зв'язку з невиплатою заробітної плати у встановлений строк або виплатою її не в повному розмірі.

Закріплення такого переліку трудових прав працівників є досить прогресивним, адже у них повною мірою відображено осно-

вні принципи та положення, що містяться в Європейській соціальній хартії (переглянутій). Багато з таких прав допомагають особі повною мірою реалізувати право на працю та забезпечують не порушення супутніх прав.

У проєкті Закону України «Про працю» № 2708 відсутнє визначення права на працю. Крім того, немає чіткого переліку прав працівника – лише окремі складники. До таких належать: рівність трудових прав громадян України (ст. 6), що включає заборону дискримінації та будь-якого упередженого ставлення у сфері праці, мобінг працівників; заборона примусової праці (ст. 7), тобто у разі, якщо особа не запропонувала добровільно своїх послуг і виконання такої роботи вимагається від неї під погрозою покарання, застосування насильства тощо; гарантії прав на належні безпечні і здорові умови праці (ст. 8) [18].

Проєкт закону «Про працю» дуже звужує, порівняно з чинним Кодексом законів про працю та проектом Трудового кодексу, перелік прав працівника.

Висновки

Право на працю є правом кожного, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується. Закріплення його здійснюється як на міжнародному рівні, так і на національному. Відображення в Конституції України права на працю підкреслило його важливість. Стоїть питання уніфікації визначення категорії «права на працю», адже воно різниться в Основному законі та в Кодексі законів про працю України. Крім того, є необхідність в оновленні законодавства. Маємо проєкт Трудового кодексу та проєкт закону «Про працю». Ці акти є гранично різними. Якщо в першому закріплено право на працю та перелік прав працівника, який надалі допоможе ефективно реалізувати таке право, то в другому відсутня навіть згадка про право на працю. Лише віднаходимо окремі гарантії. Вважаємо, що проєкт закону «Про працю» потребує перегляду і доопрацювання.

Список використаних джерел:

1. Гетьманцева Н.Д. Поняття і сутність праці як правової категорії. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 60-65.

2. Конопельцева О.О. Юридична характеристика права на працю: поняття і зміст. *Право і суспільство*. 2016. № 6. Ч. 2. С. 74-81.

3. Иванов С.А., Лившиц Р.З. Личность в советском трудовом праве. Москва : Наука, 1982. 232 с.

4. 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.

5. Загальна декларація прав людини : прийнята Резолюцією 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. Дата оновлення: 10.12.1948. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 13.01.2020).

6. Аметистов З.М. Международное право и труд: факторы имплементации международных норм о труде. Москва: Международные отношения, 1982. 272 с.

7. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права: Пакт ООН від 16 грудня 1966р. Дата оновлення: 19.10.1973. URL: zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 13.01.2020).

8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : прийнята 4 листопада 1950 р. Дата оновлення: 02.10.2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 13.01.2020).

9. Європейська соціальна хартія (переглянута) : прийнята 3 травня 1996 р. Дата оновлення: 07.09.2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062 (дата звернення: 13.01.2020).

10. Феськов М.М. Європейська соціальна хартія (переглянута) і трудове законодавство України: питання адаптації : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Одеса, 2002. 202 с.

11. Жигалкін І.П. Система принципів трудового права в умовах формування нової правової доктрини України : дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.05. Сєвєродонецьк, 2016. 449 с.

12. Якименко М.М. Право на працю в міжнародних документах та його закріплення в законодавстві України. *Право і безпека*. 2006. № 5'2. С. 125-129.

13. Жигалкин П.И. Право на труд и содержание трудового договора в условиях научно-технического прогресса. *Актуальные проблемы юридической науки не этапе развитого социализма*: краткие тезисы докладов и научных сообщений республ. науч. конференции (г. Харьков, 16-18 октября 1985 г.). Харьков, 1985. С. 44-45.

14. Конституція України : прийнята 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 13.01.2020).

15. Нечипорук Л.Д. Конституційне право на працю. *Конституційне будівництво в Україні: теорія та практика*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 4-й річниці Конституції України (м. Ужгород, 1-3 червня 2000 р.). Ужгород, 2000. С. 191-195.

16. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 № 322-VIII. Дата оновлення: 11.10.2018. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08/ (дата звернення: 13.01.2020).

17. Проект Трудового кодексу України від 27.12.2014 № 1658. Дата оновлення: 07.02.2019. URL: w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221 (дата звернення: 13.01.2020).

18. Проект закону України «Про працю» від 28.12.2019 № 2708. Дата оновлення: 28.12.2019. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67833 (дата звернення: 17.01.2020).

The article is devoted to the study of the nature of the right to work and to determine its essence. Work is an integral part of human existence, which provides for the life of man and his self-realization. The right to work is one of the main socio-economic rights of a person. Much attention has been paid to the legal regulation of this fundamental law, both at the global and national levels. It is enshrined in several international acts. The Universal Declaration of Human Rights first reflected the right to work, but it should be borne in mind that it is not binding (declaratory in nature) and therefore that States are not legally responsible for violating this right. Further regulation and detail of this right can be found in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. At the regional level - in the European Social Charter (revised). Each of the above acts differently defines "right to work", extends and supplements it, creating a specific "template".

With regard to national legislation, Article 43 of the Constitution of Ukraine enshrines the right to work, namely, that everyone has a right to work, which includes the opportunity to earn a living by work, which he freely chooses or freely agrees to. In addition, there are cases that cannot be considered as forced labor. The concept defined by the Basic Law fully meets international standards and modern requirements. Specification of the right to work is carried out by sectoral legislation, Article 2 of the Labor Code of Ukraine. At present, the provisions contained in the current Code of Labor Laws of Ukraine are somewhat outdated and do not meet either the Basic Law or the actual requirements that exist in society. This situation is caused as a reason that the sectoral act was adopted in 1971, and therefore, objectively, it is necessary to either adopt a new act or amend the existing one. Therefore, the draft Labor Code of Ukraine and the Law of Ukraine "On Labor" are actively discussed today, each of which outlines new approaches to understanding the nature of the right to work.

Key words: work, right to work, forced labor, retraining, guarantees.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.24

Тетяна Жовнір,
аспірант кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТТЯ «САМОЗАЙНЯТА ОСОБА» З ІНШИМИ СУМІЖНИМИ ПРАВОВИМИ КАТЕГОРІЯМИ

Стаття присвячена удосконаленню підходів до визначення категорії «самозайнята особа» як суб'єкта права шляхом виявлення її найбільш суттєвих правових ознак. У контексті наведеного актуалізовано науково-теоретичну проблематику щодо розмежування поняття «самозайнята особа» з іншими суміжними правовими категоріями. Наголошено на недостатній теоретичній розробленості наведеного поняття, внаслідок чого досить часто відбувається ототожнення зазначеного поняття з іншими подібними нормативно-правовими та науково-теоретичними поняттями. У зв'язку з наведеним автором запропоновано власний підхід до розмежування і співвідношення поняття «самозайнята особа» з поняттями «фізична особа», «фізична особа-підприємець», «юридична особа», «особа, яка уповноважена на виконання функцій держави». Наголошено, що певною мірою мають подібні правові характеристики такі поняття, як самозайнята особа та юридична особа, які слід дослідити. Отже, спільними правовими рисами понять «самозайнята особа» та «юридична особа» є таке: і самозайнята, і юридична особа є суб'єктами правовідносин; і самозайнята, і юридична особа можуть провадити незалежну та самостійну, здійснювану на власний ризик та з метою отримання прибутку підприємницьку діяльність, а також виконувати місіонерську місію, досягати певних соціальних, культурних та інших цілей; набуття правосуб'єктності як юридичною, так і самозайнятою особою пов'язане з державною реєстрацією, а також у певних випадках з отриманням відповідної ліцензії; як самозайнята, так і юридична особи можуть виступати роботодавцем, бути страхувальником. Зроблено висновок, що натепер нечіткість нормативно-правових меж між різними, подібними до поняття «самозайнята особа» правовими категоріями зумовлена насамперед не їхньою первинною суспільною, економічною і соціальною природою, а недосконалістю чинного законодавства. Надалі чинне нормативно-правове регулювання зазначеного питання повинне розвиватися у напрямі уточнення основних правових ознак поняття «самозайнята особа», кристалізації і уніфікації підходів до її відмежування від інших подібних правових категорій, а також розробки цілісного правового інституту, який регулюватиме усі аспекти функціонування такого важливого суб'єкта правовідносин, насамперед її діяльність, як суб'єкт права соціального забезпечення.

Ключові слова: самозайнята особа, фізична особа, фізична особа-підприємець, юридична особа, особа, яка уповноважена на виконання функцій держави, страхувальник.

Постановка проблеми. Натепер поняття «самозайнята особа» є досить колізійним, та з приводу його чіткого визначення існують суперечності і численні дискусії. Зазначене поняття нині не є усталеним, його вичерпні правові характеристики потребують уточнення та деталізації, конструктивного осмислення й аналізу. У зв'язку з цим досить частими є випадки ототожнення зазначеного поняття з іншими подібними нормативно-правовими та науково-теоретичними поняттями, нечіткість розуміння та трактування досліджуваної категорії. Тому дуже велике теоретичне і практичне значення має розмежування поняття «самозайнята особа» з іншими суміжними правовими категоріями.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання проблем правового регулювання правового статусу та діяльності самозайнятих осіб досліджували Д. А. Бекерська, Л. К. Воронова, О. С. Вишневецький, Д. А. Кобильнік, В. М. Небильцова, Н. В. Остапенко та інші вчені. Поряд із цим у сучасній юридичній науці не проведено чіткого розмежування поняття «самозайнята особа» з іншими суміжними правовими категоріями.

Метою даної **статті** є проведення розмежування поняття «самозайнята особа» з іншими суміжними правовими категоріями.

Виклад основного матеріалу. Насамперед доцільно з'ясувати особливості співвідношення поняття «самозайнята особа» з поняттям «фізична особа». Відповідно до Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV, людина як учас-

© Т. Жовнір, 2020

ник цивільних відносин вважається фізичною особою. Здатність мати цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність) мають усі фізичні особи. Цивільна правоздатність фізичної особи виникає у момент її народження. Цивільна правоздатність фізичної особи припиняється у момент її смерті. Повну цивільну дієздатність має фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років (повноліття). Фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям. Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається із прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не випливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить [1]. За Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 №755-IV, в Єдиному державному реєстрі містяться такі відомості про фізичну особу-підприємця: 1) прізвище, ім'я, по батькові; 2) дата народження; 3) реєстраційний номер облікової картки платника податків або серія та номер паспорта (для фізичних осіб, які через свої релігійні переконання відмовилися від прийняття реєстраційного номера облікової картки платника податків, повідомили про це відповідний контролюючий орган і мають відмітку в паспорті про право здійснювати платежі за серією та номером паспорта); 4) країна громадянства; 5) місцезнаходження (місце проживання або інша адреса, за якою здійснюється зв'язок з фізичною особою-підприємцем); 6) види діяльності; 7) дата та номер запису в Єдиному державному реєстрі; 8) інформація для здійснення зв'язку з фізичною особою-підприємцем: телефон та адреса електронної пошти; 9) підстави для зупинення розгляду документів; 10) інформація про направлення повідомлення правоохоронним органам у разі виникнення сумнівів щодо справжності поданих документів; 11) підстави для відмови у державній реєстрації; 12) дата прийняття, дата набрання законної сили та номер судового рішення, на підставі якого проведено реєстраційну дію; відомості про ліцензування виду господарської діяльності суб'єкта господарювання та інші відомості [2]. А згідно із Законом України «Про нотаріат» від 02.09.1993 № 3425-XII, реєстрація приватної нотаріальної діяльності провадиться Головним управлінням юстиції Міністерства юстиції України в Автономній Республіці Крим, головними управліннями юстиції в областях, містах Києві та Севастополі на підставі заяви особи, яка має свідоцтво про право на зайняття нотаріальною діяльністю, та акта про сертифікацію про відповідність робочого місця (контори) приватного нотаріуса встановленим цим Законом умовам. У заяві зазначається назва нотаріального округу, в якому особа буде займатися нотаріальною діяльністю. Робоче місце (контора) приватного нотаріуса повинно розташовуватися в межах визначеного для нього нотаріального округу. Вимоги до робочого місця (контори) приватного нотаріуса встановлюються Міністерством юстиції України. Приватний нотаріус має печатку із зображенням Державного Герба України, яка містить слова «приватний нотаріус», його прізвище, ім'я та по батькові, назву нотаріального округу [3].

Враховуючи і наведені норми, і загальні положення наукової доктрини, доцільно відзначити, що поняття «фізична особа» та «самозайнята особа» мають як спільні, так і відмінні риси. Спільними правовими ознаками понять, що аналізуються, є: 1) і фізична, і самозайнята особа за своєю правовою сутністю – це людина як учасник правовідносин; 2) у правовідносинах і фізична, і самозайнята особа виступають від власного імені, яке складається з прізвища, імені та по-батькові, які надаються згідно із законом; 3) правосуб'єктність самозайнятої особи є складовою частиною правосуб'єктності фізичної особи; 4) категорія «самозайнята особа» є спеціальним правовим статусом фізичної особи.

Поряд із цим наведені поняття є різними, а тому мають окремі відмінні правові характеристики: 1) різними є момент і підстави набуття правосуб'єктності фізичною та самозайнятою особами: правосуб'єктність фізичної особи складається з частин: правоздатності, дієздатності та деліктоздатності. Правоздатність наступає з моменту народження, а настання відповідних обсягів дієздатності і деліктоздатності пов'язане із досягненням визначеного законодавством віку, одруженням або наданням дієздатності. Своєю чергою, набуття правосуб'єктності самозайнятою особою пов'язане з однією з таких необхідних умов або певної їх комбінації: державна реєстрація, отримання відповідного свідоцтва про право на зайняття незалежною професійною діяльністю, реєстрація в уповноваженому органі, отримання ліцензії; 2) різні правові характеристики місцезнаходження наведених осіб: місцем проживання фізичної особи є житло, у якому вона проживає постійно або тимчасово, щодо самозайнятої особи, то важливою правової характеристикою її правового статусу є її місцезнаходження, яке не завжди є тотожним місцю проживання. В окремих випадках до такого місцезнаходження законодавством

встановлені окремі вимоги щодо характеристик робочого місця, його знаходження в межах певного округу, адміністративно-територіальної одиниці, обладнання, надання реквізитів для державної реєстрації. Місцезнаходження розглядається як засіб зв'язку з самозайнятою особою; 3) поняття «фізична особа» є універсальним та позначає людину як учасника будь-якого виду галузевих правовідносин, тоді як поняття «самозайнята особа» визначає особливий правовий статус, якого набула фізична особа і який відображає її як учасника насамперед правовідносин, пов'язаних із господарською та незалежною професійною діяльністю; 4) самозайнята особа за одним своїм видом господарської або незалежної професійної діяльності може виступати одночасно у статусі роботодавця і працівника, страхувальника і застрахованої особи, тоді як фізична особа за одним із видів своєї трудової діяльності може бути або роботодавцем та страхувальником, або працівником та застрахованою особою; 5) презюмується, що самозайнята особа за своїм правовим статусом належить до зайнятого населення, тоді як фізична особа може бути як зайнятою, так і безробітною.

Надалі розмежуємо такі подібні поняття, як фізична особа-підприємець та самозайнята особа: 1) поняття «самозайнята особа» та «фізична особа-підприємець» співвідносяться між собою як ціле та частина, більш загальне та конкретне відповідно; 2) фізична особа-підприємець провадить діяльність, пов'язану з отриманням доходу, яку здійснює на власний ризик та систематично, своєю чергою поняття «самозайнята особа» позначає, крім фізичних осіб-підприємців, осіб, які провадять незалежну професійну діяльність, діяльність, яка може бути спрямована на досягнення інших, не пов'язаних з отриманням прибутку (соціальних, професійних, культурних, мистецьких, наукових та інших) цілей; 3) поняття «фізична особа-підприємець» відображає фізичну особу як суб'єкта підприємництва та господарювання, тоді як поняття «самозайнята особа» є більш широким та застосовується в тому числі для цілей законодавства про зайнятість населення, податкового законодавства, а також законодавства про соціальне забезпечення. Слушною у цьому аспекті є думка Д. І. Сірохи про те, що звуження кола роботодавців шляхом використання на законодавчому або науковому рівні для характеристики категорії «роботодавець» лише термінів «наймач» чи «підприємець» є недоцільним, бо ці поняття неточно відображають зміст статусу суб'єкта трудових правовідносин, крім того, фізична особа-підприємець необов'язково використовує найману працю, оскільки може здійснювати трудову діяльність самостійно [4, с. 438].

Доцільно зауважити, що певною мірою мають подібні правові характеристики такі поняття, як самозайнята особа та юридична особа, які слід дослідити. Отже, спільними правовими рисами понять «самозайнята особа» та «юридична особа» є таке: 1) і самозайнята, і юридична особа є суб'єктами правовідносин; 2) і самозайнята, і юридична особа можуть провадити незалежну та самостійну, здійснювану на власний ризик та з метою отримання прибутку підприємницьку діяльність, а також виконувати місіонерську місію, досягати певних соціальних, культурних та інших цілей; 3) набуття правосуб'єктності як юридичною, так і самозайнятою особою пов'язане з державною реєстрацією, а також у певних випадках з отриманням відповідної ліцензії; 4) як самозайнята, так і юридична особи можуть виступати роботодавцем, бути страхувальником.

Водночас це якісно відмінні поняття, які не слід плутати та необхідно чітко розмежовувати. Юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Установою є організація, створена однією або кількома особами (засновниками), які не беруть участі в управлінні нею, шляхом об'єднання (виділення) їхнього майна для досягнення мети, визначеної засновниками, за рахунок цього майна. Для створення юридичної особи її учасники (засновники) розробляють установчі документи, які викладаються письмово і підписуються всіма учасниками (засновниками), якщо законом не встановлений інший порядок їх затвердження. Юридична особа повинна мати своє найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму та назву. Найменування установи має містити інформацію про характер її діяльності. Юридична особа може мати, крім повного найменування, скорочене. Юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого

проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснюється управління й облік [1].

Таким чином, відмінними правовими рисами зазначених категорій є: 1) юридична особа є новоствореною правовою субстанцією, організацією, яка існує та функціонує окремо, володіє певним майном та обсягом правосуб'єктності, тоді як функціонування самозайнятої особи не пов'язане зі створенням нової особи – це фізична особа, яка вже існує, наділена правосуб'єктністю та вже діє як учасник правовідносин; 2) у правовідносинах самозайнята особа діє самостійно, а юридична особа вступає у правовідносини через свої органи; 3) для створення юридичної особи необхідним є створення та підписання установчих документів, тоді як для набуття правового статусу самозайнятої особи установчі документи не потрібні; 4) самозайнята особа діє у правовідносинах від власного імені, яке складається з прізвища, імені та по-батькові, юридична особа має найменування, яке повинно містити інформацію про організаційно-правову форму, про характер її діяльності; 5) місцезнаходженням самозайнятої особи може бути як її місце проживання, так і інша адреса, за якою з нею здійснюється зв'язок, а у юридичної особи місцезнаходженням є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи; 6) на відміну від юридичної особи, правовий статус самозайнятої особи дозволяє зберігати ті права та обов'язки, які за своєю природою можуть належати лише людині, наприклад право на пенсію за віком; 7) на відміну від юридичної особи, самозайнята особа може також бути застрахованою особою, а також вступати в інші трудові правовідносини, що не пов'язані з провадженням нею підприємницької чи незалежної професійної діяльності, як працівник, крім випадків, коли такі правовідносини не обмежуються чинним законодавством.

Цікавим та актуальним є розгляд співвідношення понять самозайнятої особи та особи, яка уповноважена на виконання функцій держави, оскільки категорія «самозайняті особи» включає в себе також і осіб, які надають публічні послуги, тобто тих, яким держава у силу особливостей їхньої діяльності делегує частину своїх державновладних повноважень. Слід відзначити, що наведені поняття мають відповідний перетин у своїх обсягах. Відповідно до статті 3 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII, до осіб, уповноважених на виконання функцій держави, крім інших, віднесено також осіб, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи, визначені законом) [4]. Таким чином, співвідношення понять «самозайнята особа» та «особа, уповноважена на виконання функцій держави» слід відобразити так: 1) наведені поняття перетинаються у своїх обсягах: серед самозайнятих осіб є особи, що уповноважені на виконання функцій держави, а серед осіб, які уповноважені на виконання функцій держави, законодавством також виділено окремі категорії самозайнятих осіб – осіб, які провадять незалежну професійну діяльність; 2) особливими правовими рисами осіб, які знаходяться на перетині зазначених вище понять, є те, що функції держави вони виконують не у зв'язку з перебуванням на посаді державної служби, роботою в органах державної влади чи місцевого самоврядування, а у зв'язку з делегуванням окремих видів державно-владних повноважень відповідно до законодавства визначеним особам, які здійснюють незалежну професійну діяльність; 3) до тих самозайнятих осіб, які уповноважені на виконання функцій держави, законодавством встановлюються спеціальні підвищені вимоги до освіти, компетенції, ділових та моральних якостей, особливостей провадження ними своєї діяльності тощо, дотримання яких забезпечується обов'язковою наявністю свідоцтва про право на зайняття відповідним видом діяльності, здійсненням державного контролю за такою діяльністю; 4) особи, які провадять незалежну професійну діяльність, що пов'язана з виконанням функцій держави, все ж одночасно є самозайнятими особами, які діють самостійно й організаційно незалежно, є платниками податків та внесків на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, роботодавцями (у разі необхідності), страхувальниками та застрахованими особами, виступають у правовідносинах від власного імені.

Висновки

Враховуючи викладений матеріал, слід зазначити, що зазначені нами відмінності та відповідне розмежування слугують важливим теоретичним підґрунтям для проведення подальших розробок та вдосконалення чинного законодавства. Адже натепер нечіткість нормативно-правових меж між різ-

ними, подібними до поняття «самозайнята особа» правовими категоріями зумовлена насамперед не їхньою первинною суспільною, економічною і соціальною природою, а недосконалістю чинного законодавства. Вважаємо, що надалі чинне нормативно-правове регулювання зазначеного питання повинне розвиватися у напрямі уточнення основних правових ознак поняття «самозайнята особа», кристалізації й уніфікації підходів до її відмежування від інших подібних правових категорій, а також розробки цілісного правового інституту, який регулюватиме усі аспекти функціонування такого важливого суб'єкта правовідносин, насамперед її діяльність, як суб'єкт права соціального забезпечення.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Кодекс, Закон України від 16.01.2003. № 435-IV. *Голос України*. 2003. № 45.

2. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15.05.2003 № 755-IV. *Голос України*. 2003. № 115.

3. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. *Голос України*. 1993. № 198.

4. Сіроха Д. І. Фізична особа-підприємець як учасник трудових правовідносин, його поняття та характерні риси. *Актуальні проблеми права: теорія і практика* : збір. наук. праць. 2010. № 16. С. 435–441.

5. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014. № 1700-VII. *Голос України*. 2014. № 206.

The article focuses on improving approaches to defining the category "self-employed person" as a subject of law by identifying its most significant legal features. In the context of the above, the scientific and theoretical issues concerning the separation of the concept of "self-employed person" with other related legal categories have been updated. It is noted on the insufficient theoretical elaboration of the given concept, which causes that quite often there is an identification of the said concept with other similar normative-legal and scientific-theoretical concepts. In connection with the above author proposed his own approach to distinguishing and correlating the concept of "self-employed person" with the concepts of "natural person", "natural person-entrepreneur", "legal entity", "person authorized to perform the functions of the state". It is emphasized that, to a certain extent, similar legal characteristics of self-employed person and legal entity to be explored have similar legal characteristics. Therefore, the common legal features of the concepts of self-employed person and legal entity are the following: both self-employed and legal entity are legal entities; both self-employed and legal entities can pursue independent and self-employed activities, at their own risk and for profit, and to fulfill a missionary mission, to achieve certain social, cultural and other goals; the acquisition of legal personality, both legal and self-employed, is connected with the state registration, as well as in certain cases with obtaining the relevant license; both self-employed and legal entities can act as an employer, be an insurer. It is concluded that for today the fuzzy boundaries of the legal and legal boundaries between different legal categories of self-employed persons are due, first of all, not to their primary social, economic and social nature, but to the imperfection of the current legislation. Further effective regulation of this issue should develop in the direction of clarification of the basic legal features of the concept of "self-employed person", crystallization and unification of approaches to distinguish it from other similar legal categories, as well as the development of a coherent legal institution that will regulate all aspects of such important functioning. relationship, and, above all, its activity as a subject of social security law

Key words: self-employed person, natural person, entrepreneur-natural person, legal entity, person authorized to perform the functions of the state, insurer.

УДК 349.2:331.108.62-057.34
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.25

Олена Луценко,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри трудового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗВІЛЬНЕННЯ ДЕРЖАВНОГО СЛУЖБОВЦЯ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ОЦІНЮВАННЯ СЛУЖБОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена аналізу такого правового наслідку оцінювання службової діяльності державних службовців, як звільнення. Автор наголошує на тому, що вчені-трудовики не приділяють цьому питанню належної уваги, хоча на практиці виникає чимало проблем, пов'язаних зі звільненням держслужбовців у разі отримання негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності. У статті зазначається, що оцінювання службової діяльності може як сприяти державному службовцю у просуванні по службі, так і навпаки, стати підставою для припинення державної служби. Разом із тим автор доходить висновку, що звільнення може вважатися доцільним лише у разі отримання двох поспіль негативних оцінок за результатами оцінювання службової діяльності державного службовця. Проте у чинному законодавстві після внесення відповідних змін встановлено, що вже після одного поточного оцінювання службової діяльності у разі отримання негативної оцінки державний службовець може бути звільнений за ініціативою суб'єкта призначення. Автор відстоює позицію, що такі зміни суттєво погіршують становище державних службовців. Це пов'язано з тим, що на практиці досить часто жодних обговорень з держслужбовцем завдань і ключових показників не проводиться; оціночні співбесіди з держслужбовцями, по суті, зводяться до суто формальної бесіди із безпосереднім керівником.

Автор робить висновок, що припинення державної служби у разі отримання державним службовцем негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності фактично є порушенням прав державного службовця на проведення повторного оцінювання та на скасування результатів оцінювання службової діяльності, особливо тепер, коли вже за результатами одного поточного оцінювання може бути припинено державну службу. Нині державний службовець, по суті, позбавлений можливості оскаржити висновок, який містить негативну оцінку його службової діяльності, позаяк право на таке оскарження існує лише де-юре, адже де-факто таке оскарження на практиці, як правило, ні до чого позитивного для держслужбовця не призводить. Суди здебільшого відмовляють держслужбовцям у скасуванні негативних висновків.

Ключові слова: державна служба, оцінювання службової діяльності, суб'єкт призначення, припинення державної служби, звільнення державного службовця.

Постановка проблеми. Оцінювання службової діяльності державних службовців передбачає досягнення відповідної цілі: по-перше, здійснення контролю за якістю виконання посадових обов'язків та поставлених завдань; по-друге, визначення рівня результативності та ефективності служби; по-третє, прийняття рішення щодо преміювання, планування кар'єри державних службовців, виявлення потреби у їх професійному навчанні або підвищенні рівня професійної компетентності [1, с. 115]. Як наслідок, оцінювання службової діяльності може як сприяти державному службовцю у просуванні по службі, так і навпаки, стати підставою для припинення державної служби.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з теми. Оцінювання службової діяльності державних службовців дедалі частіше стає предметом наукових досліджень, зокрема вчені-адміністративісти мають комплексні наукові праці, як-от: С.Е. Зелінський [2], Ю.С. Даниленко [1], Т.О. Коломоєць [3] та ін. Разом із тим у їхніх дослідженнях зосереджено увагу на принципах, методах, критеріях, окремих стадіях оцінювання службової діяльності держслужбовців, але жодне із наявних досліджень не містить наукового аналізу та роздумів щодо можливих наслідків такого оцінювання, особливо це стосується негативних наслідків для держслужбовців, а саме припинення державної служби за результатами оцінювання службової діяльності. На жаль, учені-трудовики також не приділяють цьому питанню належної уваги, хоча на практиці виникає

© О. Луценко, 2020

чимало проблем, пов'язаних зі звільненням держслужбовців у разі отримання негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності.

Метою статті є з'ясування доцільності застосування такого негативного наслідку оцінювання службової діяльності державних службовців, як звільнення, та правових проблем, які пов'язані із застосуванням такого крайнього заходу впливу на держслужбовця, як результату отримання негативної оцінки.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 44 Закону України «Про державну службу» [4] результати службової діяльності державних службовців щороку підлягають оцінюванню для визначення якості виконання поставлених завдань, а також з метою прийняття рішення щодо преміювання, планування їх кар'єри.

Оцінювання результатів службової діяльності проводиться на підставі показників результативності, ефективності та якості, визначених з урахуванням посадових обов'язків державного службовця, а також дотримання ним правил етичної поведінки та вимог законодавства у сфері запобігання корупції, виконання індивідуальної програми професійного розвитку, а також показників, визначених у контракті про проходження державної служби (у разі укладення).

Оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, які обіймають посади державної служби категорій «Б» і «В», здійснюється безпосереднім керівником державного службовця та керівником самостійного структурного підрозділу. Оцінювання результатів службової діяльності державних службовців, які обіймають посади державної служби категорії «А», здійснюється суб'єктом призначення.

За результатами оцінювання службової діяльності державного службовця йому виставляється негативна, позитивна або відмінна оцінка з її обґрунтуванням.

У разі отримання державним службовцем негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності такий державний службовець звільняється зі служби відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 87 Закону України «Про державну службу» [4] та з ним розривається контракт про проходження державної служби (у разі укладення). Висновок, що містить негативну оцінку за результатами оцінювання службової діяльності, може бути оскаржений державним службовцем у порядку, визначеному ст. 11 Закону України «Про державну службу» [4]. Державний службовець має право висловити зауваження щодо оцінювання результатів його службової діяльності, які долучаються до його особової справи.

Порядок проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців затверджується Кабінетом Міністрів України (далі – Порядок) [5].

Відповідно до п. 9 Порядку [5] оцінювання проводиться поетапно:

– визначення завдань і ключових показників;

– визначення результатів виконання завдань;

– затвердження висновку (крім випадків, коли жодне із визначених завдань не підлягає оцінюванню).

Завдання і ключові показники мають відображати кінцевий результат, на досягнення якого спрямовано службову діяльність державних службовців, вимірюватися в кількісному та/або якісному вираженні. Визначення завдань і ключових показників для заступників керівників здійснюється після визначення завдань і ключових показників для їх керівників. Визначені державному службовцю завдання і ключові показники зберігаються в його особовій справі, а їх копії – у державного службовця та його безпосереднього керівника.

Державному службовцю визначається від двох до п'яти завдань. Строк виконання завдання має бути реальним для досягнення необхідного результату та визначатися з урахуванням дати прийняття наказу (розпорядження) про визначення результатів виконання завдань.

Завдання і ключові показники державного службовця, який обіймає посаду державної служби категорії «А», визначаються з урахуванням встановлених завдань для відповідного державного органу стратегічними документами державного рівня, положенням про державний орган та інших завдань, виконання яких покладено на такого державного службовця (п. 18 Порядку [5]). Завдання і ключові показники державних службовців, які обіймають посади державної служби категорій «Б» і «В», визначаються з урахуванням стратегічних документів державного та/або регіонального рівня, річного плану роботи державного органу, завдань, функцій та обов'язків, визначених у положенні про державний орган, положенні про відповідний структурний підрозділ, посадовій інструкції (п. 33 Порядку [5]).

Процедура оцінювання діяльності державних службовців є встановленим законодавством порядком дій повноважних суб'єктів з визначення результативності, ефективності та якості виконання державними службов-

цями покладених на них обов'язків і завдань за підсумками звітного періоду, а також для прийняття рішення щодо преміювання, планування їхньої кар'єри, виявлення потреби у професійному навчанні [6, с. 54].

Оцінювання діяльності державних службовців характеризується наявністю певних особливостей, що зводяться до ключових ознак. Першою важливою ознакою є те, що названа процедура встановлюється та регламентується нормами чинного законодавства про державну службу. Друга ознака полягає у тому, що учасниками такої процедури є спеціальні суб'єкти – державні службовці. Третя знаходить свій прояв у тому, що процедура оцінювання діяльності державних службовців є невід'ємною складовою частиною проходження особами державної служби. Четверта ознака відбивається у тому, що результатом процедури оцінювання діяльності державних службовців завжди буде індивідуально-конкретне рішення, що містить результати оцінювання та має значення як для органу державної влади загалом, так і для конкретного державного службовця зокрема. Іншою важливою ознакою є те, що цій процедурі оцінювання властива специфічна мета: забезпечення ефективної розстановки компетентних фахівців на посадах державної служби; завдання: сприяння досягненню очікуваних результатів діяльності державного органу та підтримка результативної, ефективної та якісної діяльності державних службовців шляхом її заохочення (преміювання) [7, с. 49].

Структуру процедури оцінювання державних службовців становлять такі стадії та етапи:

1) стадія підготовки до проведення оцінювання діяльності державних службовців;

2) аналітична стадія: а) здійснення самооцінювання; б) проведення співбесіди; в) обґрунтування та оцінювання суб'єктом призначення;

3) стадія визначення результатів оцінювання: а) розрахунок отриманих результатів; б) ознайомлення державного службовця з результатами оцінювання та затвердження результатів оцінювання;

4) стадія оскарження результатів оцінювання [1, с. 156].

Як справедливо зазначається у науковій юридичній літературі, складність у разі узагальнення показників результативності пов'язана з певними обставинами. Зокрема, орієнтація на кінцеві результати, які досягаються органом державної влади загалом, призводить до неможливості визначення кінцевого внеску в досягнутий результат окремо взятого державного службовця, а для об'єктивного оцінювання його діяльності необхідно сформувати якомога чіткіші показники. Безперечно, що державні службовці мають чітко усвідомлювати, які саме якості та показники є предметом оцінювання їхньої діяльності [1, с. 117].

Оцінювання результативності діяльності державного службовця передбачає планомірну діяльність безпосередніх керівників, керівників вищого рівня, фахівців служби управління персоналом державної служби, спрямовану на контроль за якістю функціонування державного органу загалом та його службовців зокрема, для отримання очікуваних результатів. Під результативністю певних дій державного службовця слід розуміти їх логічну завершеність, яка сприяє досягненню очікуваних результатів [8, с. 7–8].

Підтримуємо науковців, які переконані, що звільнення як захід за результатами оцінювання (отримання державним службовцем негативної оцінки) є цілком виправданим, оскільки службова кар'єра державного службовця безпосередньо пов'язана як із професійним рівнем і компетенцією, так і з результатами службової діяльності. Останні, своєю чергою, мають постійно доводитися державним службовцем відповідним суб'єктам оцінювання, що свідчить про встановлення відповідного контролю за проходженням державної служби [1, с. 165]. Проте, на нашу думку, звільнення може вважатися доцільним лише у разі отримання двох поспіль негативних оцінок за результатами оцінювання службової діяльності державного службовця. Так, до 19.09.2019 р. встановлювалося, що державний службовець, який отримає дві негативні оцінки поспіль, припиняє державну службу за ініціативою суб'єкта призначення (п. 3 ч. 1 ст. 87 Закону № 889). Після внесення змін [9] п. 3 ч. 1 ст. 87 Закону України «Про державну службу» [4] передбачає, що отримання державним службовцем негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності є підставою для припинення державної служби за ініціативою суб'єкта призначення. Тобто вже після одного поточного оцінювання службової діяльності у разі отримання негативної оцінки державний службовець може бути звільнений за ініціативою суб'єкта призначення.

На наше переконання, внесені зміни до Закону [4] суттєво погіршують становище державних службовців. Це пов'язано з тим, що на практиці досить часто жодних обговорень з держслужбовцем завдань і ключових показників не проводиться; не повідомляється про те, з урахування яких саме стратегічних документів державного та/або регіонального рівня, річного плану

роботи державного органу, завдань, функцій та обов'язків, визначених у положенні про державний орган, положенні про відповідний структурний підрозділ, посадовій інструкції, будуть визначені завдання і ключові показники. Більше того, оціночні співбесіди з держслужбовцями, по суті, зводяться до суто формальної бесіди із безпосереднім керівником, яка дуже часто відбувається вже після складення висновку. Так, у п. 39 Порядку [5] встановлено, що оціночна співбесіда проводиться на основі усних пояснень державного службовця, який обіймає посаду державної служби категорії «Б» або «В», про виконання завдань і ключових показників та його письмового звіту, що подається у довільній формі (у разі його подання державним службовцем). Під час оціночної співбесіди також визначаються потреби у професійному навчанні та розглядаються пропозиції щодо завдань і ключових показників на наступний період.

У такій ситуації незрозумілою є наявність у Порядку [5] розділу «Повторне оцінювання», де у п. 43 визначено, що у разі отримання державним службовцем негативної оцінки проводиться повторне оцінювання відповідно до цього Типового порядку. Затвердження висновку щодо повторного оцінювання здійснюється не раніше ніж через три місяці та не пізніше ніж через п'ять місяців після затвердження висновку, що містить негативну оцінку. Ще більше ускладнює становище держслужбовців той факт, що відповідно до п. 49 Порядку [5] висновок щодо результатів оцінювання службової діяльності державного службовця скасовується суб'єктом призначення або судом *у частині оцінювання результатів службової діяльності конкретного державного службовця*. Зазначений *висновок не підлягає скасуванню, якщо допущені процедурні порушення, які не впливають на результати оцінювання (*курсив наш – *О.Л.)*.

У зв'язку з цим можемо констатувати, що припинення державної служби у разі отримання державним службовцем негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності фактично є порушенням прав державного службовця на проведення повторного оцінювання та на скасування результатів оцінювання службової діяльності, особливо тепер, коли вже за результатами *поточного* оцінювання може бути припинено державну службу. Нині державний службовець, по суті, позбавлений можливості оскаржити висновок, який містить негативну оцінку його службової діяльності, позаяк право на таке оскарження існує лише де-юре, адже де-факто таке оскарження на практиці, як правило, ні до чого позитивного для держслужбовця не призводить. Суди здебільшого відмовляють держслужбовцям у скасуванні негативних висновків, якраз посилаючись на п. 43 Порядку, мотивуючи тим, що «доводи держслужбовця зводяться здебільшого до допущення процедурних порушень» (приміром, рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду [10]).

Важко зрозуміти сутність п. 49 Порядку [5], зокрема: висновок щодо результатів оцінювання службової діяльності державного службовця не підлягає скасуванню, *якщо допущені процедурні порушення, які не впливають на результати оцінювання (*курсив наш – *О.Л.)*. Як можуть процедурні порушення не впливати на результати оцінювання? Таким формулюванням фактично нівелюється весь порядок проведення оцінювання службової діяльності державних службовців! Виникає справедливе запитання: навіщо тоді було взагалі визначати етапи, суб'єктів, критерії, строки тощо? Адже, як випливає зі змісту п. 49 Порядку [5], не важливо дотримані вони чи ні, висновок на цій підставі все рівно не скасують. Тоді не зрозумілим є й те: а які ж можуть бути підстави для скасування висновку? Відповіді на ці запитання ані Закон [4], ані Порядок [5] не дають.

Ми підтримуємо суди, які намагаються все ж захистити держслужбовців, виходячи із принципів проведення оцінювання, які зокрема визначені у п. 3 Порядку [5], а саме: об'єктивності, достовірності, доступності та прозорості, взаємодії та поваги до гідності державного службовця. Так, у рішенні Львівського окружного адміністративного суду [11] судді все ж дійшли, на наше переконання, справедливого висновку, що процедурні порушення мають суттєвий вплив на хід та результати оцінювання, і до таких віднесли зокрема: 1) оцінювання результатів службової діяльності здійснювалось неналежним суб'єктом; 2) порушено поетапність проведення оцінювання; 3) порушено процедуру ознайомлення держслужбовця з результатами оцінювання його службової діяльності.

Висновок

Нині після внесення змін до Закону України «Про державну службу» [4] припинення державної служби у разі отримання державним службовцем негативної оцінки за результатами оцінювання службової діяльності фактично є порушенням прав державного службовця на проведення повторного оцінювання та на скасування результатів оцінювання службової діяльності, адже вже за результатами поточного оцінювання може бути припинено державну службу. Нині дер-

жавний службовець, по суті, позбавлений можливості оскаржити висновок, який містить негативну оцінку його службової діяльності, позаяк право на таке оскарження існує лише де-юре, адже де-факто таке оскарження на практиці, як правило, ні до чого позитивного для держслужбовця не призводить. Тому варто або ж відмовитися від формулювання «висновок щодо результатів оцінювання службової діяльності державного службовця не підлягає скасуванню, якщо допущені процедурні порушення, які не впливають на результати оцінювання», або ж визначити вичерпний, чіткий перелік підстав для скасування висновку щодо результатів оцінювання службової діяльності державного службовця.

Список використаних джерел:

1. Даниленко Ю.С. Оцінювання у державній службі: теорія і правове регулювання : дис.. ... канд. юрид наук : 12.00.07. Одеса, 2017. 200 с.

2. Зелінський С.Е. Теоретико-методологічні засади комплексного оцінювання державних службовців та їх службової діяльності в Україні : дис. д-ра наук з держ. управл. : 25.00.03. Київ, 2019. 443 с.

3. Коломоєць Т. Щорічне оцінювання результатів службової діяльності державних службовців в Україні: чи досконалою є обрана нормативна модель. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 11. С. 96–104.

4. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 р. № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43.

5. Про затвердження Типового порядку проведення оцінювання результатів службової діяльності державних службовців : Постанова Кабінету Міністрів України від 23.08.2017 р. № 640. *Офіційний вісник України*. 2017. № 70. Ст. 2124.

6. Даниленко Ю.С. Процедурні аспекти оцінювання діяльності державних службовців в Україні. *Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку держави та права в умовах євроінтеграції :* матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 20 травн. 2016 р.): у 2 т. / відп. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса : Юридична література, 2016. С. 53–56.

7. Даниленко Ю.С. Теоретико-правовая характеристика оценивания результатов служебной деятельности государственных служащих: подходы. *Legea si viata*. 2017. № 1. С. 48–52.

8. Мартиненко В.М., Древаль Ю.Д., Конотопцева Ю.В. Сучасна технологія оцінювання персоналу та кадрового потенціалу організації і її соціально-психологічний аспект: наук. розробка / авт. кол. Київ : НАДУ, 2013. 52 с.

9. Про внесення змін до деяких законів України щодо перезавантаження влади : Закон України від 19.09.2019 р. № 117-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 43. Ст. 250.

10. Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 16 липня 2019 р., справа № 160/3562/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83314199 (дата звернення: 09.02.2020).

11. Рішення Львівського окружного адміністративного суду від 05 листопада 2019 р., справа № 1.380.2019.002035. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85675037 (дата звернення: 09.02.2020).

The article is devoted to analysis of the legal implications of performance appraisal of civil servants as liberation. The author emphasizes that scientists-workers do not pay this matter adequate attention although in practice there are many problems associated with the dismissal of civil servants in case of negative evaluation of performance. The article notes that the performance assessment could help to promote public official in promotion and become the basis for the termination of public service. However, the author comes to the conclusion that the dismissal can be considered appropriate only in the case of receiving two consecutive negative evaluations on the results of performance appraisal of civil servant. However, in the current legislation, after appropriate revisions, it is established that, after the current assessment of performance in the case of a negative evaluation, the civil servant may be dismissed by the subject destination. The author defends the position that such changes will significantly worsen the situation of public servants. This is due to the fact that, in practice, quite often there is no discussion with civil servants of the objectives and key performance indicators is not carried out; the evaluation interviews with civil servants, in fact, be reduced to a purely formal interview with the supervisor.

The author concludes that the termination of the state service in case of receiving a public servant's negative assessment of the performance appraisal is actually a violation of the rights of the civil servant on re-evaluation and cancellation of the results of performance appraisal, especially now, when the results of this evaluation may be terminated public service. Now a public servant, in fact, deprived of the opportunity to appeal the findings, containing a negative evaluation of his performance, such as the right to appeal exists only de jure, as de facto this appeal in practice, as a rule, to anything positive for the civil servant does not. The courts in most cases refuse civil servants in the abolition of negative conclusions.

Key words: public service, performance appraisal, subject of the appointment, termination of government service, dismissal of a public servant.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.26

Валентин Мельник,
старший викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ОКРЕМИХ КАТЕГОРІЙ ПРАЦІВНИКІВ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

У статті на основі аналізу норм чинного законодавства визначено та розглянуто особливості захисту трудових прав окремих категорій працівників у судовому порядку. Обґрунтовано, що головна відмінність розгляду трудових спорів окремих категорій працівників, які були розглянуті у статті, полягає у тому, що порядок вирішення таких спорів в основному регулюється нормами адміністративного судочинства, а не положеннями трудового законодавства. З'ясовано, що дисциплінарним проступком визнається протиправна винна дія чи бездіяльність поліцейського, що полягає в порушенні ним службової дисципліни, невиконанні чи неналежному виконанні обов'язків поліцейського або виходить за їх межі, порушенні обмежень та заборон, визначених законодавством для поліцейських, а також у вчиненні дій, що підривають авторитет поліції. Наголошено, що під дисциплінарним провадженням щодо прокурора слід розуміти процедуру розгляду Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів скарги (заяви), в якій містяться відомості про Проблеми реалізації прав у сфері праці та соціального забезпечення вчинення прокурором дисциплінарного проступку. Визначено, що однією із суттєвих проблем вирішення трудових спорів, одним із учасників яких є поліцейський, є невизначеність правового статусу окремих структурних підрозділів поліції. Крім того, наявною є проблема неоднозначного тлумачення норм чинного законодавства, яке визначає правовий статус самих працівників поліції. Зроблено висновок, що в положеннях чинного Кодексу законів про працю України чи у спеціальному законодавстві не визначено детальний порядок вирішення трудових спорів окремих категорій працівників. На рівні спеціальних норм визначено лише окремі особливості оскарження дисциплінарних стягнень, а також особливості розгляду індивідуальних трудових спорів у разі звільнення, яке знову ж таки застосовується в порядку дисциплінарного стягнення. Зазначено, що перегляду потребують не лише положення чинного КЗпП України, а й спеціального законодавства, яке визначає: по-перше, права та обов'язки цих працівників; по-друге, організаційні засади їх притягнення до юридичної відповідальності; по-третє, особливу увагу слід звернути на перелік прав, який може бути оскаржено цими працівниками у судовому порядку; по-четверте, необхідно розробити більш детальну процедуру розгляду цих справ.

Ключові слова: трудові права, судовий порядок, працівники поліції, прокурор, трудовий спір, дисциплінарне стягнення.

Постановка проблеми. Аналіз чинного законодавства та судової практики з вирішення трудових спорів свідчить про наявність у цій сфері цілої низки проблем, які не дають змогу стверджувати, що в нашій державі створено ефективний та дієвий механізм захисту, зокрема судового, трудових прав та інтересів суб'єктів. Удосконалення процедур досудового врегулювання трудових конфліктів, доцільність вирішення трудових спорів окремих категорій працівників у порядку адміністративного судочинства, недосконалість механізму розв'язання трудових спорів колективного характеру в судових інстанціях, потреба створення спеціалізованих судів із вирішення індивідуальних та колективних трудових спорів – ці та інші проблемні питання досі не отримали належного комплексного науково-теоретичного обґрунтування.

Стан дослідження. Окремі проблемні питання розгляду трудових спорів у судовому порядку у своїх наукових працях розглядали: М.Г. Александров, М.І. Іншин, В.М. Андріїв, Н.Б. Болотіна, Л.Ю. Бугров, С.Я. Вавженчук, М.В. Лушнікова, А.Р. Мацюк, К.Ю. Мельник, Н.О. Мельничук, Є.Ю. Подорожній, С.М. Прилипко, В.Г. Ротань, В.М. Скобєлкін, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та інші. Однак, незважаючи на чималу кількість наукових розробок, у науковій літературі відсутні комплексні дослідження, присвячені захисту трудових прав окремих категорій працівників у судовому порядку, зокрема прокуратури та поліції.

© В. Мельник, 2020

Саме тому **мета статті** – визначити особливості захисту трудових прав окремих категорій працівників у судовому порядку.

Виклад основного матеріалу. Розглядати основне питання, на нашу думку, найбільш доцільно із працівників прокуратури. Законодавством встановлені особливості розгляду трудових спорів суддів, прокурорсько-слідчих працівників, а також працівників навчальних, наукових та інших установ прокуратури, які мають класні чини. У цьому разі йдеться в основному про порядок оскарження цими працівниками накладених дисциплінарних стягнень або інші випадки, передбачені законом [1, с. 46]. Прокурора може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності у порядку дисциплінарного провадження з таких підстав: 1) невиконання чи неналежного виконання службових обов'язків; 2) необґрунтоване зволікання з розглядом звернення; 3) розголошення таємниці, що охороняється законом, яка стала відомою прокуророві під час виконання повноважень; 4) порушення встановленого законом порядку подання декларації про майно, доходи, витрати і зобов'язання фінансового характеру; 5) вчинення дій, що порочать звання прокурора і можуть викликати сумнів у його об'єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності органів прокуратури; 6) систематичне (два і більше разів протягом одного року) або одноразове грубе порушення правил прокурорської етики; 7) порушення правил внутрішнього службового розпорядку; тощо [2]. Крім того, під час виконання службових обов'язків прокурор має дотримуватися загальноприйнятих етичних норм поведінки, бути взірцем доброчесності, вихованості і культури. Порушення службової дисципліни, непристойна поведінка є неприпустимими для прокурора і тягнуть за собою передбачену законом відповідальність [3]. Варто відзначити, що чітке визначення та нормативне закріплення підстав є позитивною новелою нового Закону України «Про прокуратуру», адже це положення надає вичерпний перелік умов, за яких працівник прокуратури може бути притягнений до дисциплінарної відповідальності, що не підлягає розширенню. Наведені підстави призводять до унеможливлення зловживань у цій сфері. За порушення однієї з указаних норм до працівника прокуратури застосовуються заходи дисциплінарного впливу, які виражаються в дисциплінарних стягненнях, передбачених законодавством. Закон закріплює три основні форми стягнень: 1) догану; 2) заборону на строк до одного року на переведення до органу прокуратури вищого рівня чи на призначення на вищу посаду в органі прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду (крім Генерального прокурора України); 3) звільнення з посади в органах прокуратури [4, с. 80]. Як правило, саме два останні види стягнення зазвичай оскаржуються у судовому порядку.

Дисциплінарне провадження щодо прокурорів місцевих, регіональних прокуратур та Генеральної прокуратури України здійснює Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів. Під дисциплінарним провадженням щодо прокурора слід розуміти процедуру розгляду Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів скарги (заяви), в якій містяться відомості про Проблеми реалізації прав у сфері праці та соціального забезпечення вчинення прокурором дисциплінарного проступку [5, с. 123–124]. Варто зазначити, що Закон України «Про прокуратур» досить детально регламентує статус та повноваження новоствореного органу, а тому ми не будемо зупинятись на розгляді його правового статусу. А тому приділимо увагу лише процедурі розгляду справи.

Так, насамперед слід зазначити, що організовує роботу Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів та головує на її засіданнях Голова Комісії. Крім того, він визначає обов'язки заступника, веде засідання комісії, представляє її у зносинах з органами державної влади, іншими державними органами, органами місцевого самоврядування, особами, установами та організаціями, з органами інших держав та міжнародними організаціями. Для вирішення питання щодо відкриття дисциплінарного провадження у Кваліфікаційно-дисциплінарній комісії прокурорів діє автоматизована система розподілу дисциплінарних скарг [3]. Безпосередній розгляд питання починається з доповіді члена комісії, який розкриває його суть, зміст письмових матеріалів, повідомляє інші дані, необхідні для прийняття рішення. Після доповіді заслуховуються пояснення прокурора, осіб, які володіють інформацією з питання, що розглядається, а також осіб, що беруть участь у засіданні, а за необхідності й інших осіб. Після дослідження матеріалів та завершальних виступів осіб, щодо яких розглядається питання, вони, а також інші особи залишають зал засідання. Після проведення вказаних вище дій відбувається голосування. Рішення Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів вважається прийнятим, якщо за нього проголосувала більшість від її загального складу, передбаченого чинним законодавством [6]. У рішенні Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії про-

курорів зазначаються дата і місце його прийняття, члени комісії, які брали участь у засіданні, питання, що розглядалися, мотиви прийнятого рішення, а також порядок і строк оскарження рішення, в тому числі дозвіл особі, яка подала дисциплінарну скаргу, на оскарження рішення, якщо він наданий.

Своєю чергою прокурор може оскаржити рішення, прийняте за результатами дисциплінарного провадження, до адміністративного суду або до Вищої ради правосуддя протягом тридцяти днів з дня вручення йому чи отримання ним поштою копії рішення. Оскарження рішення до суду, а також розгляд адміністративного позову щодо оскарження рішення Комісії здійснюється в порядку, визначеному процесуальним законом [6]. Так, Стаття 266 Кодексу адміністративного судочинства України визначає особливості провадження у справах щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів. Правила цієї статті поширюються на розгляд адміністративних справ щодо: 1) законності дій чи бездіяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів; 2) законності актів Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів; 3) законності рішень Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів [7]. Зазначені адміністративні справи розглядаються у порядку спрощеного позовного провадження Верховним Судом у складі колегії Касаційного адміністративного суду не менше ніж з п'яти суддів.

Суд за наслідками розгляду адміністративних справ може: визнати акт Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів протиправним та нечинним повністю або в окремій його частині; визнати дії чи бездіяльність Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів протиправними та зобов'язати її вчинити певні дії [7]. У разі визнання судом незаконним рішення Комісії, яке було прийняте в дисциплінарному провадженні, із зобов'язанням вчинити певні дії із повторного розгляду дисциплінарної скарги чи дисциплінарної справи, Комісія має вирішити питання про порядок та строки повторного розгляду такого питання, а також визначає члена Комісії, який у разі необхідності здійснюватиме перевірку даних про наявність підстав для відкриття дисциплінарного провадження та притягнення прокурора до дисциплінарної відповідальності у межах строків, визначених Законом України «Про прокуратуру» [2].

Таким чином, незважаючи на особливий правовий статус працівників прокуратури та важливу роль, яку відіграє прокуратура у захисті прав людей (в тому числі і трудових), доводиться констатувати, що законодавство, яке визначає правові засади захисту прав самих працівників прокуратури, є недосконалим та потребує удосконалення. Адже чинними правовими нормами визначено досить обмежений перелік прав, які прокурор може відстояти у судовому порядку, що, безперечно, є неправильним. Однак не лише за участю працівників прокуратури трудові спори розглядаються в особливому порядку. У цьому контексті слід погодитись із точкою зору С.В. Лозового, який у своєму дисертаційному дослідженні слушно відзначає, що, незважаючи на те, що згідно зі ст. 222 КЗпП України особливості вирішення індивідуальних трудових спорів мають стосуватися лише суддів та прокурорсько-слідчих працівників, для деяких інших категорій працівників і для працівників поліції також передбачений особливий порядок розгляду трудових спорів [7]. Зазначене питання, на наше переконання, є досить актуальним, особливо враховуючи той факт, що цей державний орган було створено не так давно, а більшість проблемних питань щодо його діяльності ще й досі є малодослідженими, не є винятком і розгляд трудових спорів за участю поліцейських у судовому порядку.

Переходячи до розгляду трудових спорів, які виникають за участю поліцейських, необхідно зазначити, що практика показала, що ключовими підставами для цього є, як правило: по-перше, оскарження дисциплінарного стягнення поліцейського; по-друге, незаконне звільнення поліцейського із займаної посади. Поліцейські відповідно до Закону України «Про Національну поліцію» у разі вчинення протиправних діянь несуть кримінальну, адміністративну, цивільно-правову та дисциплінарну відповідальність. Однак суттєвим недоліком чинного Закону України «Про Національну поліцію» необхідно визнати те, що в ньому прямо не визначено підстав притягнення поліцейського до дисциплінарної відповідальності. Крім того, такі підстави не було визначено і у Законі України «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» від 15.03.2018. В останньому було лише закріплено, що дисциплінарним проступком визнається протиправна винна дія чи бездіяльність поліцейського, що полягає в порушенні ним службової дисципліни, невиконанні чи неналежному виконанні обов'язків поліцейського або виходить за їх межі, порушенні обмежень та заборон, визначених законодавством для поліцейських, а також у вчиненні дій, що підривають авторитет поліції. Неврегульованість зазначеного питання породжує багато проблемних моментів, адже це відкриває

величезні можливості для зловживань з боку керівництва поліції по роботі з «неугодними» службовцями. Поліцейські й надалі не розумітимуть, які їх порушення на службі будуть каратися і яким чином.

Якщо ж працівника поліції все ж таки було притягнуто до відповідальності, то він має право оскаржити застосоване до нього дисциплінарне стягнення протягом місяця з дня його виконання (реалізації) шляхом подання рапорту до прямого керівника особи, яка застосувала дисциплінарне стягнення, а також шляхом звернення до суду в установленому порядку. У разі підтвердження фактів, викладених у рапорті, керівник, який здійснює його розгляд, зобов'язаний негайно вжити заходів до поновлення прав поліцейського, усунення обставин, що призвели до таких порушень, та вирішити питання про притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні порушень. Крім того, у разі поновлення порушених прав поліцейського у судовому порядку вищий керівник зобов'язаний негайно вжити заходів до поновлення прав поліцейського, усунення обставин, що призвели до таких порушень, та притягти до відповідальності осіб, винних у вчиненні порушень.

Наприкінці варто також відзначити, що однією із суттєвих проблем вирішення трудових спорів, одним із учасників яких є поліцейський, є невизначеність правового статусу окремих структурних підрозділів поліції. Крім того, наявною є проблема неоднозначного тлумачення норм чинного законодавства, яке визначає правовий статус самих працівників поліції. На нашу думку, без усунення вказаних проблемних аспектів неможливе подальше удосконалення процедури розгляду трудових спорів за участю поліцейських.

Висновок

Таким чином, головна відмінність розгляду трудових спорів окремих категорій працівників, які були розглянуті нами вище, полягає у тому, що порядок вирішення таких спорів в основному регулюється нормами адміністративного судочинства, а не положеннями трудового законодавства. Завершуючи розгляд представленого наукового дослідження, справедливим буде відзначити той факт, що ані в положеннях чинного Кодексу законів про працю України, ані у спеціальному законодавстві не визначено детальний порядок вирішення трудових спорів цих категорій працівників. На рівні спеціальних норм визначено лише окремі особливості оскарження дисциплінарних стягнень, а також особливості розгляду індивідуальних трудових спорів у разі звільнення, яке знову ж таки застосовується в порядку дисциплінарного стягнення. Варто зазначити, що перегляду потребують не лише положення чинного КЗпП України, а й спеціального законодавства, яке визначає: по-перше, права та обов'язки цих працівників; по-друге, організаційні засади їх притягнення до юридичної відповідальності; по-третє, особливу увагу слід звернути на перелік прав, який може бути оскаржено цими працівниками у судому порядку; по-четверте, необхідно розробити більш детальну процедуру розгляду цих справ.

Список використаних джерел:

1. Трудові спори та порядок їх розгляду: навчальний посібник / авт.: П.А. Бущенко, А.М. Слюсар, Н.М. Швець ; за заг. ред. В.В. Жернакова. Харків : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. 110 с.

2. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1697-18/conv.

3. Кодекс професійної етики та поведінки прокурорів : затверджений всеукраїнською конференцією прокурорів 27 квітня 2017 року.

4. Лавренко Б.В. Щодо питання дисциплінарної відповідальності працівників прокуратури. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*, вип. 22. 2016 р. С. 79–82.

5. Іванова Г.С. Актуальні питання застосування дисциплінарної відповідальності до працівників прокуратури. *Право та інновації*. 2015. № 2. С. 122–126.

6. Положення про порядок роботи Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів : прийняте всеукраїнською конференцією прокурорів 27 квітня 2017 року. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GP17027.html

7. Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 № 2747-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/conv.

8. Лозовой С.В. Правове регулювання індивідуальних трудових спорів : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05 «Трудове право, право соціального забезпечення». Луганськ : Б. в.

In the article, on the basis of the analysis of the norms of the current legislation, the peculiarities of the protection of labor rights of certain categories of employees in court are identified and considered. It is substantiated that the main difference between the consideration of labor disputes of certain categories of employees, which we have considered above, is that the procedure for resolving such disputes is mainly governed by the rules of administrative justice and not by the provisions of labor law. It has been established that a disciplinary misconduct recognizes the unlawful guilty act or omission of a police officer, which consists in breach of official discipline, failure to perform or improperly perform the duties of a police officer, or goes beyond them, violations of restrictions and prohibitions established by law for police officers, and in committing actions that undermine police authority. It is emphasized that disciplinary proceedings against a prosecutor should be understood as a procedure for considering a complaint (statement) by the Qualification and Disciplinary Commission of Prosecutors, which contains information about the problems of exercising rights in the sphere of work and social security of committing a disciplinary offense by the prosecutor. It is determined that one of the significant problems of resolving labor disputes, one of which is attended by a police officer, is the uncertainty of the legal status of individual police units. In addition, there is a problem of ambiguous interpretation of the current legislation, that determines the legal status of police officers themselves. It is concluded that the provisions of the current Code of Labor Laws of Ukraine, or the special legislation does not specify the detailed procedure for resolving labor disputes of certain categories of employees. At the level of special norms, only certain features of appealing against disciplinary sanctions, as well as peculiarities of consideration of individual labor disputes at dismissal, which are again applied in the order of disciplinary sanction, are defined. It is noted that the revision is required not only by the provisions of the current Labor Code of Ukraine, but also by special legislation, which defines: first, the rights and duties of these employees; secondly, the organizational basis for bringing them to justice; thirdly, particular attention should be paid to the list of rights that may be challenged by these employees in the courts; and fourthly, a more detailed procedure for dealing with these cases should be developed.

Key words: labor rights, court procedure, police officers, prosecutor, labor dispute, disciplinary action.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.27

Оксана Пожарова,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Національного університету «Одеська юридична академія»

Юрій Пожаров,
адвокат,
член Ради адвокатів Одеської області

ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ ТРУДОВИХ ПРАВ ЖІНОК: МІЖНАРОДНІ АКТИ ТА ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

У статті здійснено порівняльно-правовий аналіз міжнародних актів (актів МОП) щодо трудових прав вагітних жінок, жінок, які мають дітей, і норм чинного трудового законодавства України на предмет відповідності останніх міжнародним стандартам.

Докладно розглянуто поняття «гарантії», «юридичні гарантії» та їх класифікації. Окрема увага приділяється дослідженню різних підходів учених до визначення сутності гарантій. Було встановлено, що юридичні гарантії в трудовому праві визначають як правові та організаційно-правові засоби та способи, за допомогою яких у суспільстві забезпечуються вступ у трудові правовідносини, безперешкодна реалізація, охорона і відновлення трудових прав, наданих працівникам законодавством. Гарантії попереджають порушення зобов'язаними суб'єктами трудових прав; встановлюють межі дії зобов'язаних осіб; забезпечують можливість своєчасного оскарження дій, які порушують вказані права; забезпечують компенсацію матеріальної шкоди, завданої їх порушенням за рахунок винних осіб.

У статті детально проаналізовано гарантії під час прийняття на роботу і звільнення вагітних жінок і жінок-матерів, які встановлені трудовим законодавством в Україні.

Вивчено законодавчий досвід окремих зарубіжних країн у сфері трудових прав жінок та їх юридичних гарантій, а саме Азербайджанської Республіки та Польщі. Розглянуто Конвенцію Міжнародної організації праці № 103 (переглянуту) про охорону материнства від 1952 року та Рекомендації МОП № 95 щодо охорони материнства 1952 року, Директиву Ради № 92/85/ЄЕС від 19 жовтня 1992 року про вжиття заходів з поліпшення безпеки та охорони здоров'я на виробництві вагітних працівниць, працівниць, які нещодавно народили або годують (десята окрема Директива у значенні статті 16 (1) Директиви 89/391/ЄЕС).

Вносяться пропозиції з метою вдосконалення та гармонізації із міжнародними стандартами національного трудового законодавства у сфері трудових прав жінок та їх юридичних гарантій.

Ключові слова: працюючі жінки, вагітні жінки, роботодавець, норми трудового права, гарантії, відпустки, трудовий договір, класифікація, захист прав, міжнародні акти, міжнародні стандарти, Міжнародна організація праці, Конвенція, Рекомендація, Директива, Польща.

Постановка проблеми. В умовах реформування національного трудового законодавства одними з актуальних у науці трудового права та правозастосовній практиці є теоретичні та практичні проблеми правового регулювання трудових прав жінок, вагітних жінок, жінок, які мають дітей, та їх юридичні гарантії.

Стаття 24 Конституції України проголошує рівність прав жінки і чоловіка і гарантує рівні можливості, у тому числі у сфері праці та винагороди за неї; передбачає спеціальні заходи з охорони праці та здоров'я жінок, створення умов, що дають жінкам можливість поєднувати роботу з материнством.

Жінки потребують особливої уваги, оскільки саме вони порівняно з чоловіками частіше бувають обмежені у використанні конституційних прав. Тому чинне трудове законодавство України закріплює додаткові гарантії працівникам, а саме вагітним жінкам і жінкам-матерям, які є не досить конкурентоспроможними на ринку праці.

Безперечно, гарантії є важливою категорією юридичної науки. Поняття «гарантії» є досягненням наукової думки багатьох поколінь, яке базується на основних принципах, вироблених людством: гуманізмі, справедливості, законності, рівноправності, доцільності та ін. Гарантії є системою умов, які забезпечують задоволення благ та інтересів людини. Гарантії являють собою систему соціально-економічних, політичних, моральних, юридичних, організаційних передумов,

© О. Пожарова, Ю. Пожаров, 2020

умов, засобів і способів, які створюють особистості рівні можливості для здійснення своїх прав, свобод і інтересів.

В умовах інтеграції нашої держави до Європейського Союзу дослідження стосовно проблем правового регулювання юридичних гарантій трудових прав жінок за законодавством України та встановлення, наскільки його норми відповідають міжнародним та європейськім стандартам, вимогам часу, є надзвичайно актуальним.

Аналіз досліджень і публікацій. Теоретичні та практичні аспекти правового регулювання праці жінок досліджують у своїх працях вітчизняні та зарубіжні науковці: В.М. Андріїв, Н.Б. Болотіна, І.А. Вєтухова, А.М. Лушніков, М.В. Лушнікова, В.Г. Ротань, О.М. Потопахіна, Г.І. Чанишева та інші. Проте питання стосовно трудових прав жінок та їх юридичних гарантій потребують нових підходів для оновлення національного законодавства з урахуванням позитивного законодавчого досвіду окремих зарубіжних країн.

Постановка завдання дослідження. Здійснення порівняльно-правового аналізу норм актів чинного трудового законодавства України у сфері юридичних гарантій трудових прав жінок з міжнародними актами є актуальним завданням науки трудового права України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Поняття «гарантії» є одним з ключових не лише в теорії права, але й у галузевих науках. Гарантії є системою умов, які забезпечують задоволення благ та інтересів людини. Їх основною функцією є виконання державою зобов'язань у сфері реалізації прав особистості. Об'єктом гарантій виступають суспільні відносини, пов'язані з охороною і захистом прав людини, задоволенням майнових благ і інтересів громадян.

Слово «гарантія» в українській мові означає: «забезпека», «убезпека», «запорука». Розкриття термінів, які вживаються для тлумачен¬ня слова «гарантія», дає можливість сказати, що гарантія – це те, що захищає, охороняє від чого-небудь й є основою, яка забезпечує що-небудь.

В юридичній літературі мають місце різні підходи до визначення сутності гарантій. Одні вчені розуміють під ними засоби, способи фактичного забезпечення реалізації прав і свобод громадян, інші – засоби, способи й умови забезпечення реального здійснення наданих громадянам демократичних прав і свобод, треті – умови, методи (способи) і засоби забезпечення фактичної можливості користуватися демократич¬ними правами й організаційно-правовими засобами їх захисту.

О.Ф. Скакун, розглядаючи систему гарантій прав, свобод і обов'язків людини і громадянина в демократичній державі, під гарантіями розуміє систему соціальних, економічних, моральних, політичних, юридичних умов, засобів і способів, що забезпечують їх фактичну реалізацію, охоро¬ну і належний захист [1, с. 269–270]. Гарантії, по-перше, попереджають порушення зобов'язаними суб'єктами трудових прав; по-друге, встановлюють межі дії зобов'язаних осіб; по-третє, забезпечують можливість своєчасного оскарження дій, які порушують вказані права; по-четверте, забезпечують компенсацію матеріальної шкоди, завданої їх порушенням за рахунок винних осіб.

О.В. Кузніченко відзначає, що найважливіша функція гарантій трудових прав працівників, як правових засобів, полягає в досягненні ними цілей правового регулювання. Вона виявляється в тому, що в результаті реалізації правових засобів забезпечується рух і захист трудових прав і законних інтересів працівників, гарантується їх законне і справедливе задоволення [2, с. 27].

У чинному Кодексі законів про працю України (далі – КЗпП України) відсутнє нормативне визначення поняття «гарантії». Аналізуючи розділ VIII КЗпП України «Гарантії і компен¬сації» [3], можна зробити висновок, що в цьому разі під гарантіями ма¬ються на увазі переважно грошові виплати, що зберігають працівнику повністю або частково заробітну плату за час, коли він з поважних при¬чин, передбачених законом, не міг виконувати трудові обов'язки.

Основне призначення гарантій полягає у забезпеченні безперешкодного фактичного здійснення права, яке відбувається, по-перше, шляхом створення умов для його реалізації, а по-друге, забезпеченням охорони та захисту. Тому юридичні гарантії відіграють службову роль щодо прав та обов'язків, які становлять ядро правового статусу особи. Вони забезпечують ефективне їх функціонування, впливають на їх обсяг.

В юридичній літературі багато уваги приділяється класифікації гарантій. Запропонований М.В. Вітруком поділ гарантій на загальні і спеціальні є не зовсім точним. Своєю чергою спеціальні (юридичні) гарантії за колом осіб також поділяють на загальні і спеціальні, така ситуація надалі призведе до змішування понять. Щоб уникнути цього, доцільно замість терміна «спеціальні гарантії» вживати єдиний термін «юридичні гарантії».

Юридичні гарантії проявляються через такі поняття, як «засоби», «способи» й «умови». Юридичні гарантії як засоби

й способи забезпечення та охорони трудових прав і свобод створюються суспільством, державою, колективом і використовуються ними для втілення зазначених прав і свобод у життя. Крім цього, є і такі умови, засоби забезпечення й охорони трудових прав громадян, формування і користування якими багато в чому залежить від них самих, від їхньої волі й бажання.

Поділяються юридичні гарантії на два види: загальноправові та спеціалізовані. До загальноправових слід віднести гарантії, що притаманні всім галузям – загальногалузеві чи кільком галузям права – міжгалузеві, до спеціалізованих – тільки окремій галузі права, галузеві.

Чинним трудовим законодавством передбачено гарантії здійснення працівниками своїх прав і відповідальність за виконання трудових обов'язків. Гарантії трудових прав встановлені під час прийому на роботу, зміни трудового договору, його припинення.

Якщо проаналізувати гарантії прав людини і громадянина, то їх можна класифікувати за підставою правового становища особистості на загальні, спеціальні, індивідуальні гарантії.

Юридичні гарантії трудових прав вагітних жінок і жінок, які мають дітей, слід віднести до спеціальних гарантій. Спеціальні гарантії являють собою соціально-економічні, політичні та юридичні фактори й умови, що сприяють охороні та захисту певних категорій громадян, інших суб'єктів правових відносин: депутатів, військовослужбовців та ін. До спеціальних (юридичних) гарантій належить система засобів правової охорони особистості та засобів їх правомірної реалізації. Це означає, що норми міжнародного і внутрішньодержавного права, закріплені в них юридичні засоби спрямовані на конкретизацію прав, свобод і обов'язків людини, визначення порядку їх охорони і захисту. До юридичних засобів реалізації прав належать закріплені правовими нормами межі їх здійснення, способи конкретизації, юридичні факти, пов'язані з таким забезпеченням, процесуальні форми здійснення прав; міри заохочення і пільги для стимулювання правомірної їх реалізації.

Відповідно до частини другої статті 3 КЗпП України встановлено, що законодавством про працю передбачені гарантії, що стосуються праці жінок, молоді, осіб з інвалідністю, охорони праці та зайнятості. Гарантії, що стосуються охорони праці, встановлені статтями 153–173 КЗпП України, Законом України «Про охорону праці», відповідними спеціальними нормативними актами. Таким чином, стосовно вагітних жінок і жінок, які мають дітей, трудовим законодавством передбачене досить широке коло юридичних гарантій, що дають змогу забезпечити більш повну охорону трудових прав і здоров'я жінок, а також їхніх майбутніх і новонароджених дітей.

Національним трудовим законодавством встановлені гарантії у разі прийняття на роботу і звільнення вагітних жінок і жінок-матерів. Статтею 22 КЗпП України передбачена пряма заборона відмови у прийнятті на роботу з мотивів, не пов'язаних з діловими якостями особи, у тому числі й за статевою ознакою, якщо це не пов'язане з характером роботи, що виконується. Це підвищений захист жінок уже на стадії вступу їх у трудові правовідносини. Також встановлюється заборона відмови у прийнятті на роботу або звільнення з роботи вагітних жінок і жінок, які мають дітей (стаття 184 КЗпП України).

Відповідно до частини першої статті 184 КЗпП України забороняється відмовляти жінкам у прийнятті на роботу і знижувати їм заробітну плату з мотивів, пов'язаних з вагітністю або наявністю дітей віком до трьох років, а одиноким матерям – за наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини з інвалідністю.

Також частина друга статті 184 КЗпП України зобов'язує власника або уповноважений ним орган у разі відмови у прийнятті на роботу повідомляти зазначеним категоріям жінок про причини відмови у письмовій формі. Відмову у прийнятті на роботу може бути оскаржено у судовому порядку. Судовий захист такого права є суттєвою юридичною гарантією права жінок на працю.

Слід звернути увагу, що згідно з пунктом 3 частини другої статті 232 КЗпП України право на оскарження необґрунтованої відмови у прийнятті на роботу надано більш широкому колу жінок, ніж це передбачено частиною другою статті 184 КЗпП України. Так, стаття 232 КЗпП України надає право на оскарження в суді необґрунтованої відмови в прийнятті на роботу всім жінкам, які мають дитину з інвалідністю, а не лише одиноким матерям, які мають таку дитину.

Встановлення та правові наслідки випробування під час прийняття на роботу регулюються статтями 26–28 КЗпП України. У частині третій статті 26 КЗпП України міститься перелік осіб, яким не встановлюється випробування. На жаль, до зазначеного переліку не включено жінок, які мають дітей віком до трьох років.

З метою вдосконалення національного трудового законодавства доцільно аналізувати законодавчий досвід окремих зарубіж-

них країн. Наприклад: випадки, у разі яких випробувальний термін не встановлюється, закріплені у статті 52 Трудового кодексу Азербайджанської Республіки [4]. Передбачено, що випробувальний термін не встановлюється у разі укладення трудового договору вагітними жінками і жінками з дитиною, яка не досягла трирічного віку, а також чоловіками, які самостійно виховують дитину віком до трьох років.

Законодавство Польщі встановлює особливий захист жінок у період вагітності, а саме: заборона роботи вагітних жінок на особливо важких або шкідливих для здоров'я роботах, понаднормової роботи або роботи у нічний час, переміщення без їх згоди за межі постійного місця роботи та ін.

В.Р. Шишлюк, аналізуючи законодавство Польщі, звернула увагу на те, що певні гарантії вагітним жінкам передбачаються залежно від виду трудового договору, й дійшла висновку, що КЗпП України все ж передбачає вищий ступень гарантованості трудових прав такої категорії працівників, хоча порядок припинення трудового договору з вагітними жінками та жінками, які мають дітей, є більш законодавчо врегульованим у Польщі [5, с. 184].

Важлива роль у забезпеченні гарантій трудових прав вагітних жінок та жінок, які мають дітей, належить Конвенції Міжнародної організації праці (далі – МОП) № 103 про охорону материнства (переглянута в 1952 року) та Рекомендації МОП № 95 щодо охорони материнства 1952 року, Директиві Ради № 92/85 ЄЕС від 19 жовтня 1992 року про вжиття заходів з поліпшення безпеки та охорони здоров'я на виробництві вагітних працівниць, працівниць, які нещодавно народили або годують (десята окрема Директива у значенні статті 16 (1) Директиви 89/391/ЄЕС).

У статті 6 зазначеної конвенції передбачено, що коли жінка перебуває у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, яка надається відповідно до положень статті 3, наказ роботодавця про звільнення її, виданий за її відсутності або строки виконання якого збігаються з її відсутністю, є незаконним [6].

Підпункт перший п. 4 Рекомендації МОП № 95 встановлює, що період часу до і після пологів, протягом якого на підставі статті 6 Конвенції (переглянутої) 1952 року про охорону материнства роботодавець не має права звільнити жінку з роботи, має бути по можливості подовжений для того, щоб він починався з того дня, коли роботодавець отримав повідомлення у вигляді медичної довідки про вагітність жінки, і продовжувався до закінчення принаймні одного місяця після кінця відпустки у зв'язку з вагітністю і пологами, як це передбачено в статті 3 Конвенції [7].

За трудовим законодавством України традиційно заборонялося звільнення за ініціативою роботодавця вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (частина третя статті 184 КЗпП України). Згідно із зазначеною частиною статті 184 КЗпП України, звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років – частина шоста статті 179), одиноких матерів за наявності дитини віком до чотирнадцяти років або дитини з інвалідністю, з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням. Ці гарантії поширюються і на випадки звільнення у зв'язку із закінченням строку договору зазначених працівників, коли вони прийняті на сезонні роботи.

Зазначена норма частини третьої статті 184 КЗпП України не повністю відповідає положенням Конвенції МОП № 103 (переглянутої) та Рекомендації МОП № 95 у частині звільнення вагітних жінок після закінчення строкового трудового договору. У міжнародних актах ідеться не про звільнення з обов'язковим працевлаштуванням, а про продовження трудового договору до закінчення принаймні одного місяця після кінця відпустки у зв'язку з вагітністю і пологами.

Слід звернути увагу, що 27 грудня 2019 року Кабінет Міністрів України схвалив законопроєкт «Про працю», який було направлено до Верховної Ради України та зареєстровано за № 2708 від 28.12.2019 року [8]. Стаття 41 «Гарантії працівникам при звільненні з ініціативи роботодавця» вказаного проєкту передбачає встановлення гарантій для вагітних жінок та жінок, які перебувають у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами або у відпустці для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, де норма щодо обов'язкового працевлаштування у разі розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця відсутня.

Частина третя статті 184 КЗпП України належить до числа спеціальних норм, що надають такій категорії жінок підвищені гарантії порівняно з іншими нормами КЗпП України, які регулюють питання розірвання трудового договору, як загальними, так і тими, що передбачають особливості регулювання праці жінок та осіб із сімейними обов'язками. І в цьому проявляється підвищена охорона трудових прав жінок, зазначених у статті 184 КЗпП України.

Висновки

Враховуюче вищевикладене, можна дійти висновку, що юридичні гарантії трудових прав жінок за національним законодавством можна оцінити як досить високі. Вагітним жінкам і жінкам, які мають дітей, встановлені гарантії під час прийняття на роботу, звільнення та ін. Однією із проблем є відсутність термінологічних визначень, а саме: у чинному Кодексі законів про працю України відсутнє нормативне визначення поняття «гарантії».

Чинне трудове законодавство України у сфері трудових прав жінок та їх юридичних гарантій загалом відповідає міжнародним та європейським стандартам, але деякі питання потребують подальшого доопрацювання, враховуючи досвід окремих зарубіжних країн. Важливо, щоб законодавець продовжував процес подальшого удосконалення і гармонізації із міжнародними стандартами національного трудового законодавства у сфері трудових прав жінок, враховуючи вимоги частини другої статті 22 Конституції України.

Список використаних джерел:

1. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.

2. Кузниченко О.В. Правовые вопросы процесуального обеспечения реализации трудовых прав работников. *Актуальні проблеми науки трудового права в сучасних умовах ринкової економіки* : матеріали науково-практичної конференції, м. Харків, 19–20 травня 2003 р. Харків : Українська асоціація фахівців трудового права, Національний університет внутрішніх справ. 2003. С. 27.

3. Кодекс законів про працю України від 10.12.1992 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради* УРСР. 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.

4. Трудовой кодекс Азербайджанской Республики от 01.02.1999 г. № 618-IQ. URL: https://www.caa.gov.az/index.php?option=com_k2&view=item&id=123:labour-code-of-the-republic-of-azerbaijan&Itemid=173&lang=ru (дата звернення: 02.02.2020).

5. Шишлюк В.Р. Припинення трудового договору за законодавством України і Польщі : монографія. Одеса. 2018. 302 с.

6. Конвенція МОП № 103 про охорону материнства (переглянута в 1952 р.). *Конвенції та рекомендації*, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919–1964. Т. І. Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. С. 581–586.

7. Рекомендації МОП № 95 щодо охорони материнства 1952 р. *Конвенції та рекомендації*, ухвалені Міжнародною організацією праці. 1919–1964. Т. І. Женева : Міжнародне бюро праці, 1999. С. 587–589.

8. Про працю : проєкт Закону України від 28.12.2019 р. № 2708. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67833 (дата звернення: 02.02.2020).

The article provides a comparative legal analysis of international acts (ILO acts) on the labour rights of pregnant women, women with children and the norms of the current labour legislation of Ukraine for compliance with international standards.

The concept of "guarantees", "juridical guarantees" and their classification are considered in detail. Special attention is paid to the research of various approaches of scientists to determining the essence of guarantees. It was established that legal guarantees in labour law are defined as legal and organizational-legal means and methods by which the society is ensured entry into labour relations, unhindered implementation, protection and restoration of labour rights granted to employees by law. The guarantees prevent violations of labour rights by obligated subjects; set limits for the actions of obligated persons; ensure the possibility of timely appeal of actions that violate these rights; provide compensation for material damage caused by their violation at the expense of the perpetrators.

The article analyzes in detail the guarantees for employment and dismissal of pregnant women and women-mothers, which are established by labour legislation in Ukraine.

The legislative experience of certain foreign countries in the field of women's labour rights and their legal guarantees, namely, the Republic of Azerbaijan and Poland, was studied. The International Labour Organization Maternity Protection Convention No. 103 (revised) of 1952 and ILO Maternity Protection Recommendation No. 95 of 1952, Council Directive No. 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) were considered.

Proposals are made to improve and harmonize national labour legislation with international standards in the area of women's labour rights and their legal guarantees.

Key words: working women, pregnant women, employer, labour law norms, guarantees, vacation, employment contract, classification, protection of rights, international acts, international standards, International Labour Organization, Convention, Recommendation, Directive, Poland.

УДК 349.422
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.28

Ганна Корнієнко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

АГРОБІЗНЕС В УКРАЇНІ: ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЯК УМОВА ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ

Стаття присвячена встановленню етапів зародження та становлення українського агробізнесу як правової категорії. Тому мета статті полягає у визначенні особливостей становлення українського агробізнесу як аграрно-правої категорії на підставі дослідження законодавства у різні періоди формування системи права України. Виявлено, що елементи зародження агробізнесу на початку дев'яностих років XX століття були закладені Законом УРСР «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» від 17 жовтня 1990 р. На підставі аналізу правового регулювання як визначального чинника формування аграрних відносин запропоновано виокремлювати чотири етапи виникнення та розвитку вітчизняного агробізнесу: 1) з 1990 р. до 1999 р. – зародження агробізнесу в Україні (у цей період закладено засади та початок земельної, аграрної реформи; започаткована земельна, аграрна реформа; впроваджені механізми ринкової економіки у державі, проголошена рівність усіх форм власності на землю, введені нові форми сільськогосподарських підприємств та їх державної підтримки;) визнання з боку держави доцільності існування в аграрному секторі економіки єдиного господарського ланцюга: виробництво – переробка – зберігання – реалізація сільськогосподарської продукції, який став основою правовідносин у сфері агробізнесу; введення забезпечення соціальної підтримки села; проведення приватизації державного майна в агропромисловому комплексі); 2) з 1999 р. до 2004 р. – формування суб'єктів агробізнесу та кредитно-фінансових механізмів підтримки аграрного сектору (для цього періоду характерно: проведення кодифікації законодавства; введення стимулювання розвитку сільського господарства; впровадження нових форм господарювання на селі); 3) з 2004 р. до 2015 р. – становлення конкуренції між суб'єктами агробізнесу та відносин між сільськогосподарськими виробниками і державою; (для цього періоду характерні такі ознаки: прийняття вузькоспеціалізованих нормативних актів аграрного законодавства; введення пільг та підтримки сільськогосподарських підприємств; виникнення спеціалізованих учасників агробізнесу (аграрна біржа); формування аграрного ринку; заснування державного аграрного фонду) створення конкурентного середовища серед сільськогосподарських підприємств.); 4) з 2015 р. до 2019 р. – сталий розвиток українського агробізнесу (для цього етапу характерно: введення державного контролю за екологічною безпекою харчової продукції; формування нових напрямів розвитку агробізнесу (виробництво органічної продукції, участь у купівлі-продажі земель сільськогосподарського призначення тощо); розширення міжнародного співробітництва в агропромисловому комплексі; започаткування боротьби з рейдерством).

Ключові слова: агробізнес, сільськогосподарська продукція, суб'єкти, підприємство, фермерське господарство, кредит, сільськогосподарський кооператив, конкуренція, державна підтримка.

Постановка проблеми. Агробізнес є складним та багатоаспектним поняттям, що може розглядатися з точки зору політики, економіки, права. Уперше термін «агробізнес» був уведений в науковий обіг у 60-ті роки XX століття Джоном Х. Девісом та Реєм А. Голдбергом – відомими економістами та авторами книги «Концепція агробізнесу». Узагальнивши численні історичні економічні дані, вони дійшли висновку про пришвидшене посилення впливу корпоративних гравців на сільськогосподарському ринку. Автори підкреслювали, що агробізнес, будучи системою вертикально інтегрованих фірм, охоплював усі стадії – від виробництва сільськогосподарської продукції до її реалізації. Такий підхід виявив активну корпоратизацію аграрного сектору, за якої дрібні фермери не отримували достатнього прибутку, тоді як підприємства із циклом «виробництво – переробка – реалізація сільськогосподарської продукції» мали очевидні переваги. Корпоративна позиція Джона Х. Девіса та Рея А. Голдберга ґрунтувалась на їхньому переконанні в тому, що саме приватний сектор, а не уряд повинен

© Г. Корнієнко, 2020

нести відповідальність за стабілізацію сільськогосподарського сектору. Вони дотримувалися думки, що негативні прояви в цьому секторі були пов'язані виключно з державною політикою. З 1980-х років, після кризи нерухомості [1], більшість сімейних ферм, наприклад, у США припинили свою діяльність, що цілком доводило об'єктивність запропонованої концепції агробізнесу. Сьогодні у цій країні всього лише декілька великих корпорацій контролює більше 75% сільськогосподарського виробництва. З кожним роком кількість сільськогосподарських підприємств стає ще меншою внаслідок їх злиття та утворення корпоративних гігантів. Наприклад, Dow та Du Pont об'єдналися в 2017 році, Monsanto і Bayer – 2018 року, а Syngenta було дозволено об'єднуватися з Chem China з 2018 року.

Сьогодні споживчий ринок контролюють Coca-Cola, Nestle, Mars і General Mills, які мають зв'язок із сільськогосподарськими корпораціями [2]. Наведене ілюструє, як відбувалося втілення концепції корпоратизації агробізнесу в США. З часом вона поширилась у світі, за винятком держав із комуністичним режимом та плановою економікою. Серед цих країн опинилась і Україна, яка, незважаючи на свої сільськогосподарські ресурси, змогла створити власний агробізнес лише зі здобуттям незалежності та переходом до ринкової економіки. Тому формування вітчизняного агробізнесу безпосередньо пов'язано із своєрідністю українського державотворення, що потребує окремого осмислення та дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми розвитку агробізнесу з позицій аграрного права були предметом вивчення таких дослідників, як: Н. О. Багай, В. М. Сломиа, О. А. Шульга, А. М. Статівка, та інших. Становлення агробізнесу в Україні як економічної категорії досліджувалось у роботах Г. О. Андрусенка, Т. В. Боднар, Д. Г. Білоруса, І. М. Брюховецького, Н. В. Волченка, Т. О. Зінчука та ін. Отже, з огляду на те, що представники аграрно-правової науки розглядали умови та особливості правового регламентування як підґрунтя для формування українського агробізнесу фрагментарно, а економісти – виключно з позицій економічної науки, це питання потребує додаткового аналізу. Задля наукової точності і коректності слід розглянути позиції І. А. Жернового та С. М. Тригубенка, які у різний час досліджували питання періодизації розвитку аграрного сектору. Наприклад, І. А. Жерновий (2005 р.) виокремлював етапи формування аграрного сектору, кожному з яких відповідали певні форми господарювання й типи формувань. Перший етап (1991 р. – листопад 1994 р.) пов'язаний із виникненням в організаційній структурі сільського господарства фермерського устрою, розширенням землекористування в особистих підсобних господарствах та реорганізацією колгоспів у колективні сільськогосподарські підприємства. Другий етап (листопад 1994 р. – грудень 1999 р.) характеризувався створенням умов для рівноправного розвитку різних форм власності й господарювання, вільного їх вибору громадянами України. Третій етап (грудень 1999 р. – квітень 2000 р.), пов'язаний зі створенням нової соціально-економічної й організаційної структури сільськогосподарського виробництва, у якій основним принципом розвитку стає принцип приватної власності [29, с. 9]. С. М. Тригубенко (2014 р.) пропонував таку періодизацію аграрної реформи: 1) декларацiйний етап (1990–1994 рр.); 2) інфраструктурний етап (1995–1998 рр.); 3) концептуальний етап (1998–1999 рр.) – у цей час опрацьовувалися перші концепції аграрної реформи; 4) радикальний етап (1999–2000 рр.) – пов'язується з прийняттям реформаторського Указу Президента України від 3 грудня 1999 р. № 1529/99 «Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки»; 5) закріплюючий етап (2001–2002 рр.) – для того, щоб закріпити позитивні результати аграрної реформи, вживаються заходи щодо її моніторингу й подальшого формування інфраструктури аграрного ринку; 6) комплексний етап (з 2003–2004 рр.) – пов'язаний з Комплексною програмою розвитку аграрного ринку України на 2003–2004 роки, затвердженою Постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 2003 р. № 271 [30, с. 110–111]. Як бачимо, в центрі періодизації, запропонованої І. А. Жерновим, були промислово-аграрні структури, а С. М. Тригубенко визначав етапи розвитку агросфери з позицій аграрної реформи. Ми пропонуємо розглянути становлення правової регламентації агробізнесу як системоутворюючої категорії аграрного права.

Мета статті – визначити особливості розвитку правового регламентування агробізнесу як умови його виникнення та становлення. Для досягнення мети необхідно проаналізувати вітчизняне аграрне законодавство з точки зору виокремлення ключових нормативних актів, які мали визначальне значення у створенні підґрунтя для існування правовідносин агробізнесу в Україні у правовому полі.

Виклад основного матеріалу. Пошуки способів виходу з кризи, яка охопила всі сфери життя СРСР у 1990-ті роки, зумовили появу агробізнесу, який вже довів свою ефективність у країнах з ринковою економікою. Настав час, який вимагав зміни застарілих форм господарювання на селі на нові. З огляду на це можна без перебільшення вважати історичним Закон УРСР «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» від 17 жовтня 1990 р. [3]. У ньому вперше проголошено вільний вибір права власності в аграрному секторі, свободу вибору форм сільськогосподарських підприємств, введення додаткових вкладень в агропромисловий комплекс; рівність форм господарювання; введення державних капіталовкладень для агропромислового комплексу; соціальний розвиток села; кредитні відносини на селі тощо. Такі новації в агросфері та правова регламентація відповідних відносин створювали умови для переходу аграрного сектору до ринкової економіки. На розвиток положень цього Закону приймається низка нормативних актів щодо роздержавлення аграрного сектору, зокрема Постанова Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу» від 18 грудня 1990 р. [4], Закони України «Про селянське (фермерське) господарство» [5], «Про форми власності на землю» [6], «Про колективне сільськогосподарське підприємство» [7], «Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі» [8], Указ Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки» [9] тощо. Ці нормативні акти були прийнятті завдяки становленню незалежності української держави, яка потребувала створення власної економічної системи, зокрема, в аграрному секторі. Аналізуючи правове регулювання аграрних відносин у 90-ті роки XX століття, слід наголосити, що їх трансформація відбувалась внаслідок проведення аграрної та земельної реформ, змін організаційно-правових засад діяльності аграрних підприємств, проведення приватизації майна та землі.

Отже, перший етап зародження українського агробізнесу охоплює період з 1990 р. до 1999 р. Визначають початок цього етапу важливі законодавчі акти, якими було закладено основу правового регламентування відносин у сфері агробізнесу, – прийняті 1990 року Закон УРСР «Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві» та Постанова Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу».

Перехід до другого етапу ознаменувався прийняттям у 1999 році Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектору економіки», у якому проголошуються нові завдання проведення земельної та аграрної реформ. Цей етап характеризується таким: 1) закладено правові засади та на їх основі продовжено земельну та аграрну реформи; 2) реалізація земельної, аграрної реформи активізували розвиток агробізнесу; 3) становлення агробізнесу зумовлено впровадженням ринкової економіки у державі, проголошенням рівності всіх форм власності на землю, введенням нових форм сільськогосподарських підприємств та їх державної підтримки; 4) державою визнано доцільність існування в аграрному секторі економіки єдиного господарського ланцюга «виробництво – переробка – зберігання – реалізація сільськогосподарської продукції», який став основою правовідносин у сфері агробізнесу; 6) забезпечено соціальну підтримку села; 7) проведено приватизацію державного майна в агропромисловому комплексі.

Важливими віхами на шляху вітчизняного агробізнесу стало прийняття у 2001 р. Указу Президента України «Основні напрями земельної реформи в Україні на 2001-2005 роки» [10] та Закону України «Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001-2004 років» [11]. Ці акти передбачали, зокрема, запровадження кредитно-фінансових механізмів підтримки сільськогосподарських товаровиробників. Для виробників сільськогосподарської продукції була створена можливість отримувати кредити під заставу землі або майбутнього врожаю, причому проведення кредитних розрахунків передбачалося вже після його реалізації. Наведена схема відносин була раціональною і виправданою для подальшого становлення агробізнесу.

У цей період, відповідно до вимог українських реалій, активізувалась законодавча діяльність із правового регулювання відносин у різних сферах, зокрема й у сфері агробізнесу. Так, у 2001–2003 рр. приймаються Земельний, Господарський, Цивільний кодекси України. З 2003 р. врегульовано діяльність таких специфічних учасників агробізнесу, як фермерське господарство [12] та особисте селянське господарство [13]. Сформовано нормативно-правову базу для діяльності задекларованих нових форм господарювання на селі. Участь селянських (фермерських) господарств стала необхідною ланкою у розбудові аграрного підприємництва, оскільки більшість держав у процесі формування агробізнесу поряд із корпорати-

зацією аграрного сектору забезпечувала підтримку діяльності дрібного фермера.

Системний аналіз нормативних актів, прийнятих з 1999 р. до 2004 р., дає можливість виокремлювати другий етап становлення українського агробізнесу за його визначальними ознаками і, відповідно, назвати періодом формування суб'єктів агробізнесу та кредитно-фінансових механізмів підтримки аграрного сектору. До характерних ознак цього періоду також слід віднести: 1) кодифікацію законодавства; 2) введення стимулювання розвитку сільського господарства; 3) впровадження нових форм господарювання на селі.

Початком наступного етапу становлення агробізнесу в Україні, на наш погляд, можна вважати прийняття у 2004 р. Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» [14], нормами якого передбачалось створення спеціалізованої аграрної біржі, що фактично вводило елемент корпоратизації в аграрні правовідносини. Саме елемент корпоративних відносин у правовідносинах агробізнесу відокремлює останні від аграрних правовідносин. Разом із цим з 2004 р. здійснюється регламентація спеціалізованих аграрних відносин, зокрема, приймаються такі спеціалізовані акти, як Закони України «Про молоко та молочні продукти» [15], «Про аквакультуру» [16] тощо. Велике значення для подальшого формування агробізнесу мало продовження аграрної реформи, напрями якої були закріплені в Законі України «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» [17]. Потягом цього етапу продовжує реалізовуватися державна політика підтримки сільськогосподарського виробника. Зокрема, наказом Міністерства аграрної політики України від 10 березня 2004 р. був затверджений «Порядок проведення конкурсу щодо визначення переліку підприємств агропромислового комплексу для надання фінансової підтримки через механізм здешевлення коротко- і довгострокових кредитів» [18]. Надання кредитів проводилось за результатами конкурсу, і такий підхід заклав засади конкуренції серед сільськогосподарських підприємств. Водночас формуються і нові ознаки юридичної особи, яка спеціалізується на виробництві сільськогосподарської продукції. Так, у 2008 р. Законом України «Про сільськогосподарський перепис» [19] визначено такі ознаки виробника сільськогосподарської продукції: 1) утворюється у формі юридичної особи або фізичної особи-підприємця, без обмеження організаційно-правових форм господарювання; 2) метою виробника виступає будь-яка сільськогосподарська діяльність; 3) здійснюючи сільськогосподарську діяльність, виробник використовує власні землі сільськогосподарського призначення чи сільськогосподарських тварин. За наявності наведених ознак виробник сільськогосподарської продукції набував статусу учасника агробізнесу. Це давало можливість відрізняти цього учасника від інших осіб, що займаються сільськогосподарською діяльністю. З 2013 р. між суб'єктами – виробниками сільськогосподарської продукції – підвищується конкуренція, що виникає внаслідок прийняття Закону України «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» [20]. Так, сільськогосподарські виробники можуть не тільки вирощувати традиційну сільськогосподарську продукцію, а й займатися органічним землеробством.

Нова стратегія розвитку аграрного сектору економіки схвалюється у 2013 р. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. «Стратегія розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року» [21]. Уперше в цьому нормативному акті використано термін «агробізнес». Аграрний сектор економіки розглядається з точки зору становлення агробізнесу.

Отже, становлення агробізнесу в Україні з 2004 р. до 2015 р. можна узагальнено охарактеризувати так: межі цього етапу визначені відповідно до вимог Законів України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24 червня 2004 р. та «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» від 18 жовтня 2005 р.. Названі закони стали базовими для розвитку агробізнесу вказаного періоду. Саме вони окреслили напрями державної політики у сфері агропромислового комплексу та закріпили засади розвитку аграрних правовідносин у сфері виробництва, переробки та продажу сільськогосподарської продукції. Цей етап визначається якісно новою ознакою вітчизняного агробізнесу – проявами конкуренції між суб'єктами агробізнесу та у відносинах між сільськогосподарськими виробниками і державою. Він характеризується таким: 1) прийняттям вузькоспеціалізованих нормативних актів аграрного законодавства; 2) введенням пільг та підтримки сільськогосподарських підприємств; 3) виникненням спеціалізованих учасників агробізнесу (аграрна біржа); 4) формуванням аграрного ринку; 5) заснуванням державного аграрного фонду; 6) створенням конкурентного середовища серед сільськогосподарських підприємств.

З 2015 р. агробізнес в України отримує можливість розвиватися за новим напря-

мами, що було зумовлено підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Глава 17 Угоди «Сільське господарство та розвиток сільських територій» присвячена саме співробітництву у сфері сільського господарства. У ній, у ст. 402, було встановлено, що «сторони співробітничають з метою сприяння розвитку сільського господарства та сільських територій, зокрема, шляхом поступового зближення політик та законодавства» [22]. З метою гармонізації розвитку сільського господарства вводяться нові, раніше не відомі форми державного контролю аграрного сектору. Про це йдеться у Законах України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» [23], «Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції» [24]. Вони встановили стандарти виробництва органічної продукції, передбачили введення державних реєстрів такої продукції, встановили відповідальність за порушення законодавства про органічну продукцію, зумовлювали поширення конкуренції між суб'єктами агробізнесу.

Останнім часом розширюється і міжнародне співробітництво у сфері агропромислового комплексу: зокрема, 5 грудня 2017 р. підписується Програма українсько-китайського інвестиційного співробітництва в агропромисловому комплексі [25]. З 2018 р. випрацьовується законодавча позиція щодо боротьби з рейдерством, оскільки в Україні проблема незаконного захоплення підприємств у агробізнесі набуває загрозливих масштабів. З метою виправлення такої ситуації, зокрема запобігання рейдерству, 10 липня 2018 р. приймається Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні» [26], а 22 липня 2019 р. Президентом України підписано Указ «Про заходи щодо протидії рейдерству» [27]. Аналізуючи розвиток правового регулювання агробізнесу у 2019 р., доцільно визначити такі новели: 1) введення інституту довірчої власності у норми ЗК України, ЦК України, Господарського процесуального кодексу України та інших нормативних актів; 2) продовження земельної реформи шляхом прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності» [28], що може надати можливість введення обігу сільськогосподарської землі.

На підставі дослідження правової регламентації українського агробізнесу з 2015 р. до 2019 р. можна зробити висновок про створення якісної законодавчої бази, яка забезпечила його сталий розвиток. Отже, цей етап, визначений як сталий розвиток українського агробізнесу, характеризується: 1) введенням державного контролю за екологічною безпекою харчової продукції; 2) формуванням нових напрямів розвитку агробізнесу (виробництво органічної продукції, участь у купівлі-продажі земель сільськогосподарського призначення тощо); 3) розширенням міжнародного співробітництва в агропромисловому комплексі; 4) започаткуванням боротьби з рейдерством.

Проведене дослідження дає підстави для виокремлення чотирьох етапів становлення українського агробізнесу: 1) 1990–1999 рр. – зародження агробізнесу в Україні; 2) 1999–2004 рр. – формування суб'єктів агробізнесу та кредитно-фінансових механізмів підтримки аграрного сектору; 3) 2004–2015 рр. – становлення конкуренції між суб'єктами агробізнесу та відносин між сільськогосподарськими виробниками і державою; 4) 2015–2019 рр. – сталий розвиток українського агробізнесу.

На наш погляд, у зв'язку з відміною мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення, який планується здійснити у 2020 році, для агробізнесу настане новий етап розвитку. Цей етап буде повязаний з перерозподілом земель, становленням кредитних відносин за участю представників агробізнесу, новими підходами до їх підтримки з боку держави.

Висновки

Дослідження правового регулювання аграрних відносин з 1990 р. до 2019 р. свідчить про необхідність виокремлювати відносно самостійні етапи зародження та становлення українського агробізнесу. Оскільки аналіз проводився на рівні аграрно-правової доктрини, це дозволяє розглядати агробізнес як категорію аграрного права. Наведене є лише однією з позицій щодо розвитку українського агробізнесу, а тому цей напрям видається перспективним для подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Краткая история кризисов на рынке недвижимости. URL: https://delovoyjournal.com/kratkaja-istorija-krizisov-na-rynke-nedvizhimosti/ (дата звернення: 11.12.2019).

2. The origins and history of agribusiness. URL: https://ecosystemsunited.com/2019/02/25/the-origins-and-history-of-agribusiness/ (дата звернення: 11.01.2020).

3. Про пріоритетність соціального розвитку села та агропромислового комплексу в народному господарстві : Закон України від 17 жовтня 1990 р. № 400-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/400-12 (дата звернення: 11.12.2019).

4. Про земельну реформу : Постанова Верховної Ради УРСР від 18.12.1990 № 563-XII. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/563-12 (дата звернення: 11.12.2019).

5. Про селянське (фермерське) господарство : Закон України 20 грудня 1991 р. № 2009-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2009-12 (дата звернення: 11.01.2020).

6. Про форми власності на землю : Закон України від 30 січня 1992 р. № 2073-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2073-12 (дата звернення: 11.01.2020).

7. Про колективне сільськогосподарське підприємство : Закон України від 14 лютого 1992 р. № 2114-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-12 (дата звернення: 11.01.2020).

8. Про особливості приватизації майна в агропромисловому комплексі: Закон України від 10 липня 1996 р. № 290/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/290/96-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 11.11.2019).

9. Про невідкладні заходи щодо прискорення реформування аграрного сектора економіки : Указ Президента України від 3 грудня 1999 р. № 1529/99. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1529/99 (дата звернення: 18.12.2019).

10. Основні напрями земельної реформи в Україні на 2001-2005 роки : Указ Президента України від 30 травня 2001 р. № 372/2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/372/2001#o2 (дата звернення: 18.12.2019).

11. Про стимулювання розвитку сільського господарства на період 2001-2004 років : Закон України від 18 січня 2001 р. № 2238-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2238-14 (дата звернення: 18.12.2019).

12. Про фермерське господарство : Закон України від 19 червня 2003 р. № 973-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/973-15 (дата звернення: 19.12.2019).

13. Про особисте селянське господарство : Закон України від 15 травня 2003 р. № 742-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/742-15%22%3E (дата звернення: 19.12.2019).

14. Про державну підтримку сільського господарства України : Закон України від 24 червня 2004 р. № 1877-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1877-15/ed20130811/find?text=%C0%E3%F0%E0%F0%ED%E0+%E1%B3%F0%E6%E0 (дата звернення: 19.12.2019).

15. Про молоко та молочні продукти: Закон України від 24 червня 2004 р. № 1870-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1870-15 (дата звернення: 09.01.2020).

16. Про аквакультуру : Закон України від 18 вересня 2012 р. № 5293-VI URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5293-17 (дата звернення: 09.01.2020).

17. Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року : Закон України від 18 жовтня 2005 р. № 2982-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1870-15 (дата звернення: 09.01.2020).

18. Про затвердження Порядку проведення конкурсу щодо визначення переліку підприємств агропромислового комплексу для надання фінансової підтримки через механізм здешевлення коротко- і довгострокових кредитів : наказ Міністерства аграрної політики України від 10 березня 2004 р. № 73. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0325-04 (дата звернення: 19.11.2019).

19. Про сільськогосподарський перепис : Закон України 23 вересня 2008 р. № 575-VI URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/575-17 (дата звернення: 19.11.2019).

20. Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини : Закон України від 3 вересня 2013 р. № 425-VII RL. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/425-18 (дата звернення: 19.11.2019).

21. Про схвалення Стратегії розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 806-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/806-2013-%D1%80 (дата звернення: 19.11.2019).

22. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : ратифіковано Законом від 16 вересня 2014 р. № 1678-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#n2820 (дата звернення: 19.11.2019).

23. Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин : Закон України від 18 травня 2017 р. № 2042-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2042-19 (дата звернення: 19.12.2019).

24. Про основні принципи та вимоги до органічного виробництва, обігу та маркування органічної продукції : Закон України від 10 липня 2018 р. № 2496-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2042-19#n2 (дата звернення: 19.12.2019).

25. Програма українсько-китайського інвестиційного співробітництва в агропромисловому комплекс від 05 грудня 2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/156_004-

17?find=1&text=%D0%B1%D1%96%D0%B7%D0%BD#w11 (дата звернення: 19.12.2019).

26. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вирішення питання колективної власності на землю, удосконалення правил землекористування у масивах земель сільськогосподарського призначення, запобігання рейдерству та стимулювання зрошення в Україні : Закон України від 10 липня 2018 р. № 2498-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2498-19#top (дата звернення: 19.12.2019).

27. Про заходи щодо протидії рейдерству : Указ Президента України від 22 липня 2019 р. № 542/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/542/2019#n2 (дата звернення: 19.12.2019).

28. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту права власності: Закон України 3 жовтня 2019 р. № 159-IX URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/159-20?find=1&text=%D0%97%D0%B5%D0%BC%D0%B5%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D0%B9#n2 (дата звернення: 18.12.2019).

29. Жерновий І. А. Формування промислово-аграрних структур у господарському комплексі регіону : автореф. дис... канд. екон. наук: 08.10.01. Донецьк : НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. 2005. 19 с.

30. Тригубенко С. М. Основні етапи реформування Міністерства аграрної політики та продовольства України. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 3. С. 110–113.

The article is devoted to establishing the stages of the emergence and establishment of Ukrainian agribusiness as a legal category. Therefore, the purpose of the article is to determine the peculiarities of the formation of the Ukrainian agribusiness as agrarian-law category, based on the study of legislation in different periods of formation of the system of law of Ukraine. It was found that the elements of the birth of agribusiness in the early nineties of the twentieth century were laid down by the Law of the USSR "On the priority of social development of the village and agro-industrial complex in the national economy" of October 17, 1990. On the basis of the analysis of legal regulation of agrarian relations from 1990 to 2019, it is proposed to distinguish the following stages of formation of the Ukrainian agribusiness: 1) "The birth of agribusiness in Ukraine" 1990 - 1999 (during this period the foundations and the beginning of land, agrarian reform were laid; the land, agrarian reform was initiated; introduction of mechanisms of market economy in the state, proclamation of equality of all forms of ownership of land, introduction of new forms of agricultural enterprises and their state support; which became the basis of legal relations in the field of agribusiness; introduced social support for the village; privatization of state property in the agro-industrial complex); 2) "Formation of subjects of agribusiness and credit and financial mechanisms of support of the agrarian sector" from 1999 - 2004 (for this period is characterized by: codification of legislation; introduction of stimulation of agricultural development; introduction of new forms of rural economy management); 3) "Stage of competition between agribusiness entities and relations between agricultural producers and the state" from 2004 – 2015 (the properties of this period are the following features: adoption of highly specialized normative acts of agricultural legislation; introduction of privileges and support of agricultural enterprises; emergence of specialized participants in agribusiness (agricultural exchange); formation of agricultural market; establishment of state agricultural fund) creation of competitive environment; 4) "Sustainable development of Ukrainian agribusiness" from 2015 - 2019 (for this stage it is characteristic: introduction of state control over ecological safety of food production; formation of new directions of development of agribusiness (production of organic products, participation in purchase and sale of agricultural lands, etc.) expansion of international cooperation in the agro-industrial complex; launching of the fight against raiding).

Key words: agribusiness, agricultural products, entities, enterprise, farm, credit, agricultural cooperative, competition, government support.

УДК 349.412
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.29

Лідія Герасимчук,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

НАБУВАЛЬНА ДАВНІСТЬ ЯК ПІДСТАВА НАБУТТЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ

Набувальна давність – один із первинних способів виникнення права власності. Це такий спосіб, відповідно до якого право власності на річ виникає вперше або незалежно від права попереднього власника на цю річ. Воно ґрунтується не на попередній власності та відносинах правонаступництва, а на сукупності обставин, зазначених у ч. 1 ст. 344 Цивільного кодексу України, а саме: наявність суб'єкта, здатного набути у власність певний об'єкт; законність об'єкта володіння; добросовісність заволодіння чужим майном; відкритість володіння; безперервність володіння; відсутність норми закону про обмеження або заборону набуття права власності за набувальною давністю.

У статті проаналізовано законодавство щодо набуття права власності за набувальною давністю на земельну ділянку. Показано, що набуття права власності за набувальною давністю на земельну ділянку регулюється не тільки Цивільним кодексом України, але й Земельним кодексом України. Огляд судової практики на предмет застосування положень статті 344 Цивільного кодексу України щодо набуття права власності на земельну ділянку, статті 119 Земельного кодексу України свідчить про недосконалість законодавства з цього питання, що призводить до неоднозначного тлумачення судами положень чинного законодавства, а іноді й до ухвалення незаконних рішень щодо земель сільськогосподарського призначення. Адже в статті 344 Цивільного кодексу України ідеться про набуття права власності на земельну ділянку за рішенням суду. А в статті 119 Земельного кодексу України йдеться про загальний порядок набуття права власності на земельну ділянку в порядку ст. ст. 116, 118, 123 Земельного кодексу України. Наявність у сукупності необхідних умов (добросовісне, відкрите та безперервне користування особою, яка не є власником, земельною ділянкою протягом 15 років) дає громадянину право звернутися з клопотанням про передачу цієї земельної ділянки у власність до відповідних органів, а не до суду. Тому автором запропоновано внести відповідні зміни до чинного законодавства (до статті 344 Цивільного кодексу України). Такі зміни усунуть двоякість тлумачення судами підстав набуття права власності в порядку набувальної давності на земельну ділянку та можливість ухвалення незаконних рішень.

Ключові слова: набувальна давність, земельна ділянка, право власності.

Постановка проблеми. Цивільним кодексом України від 16.01.2003 р. (далі – ЦК України) [1] запроваджено класичну для європейських правопорядків підставу набуття права власності – набувальну давність. У ст. 344 ЦК України передбачено набуття права власності за набувальною давністю на рухоме та нерухоме майно, у тому числі і на земельну ділянку. Стосовно набуття права власності за набувальною давністю на земельну ділянку законодавець передбачив застереження, що набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом. Йдеться про Земельний кодекс України (далі – ЗК України) [2]. У ст. 119 ЗК України визначено, що громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування.

У ч. 4 ст. 344 ЦК України вказано, що право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду.

На наш погляд, ці два положення суперечать одне одному. Огляд судової практики свідчить про те, що таке протиріччя призводить до неоднакового застосування норм чинного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання набувальної давності на землю були предметом дослідження науковців і практиків, таких як: А. М. Мірошниченко [3], О. П. Печений [4], К. В. Рибалко [5] та інших. Однак поза увагою науковців залишилось невирішеним питання неоднозначного тлумачення судами положень цивіль-

© Л. Герасимчук, 2020

ного та земельного законодавства щодо набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю і можливі варіанти розв'язання цього питання.

Метою статті є акцентування уваги на неоднозначному застосуванні судами положень цивільного та земельного законодавства щодо набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю і необхідності внесення змін в чинне законодавство.

Виклад основного матеріалу. Загальні правила застосування набувальної давності містяться у ст. 344 ЦК України.

Особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим Кодексом.

Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом.

Право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації.

Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається за рішенням суду.

Отже, набувальна давність – це підстава набуття права на нерухоме або рухоме майно особою, яка не є власником такого майна, але добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти ним як своїм власним нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном – протягом п'яти років, якщо інше не встановлено ЦК України.

Що стосується набуття права власності на земельну ділянку на підставі набувальної давності, то ЦК України встановлює інше – «регулюється законом» (ч. 1 ст. 344 ЦК України).

У ст. 119 ЗК України передбачено: «Громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування. Розмір цієї земельної ділянки встановлюється у межах норм, визначених цим Кодексом.

Передача земельної ділянки у власність або у користування громадян на підставі набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому цим Кодексом».

Отже, знову ж йдеться про добросовісне, відкрите та безперервне користування особою, яка не є власником, земельною ділянкою, але протягом не десяти, а 15 років, і фактично говориться про загальний порядок набуття права власності на земельну ділянку в порядку ст. 116, 118, 123 ЗК України. Адже наявність у сукупності названих умов дає громадянину право звернутися з клопотанням про передачу цієї земельної ділянки у власність до відповідних органів, а не до суду.

У Постанові Верховного Суду України по справі № № 742/2916/15-ц вказано:

«Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється статтею 119 ЗК України.

Відповідно до статті 119 ЗК України громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом п'ятнадцяти років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання в користування.

Аналіз статті 119 ЗК України дає підстави для висновку, що не передбачено жодних переваг для осіб, зазначених у частині першій цієї статті, оскільки навіть дотримання всіх умов набувальної давності не призводить до виникнення права власності на землю та фактично відсилає до загального порядку надання земельних ділянок у власність або в користування (статті 118, 123 ЗК України). Ця норма надає лише право звернення до органу державної влади або місцевого самоврядування з клопотанням про передачу земельної ділянки у власність чи користування і не передбачає обов'язкової передачі земельної ділянки у власність чи користування таким особам при дотриманні передбаченої законом процедури звернення та подання необхідних документів» [6].

Повністю погоджуємося з думкою О. Печеного, що у практичному застосуванні виникла низка проблем щодо визнання права власності за набувальною давністю, виникли навіть твердження, що ст. 344 ЦК України нині є «мертвою» нормою, що вимагає певних коректив судової практики [4, с. 19].

Це твердження є особливо актуальним, коли йдеться про набуття права власності за набувальною давністю на земельну ділянку.

Далі вчений зазначає, що земельним законодавством передбачається не давність набуття права власності на землю, а лише можливість порушити розгляд питання

про передачу земельної ділянки у власність чи користування перед органами державної влади чи місцевого самоврядування. Верховний Суд зазначив, що спеціальним законом, який регулює порядок набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю, є ЗК України, відповідно до ст. 119 якого громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом п'ятнадцяти років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання в користування. Як випливає із зазначеної вище норми, законодавцем передбачено лише право громадян звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу у власність або надання в користування земельної ділянки, якою вони добросовісно, відкрито і безперервно користуються протягом п'ятнадцяти років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку. У разі відмови в задоволенні клопотання про передачу земельної ділянки у власність чи надання в користування або залишення його без розгляду громадянин має право оскаржити такі дії органу виконавчої влади чи місцевого самоврядування до суду в установленому законом порядку [4, с. 28].

На наш погляд, застосування ч. 4 ст. 344 ЦК України: «Право власності за набувальною давністю на нерухоме майно <...> набувається за рішенням суду» у випадку набуття права власності на земельну ділянку виключається.

Хоча огляд судової практики свідчить про те, що суди ухвалюють такі рішення. На жаль, до таких судових рішень є багато запитань з точки зору їх законності, тому можна говорити про те, що недосконалість законодавства призводить до неоднозначного тлумачення і навіть зловживання.

Так, 22 січня 2019 року Вільнянський районний суд Запорізької області ухвалив рішення про визнання права власності за набувальною давністю на земельну ділянку площею 4,7103 га, розташовану на території Павлівської сільської Ради Вільнянського району Запорізької області (цільове призначення – ведення товарного сільськогосподарського виробництва), що раніше належала Особі 2 згідно з Державним актом на право власності на земельну ділянку, припинивши державну реєстрацію права власності на цю земельну ділянку за Особою 2.

У мотивувальній частині рішення вказано: «Відповідно до ч. 1 ст. 344 ЦК України, особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність). Згідно ч. 2 тієї ж статті, набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю регулюється законом. На даний момент такий спеціальний закон, а так само спеціальні обмеження можливості застосування інституту набувальної давності відносно земельних ділянок, які перебувають у державній власності, відсутні, проте це не може перешкоджати реалізації майнових прав позивача. Відповідно до ч. 4 ст. 344 ЦК України право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається за рішенням суду. Суд констатує, що на дані правовідносини не поширюється положення п. 15 Перехідних положень ЗК України щодо заборони відчуження земельних ділянок, призначених для ведення товарного сільськогосподарського виробництва, оскільки у даній справі мова ведеться про набуття права власності на земельну ділянку з інших підстав» [7].

Відповідач проти позову не заперечував. Рішення набрало законної сили. Фактично цим рішення приховали договір купівлі-продажу земельної ділянки, призначеної для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. І такі рішення не поодинокі!

Не можна ігнорувати і те, що за набувальною давністю може набуватися право власності на земельну ділянку, яка не має власника, тобто відсутня державна реєстрація в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно [8].

А. М. Мірошниченко слушно зауважує, що із запровадженням реєстру ситуація змінилася кардинально. У застосуванні давності потреба зникає, оскільки реєстр дозволяє в будь-який момент точно визначити власника ділянки. Якщо законодавство не передбачає набуття земельної ділянки за давністю (а саме такою є ситуація в Україні – див. ст. 119 ЗК України), значить, будь-яке протиправне зайняття земельної ділянки не власником не може призвести до переходу права власності. Вочевидь, за такої ситуації власник повинен мати можливість у будь-який момент захистити свої права. Тоді, враховуючи нерухомість земельної ділянки («дітися» вона нікуди не може, власник завжди знатиме її місцезнаходження і з більшими чи меншими перешкодами може отримати до неї доступ), зайняття ділянки повинно розглядатися як триваюче порушення, не пов'язане із позбавленням володіння,

проти якого слід захищатися негаторним, а не віндикаційним позовом. Отже, фактичного позбавлення володіння за існування реєстру бути не може.

І далі автор цілком переконаний, що чинне законодавство не передбачає набуття прав на земельні ділянки за набувальною давністю. Ст. 119 ЗК України встановлює наслідком «добросовісного, відкритого і безперервного користування земельною ділянкою протягом 15 років» можливість «звернутися до органу державної влади або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування». Як видається, можливість такого звернення має кожен незалежно від факту користування земельною ділянкою, а тим більше, його тривалості та характеру. Те, що передбачено ст. 119 ЗК України, – це не набувальна давність в усталеному розумінні, адже передбачено виникнення права в результаті волевиявлення «органу», а не в результаті спливу давності [3, с. 124-125].

Повністю погоджуємося з думкою А. М. Мірошниченко.

У судовій практиці діє правило, за яким набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю стало можливим з 01 січня 2017 року, після спливу передбачених ст. 119 ЗК України 15 років під час дії чинного ЗК України.

Верховний Суд України у своєму листі від 29 жовтня 2008 р. № 19-3767/0/8-08 наголосив на тому, що окремі суди допускають порушення вимог земельного, цивільного та цивільного процесуального законодавства, розглядаючи справи такої категорії. За результатами вивчення Верховним Судом України вжито відповідних заходів з метою усунення виявлених недоліків і поліпшення роботи судів. Зокрема, в листі йшлося про те, що норма ст. 119 ЗК України щодо набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю може застосовуватися з 01 січня 2017 р. відповідно до п. 1 розд. IX «Прикінцеві положення» ЗК України [9].

Природно виглядає, що набувальна давність не могла виникнути і застосовуватися раніше від свого правового визначення та закріплення у ЗК України, тобто із 01 січня 2002 р., плюс 15 років, і лише з цієї дати й може застосовуватись давність володіння землею як підстава виникнення прав на земельну ділянку та прийматися відповідне рішення щодо передачі земельної ділянки у власність у зв'язку із набувальною давністю. Питання в тому, хто приймає таке рішення: суд чи орган державної влади або органу місцевого самоврядування? У листі Верховного Суду України від 29 жовтня 2008 р. № 19-3767/0/8-08 йдеться про судові рішення.

Один із прикладів такого незаконного застосування показано вище, але він свідчить про те, що положення законодавства щодо набуття права власності на земельні ділянки за набувальною давністю потребують вдосконалення.

Огляд судової практики свідчить, що не всі суди так застосовують законодавство.

Так, у рішенні Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області по справі зазначено таке:

«Фактично з наведених вище обставин справи вбачається, що звернення до суду ОСОБА_1 обумовлене бажанням у такий спосіб оформити право власності на земельну ділянку площею 0,215га по АДРЕСА_1 , що суперечить засадам цивільного судочинства, яке покликане розв'язувати (вирішувати) спір.

За загальними положеннями ЦПК України обов'язок суду під час ухвалення рішення вирішити, чи мали місце обставини, якими обґрунтовувалися вимоги позивача та якими доказами вони підтверджуються; перевірити наявність чи відсутність певних обставин за допомогою доказів шляхом їх оцінки; оцінити подані сторонами докази та дійти висновку про наявність або відсутність певних юридичних фактів.

Аналізуючи в сукупності досліджені докази, дослідженими в судовому засіданні, оцінивши їх належність, допустимість, достовірність, а також достатність і взаємний зв`язок у їх сукупності, встановивши правовідносини, які випливають із встановлених обставин, та правові норми, які підлягають застосуванню до цих правовідносин, суд прийшов до висновку, що позовні вимоги ОСОБА_1 про визнання права на отримання у власність земельної ділянки за набувальною давністю на земельну ділянку площею 0,215га по АДРЕСА_1, не підлягають задоволенню, оскільки позивачем не надано належних та допустимих доказів щодо порушення її прав відповідачем, спір є передчасним оскільки жодного рішення на звернення позивача із заявою про передачу відповідної земельної ділянки у власність за набувальною давністю чи безоплатну передачу шляхом приватизації земельної ділянки не прийнято, підстави для застосування Судом ст. 344 ЦК України щодо земельної ділянки, площею 0,215га по АДРЕСА_1, що перебуває у комунальній власності, відсутні» [10].

Підсумовуючи, можемо сказати, що є необхідність удосконалення чинного законодавства щодо набуття права власності на земельну ділянку за набувальною

давністю. Тому не погоджуємося з думкою К. В. Рибалко, що можемо впевнено стверджувати, що набуття права власності на землю за набувальною давністю є реальним, однак виконання всіх вимог ст. 119 ЗК України не створює для громадянина жодного пріоритету в процедурі приватизації, яка здійснюється на загальних підставах [5, с. 30-33].

Висновки

Набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю потребує конкретизації з метою уникнення неоднозначного застосування. Огляд судової практики свідчить про те, що суди неоднаково тлумачать положення цивільного та земельного законодавства щодо набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю. Більше того, така невизначеність дає можливість ухвалювати незаконні рішення щодо земель сільськогосподарського призначення. Вважаємо, що законодавець повинен чітко зазначити, що ч. 4 ст. 344 ЦК України щодо набуття права власності за набувальною давністю на земельну ділянку за рішенням суду не застосовується.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435- IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

2. Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3-4. Ст. 27.

3. Мірошниченко А. М. Земельне право України : підручник. 2-ге видання, допов. і перероб. Київ : Алерта; ЦУЛ, 2011. 678 с.

4. Печений О. Визнання права власності за набувальною давністю: підстави, порядок, процесуальні особливості. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2019. № 4 (52). С. 19-29.

5. Рибалко К. Приватизація земельної ділянки за набувальною давністю – реальна, але в загальному порядку. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2019. № 4 (52). С. 30-33.

6. Постанова Верховного Суду України від 11 квітня 2018 року по справа № 742/2916/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/73627618 (дата звернення: 10.10.2019).

7. Рішення Вільнянського районного суду Запорізької області від 22.01.2019 по справа № 314/151/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/79349814 (дата звернення: 10.10.2019).

8. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 № 1952-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

9. Щодо розгляду земельних спорів : Лист Верховного Суду України від 29.10.2008 № 19-3767/0/8-08. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v3767700-08 (дата звернення: 10.10.2019).

10. Рішення Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області від 30.07.2019 по справі № 607/3476/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83418411 (дата звернення: 10.10.2019).

Acquisition is one of the primary ways in which property rights arise. This is the way that the ownership of a thing first arises or regardless of the right of the previous owner of the thing. It is based not on previous property and succession relations, but on the totality of the circumstances referred to in Part 1 of Art. 344 of the Civil Code of Ukraine, namely: the presence of an entity capable of acquiring a certain entity; the legality of the object of ownership; bona fide seizure of another's property; open ownership; continuity of ownership; the absence of a rule of law on the restriction or prohibition of the acquisition of property right by the statute of limitations.

The article analyzes the legislation on the acquisition of title to the statute of limitations on the land plot. It has been shown that the acquisition of ownership right over the land prescription is regulated not only by the Civil Code of Ukraine, but also by the Land Code of Ukraine. Review of the case-law on the application of the provisions of Article 344 of the Civil Code of Ukraine on the acquisition of ownership of land, Article 119 of the Land Code of Ukraine testifies to the imperfection of the legislation on this issue, which leads to ambiguous interpretation of the provisions of the current legislation by the courts and sometimes to the adoption of laws decisions on agricultural land. After all, Article 344 of the Civil Code of Ukraine refers to the acquisition of ownership of a land plot by a court decision. In addition, in Article 119 of the Land Code of Ukraine we are talking about the general procedure for acquiring ownership of a land plot in accordance with Art. Art. 116, 118, 123 of the Land Code of Ukraine. The presence of all the necessary conditions (fair, open and continuous use of the person who is not the owner of the land for 15 years) gives the citizen the right to apply to the relevant authorities with a request for the transfer of this land to the property, and not to court. Therefore, the author is proposed to amend the current legislation (Article 344 of the Civil Code of Ukraine). Such changes will eliminate the ambiguity of the courts' interpretation of the grounds for the acquisition of property rights in terms of the statute of limitations on the land plot and the possibility of making illegal decisions.

Key words: statute of limitations, land, ownership.

УДК 346.544.6(477): 349.6 :006.32 (061.1 ЄС)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.30

Лариса Шевчук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

ЕКОЛОГІЧНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ ТА СТАНДАРТИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Стаття присвячена дослідженню новел правового регулювання організації та здійснення публічних закупівель у державі з метою адаптувати законодавство України до acquis Європейського Союзу на виконання Угоди про асоціацію. Проаналізовано екологічні стандарти Європейського Союзу й особливості їх закріплення в національному законодавстві України. Акцентовано увагу на комплексності сучасного екологічного законодавства й об'єктивній необхідності його поширення на регулювання не тільки екологічних, природоохоронних, природоресурсних і еколого-безпекових, але й інших суспільних відносин, зокрема у сфері публічних закупівель. Визначено співвідношення економічних, екологічних і соціальних критеріїв як складників сталого розвитку в законодавстві України про публічні закупівлі. Зазначено, що досягнення значних соціальних результатів можливе саме за допомогою дії екологічної складової частини сталого розвитку. Наголошено, що запровадження в Законі № 114–IX можливостей замовника встановлювати в тендерній документації в разі закупівлі товарів, робіт і послуг вимог до їхніх екологічних характеристик є результатом виконання Україною зобов'язань, взятих нашою державою згідно з Угодою про асоціацію, та здійснено для реалізації положень Директиви 2014/24/ЄС, яка містить ті стандарти Європейського Союзу, адаптацію яких повинна здійснити Україна. Вказано, що закріплення в Законі № 114–IX можливостей застосування екологічних критеріїв у разі закупівлі товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад і об'єднаних територіальних громад не повною мірою відповідає вимогам сьогодення щодо максимального впровадження раціонального, еколого-орієнтованого споживання в закупівельну сферу. Визначено, що посилення екологічної складової частини у процесі організації та здійснення публічних закупівель передбачає доцільність доповнення системи принципів, за якими здійснюються закупівлі, принципом екологічності. Обґрунтовано висновки, що визначення в законі екологічності як одного із принципів здійснення публічних закупівель не лише має велике засадниче та методологічне значення, а й окреслює перспективи його практичного застосування.

Ключові слова: публічні закупівлі, організація та здійснення публічних закупівель, закупівля товарів, робіт і послуг, Європейський Союз, сталий розвиток, принцип екологічності.

Постановка проблеми. Черговий етап реформування сфери публічних закупівель у нашій державі ознаменувався ухваленням 19 вересня 2019 р. Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель» № 114–IX (далі – Закон № 114–IX) [1], який набрав чинності 20 жовтня 2019 р. і з 19 квітня 2020 р. вводиться в дію (крім р. VI).

Названим нормативно-правовим актом, відповідно до задекларованої в його преамбулі мети – забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції в цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції, а також адаптування законодавства України до acquis Європейського Союзу на виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, – чинний Закон України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922–VIII (далі – Закон № 922–VIII) [2] викладено в новій редакції.

Серед низки новел, запроваджених Законом № 114–IX, на особливу увагу заслуговує посилення екологічної складової частини під час організації та здійсненні публічних закупівель в Україні. Саме цей аспект правового регулювання закупівельної діяльності є важливим свідченням реального наближення національного законодавства до стандартів ЄС із метою його узгодження з acquis Європейського Союзу.

Вітчизняній науково-правовій доктрині проблемам європейської інтеграції України

© Л. Шевчук, 2020

у сфері екологічного права загалом, а також раціонального, збалансованого природокористування і його принципів, сучасної державної екологічної політики й безпеки зокрема присвячені праці таких відомих учених, як: В.І. Андрейцев, Г.В. Анісімова, А.П. Гетьман, І.І. Каракаш, В.В. Костицький, М.В. Краснова, Т.Є. Харитонова, Ю.С. Шемшученко, М.В. Шульга.

Окремі питання розвитку екологічних аспектів національного законодавства в контексті міжнародної та європейської інтеграції висвітлені в дослідженнях А.Г. Бобкової, М.Я. Ващишин, П.О. Гвоздика, А.В. Духневича, В.В. Носіка.

Деякі проблеми адаптації законодавства України до стандартів ЄС у сфері публічних (державних) закупівель розглянуті у працях І.В. Влялька, О.Г. Турченко, О.П. Шатковського, С.О. Яременка й ін.

Мета статті полягає в теоретико-правовому обґрунтуванні необхідності закріплення в національному законодавстві у сфері публічних закупівель принципу екологічності в контексті євроінтеграції й адаптації законодавства України до acquis Європейського Союзу.

Виклад основного матеріалу. Низка зобов'язань, взятих нашою державою у зв'язку з укладанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію) [3], ратифікованої Законом України від 16 вересня 2014 р. № 1678–VII [4], зумовили потребу в суттєвому оновленні національного законодавства для наближення його до стандартів ЄС. Однією зі сфер, у якій Угодою про асоціацію передбачене співробітництво, є сфера закупівель.

На виконання ст. 152 «Планування адаптації законодавства» Угоди про асоціацію [3] розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 175-р була схвалена Стратегія реформування системи публічних закупівель («дорожня карта») і затверджений план заходів щодо її реалізації [5].

Останнім, зокрема, з метою адаптації національного законодавства до правил ЄС згідно з положеннями гл. 8 Угоди про асоціацію та додатків XXI-B, XXI-C, XXI-D, XXI-E до неї передбачалося: у рамках другого етапу (1 січня 2017 р. – 31 грудня 2018 р.) встановлення стандартів підтвердження якості продукції, робіт та послуг, методів управління господарською діяльністю, критеріїв екологічного виробництва тощо (ст. ст. 57, 58, 62 Директиви 2014/24/ЄС), а також у межах третього етапу (1 січня – 31 грудня 2019 р.) – адаптація до положень Директив 2014/24/ЄС та 89/665/ЄЕС згідно з додатками XXI-F, XXI-G, XXI-H до Угоди про асоціацію щодо: умов інтеграції соціальних і екологічних стандартів та вимог до виконавців контрактів або до продукції, що закуповується для державних потреб, як характеристик і елементів оцінки пропозицій у процедурах закупівлі (ст. ст. 74 і 77 Директиви 2014/24/ЄС); вимог і методів визначення вартості закуплених товарів, робіт і послуг із розрахунку їхнього повного життєвого циклу та додаткових витрат на екологічні, соціальні та технологічні наслідки використання відповідної продукції (ст. ст. 31, 68, 78–82 Директиви 2014/24/ЄС) [5].

Отже, щодо екологічних аспектів реформування публічних закупівель саме Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЕС [6] містить ті стандарти Європейського Союзу, адаптацію яких повинна здійснити Україна.

У цьому контексті варто зазначити прогресивність Директиви 2014/24/ЄС, яка акцентує увагу на скасуванні можливості присудження контракту (визначення переможця закупівлі), базуючись тільки на найнижчій ціні поданої пропозиції. Безумовно, ціна є одним із визначальних критеріїв, однак вона доповнюється й іншим показником – критерієм якості. Останній, у свою чергу, включає й екологічні показники, про що йдеться, зокрема, у ст. 92 Директиви 2014/24/ЄС: «При оцінці найкращого співвідношення ціни і якості замовникам слід визначити економічні та якісні критерії, пов'язані із предметом контракту, які вони будуть використовувати для цієї мети. Отже, ці критерії повинні дозволити провести порівняльну оцінку рівня ефективності, запропонованого кожним учасником процедури закупівлі з огляду на предмет контракту, як це визначено в технічних характеристиках. У контексті найкращого співвідношення «ціна – якість» у цій Директиві викладений неповний перелік можливих критеріїв присудження, які включають екологічні та соціальні аспекти. Замовників слід заохочувати обирати критерії присудження, що дозволяють отримувати високоякісні роботи, товари та послуги, які оптимально підходять для їхніх потреб» [6].

Загалом, як зазначено у ст. 91, ця Директива роз'яснює, яким чином замовники можуть внести вклад у захист навколишнього середовища та сприяння сталому розвитку, водночас гарантуючи, що вони можуть отри-

мати краще співвідношення ціни та якості для своїх контрактів [6].

На реалізацію положень Директиви 2014/24/ЄС Закон № 114–IX передбачив права замовника встановлювати в тендерній документації під час закупівлі товарів, робіт і послуг вимоги до їхніх якісних (зокрема, екологічних) характеристик, а також вимагати від учасників підтвердження того, що пропоновані ними товари, послуги чи роботи за своїми екологічними чи іншими характеристиками відповідають вимогам, установленим у тендерній документації (п. 3 ч. 2 ст. 22, ч. 3 ст. 23, ч. 5 ст. 23) [1].

Як вбачається із викладеного, європейський підхід до регулювання закупівельної сфери ґрунтується на концепції сталого розвитку, яка, у свою чергу, передбачає оптимальне поєднання економічних, екологічних і соціальних критеріїв (складників) для досягнення відповідних економічних, екологічних і соціальних результатів, що повинні тією чи іншою мірою регламентуватися в національному законодавстві України.

На необхідності вдосконалення екологічного законодавства України як важливого напряму становлення правової держави, її демократизації та системного узгодження механізму правового регулювання з потребами сталого соціально-економічного й еколого-політичного розвитку держави, становлення громадянського суспільства, для вирішення нагальних еколого-правових проблем, реагування на екологічні ризики і виклики природно-техногенного характеру аргументовано наголошує В.І. Андрейцев, мотивуючи це, крім іншого, необхідністю приведення його до рівня світових і європейських еколого-правових стандартів [7, с. 6, 11].

Повною мірою це положення стосується і правової регламентації сфери публічних закупівель, особливо зважаючи на комплексність сучасного екологічного законодавства й об'єктивну необхідність його поширення на регулювання не тільки екологічних, природоохоронних, природоресурсних і екологобезпекових, але й інших суспільних відносин, що неодноразово зазначалося в юридичній літературі [8, с. 4; 9, с. 63; 10, с. 6].

Водночас національне законодавство у профільному акті щодо регулювання закупівель для забезпечення потреб держави, територіальних громад і об'єднаних територіальних громад у товарах, роботах і послугах фактично зосереджується лише на двох критеріях – економічному та (з урахуванням положень Закону № 114–IX) меншою мірою на екологічному, практично упускаючи соціальний критерій.

Останній частково реалізується лише в нормах окремих статей Закону № 114–IX, які містять пряму вказівку на досягнення соціальних результатів. Прикладами можуть бути положення п. 8 ч. 7 ст. 3: «Придбання замовником товарів, робіт і послуг, вартість яких дорівнює або перевищує 50 тисяч гривень та є меншою за вартість, що встановлена в п. п. 1 та 2 ч. 1 цієї статті, здійснюється без застосування порядку проведення спрощених закупівель, встановленого цим Законом, у разі якщо закупівля товарів і послуг здійснюється в підприємств, громадських організацій, осіб з інвалідністю», а також ч. 2 ст. 23: «У разі якщо предмет закупівлі в подальшому буде використовуватися фізичними особами, технічні специфікації повинні складатися з урахуванням потреб осіб з інвалідністю або проектувальних вимог для врахування потреб усіх категорій користувачів» [1].

Водночас можна цілком обґрунтовано стверджувати, що соціальна складова частина сталого розвитку нерозривно пов'язана з екологічною, адже «деградація довкілля підвищує нерівність через несприятливий вплив на фізичний і духовний стан людей. У свою чергу, нерівність людського розвитку посилює екологічну деградацію, зокрема внаслідок несформованості в суспільстві відповідних моральних і етичних настанов» [11, с. 19].

Навіть більше, досягнення значних соціальних результатів можливе саме за допомогою дії екологічної складової частини сталого розвитку. На соціальній обумовленості сучасної екологічної політики наголошують і Ю.С. Шемшученко та В.В. Костицький, указуючи, що «проблема охорони довкілля як життєвого простору людини охоплює і охорону природи, і раціональне використання природних ресурсів, і забезпечення екологічної безпеки здоров'я та життя людини» [12, с. 67].

Зважаючи на це, запровадження в закупівельному законодавстві України екологічних критеріїв відповідно до стандартів Європейського Союзу є вкрай важливим і необхідним кроком на шляху сталого розвитку нашої держави, з огляду на потребу в оптимальному збалансуванні економічних, екологічних і соціальних складників національної сфери публічних закупівель.

На сучасному етапі реформування законодавства про закупівлі норм Закону № 114–IX щодо можливості замовника встановлювати в тендерній документації вимог до екологічних характеристик предмета закупівлі та права вимагати від учасників підтвердження відповідності екологічних

характеристик пропонованих товарів, робіт чи послуг вимогам, установленим у тендерній документації, недостатньо.

Зважаючи на це, для посилення екологічної складової частини у процесі організації та здійснення публічних закупівель доцільно доповнити систему принципів, за якими здійснюються закупівлі, принципом екологічності, закріпити його в ч. 1 ст. 5 Закону № 114–IX («Принципи здійснення публічних закупівель та недискримінація учасників») [1].

Визначення екологічності як одного із принципів здійснення публічних закупівель не лише має велике засадниче та методологічне значення, але й окреслює перспективи його практичного застосування, а саме під час розгляду скарг стосовно закупівель Антимонопольним комітетом України (як органом оскарження) та вирішенні відповідних спорів судами.

Зокрема, Верховний Суд під час оцінювання аргументів учасників справи, висновків судів першої й апеляційної інстанцій і увхаленні відповідних рішень неодноразово посилається не лише на порушення замовниками та/або учасниками закупівель прямих норм закону, але й на недотримання (порушення) його принципів [1]. Така правова позиція Верховного Суду викладена, наприклад, у його постановах від 26 лютого 2019 р. (справа № 925/683/18), від 12 вересня 2019 р. (справа № 915/1868/18), від 7 листопада 2019 р. (справа № 910/16309/18), від 23 січня 2020 р. (справа № 908/1066/19), від 23 січня 2020 р. (справа № 907/788/18).

Отже, необхідність закріплення принципу екологічності в закупівельному законодавстві України з метою адаптації його до стандартів Європейського Союзу видається очевидною й додатково підкріплюється висловленою юристами-екологами позицією стосовно того, що «у правових і методичних документах, прийнятих на рівні ЄС, однак, процес адаптації не обмежується лише формальним перенесенням в національне законодавство вимог acquis. Для позитивного висновку про те, що та чи інша держава адаптувала свою правову систему до європейської, потрібно, щоб відповідні правові норми були впроваджені в життя. Необхідно продемонструвати, що держава має управлінські та юридичні можливості для застосування acquis. Таким чином, механізм адаптації законодавства <...> із правом ЄС повинен слідувати за такою схемою: 1) розробка та прийняття національних законодавчих актів, адаптованих до вимог acquis; 2) їх практичне впровадження; 3) примусові заходи до виконання встановлених вимог; 4) можливість оцінки досягнутих результатів (ефективність законодавства)» [14, с. 554].

Висновки

Викладене дозволяє дійти висновку, що сталий розвиток України в умовах євроінтеграції зумовлює необхідність адаптації національного законодавства у сфері публічних закупівель до acquis Європейського Союзу загалом та його екологічної складової частини зокрема.

Однак закріплення в Законі № 114–IX можливостей застосування екологічних критеріїв під час закупівлі товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад і об'єднаних територіальних громад не повною мірою відповідає вимогам сьогодення щодо максимального впровадження раціонального, еколого-орієнтованого споживання в закупівельну сферу. Посилення екологічного спрямування національного правового регулювання закупівельної діяльності для подальшого його наближення до стандартів ЄС визначає потребу в закріпленні в Законі № 114–IX принципу екологічності як однієї із засад здійснення публічних закупівель. Можна прогнозувати, що цей принцип не тільки засвідчуватиме чіткість позиції України щодо комплексного впровадження екологічних підходів у регламентацію закупівель, але й виступатиме орієнтиром у правозастосовній діяльності у вказаній сфері.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель : Закон України від 19 вересня 2019 р. № 114–IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114-20 (дата звернення: 31.01.2020).

2. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922–VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19 (дата звернення: 31.01.2020).

3. 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 червня 2014 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 31.01.2020).

4. 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.

5. Про Стратегію реформування системи публічних закупівель («дорожню карту») : розпорядження Кабінету Міністрів

України від 24 лютого 2016 р. № 175-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/175-2016-%D1%80 (дата звернення: 31.01.2020).

6. Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЕС. *Збірник Директив ЄС з питань державних закупівель*. 2015. URL: https://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf (дата звернення: 31.01.2020).

7. Андрейцев В.І. Удосконалення екологічного законодавства : концептуальні засади. *Досвід і проблеми вдосконалення екологічного законодавства :* матеріали Міжнародного круглого столу, 14 грудня 2012 р., м. Дніпропетровськ. Дніпропетровськ, 2012. С. 5–27. URL: http://ir.nmu.org.ua/bitstream/handle/123456789/147314/5-28.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 31.01.2020).

8. Гетьман А.П. Верховенство права в інституті управління природокористуванням та охороною довкілля. *Екологічне право України*. 2017. № № 3–4. С. 2–8.

9. Краснова Ю.А. Концепція формування права екологічної безпеки України. *Екологічне право України*. 2017. № № 3–4. С. 61–66.

10. Андрейцев В.І. Екологічне право України: проблеми інтеграції та диференціації. *Проблеми інтеграції та диференціації в екологічному праві :* матеріали Всеукраїнського науково-практичного круглого столу, 25 вересня 2014 р., м. Дніпропетровськ. Дніпропетровськ : НГУ, 2014. С. 5–33.

11. Національна парадигма сталого розвитку України / за заг. ред. Б.Є. Патона. Київ : Державна установа «Інститут економіки природокористування та сталого розвитку Національної академії наук України», 2012. 72 с.

12. Шемшученко Ю.С., Костицький В.В. Про соціальну обумовленість сучасних проблем теорії та методології екологічного права. *Екологічне право України*. 2017. № № 1–2. С. 66–74.

13. Дані Єдиного державного реєстру судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/80118364; http://reyestr.court.gov.ua/Review/84214804; http://reyestr.court.gov.ua/Review/85617578; http://reyestr.court.gov.ua/Review/87150941; http://reyestr.court.gov.ua/Review/87118364 (дата звернення: 31.01.2020).

14. Проблеми права екологічної безпеки : навчальний посібник / М.В. Краснова та ін. ; за заг. ред. М.В. Краснової, Р.С. Кіріна ; відп. ред. В.І. Андрейцев ; М-во освіти і науки України ; Київ. нац. ун-т ; Нац. гірн. ун-т. Дніпро : НГУ, 2016. 575 с.

The article is devoted to the study of the novelties of legal regulation of the organization and implementation of public procurement in the country in order to adapt the legislation of Ukraine to the acquis of the European Union to implement the Association Agreement. Environmental standards of the European Union and peculiarities of their consolidation in the national legislation of Ukraine are analyzed. Emphasis is placed on the complexity of modern environmental legislation and the objective need to extend it to regulate not only environmental, environmental, environmental and environmental safety, but also other public relations, including in the field of public procurement. The correlation of economic, environmental and social criteria as constituents of sustainable development in the legislation of Ukraine on public procurement is determined. It is stated that the achievement of significant social results is possible through the environmental component of sustainable development. It is emphasized that the introduction in the Law № 114–IX of the ability of the customer to set in the tender documentation when purchasing goods, works and services the requirements for their environmental characteristics is the result of Ukraine's fulfillment of the obligations undertaken by our state under the Association Agreement and implemented to implement the provisions of the Directive 2014/24/ EU, which contains those EU standards that Ukraine must adapt to. It is stated that the fixing in the Law № 114–IX of the possibility of applying ecological criteria in the procurement of goods, works and services to meet the needs of the state, territorial communities and united territorial communities does not fully meet the requirements of today with regard to maximizing the implementation of rational, environmentally oriented consumption procurement area. It is determined that enhancing the environmental component in the process of organizing and conducting public procurement implies the expediency of supplementing the system of procurement principles with the principle of environmental friendliness. It is substantiated that the definition of environmental law as one of the principles of public procurement is not only important in principle and methodological importance, but also outlines the prospects for its practical application.

Key words: public procurement, organization and implementation of public procurement, procurement of goods, works and services, European Union, sustainable development, principle of environmental friendliness.

УДК 342.56:35
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.31

В'ячеслав Бойко,
канд. юрид. наук, докторант
Науково-дослідного інституту публічного права

ПОНЯТТЯ СУДДІВСЬКОЇ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ

У статті визначено, що під поняттям суддівської публічної адміністрації слід розуміти адміністративно-управлінську діяльність органів державної влади та інших органів суддівського самоврядування, що здійснюють основні функції для забезпечення ефективного функціонування судової гілки влади та здійснення справедливого правосуддя. З'ясовано, що адміністративно-управлінська діяльність органів державної влади спрямована на: забезпечення незалежності та неупередженості судової гілки влади; видання адміністративних актів (видання підзаконних нормативно-правових актів й індивідуальних адміністративних актів); укладення адміністративних договорів; учинення інших юридично значущих дій; здійснення матеріально-технічних операцій; формування кадрового забезпечення суддів, переведення суддів та забезпечення їх високого кваліфікаційного рівня; різного роду організаційне забезпечення роботи суду; здійснення нагляду за самостійністю судів та незалежністю суддів на внутрішньому рівні; запобігання протиправним посяганням на суддів та здійснення всіх інших заходів, що стосуються безпеки суддів, членів їхніх сімей та працівників суду. Наголошено, що суд – це орган державної влади, який здійснює правосуддя залежно від типу справ (кримінальних, адміністративних, цивільних, господарських та інших справ, передбачених законом України). Доведено, що до компетенції адміністративної діяльності Державної Судової адміністрації щодо адміністративно-правового забезпечення діяльності судів варто віднести такі складники її діяльності, як видання адміністративних актів (видання підзаконних нормативно-правових актів й індивідуальних адміністративних актів); укладення адміністративних договорів; учинення інших юридично значущих дій; здійснення матеріально-технічних операцій. Зроблено висновок, що суддівська публічна адміністрація поділяється на такі державні органи: 1) Вища рада правосуддя; 2) Вища кваліфікаційна комісія суддів; 2) Державна судова адміністрація; 3) Рада суддів України; 4) апарат суду; 5) служба судової охорони.

Ключові слова: державний орган, ефективність, зміст, незалежність, поняття, публічна адміністрація, судова влада.

Актуальність теми. Судова влада є самостійною та незалежною гілкою влади, яка функціонує з метою забезпечення прав, свобод та законних інтересів осіб, суспільства та держави в цілому. В умовах проведення судової реформи органи судової влади перебувають у площині змін, які відповідають євроінтеграційному напряму. Ці зміни певною мірою спрямовані на належне забезпечення судочинства, адже стан адміністративно-правового забезпечення судової влади перебуває не на високому рівні, що негативно вливає на рівень здійснення судочинства та на ефективність функціонування правосуддя загалом.

Таким чином, поняття суддівської публічної адміністрації викликає науковий інтерес, оскільки публічна адміністрація забезпечує функціонування судової влади в цілому.

Огляд останніх досліджень. До проблематики визначення поняття суддівської публічної адміністрації зверталися такі вчені-юристи: С. Бондар, А. Борко, О. Гумін, О. Дручек, Р. Ігонін, І. Ієрусалімова, О. Клименко, Я. Лазур, Н. Литвин, А. Олійник, І. Прошутя, К. Степаненко, К. Толкачов та інші. Проте аналізованих нами питань вони торкалися лише побічно, досліджуючи інші, більш загальні, спеціальні чи суміжні проблеми.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі праць вчених-юристів, теорії права та чинного законодавства сформувати поняття суддівської публічної адміністрації.

Виклад основного матеріалу. Формування поняття суддівської публічної адміністрації має довгий історичний шлях, однак в умовах сьогодення воно вимагає новітнього ґрунтовного наукового аналізу. Згідно з академічним тлумачним словником української мови поняття – це одна із форм мислення, результат узагальнення суттєвих ознак об'єкта дійсності; розуміння кимсь чогонебудь, що склалося на основі якихось відомостей, власного досвіду [1].

© В. Бойко, 2020

Таким чином, щоб сформувати поняття суддівської публічної адміністрації, нам потрібно з'ясувати її суттєві ознаки як об'єкта дійсності та основні значимі відомості.

У сучасній правовій системі України врегулювання питань правового забезпечення судової влади є гібридним, коли, з погляду вчених юридичного факультету Гарвардського університету, норми конституційного права переважають під час призначення суддів, а норми адміністративного права беруть на себе основну забезпечувальну функцію для судової влади [2; 3].

Відповідно до тлумачного словника української мови, суд – це державний орган, який розглядає цивільні, кримінальні та деякі адміністративні справи; розгляд цивільної або кримінальної справи; судовий процес [1]. Суд – орган, що здійснює правосуддя у формі розгляду і вирішення цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних і інших категорій справ у встановленому законом конкретної держави процесуальному порядку. Судочинство – встановлений законом або звичаєм порядок і форма вчинення судових дій у межах завдань судів у здійсненні правосуддя. Цей порядок, як правило, регулює порядок розгляду справ у суді, порядок знайдення істини по справі, розрахунок судових витрат та інших можливих сплат тощо. Іншими словами, судочинство – це виключна професійна діяльність судів з відправлення правосуддя [4].

Відповідно до вищезазначеного, суд – це орган державної влади, який здійснює правосуддя залежно від типу справ (кримінальних, адміністративних, цивільних, господарських та інших справ, передбачених законом України).

У своїх наукових працях В. Галунько зазначає, що суб'єкти публічного адміністрування (публічна адміністрація) мають певну організаційну структуру публічного адміністрування, під якою розуміється органічно єдина та чинна система органів державного управління, передусім органів виконавчої влади та владних структур місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, а також установ, організацій, окремих недержавних структур, які відповідно до законодавства здійснюють публічні управлінські функції з метою задоволення публічного інтересу [5]. Нині до суб'єктів публічної адміністрації належать: 1) органи виконавчої влади; 2) органи місцевого самоврядування; 3) об'єднання громадян та інші суб'єкти під час здійснення делегованих через закон адміністративних функцій; 4) посадові й службові особи всіх вищезазначених суб'єктів [6].

Публічна адміністрація є сукупністю державних і недержавних суб'єктів публічної влади, ключовими структурними елементами котрої є, по-перше, органи державної виконавчої влади і, по-друге, виконавчі органи місцевого самоврядування. Суб'єкти публічної адміністрації здійснюють певний цілеспрямований вплив на ті сфери життєдіяльності суспільства, які потребують такого впливу, з метою узгодження та задоволення інтересів як держави, так і суспільства. Під поняттям «публічна адміністрація» слід розуміти систему органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації та інші суб'єкти, наділені адміністративно-управлінськими функціями, які діють з метою забезпечення як інтересів держави, так і інтересів суспільства в цілому, а також сукупність цих адміністративно-управлінських дій та заходів, встановлених законом [7].

Ознаки публічної адміністрації: 1) це певним чином узгоджена і організована система органів; 2) суб'єктом виступає держава в особі органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування; 3) складовими елементами системи виступають також державні заклади, організації, установи; 4) публічна адміністрація спирається на владні повноваження, виконує адміністративно-управлінські функції; 5) діяльність публічної адміністрації поширюється на все суспільство; 6) метою діяльності виступає забезпечення інтересів як держави, так і суспільства в цілому, а не окремих громадян і соціальних груп; 7) щодо методів впливу, то, окрім комплексу правових, політичних, економічних методів і засобів, застосовується і примус за допомогою правоохоронних органів [7].

Таким чином, публічна адміністрація – це структурована, цілісна система органів державної влади, що наділена адміністративно-управлінськими функціями та діє задля забезпечення прав свобод та законних інтересів суспільства, а також держави в цілому.

На нашу думку, суддівську публічну адміністрацію можна поділити на такі державні органи: 1) Вища рада правосуддя; 2) Вища кваліфікаційна комісія суддів; 3) Державна судова адміністрація; 4) Рада суддів України; 5) апарат суду; 6) служба судової охорони. Далі ми розглянемо їх детальніше.

Основним органом суддівської публічної адміністрації в Україні є Державна судова адміністрація України. Відповідно до ст. 151 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII, Державна судова адміністрація України

є державним органом у системі правосуддя, який здійснює організаційне та фінансове забезпечення діяльності органів судової влади у межах повноважень, установлених законом. Державна судова адміністрація України підзвітна Вищій раді правосуддя у межах, визначених законом. Державна судова адміністрація України має територіальні управління. Рішення про утворення територіальних управлінь та визначення їх кількості приймається Державною судовою адміністрацією України за погодженням з Вищою радою правосуддя. Правовий статус посадових осіб Державної судової адміністрації України, її територіальних управлінь визначається Законом України «Про державну службу». Державна судова адміністрація України є юридичною особою, має печатку із зображенням Державного Герба України та своїм найменуванням, самостійний баланс та рахунки в органах Державної казначейської служби України [8].

Крім того, згідно зі статтею 152 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів». Державна судова адміністрація України: 1) представляє суди у відносинах із Кабінетом Міністрів України та Верховною Радою України під час підготовки проекту закону про Державний бюджет України на відповідний рік у межах повноважень, визначених цим Законом; 2) забезпечує належні умови діяльності судів, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Національної школи суддів України та органів суддівського самоврядування в межах повноважень, визначених цим Законом; 3) вивчає практику організації діяльності судів, розробляє і вносить у встановленому порядку пропозиції щодо її вдосконалення; 4) вивчає кадрові питання апарату судів, прогнозує потребу у спеціалістах, здійснює замовлення на підготовку відповідних спеціалістів; 5) забезпечує необхідні умови для підвищення кваліфікації працівників апарату судів, створює систему підвищення кваліфікації; 6) організовує роботу з ведення судової статистики, діловодства та архіву; контролює стан діловодства в судах; 7) готує бюджетний запит; 8) організовує комп'ютеризацію судів для здійснення судочинства, діловодства, інформаційно-нормативного забезпечення судової діяльності та забезпечення функціонування Єдиної судової інформаційної (автоматизованої) системи; забезпечує суди необхідними технічними засобами фіксування судового процесу в межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України на фінансування відповідних судів; 9) забезпечує впровадження електронного суду; здійснює заходи щодо організації обміну електронними документами між судами та іншими державними органами і установами; 10) забезпечує ведення Єдиного державного реєстру судових рішень та Реєстру електронних адрес органів державної влади, їх посадових та службових осіб, забезпечує функціонування системи відеоконференцзв'язку для участі осіб у засіданні суду в режимі відеоконференції; 11) взаємодіє з відповідними органами та установами, в тому числі інших держав, з метою вдосконалення організаційного забезпечення діяльності судів; 12) розробляє та затверджує за погодженням із Вищою радою правосуддя Типове положення про апарат суду; 13) організовує діяльність служби судових розпорядників; 14) контролює діяльність Служби судової охорони; 15) затверджує положення про бібліотеку суду; 16) здійснює управління об'єктами державної власності, що належать до сфери управління Державної судової адміністрації України; 17) здійснює інші повноваження, визначені законом [8].

До правових форм діяльності Державної судової адміністрації України О. Краснобоpов відносить видання нормативно-правових актів, виконання інших юридично значущих дій та укладення адміністративних договорів. До організаційних форм діяльності Державної судової адміністрації України відносить заходи, спрямовані на оптимізацію відносин щодо інформаційного, кадрового, матеріально-технічного та фінансового забезпечення. Це зміцнення взаємодії ДСА України з іншими державними органами, органами місцевого самоврядування, громадськістю; підвищення ролі та відповідальності ДСА України у вирішенні проблем здійснення судами незалежного правосуддя; подальший розвиток і вдосконалення системи нормативно-правових актів, а також здійснення систематизації та оновлення нормативної бази, що стосується організаційного забезпечення діяльності судів загальної юрисдикції тощо [9].

Зокрема, державна судова адміністрація є основним органом публічної адміністрації, який має специфічну юридичну природу, не входячи в систему органів виконавчої влади, який здійснює виконавчо-розпорядчі функції в системі судової влади, у порядку, визначеному законодавством, здійснює організаційне та фінансове забезпечення діяльності органів судової влади з метою створення належних умов здійснення судочинства, надання фізичним і юридичним особам адміністративних послуг, а також забезпечення законних інтересів держави та суспільства загалом. Основні завдання Державної судової адміністрації полягають у здійсненні

організаційного забезпечення функціонування суду та забезпечення фінансування органів судової влади, суддівського самоврядування, а також усіх інших суб'єктів публічної адміністрації, які виконують свої повноваження у сфері здійснення правосуддя [10].

До компетенції адміністративної діяльності Державної Судової адміністрації щодо адміністративно-правового забезпечення діяльності судів варто віднести такі складники її діяльності, як видання адміністративних актів (видання підзаконних нормативно-правових актів й індивідуальних адміністративних актів); укладення адміністративних договорів; учинення інших юридично значущих дій; здійснення матеріально-технічних операцій.

Наступним органом, що належить до публічної адміністрації, є Вища рада правосуддя. Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про Вищу раду правосуддя», Вища рада правосуддя є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування, який діє в Україні на постійній основі для забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів [11].

Таким чином, основним завданням Вищої Ради Правосуддя є забезпечення незалежності та неупередженості судової гілки влади.

Вища кваліфікаційна комісія суддів України є державним органом суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України. Вища кваліфікаційна комісія суддів України: 1) веде облік даних про кількість посад суддів у судах, у тому числі вакантних; 2) проводить добір кандидатів для призначення на посаду судді, у тому числі організовує проведення щодо них спеціальної перевірки відповідно до закону та приймає кваліфікаційний іспит; 3) вносить до Вищої ради правосуддя рекомендацію про призначення кандидата на посаду судді; 4) вносить рекомендацію про переведення судді відповідно до цього Закону, крім переведення як дисциплінарної санкції; 5) визначає потреби у державному замовленні на професійну підготовку кандидатів на посаду судді у Національній школі суддів України; 6) затверджує форму і зміст заяви про участь у доборі кандидатів на посаду судді, анкети кандидата на посаду судді, порядок складення відбіркового іспиту та методику оцінювання його результатів, порядок проходження спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді, порядок складення кваліфікаційного іспиту та методику оцінювання кандидатів, положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, порядок формування і ведення суддівського досьє (досьє кандидата на посаду судді) та інші процедури виконання Комісією її функцій; 7) проводить кваліфікаційне оцінювання; 8) забезпечує ведення суддівського досьє, досьє кандидата на посаду судді; 9) бере у межах компетенції участь у міжнародному співробітництві, у тому числі встановлює зв'язки з іноземними закладами, установами та організаціями, проектами міжнародної технічної допомоги, є бенефіціаром, реципієнтом міжнародної технічної допомоги, головним розпорядником міжнародної допомоги від іноземних держав, банків і міжнародних фінансових організацій; 10) здійснює інші повноваження, визначені законом [8].

Вища кваліфікаційна комісія суддів України є відповідальним органом за формування кадрового забезпечення суддів, переведення суддів та забезпечення їх високого кваліфікаційного рівня.

Згідно зі статтею 155 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів», апарат суду здійснює організаційне забезпечення роботи суду. Керівник апарату суду несе персональну відповідальність за належне організаційне забезпечення суду, суддів та судового процесу, функціонування Єдиної судової інформаційної (автоматизованої) системи, інформує збори суддів про свою діяльність. Збори суддів можуть висловити недовіру керівнику апарату суду, що має наслідком звільнення його з посади. Правовий статус працівників апарату суду визначається Законом України «Про державну службу». Структура і штатна чисельність апаратів місцевих судів за погодженням із головою суду затверджуються відповідним територіальним управлінням Державної судової адміністрації України, апаратів апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів – Державною судовою адміністрацією України за погодженням з головою суду в межах видатків на утримання відповідного суду. В апараті вищого спеціалізованого суду утворюється самостійний структурний підрозділ для організаційного забезпечення роботи апеляційної палати цього суду, діяльність якого підконтрольна і керівник якого підпорядковується голові апеляційної палати вищого спеціалізованого суду. Цей підрозділ з питань забезпечення діяльності апеляційної палати не підпорядковується керівнику апарату вищого спеціалізованого суду. В апараті суду утворюється канцелярія,

яка щоденно протягом робочого часу суду забезпечує прийняття та реєстрацію документів, що подаються до відповідного суду. Канцелярія також виконує інші завдання, визначені положенням, затвердженим керівником апарату відповідного суду. До штату апарату судів входять також секретарі судового засідання, наукові консультанти та судові розпорядники. Наукові консультанти повинні мати науковий ступінь [8].

Таким чином, апарат суду служить для різного роду організаційного забезпечення роботи суду.

Головне завдання Ради суддів України – здійснювати заходи щодо забезпечення незалежності суддів. Суддівське самоврядування є однією з гарантій забезпечення самостійності судів і незалежності суддів. Відповідно до своєї компетенції Рада суддів України: 1) розробляє та організовує виконання заходів щодо забезпечення незалежності судів і суддів, поліпшення стану організаційного забезпечення діяльності судів; 2) розглядає питання правового захисту суддів, соціального захисту суддів та їхніх сімей, приймає відповідні рішення з цих питань; 3) здійснює контроль за організацією діяльності судів, заслуховує з цих питань Голову Державної судової адміністрації України, його заступників, керівників структурних підрозділів і територіальних управлінь Державної судової адміністрації України; 4) звертається з пропозиціями щодо питань діяльності судів до органів державної влади та органів місцевого самоврядування; 5) затверджує зразки посвідчень судді, судді у відставці; 6) здійснює контроль за додержанням вимог законодавства щодо врегулювання конфлікту інтересів у діяльності суддів, Голови чи членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Голови Державної судової адміністрації України чи його заступників; приймає рішення про врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів у діяльності зазначених осіб (у разі якщо такий конфлікт не може бути врегульований у порядку, визначеному процесуальним законом) [12].

Згідно із вищезазначеним Рада суддів України здійснює нагляд за самостійністю судів та незалежністю суддів на внутрішньому рівні.

Відповідно, Служба судової охорони: 1) забезпечує пропуск осіб до будинків (приміщень) судів, органів та установ системи правосуддя та на їх територію транспортних засобів; 2) забезпечує підтримання та реагує на порушення громадського порядку при розгляді справ судом, вживає заходів до припинення проявів неповаги до суду; 3) здійснює заходи з охорони, забезпечення недоторканності та цілісності приміщень судів, органів і установ системи правосуддя, недоторканності та цілісності розташованого у таких приміщеннях майна, запобігання, недопущення чи припинення протиправних дій щодо нього; 4) здійснює заходи із запобігання загрозам особистій безпеці суддів, членів їхніх сімей, працівників суду, а також у суді – учасників судового процесу, виявлення та нейтралізації таких загроз; вживає у разі надходження від судді відповідної заяви необхідних заходів для забезпечення безпеки судді, членів його сім'ї; 5) реагує в межах наданих законом повноважень на протиправні дії, пов'язані із посяганням на суддів, членів їх сімей, працівників суду, учасників судового процесу [8].

Отже, служба судової охорони діє з метою запобігання протиправним посяганням на суддів та здійснює всі інші заходи, що стосуються безпеки суддів, членів їхніх сімей та працівників суду.

Висновки

Отже, поняття суддівської публічної адміністрації слід розуміти адміністративно-управлінську діяльність органів державної влади та інших органів суддівського самоврядування, що здійснюють основні функції для забезпечення ефективного функціонування судової гілки влади та здійснення справедливого правосуддя, а саме: забезпечення незалежності та неупередженості судової гілки влади; видання адміністративних актів (видання підзаконних нормативно-правових актів й індивідуальних адміністративних актів); укладення адміністративних договорів; учинення інших юридично значущих дій; здійснення матеріально-технічних операцій; формування кадрового забезпечення суддів, переведення суддів та забезпечення їх високого кваліфікаційного рівня; виконання різного роду організаційного забезпечення роботи суду; здійснення нагляду за самостійністю судів та незалежністю суддів на внутрішньому рівні; запобігання протиправним посяганням на суддів та здійснення всіх інших заходів, що стосуються безпеки суддів, членів їхніх сімей та працівників суду.

На нашу думку, суддівська публічна адміністрація поділяється на такі державні органи: 1) Вища рада правосуддя; 2) Вища кваліфікаційна комісія суддів; 2) Державна судова адміністрація; 3) Рада суддів України; 4) апарат суду; 5) служба судової охорони.

Список використаних джерел:

1. Білодід І. Словник української мови : в 11 томах. Том 7. Київ, 1976. С. 168.
2. Garoupa N., Ginsburg T. Hybrid judicial career structures: reputation versus legal tradition. *Journal of Legal Analysis (Winter 2011)*. № 3 (2). P. 411-448.
3. Рудниченко С. Адміністративно-правовий статус державної судової адміністрації України. URL: http://vjhr.sk/archive/2016_5/part_1/27.pdf (дата звернення: 01.12.2019).
4. Суд. Матеріал з Вікіпедії – вільної енциклопедії. 2019. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%83%D0%B4 (дата звернення: 01.12.2019).
5. Галунько В. Публічна адміністрація і публічний інтерес. URL: http://sipl.com.ua/?p=1417 (дата звернення: 11.12.2019).
6. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. 2-ге вид. Херсон: Олді-плюс, 2019. 520 с.
7. Публічна адміністрація та її органи. *Студопедія*. URL: https://studopedia.org/14-10845.html (дата звернення: 11.12.2019).
8. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 7 липня 2010 р. № 2453VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 41.
9. Красноборов О. Адміністративно-правові засади діяльності Державної судової адміністрації України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2010. 19 с.
10. Бойко В. Роль і місце державної судової адміністрації України у забезпеченні діяльності місцевих судів: адміністративно-правові аспекти. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2016. № 1. С. 48-56.
11. Про Вищу раду правосуддя : Закон України від 21.12.2016 № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2017. № 7-8. Ст. 50.
12. Про раду суддів України / офіційний веб-сайт ради суддів України. 2019. URL: http://rsu.gov.ua/ua/pro-rsu (дата звернення: 11.12.2019).

The article stipulates that the concept of a judge's public administration should be understood as the administrative and managerial activity of state authorities and other bodies of judicial self-government, which carry out the main functions for the effective functioning of the judicial branch of power and the implementation of just justice. It has been found out that administrative activity of public authorities is aimed at: ensuring independence and impartiality of the judicial branch of government; issuance of administrative acts (publication of by-laws, regulations and individual administrative acts); conclusion of administrative contracts; committing other legally significant actions; implementation of logistical operations; formation of staffing of judges, transfer of judges and ensuring their high qualification level; performing various kinds of organizational support for the work of the court; supervise the independence of the courts and the independence of judges at the internal level; the prevention of unlawful encroachment on judges and the implementation of all other measures concerning the safety of judges of their families and court staff. It is emphasized that the court is a public authority, which administers justice depending on the type of cases (criminal, administrative, civil, commercial and other cases envisaged by the law of Ukraine). It is proved that the competence of the administrative activity of the State Judicial Administration concerning the administrative and legal support of the activity of the courts should include such external factors of its activity, such as the issuance of administrative acts (the issuance of subordinate legal acts and individual administrative acts); conclusion of administrative contracts; committing other legally significant actions; implementation of logistical operations. It is concluded that the judicial public administration is to be divided into the following state bodies: 1) the High Council of Justice; 2) the High Qualifications Commission of Judges; 2) State Judicial Administration; 3) the Council of Judges of Ukraine; 4) court apparatus; 5) judicial protection service.

Key words: state authority, efficiency, content, independence, concept, public administration, judiciary.

УДК 342.56:375
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.32

Ганна Васіна,
здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права

ІСТОРИЧНІ І ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИТОКІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА УКРАЇНИ ТА ІСПАНІЇ

У статті здійснена компаративістична характеристика історичних і правових аспектів витоків адміністративного права України й Іспанії. Виявлено й узагальнено, що в останні сто років Іспанія й України пройшли складний і дещо схожий шлях державного будівництва та розвитку теорії і практики адміністративного права. Однак Іспанія розпочала його на шістнадцять років раніше й у більш слушний момент (1975 р.). Це дозволило їй досягти кращих результатів. Однак сучасне адміністративне право України й Іспанії стає усе більше схожим, адже воно базується на спільних цінностях ЄС та стандартах НАТО. Визначено, що зародження адміністративного права в російській імперії здійснювалось під безпосереднім впливом німецького адміністративного права. Адже значна частина професорів у російській імперії були німецького походження. Не була винятком із цього правила і юриспруденція. Це сталося в кінці XIX – на початку XX століття, коли в російській імперії адміністративне право почало поступово витісняти поліцейське. З'ясовано, що на початку свого зародження адміністративне право Іспанії увібрало у себе положення класичного адміністративного права Франції початку XIX століття. Адміністративне право України – положення російського адміністративного права, яке у свою чергу будувалось на положеннях німецького адміністративного права початку XX століття. В Україні в період 1932-1933 років радянський режим заморив голодом більше п'яти з половиною мільйонів українців. Це йому вдалось зробити з погляду права, тому що грубо порушувалось право власності, коли в процесі колективізації було вилучено в українських селян майно та земля. А потім у створених на цих землях колективних господарствах (колгоспах) із застосовуванням насилля був вилучений увесь урожай. З'ясовано, що об'єднує адміністративне право України й Іспанії в тридцятих – сорокових роках XX століття – це те, що адміністративно-правові норми забезпечували протиправні режими: в Україні – радянський, в Іспанії – національно-католицький Франко. Хоча важко з погляду сучасного розуміння називати ті загальнообов'язкові правила поведінки нормами права. І в першому, і в другому випадку це було протиправне адміністративне законодавство, яке грубо порушувало права і свободи людей.

Ключові слова: витоки адміністративного права, Європейський Союз, Іспанія, історичні і правові аспекти, компаративістична характеристика, стандарти НАТО, Україна.

Постановка проблеми. В умовах сьогодення більшість європейських держав входять чи мають бажання увійти до складу єдиної сім'ї – Європейського Союзу. Адже саме в такому союзі проявляються найкращі чинники демократії, верховенства права, соціального захисту громадян. До ЄС зараз прямує й український народ: Уряд підписав, а Парламент ратифікував Угоди про Асоціації між Україною і ЄС. Проте на цьому шляху Україну чекає ще багато викликів. Тому цікавим і водночас повчальним у цьому аспекті буде аналіз досвіду демократичної, правової держави, яка порівняно недавно розпочала шлях до демократії, – Іспанії, здійснення компаративістичної характеристики адміністративного права України та Іспанії.

Огляд останніх досліджень. До теорії і практики компаративістики звертали свої наукові погляди деякі вітчизняні вчені-адміністративісти. Серед них слід виділити В. Аверянова, С. Бандуру, О. Бандурку, В. Галунька, О. Кресіна, О. Кузьменко, Ю. Лемішко, Є. Павліченко, О. Погрібного, А. Саідова, О. Тихомирова, К. Шенбергера та ін. Проте вони безпосередньо проблематикою компаративістичного аналізу адміністративного права України й Іспанії не займалися, а зосереджували увагу на більш загальних спеціальних чи суміжних викликах.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі теорії адміністративного права України та Іспанії, національних законодавств, думок із цієї проблематики вчених у галузі адміністративного права виявити, проаналізувати історичні і правові аспекти витоків адміністративного права України й Іспанії та здійснити їх компаративістичну характеристику.

© Г. Васіна, 2020

Виклад основного матеріалу. Насамперед треба звернути увагу на те, що як адміністративне право Іспанії, так і адміністративне право України розвивалось у межах романо-германської правової сім'ї, континентальної Європи. У ній, як відомо, основним джерелом права є норма права, а зовнішнім її виразом – адміністративно-правові акти. Однак у витоках адміністративного права цих держав існують і значні відмінності.

По-перше, адміністративне право Іспанії із самого зародження увібрало в себе усі класичні положення французької моделі адміністративного права ще на початку XIX століття. Більш того, деякий вплив на розвиток адміністративного права Іспанії мав й англійський його варіант [1].

Українському адміністративному праву пощастило менше. На відміну від іспанських земель, українські ніколи не були під впливом Франції. Навіть під час російського походу 1812 року війська Наполеона не заходили на територію України. Адміністративне право України почало зароджуватися на століття пізніше, ніж в Іспанії, і в процесі входження українських земель до складу російської імперії.

У свою чергу зародження адміністративного права в російській імперії здійснювалось під безпосереднім впливом німецького адміністративного права. Адже значна частина професорів у російській імперії були німецького походження. Не була винятком із цього правила і юриспруденція. Це сталося наприкінці XIX – на початку XX століття, коли в російській імперії адміністративне право почало поступово витісняти поліцейське. Як стверджували вчені-адміністративісти тієї доби, поліцейське право забезпечує потреби поліцейської держави, а адміністративне право – потреби правової держави [2].

Іншими словами, положення класичного французького адміністративного права, на відміну від Іспанії, потрапили в Україну не безпосередньо, а трансфером ланцюга, через переломлення їх у теорії і практиці німецького адміністративного права, що стало основою для російського адміністративного (поліцейського) права та поширення останнього на терени України, більшість територій якої входила до складу російської імперії. При цьому треба зазначити, що такі провінції України, як Галичина та Буковина, до 1918 р. входили до складу Австро-Угорської імперії, на теренах якої діяло майже класичне німецьке адміністративне право.

Таким чином, на початку XX століття за основу нової галузі права – адміністративного права України – було взято виділення та подальший розвиток зі сфери державного (конституційного) права положень щодо внутрішнього публічного управління, куди вписалися норми поліцейського права, що відповідали вимогам правової держави – верховенству права й підпорядкуванню державного управління закону [3, с. 18].

Отже, від самого зародження адміністративне право Іспанії увібрало у себе положення класичного адміністративного права Франції початку XIX століття, а адміністративне право України – положення російського адміністративного права, яке у свою чергу будувалось на положеннях німецького адміністративного права початку XX століття.

По-друге, в період 1917-1920 рр. в Україні тривав трагічний період національно-визвольних змагань, який з погляду адміністративно-правової науки характеризується прогресивними намаганнями різних урядів (Центральна Рада Української Народної Республіки, Гетьманат Української держави, Директорія Української народної республіки) втілити в життя кращі вітчизняні та європейські напрацювання теорії адміністративного права. Одним із найбільших здобутків у галузі адміністративно-правової практики була поява в Україні адміністративної юстиції. Так, утворений в Українській народній республіці генеральний Суд мав у своєму складі адміністративний відділ (за правління гетьмана Павла Скоропадського перетворений на генеральний адміністративний суд). А в часи Директорії було відновлено діяльність цього суду у складі генерального суду. Як навчальна дисципліна адміністративне право посіло важливе місце й у навчальному процесі українських вищих навчальних закладів [3, с. 19].

На жаль, у листопаді 1920 р. армія Директорії Української народної республіки, програвши війну більшовикам, залишила територію України. Влада в державі цілком перейшла до рук більшовиків [3, с. 19]. Вони шляхом обману українського селянства та терору у 1922 р. утворити Радянський Союз (радянську імперію), до складу якої на правах федерації увійшла українська держава. У перші десятиліття входження України до складу Радянського Союзу адміністративне право на «легальному положенні» існувало лише до 1928 р., потім – до 1937 р. – воно було під повною забороною. Радянський режим замінив суспільні відносини, які мали регулюватися адміністративно-правовими нормами, кримінальним правом [3, с. 19]. Це призвело до того, що сотні тисяч осіб були розстріляні та мільйони українців засуджені і заслані в тюрми і концентраційні колонії за формальні проступки, які за теорію природ-

нього права максимум дотягували до рівня адміністративної відповідальності.

У цей самий час в Іспанії також відбуваються складні політичні події. Хоча в роки Першої світової війни Іспанія дотримувалась нейтралітету, проте невдалі колоніальні війни, зростаючий вплив лівих та загальноєвропейська економічна депресія призводить Іспанію до урядової кризи, яка закінчується державним переворотом. Генерал Примо де Рівера в 1923 р. за підтримки короля встановлює диктатуру. Диктатор нав'язує тоталітарну владу уряду, яка витісняє політичні свободи та популістські вимоги на користь економічного відновлення. Це приводить до деякої політичної й економічної стабілізації в Іспанії [4].

Отже, незважаючи на складну ситуацію в період з 1917 по 1930 рр. як в Україні, так і в Іспанії, загальна ситуація у першій була більш трагічна, оскільки українська держава не змогла відстояти свою незалежність, а її адміністративне право було під забороною, що привело до неправового з погляду теорії природного права позбавлення людей життя та свободи.

По-третє, по-своєму трагічним для кожного із народів був період тридцятих та сорокових років XX століття. В Україні в період 1932-1933 років радянський режим заморив голодом більше п'яти з половиною мільйонів українців. Це йому вдалось зробити з погляду права тому, що грубо порушувалась право власності, коли в процесі колективізації було вилучено в українських селян майно та земля. А потім у створених на цих землях колективних господарствах (колгоспах) із застосовуванням насилля був вилучений увесь урожай. А люди, які не мали що їсти, не змогли покинути зону голоду, тому що не мали паспортів, а виїзд за межі колгоспу без дозволу керівництва та паспорту в той час вважався злочином. В Україні та у більшості демократичних держав ці події були визнані геноцидом українського народу, який організував СРСР. Крім того, не треба забувати про злочини радянського режиму проти українського народу в період Другої світової війни, коли в результаті примусової мобілізації та використання солдат українського походження як «живого м'яса» на фронтах загинуло не менш ніж три мільйонів вояків та більше тринадцяти мільйонів мирних українців. Останні були кинуті напризволяще радянською владою, яка попередньо вилучила у них чи знищила усі запаси їжі та промислове обладнання [5].

Трагічним цей період був і для Іспанії. Після виборів 1931 р. президентом призначається ліберальний лідер Нісето Алкала Замора. Король Альфонсо XIII залишає Іспанію. Проголошується республіка. Але політична стабільність триватиме недовго. У 1933 р. правоцентристська партія здобуває більшість у Кортесах, і у відповідь на це відбуваються революції в Каталонії та Астурії. Нарешті, у 1936 році ліва коаліція знову виграє вибори, а Мануель Азанья стає президентом республіки. Перший уряд Азани розпочинає амбітний проект реформ, оголосивши політичну амністію, розпочавши глибоку аграрну реформу та надаючи автономію Каталонії, провінціям Баска та Галіції. У відповідь на це військовий гарнізон Мелільї на чолі з генералом Франко розпочинає пуч, тим самим розпаливши громадянську війну в Іспанії. У 1939 р. опір республіканського уряду, який укрився в Каталонії та Мадриді, було подавлено. Багато іспанців пішли у вигнання. Війна закінчується жахливо: 400 тис. загиблих, 200 тис. страчених режимом Франко після війни. Більше як мільйон іспанців потрапили до в'язниць або трудових таборів за політичні переконання. Іспанія 36 років перебувала під національно-католицькою диктатурою та у глибокій соціально-економічній кризі [4].

Адміністративне право України й Іспанії в 30-х – 40-х роках XX століття, на жаль, об'єднує те, що адміністративно-правові норми забезпечували протиправні режими: в Україні – радянський, в Іспанії – національно-католицький Франко. Хоча важко з погляду сучасного розуміння називати ті загальнообов'язкові правила поведінки нормами права. І в першому, і в другому випадку це було протиправне адміністративне законодавство, яке грубо порушувало права і свободи людей.

По-четверте, в різний період почалось відновлення (створення) правового адміністративного права в Україні і Іспанії. Процес демократизації, одночасно й відновлення (побудови) адміністративного права на засадах верховенства права розпочався в Іспанії після смерті Франко (1975). Однак ще в 1969 р. Франко оголосив своїм наступником принца Хуана Карлоса з династії Бурбонів, онука короля Альфонса XIII, який очолив державу як король Хуан Карлос I. У 1976 р. були відновлені політичні права – дозволені політичні мітинги і легалізовані демократичні політичні партії. У 1978 р. парламент ухвалив нову конституцію, яка була схвалена на загальному референдумі [11].

Процес переходу до демократії в цілому завершився в середині 1980-х років. Одночасно Іспанія починає тісніше співпрацювати із західними країнами в економічній і політичній сферах. У 1992 р. Іспанія рати-

фікувала договір про утворення ЄС. Інтеграція Іспанії з країнами Західної Європи і політика відкритості зовнішньому світу гарантували захист демократії від військових переворотів, а також забезпечували приплив іноземних інвестицій [6].

В Україні демократичні та державотворчі переміни розпочалися із запізненням на 16 років порівняно з Іспанією. У 1991 р. Парламент прийняв Акт, в якому було проголошено незалежність України та створення самостійної української держави. У ньому було визначено, що на території України мають чинність виключно Конституція і закони України [7]. А в 1996 р. була прийнята Конституція України, в якій визначено, що Україна – суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава [8]. З того часу розпочалося і нова ера для українського адміністративного права. Воно наповнилось людиноцентристською ідеологією [9] як основою реформування з метою досягнення цінностей ЄС та стандартів НАТО. В умовах сьогодення усі сфери суспільного життя приводяться до вимог Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом (2014), а в Конституції України прямо підтверджено європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України [8]. Іншими словами, українська демократія і теорія адміністративного права інтенсивно наздоганяють Іспанію.

Висновки

В останні сто років Іспанія й України пройшли складний і дещо схожий шлях державного будівництва та розвитку теорії і практики адміністративного права. Однак Іспанія розпочала його на шістнадцять років раніше й у більш слушний момент. Це дозволило їй досягти кращих результатів. Однак сучасне адміністративне право України й Іспанії стає усе більше схожим, адже воно базується на спільних цінностях ЄС та стандартах НАТО.

Список використаних джерел:

1. Eduardo Gamero Casado, Severiano Fernández Ramos. Manual Básico De Derecho Administrativo. Sexta Edición. Editor: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2009. Nº De Páginas: 661.

2. Єлістратов А.І. Адміністративне право : лекції / ред. та упоряд. В.В. Галунько, С.В. Діденко. Херсон : ВАТ ХМД, 2007. 146 с.

3. 43 Галунько В.В., Курило В.І., Короєд С.О. та ін. Адміністративне право України. Т.1. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / В.В. Галунько, В.І. Курило, С.О. Короєд, О.Ю. Дрозд, І.В. Гиренко, О.М. Єщук, І.М. Риженко, А.А. Іванищук, Р.Д. Саунін, І.М. Ямкова ; за ред. проф. В.В. Галунька. Херсон: Грінь Д.С., 2015. 272 с.

4. Resumen histórico: El siglo XX en España. University of Pennsylvania School of Arts and Sciences. 2018. URL: http://ccat.sas.upenn.edu/romance/spanish/219/11sigloxxespana/resumen.html (дата звернення: 27.12.2019).

5. Скільки втратила Україна в Другій світовій війні. 2014. URL: https://zbruc.eu/node/28501 (дата звернення: 27.12.2019).

6. La transición política. La Constitución de 1978 y el Estado de las Autonomías. 2005. http://www.historiasiglo20.org/HE/16a-1.htm (дата звернення: 17.01.2020).

7. Про проголошення незалежності України : Постанова Верховної Ради Української РСР від 24.08.1991 № 1427-XII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1991. № 38. С. 502.

8. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

9. Авер'янов В. Людиноцентристська ідеологія як основа реформування українського адміністративного права в умовах інтеграційного процесу. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2010. Вип. 2. С. 87-92.

10. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони / Верховна Рада України. 2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/card6#Public (дата звернення: 17.01.2020).

11. La Constitución española de 1978. http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf (дата звернення: 17.01.2020).

12. Miguel Sánchez Morón. Derecho Administrativo. Parte General. Novena Edición. Editorial: TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2013. Nº de páginas: 960.

13. Eduardo Gamero Casado. Manual Básico De Derecho Administrativo. Sexta Edición. Editor: Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2009. Nº De Páginas: 661.

14. Eduardo García De Enterría. Curso De Derecho Administrativo. Decimoquinta Edición. Editor: Thomson Reuters (Legal) Limited / Civitas, 2011. El Libro Tiene 872 Página.

The article compares the historical and legal aspects of the origins of the administrative law of Ukraine and Spain. It has been revealed and summarized that in the last hundred years Spain and Ukraine have gone through complex and somewhat similar paths of state-building and development of the theory and practice of administrative law. However, Spain started it sixteen years earlier and at a better time (1975). This allowed her to achieve better results. However, the modern administrative law of Ukraine and Spain is becoming increasingly similar as it is based on common EU values and NATO standards. It was determined that the emergence of administrative law in the Russian Empire was derived from the direct influence of German administrative law. After all, a large number of professors in the Russian Empire were of German descent. Jurisprudence was no exception to this rule. This happened in the late 19th and early 20th centuries, when administrative law in the Russian empire gradually replaced the police. It was found that, at the beginning of its birth, administrative law in Spain incorporated the provisions of classical administrative law in France in the early nineteenth century. Administrative law of Ukraine - the provisions of Russian administrative law, which in turn was based on the provisions of German administrative law in the early twentieth century. In Ukraine in the period 1932/1933, the Soviet regime starved more than five and a half million Ukrainians. He succeeded in doing so from the point of view of law because it violated property rights when property and land were confiscated from Ukrainian peasants in the process of collectivization. And then in the collective farms (collective farms) created on these lands with the use of violence the whole crop was withdrawn. It is proved that unites the administrative law of Ukraine and Spain in the thirties of the forties of the twentieth century is that administrative and legal norms were provided by the unlawful regimes: in Ukraine by the Soviet, in Spain by the national-Catholic Franco. Although it is difficult in modern terms to call these compulsory rules of conduct rules of law. In the first and second cases, it was unlawful administrative legislation that grossly violated the rights and freedoms of people.

Key words: comparative characteristic, European Union, historical and legal aspects, NATO standards, origins of administrative law, Spain, Ukraine.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.33

Ольга Драчевська,
здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «БАНКІВСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ»

Стаття присвячена аналізу наукових підходів до трактування поняття «банківська діяльність». Аналіз наукової літератури з різних галузей дає змогу зробити висновок про те, що науковці неоднозначно тлумачать термін «банківська діяльність». Одні розглядають цей термін як сукупність правових дій, інші – як особливий вид господарської діяльності; як систему діючих спеціальних суб'єктів та операцій чи сукупність банківських операцій та наданих банківських послуг спеціальними суб'єктами (банками); як визначене законодавчими актами України право банків та кредитних установ реалізувати статутні функції та повноваження. Досить часто поняття «банківська діяльність» визначається за допомогою іншого поняття – «ринок банківських послуг», яке охоплюється змістом більш загального поняття «ринок фінансових послуг». Вітчизняний законодавець із поняттям «банківська діяльність» ототожнює частину операцій, здійснюваних банківськими установами. Даної концепції дотримується і частина вітчизняних вчених у своїх наукових працях. Встановлено, що визначення банківської діяльності, яке міститься у Законі України «Про банки і банківську діяльність», варто розглядати ширше. Законодавче визначення є дещо звуженим, оскільки містить лише перелік трьох так званих класичних видів послуг, що можуть надавати банківські установи своїм клієнтам, а саме залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб. Аналіз доктринальних підходів до визначення банківської діяльності дав змогу автору підтримати позицію науковців, які вважають, що банківську діяльність не можна розглядати лише через фокус здійснюваних банком операцій на фінансовому ринку. Детальний аналіз різних наукових підходів до трактування поняття «банківська діяльність» та визначення, наведеного в Законі України «Про банки і банківську діяльність», дав змогу сформулювати авторське визначення досліджуваного терміна.

Ключові слова: банківська сфера, банк, банківські послуги, підприємницька діяльність банку, банківська система.

Постановка проблеми. Ефективна банківська діяльність є запорукою розвитку ринкової економіки. В умовах євроінтеграційних та глобалізаційних процесів сфера банківської діяльності зазнає змін, що позначається на формуванні понятійно-категоріального апарату.

Серед науковців відсутня єдина думка щодо трактування банківської діяльності, одні зосереджують увагу на суб'єктному складі, інші – на об'єктному; треті вважають, що банківську діяльність необхідно визначати виходячи із визначення меж тієї сфери соціально-економічного життя чи тих суспільних відносин, регулювання яких повинне здійснюватися самим банківським правом; четверті акцентують увагу на діях у межах діяльності [1, с. 72].

Відсутність єдиної думки щодо трактування банківської діяльності зумовлює необхідність подальшого вивчення поняття та особливостей банківської діяльності.

Аналіз останніх досліджень. Питанню визначення поняття «банківська діяльність» присвячені роботи багатьох вчених, серед них: Т. А. Латковська, О. М. Олійник, О. П. Орлюк, С. Л. Глуговська, Н. Г. Нагайчук, І. А. Безклубий, Т. В. Чернадчук, С. В. Надобко. А. А. Коваленко та ін.

Метою даної **статті** є формулювання власного визначення поняття банківської діяльності на основі проаналізованих наукових праць та чинних нормативно-правових актів.

Виклад основного матеріалу. Дослідники вказують, що категорія «діяльність» розкривається насамперед через термін «дії», тому банківська діяльність із правової точки зору може розглядатися через сукупність правових дій, що здійснюється певними суб'єктами [2, с. 26].

В економічній літературі банківську діяльність прийнято визначати через еко-

© О. Драчевська, 2020

номічні функції, що здійснюються банком [3, с. 12-30] і розглядають це поняття як вид економічної діяльності, яка стимулює та забезпечує рух грошей в обігу, і банки в умовах ринкових відносин можуть дуже сильно впливати на економічні процеси як позитивно, так і негативно [4, с. 28].

Відповідно до Банківської енциклопедії банківську діяльність слід розглядати як сукупність правових дій, що здійснюються певними суб'єктами у формі, яка вимагається законом або договором [5].

Деякі автори вважають, що визначати банківську діяльність необхідно виходячи з визначення меж тієї сфери соціально-економічного життя чи тих суспільних відносин, регулювання яких повинне здійснюватися самим банківським правом. До банківської діяльності пропонується відносити і конструювання банківської системи, а оскільки банківська система включає в себе певні структурні елементи, то необхідно узгоджувати взаємодію всіх її елементів. Тоді банківську діяльність можна визначити як систему правових дій спеціальних суб'єктів як учасників єдиної банківської системи [6].

Банківську діяльність науковці пропонують розглядати як:

– особливий вид господарської діяльності, що систематично здійснюється спеціальними суб'єктами (банками) на підставі ліцензії (дозволу) НБУ, спрямовану на здійснення банківських операцій та надання банківських послуг, функціонування та розвиток банківської системи, реалізацію грошово-кредитної політики держави. Банківська діяльність є особливою, оскільки вона не припускає можливості об'єднання її з іншими видами господарської діяльності [2, с. 91, 92];

– особливий вид систематичної господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, здійснюється спеціальними суб'єктами (банками) шляхом проведення банківських операцій і надання банківських послуг із метою одержання прибутку і спрямована на функціонування та розвиток банківської системи й реалізацію грошово-кредитної політики держави [7, с. 102];

– підлягаюча ліцензуванню Національним банком України сукупність банківських операцій та наданих банківських послуг спеціальними суб'єктами (банками), здійснюваних систематично, спрямованих на функціонування та розвиток банківської системи, реалізацію грошово-кредитної політики держави [8];

– систематичне здійснення кредитними організаціями з метою отримання прибутку банківських операцій, перелік яких закріплений законодавством [9, с. 11]. Наведене визначення виключає можливість центрального банку держави здійснювати банківську діяльність, оскільки метою його діяльності не є отримання прибутку;

– широкий спектр відносин, що передбачають і визначають фінансово-економічну спроможність і потенціал держави [10, с. 21];

– систематичну підприємницьку діяльність, здійснення якої передбачає вчинення банківських правочинів та операцій [11, с. 65]. Пропонуючи таке визначення, професор І. А. Безклубий також формулює визначення поняття «ліцензована банківська діяльність» (підприємницька діяльність банку на підставі ліцензії НБУ з надання фінансових послуг фізичним та юридичним особам шляхом залучення грошових коштів та їх розміщення, а також здійснення розрахункових операцій, операцій з цінними паперами і валютними цінностями та інших банківських операцій з метою отримання прибутку) і «неліцензована банківська діяльність» (підприємницька діяльність банку з надання відплатних фінансових та інших послуг фізичним та юридичним особам, що не передбачає здійснення банківських операцій) [11, с. 66];

– сукупність базових (виключних) та/або окремо взятих небазових (додаткових, допоміжних тощо) банківських операцій і правочинів, які спрямовані на отримання прибутку і здійснюються банками та іншими кредитно-фінансовими установами і які становлять виключні правоздатність та вид діяльності вказаних суб'єктів господарювання, з приводу грошей, цінних паперів, валютних цінностей та інших фінансових інструментів як засобів платежу, заощадження і товару [12, с. 7];

– підприємницьку діяльність, яка здійснюється на власний розсуд і ризик з метою отримання прибутку; як діяльність банків як самостійних суб'єктів господарювання; як владно-організаційну діяльність НБУ [13, с. 62].

На думку окремих учених, банківська діяльність – визначене законодавчими актами України право банків та кредитних установ реалізувати статутні функції та повноваження, здійснювати банківські операції в інтересах юридичних та фізичних осіб, надавати їм на підставі отриманих ліцензій банківські послуги, а також здійснювати в межах наданої компетенції іншу дозволену діяльність від свого імені та за власний рахунок [14, с. 53].

О. П. Орлюк визначає, що банківська діяльність – це система діючих спеціальних суб'єктів та операцій, здійснюваних ними

як учасниками єдиної банківської системи з приводу грошей, цінних паперів і валютних цінностей як засобів платежу, заощадження й товару. Отже, таке визначення характеризує банківську діяльність в найширшому розумінні [15, с. 4].

В. С. Симов'ян зазначає, що у правовому значенні банківську діяльність варто трактувати як сукупність дій, що регламентуються фінансово-правовими нормами щодо банківських операцій, діяльності щодо створення та функціонування банків та інших фінансових установ, які є елементами банківської і фінансової системи з метою стабільної і організованої фінансової діяльності держави [16, с. 24].

О. М. Олейник характеризує банківську діяльність як сукупність постійно або систематично здійснюваних з приводу грошей та інших фінансових інструментів операцій різних видів, об'єднаних загальною метою [17, с. 27-28].

Досить часто поняття «банківська діяльність» визначається за допомогою іншого поняття – «ринок банківських послуг», яке охоплюється змістом більш загального поняття «ринок фінансових послуг». Взагалі, ринок банківських послуг – це сфера підприємницької діяльності з приводу грошових відносин, об'єктом яких є послуги, що надаються банками фізичним та юридичним особам. Саме на ринку банківських послуг здійснюється відповідна професійна діяльність банківських установ [11, с. 64].

Згідно зі ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банківська діяльність – це залучення у вклади грошових коштів фізичних і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик, відкриття і ведення банківських рахунків фізичних та юридичних осіб [19].

Вітчизняний законодавець ототожнює частину операцій, здійснюваних банківськими установами, із поняттям «банківська діяльність». Даної концепції дотримується і частина вітчизняних вчених у своїх наукових працях: зокрема, банківську діяльність визначають як сукупність операцій, яку здійснює банк, А. М. Герасимович, О. В. Васюренко, О. В. Дзюблюк.

На аргументовану думку професора І. А. Безклубого, наведене законодавче визначення є дещо звуженим, оскільки містить лише перелік трьох так званих класичних видів послуг, що можуть надавати банківські установи своїм клієнтам. Проте без отримання банківської ліцензії не дозволяється здійснювати одночасно діяльність із залучення вкладів та інших коштів, що підлягають поверненню, і надання кредитів, а також ведення рахунків. Відповідна діяльність може здійснюватися банком за умов дотримання ним встановлених законодавством спеціальних економічних нормативів (наприклад, обов'язкове формування мінімального статутного капіталу та резервного фонду, нормативи ліквідності) та застережень (наприклад, збереження банківської таємниці, здійснення фінансового моніторингу), наявності фахового персоналу, технічних засобів, створення інфраструктури (наприклад, організація філій, відділень, центрів), постійного розширення та зростання якості банківських послуг [11, с. 65].

Як зазначають науковці, поняття банківської діяльності не вичерпується лише переліком окремих банківських операцій, як зазначено у визначенні, наданому у ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність». Тому в юридичній літературі науковці критикують наведене визначення та пропонують власні визначення, які, на їхню думку, повніше розкривають зміст банківської діяльності. Запропоноване нормативне визначення категорії «банківська діяльність» фактично зводить її зміст лише до трьох банківських операцій, які банки мають право здійснювати на підставі банківської ліцензії. Але зміст цієї категорії набагато ширший, оскільки: по-перше, надаючи клієнтам банківські послуги, банки здійснюють значно більшу кількість операцій, перелік яких наведений у ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність»; по-друге, здійснюючи власну діяльність, банки не лише вступають у приватноправові відносини з клієнтами, а й стають учасниками широкого кола правовідносин, що виникають у процесі державного регулювання банківської діяльності та регулюються імперативним методом [20, с. 305].

З наведеного в Законі України «Про банки і банківську діяльність» визначення випливає, що об'єктом банківської діяльності є грошові цінності, які можуть виконувати функції засобу платежу та нагромадження. Однак, досліджуючи практичні аспекти банківської діяльності, можна говорити й про інші цінності, з якими банк проводить операції, що також можуть виконувати вищезазначені функції. Ними можуть бути цінні папери, які мають грошове вираження, і валютні цінності. Тобто банківська діяльність – це сукупність дій банківської системи з приводу обороту грошей, цінних паперів і валютних цінностей як засобів платежу, збереження і як товару [21].

Відповідно до Закону «Про банки і банківську діяльність», банк, крім надання

фінансових послуг, має право проводити також діяльність: щодо інвестицій; випуску власних цінних паперів; випуску, розповсюдження та проведення лотерей; зберігання цінностей або надання в майновий найм (оренду) індивідуального банківського сейфа; інкасації коштів і перевезення валютних цінностей; ведення реєстрів власників іменних цінних паперів (крім власних акцій); надання консультаційних та інформаційних послуг щодо банківських та інших фінансових послуг. Це дає підстави зробити висновок, що банківську діяльність не можна розглядати лише через фокус здійснюваних банком операцій на фінансовому ринку, оскільки однією з особливостей банківської діяльності є побудова скелета банківської системи і налаштування взаємодії її складників [7]. Як підтвердження цьому С. О. Рекіянов зазначає, що банківська діяльність – це система діючих спеціальних суб'єктів та операцій, здійснюваних ними як учасниками єдиної банківської системи з приводу грошей, цінних паперів і валютних цінностей як засобів платежу, заощадження й товару [22].

Висновки

Ми підтримуємо позицію науковців, які вважають, що поняття «банківська діяльність» варто розглядати ширше, ніж те, що зазначено в Законі України «Про банки і банківську діяльність».

Під банківською діяльністю ми пропонуємо розуміти врегульовану правовими нормами діяльність юридичних осіб щодо надання визначених законодавством банківських послуг на підставі дозвільних документів (банківської ліцензії) та закону.

Список використаних джерел:

1. Халімон Т.М. Принципи (засади) організації та здійснення банківської діяльності. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Випуск 4(25). Том 3. С. 71-75.

2. Латковська Т.А. Фінансово-правове регулювання організації та функціонування банківської системи в Україні та зарубіжних країнах: порівняльно-правовий аналіз : дис... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2007. 543 с.

3. Жарковская Е., Арендс И. Банковское дело : курс лекций. Москва : ИКФ Омега–Л, 2002. 399 с.

4. Глуговська С.Л. Адміністративно-правове регулювання банківської діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2014. 20 с.

5. Банківська енциклопедія / за ред. А. М. Мороза. Київ : Ельтон, 1993. 336 с.

6. Банківське право: українське і європейське : навчальний посібник / П.Д. Біленчук, О. Г. Диннік, І. О. Лютий, О. В. Скороход : за заг. ред. П.Д. Біленчука. Київ : Атіка, 1999. 400 с.

7. Нагайчук Н.Г. Уточнення змісту банківської діяльності: риси і принципи. *Вісник університету банківської справи Національного банку України*. 2014. № 3 (21). С. 98-103.

8. Латковська Т. А. Банківська діяльність як предмет регулювання різних галузей права. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. 2009. Випуск 49. С. 343.

9. Филатов Ю.В. Правовое положение банка как субъекта гражданского права : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.14. Екатеринбург, 1999. 219 с.

10. Заверуха І.Б. Банківське право : посібник для студентів. Львів : Астролябія, 2002. 222 с.

11. Безклубий І.А. Теоретичні проблеми банківських правочинів : дис.. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006. 486 с.

12. Дроздова Н.В. Договір про надання фінансових послуг у цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2005. 22 с.

13. Ортинський В. Л. Основи держави і права України. 2-ге вид., допов. і переробл. Львів : Оріяна-Нова, 2005. 368 с.

14. Банківське право України : навчальний посібник / А. М. Жуков, А. Ю. Іоффе, В. Л. Кротюк та ін.; за заг. ред. А. О. Селіванова. Київ : Ін Юре, 2000. 384 с.

15. Орлюк О.П. Правові проблеми організації та діяльності банківської системи України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2003. 381 с.

16. Симов'ян В.С. Банківський контроль в Україні: адміністративно-правові засади : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2011. 274 с.

17. Олейник О. М. Основы банковского права : курс лекций. Москва : Юристъ, 1997. С. 27–28.

18. Туляй Е.Ю. Финансово-правовое регулирование банковской деятельности в Российской Федерации. Томск : Изд-во НТЛ, 2010. 184 с.

19. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 № 2121-III. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14 (дата звернення: 12.12.2019).

20. Фінансове право України / Л. К. Воронова, М. П. Кучерявенко, Н. Ю. Пришва та ін.; за ред. Л. К. Воронової. Київ, 2009. 395 с.

21. Опря А. Т. Фінансове право : навчальний посібник. Київ : Центр навч. літератури, 2004. 248 с.

22. Рекіянов С. О. Сутність банківської системи України та її функції в сучасних умовах. *Наукові праці МАУП*. 2013. Вип. 2 (37). С. 77–83.

The article is devoted to the analysis of scientific approaches to the interpretation of the concept of "banking". The analysis of scientific literature from different fields makes it possible to conclude that scientists have ambiguously interpreted the term "banking". Some see this term as a set of rules, others as a particular type of economic activity or as a system of existing special entities and transactions, or a set of banking operations and banking services provided by special entities (banks); determined by the legislation of Ukraine the right of banks and credit institutions to exercise statutory functions and powers. Quite often, the term "banking" is defined by another term - the "banking market", which is covered by the more general concept of "financial services market". The domestic legislator with the concept of "banking" identifies some of the operations carried out by banking institutions. This concept is followed by some domestic scientists in their scientific works. It is established that the definition of banking activity contained in the Law of Ukraine "On Banks and Banking" should be considered more broadly. The legislative definition is somewhat narrow, since it contains only a list of three so-called classic types of services that can be provided by banking institutions to their clients, namely attracting deposits of individuals and legal entities and placing these funds on their own behalf, on their own terms and on their own risk, opening and maintaining bank accounts of individuals and legal entities. The analysis of doctrinal approaches to the definition of banking activity allowed the author to support the position of scholars who believe that banking activity cannot be considered solely because of the focus of the bank's operations on the financial market. A detailed analysis of the various scientific approaches to the interpretation of the concept of "banking" and the definition of the Law of Ukraine "On Banks and Banking" allowed us to formulate the author's definition of the term under study.

Key words: banking, banking, banking services, bank business, banking system.

УДК 352(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.34

Олег Золотоноша,
канд. юрид. наук, докторант
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

РЕФОРМУВАННЯ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УКРАЇНІ

У статті досліджується етапи та стан реформування системи місцевого самоврядування в Україні. Наголошується на тому, що сьогодні тема реформування місцевого самоврядування в Україні стоїть досить гостро. Досліджено проблеми реформування місцевого самоврядування в Україні, до яких віднесено: значні регіональні диспропорції та поглиблення депресивності окремих територіальних громад і регіонів в цілому; недосконалість правового регулювання питань статусу територіальних громад і повноважень місцевих влад, а також неврегульованість функціонування місцевого самоврядування; недостатнє фінансове та матеріально-технічне забезпечення територіальних громад; низька якість життя громадян; неефективне управління власністю територіальних громад та система надання послуг населенню. З'ясовано, що нинішня система місцевого самоврядування в Україні не відповідає потребам суспільства. Функціонування місцевого самоврядування не спрямовано на реалізацію його головного призначення – створення та підтримки сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини. Зазначено, що результатами реформи повинна стати правова, організаційна та матеріальна спроможність територіальних громад, органів місцевого самоврядування провадити діяльність з дотриманням принципів та положень Європейської хартії місцевого самоврядування; доступність адміністративних, соціальних та інших послуг, підвищення їх якості; впровадження механізму здійснення місцевими держадміністраціями та населенням контролю за наданням органами місцевого самоврядування, територіальними органами центральних органів виконавчої влади адміністративних, соціальних та іншихпослуг. Наголошено, що другий етап реформування розпочато, і натепер урядом затверджений План заходів з реалізації нового етапу реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні на 2019-2021 роки. У ньому йдеться про створення законодавчих та інших організаційно-правових засад для забезпечення проведення місцевих виборів у 2020 році на новій територіальній основі, а також забезпечення підвищення ефективності формування територіальної організації виконавчої влади.

Ключові слова: реформа, місцеве самоврядування, децентралізація, територіальні громади, законодавство, влада.

Постановка проблеми. Формування місцевого самоврядування, яке базувалося б на принципах Європейської хартії місцевого самоврядування, – одне з найбільш важливих та складних завдань розбудови України як демократичної держави. Без реформування місцевого самоврядування, здійснення процесів децентралізації неможливо подолати негативні процеси в соціально-економічному та культурному розвитку територіальних громад і регіонів, забезпечити суттєве підвищення рівня та якості життя більшої частини громадян України. Передусім йдеться про формування ефективного, дієвого самоврядування зі створенням відповідних інститутів та забезпечення його спроможності самостійно, за рахунок власних ресурсів вирішувати питання місцевого значення.

Лише зміна парадигми управління державою, послідовне проведення реформування місцевого самоврядування, територіальної організації влади в Україні, удосконалення наявної системи управління на місцях, розширення повноважень органів місцевого самоврядування сприятиме побудові місцевої влади на засадах демократії.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науковій літературі дослідженню проблем місцевого самоврядування, у тому числі з'ясуванню ролі держави у сфері місцевого розвитку присвячено праці О. Батанова, В. Борденюка, І. Борденюк, Р. Войтовича, П. Ворони, П. Гураль, М. Гірняк, В. Дрешпака, І. Дробота, І. Дробуш, В. Карпенка, І. Ковалевич, І. Козюри, В. Кравченка, В. Куйбіди, В. Мамонової, В. Новик, О. Петришин, М. Пухтинського, С. Серьогіна, А. Ткачук та інших дослідників.

Метою написання **статті** є дослідження основних напрямів та процесів реформування місцевого самоврядування в Україні.

Виклад основного матеріалу. Місцеве самоврядування виступає важливим фак-

© О. Золотоноша, 2020

тором демократизації суспільного життя, децентралізації управління та необхідною передумовою становлення громадянського суспільства. Натепер система місцевого самоврядування не задовольняє потреб суспільства. Функціонування органів місцевого самоврядування у більшості територіальних громад не забезпечує створення та підтримку сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини, її самореалізації, захисту її прав, надання населенню органами місцевого самоврядування, утвореними ними установами та організаціями високоякісних і доступних адміністративних, соціальних та інших послуг на відповідних територіях. Нинішні політики, на жаль, не мають стратегічного бачення розвитку країни, трансформації системи публічної влади загалом, місцевого самоврядування зокрема, а також політичної волі та бажання здійснювати справедливу реформу.

Отже, наявна в Україні система місцевого самоврядування не відповідає потребам суспільства. Функціонування місцевого самоврядування не спрямовано на реалізацію його головного призначення – створення та підтримку сприятливого життєвого середовища, необхідного для всебічного розвитку людини.

Через це одне із найголовніших завдань, яке потрібно буде вирішити у процесі реформування політичної системи, є кардинальне підвищення ролі інституту місцевого самоврядування в механізмі народовладдя, в організації управління на всіх територіальних рівнях.

Його перетворення з придатку державної влади на самостійний реально чинний інструмент соціального управління може забезпечити сталий розвиток територіальних громад, створить для громадян цивілізовані умови життя, дозволить піднести надання соціальних та адміністративних послуг до рівня європейських стандартів.

Прийнята Кабінетом Міністрів України 1 квітня 2014 р. Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (далі – Концепція) визначає головні шляхи розв'язання проблем системи місцевого самоврядування. Ключовими питаннями, які визначають суть її змін, є: визначення обґрунтованої територіальної основи для діяльності органів місцевого самоврядування та органів виконавчої влади; створення належних матеріальних, фінансових та організаційних умов для забезпечення здійснення органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень; розмежування повноважень між органами місцевого самоврядування та органами виконавчої влади на різних рівнях адміністративно-територіального устрою за принципами субсидіарності та децентралізації; максимальне залучення населення до прийняття управлінських рішень, сприяння розвитку форм прямого народовладдя [1].

Основними проблемами, на вирішення яких має спрямовуватися реформа місцевого самоврядування в Україні, є: значні регіональні диспропорції та поглиблення депресивності окремих територіальних громад і регіонів у цілому; недосконалість правового регулювання питань статусу територіальних громад і повноважень місцевих влад, а також неврегульованість функціонування місцевого самоврядування; недостатнє фінансове та матеріально-технічне забезпечення територіальних громад; низька якість життя громадян; неефективне управління власністю територіальних громад та система надання послуг населенню; недостатній професійний рівень посадових осіб органів місцевого самоврядування та висока плинність кадрів.

До нинішньої реформи місцевого самоврядування Україна йшла довго, долаючи радянські стереотипи, популізм та бажання проводити лише видимі зміни, не змінюючи нічого по суті.

На початку 90-х в Україні розпочався процес відновлення місцевого самоврядування як публічної інституції. Було ухвалено досить прогресивний на той часЗакон «Про місцеві ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування», але він не зміг привести до реального самоврядування через надто велику кількість територіальних громад, які виявились неспроможними виконувати надані законом повноваження [2].

Конституція України закріпила на конституційному рівні поняття місцевого самоврядування, систему органів та основні повноваження, а ухвалений на її основі Закон «Про місцеве самоврядування в Україні» в 1997 році діє до сьогодні і є досить зручним для створення об'єднаних територіальних громад [3]. Проте цей закон разом із Бюджетним кодексом України гарантує здійснення місцевого самоврядування лише містам обласного значення, а від 2015 року – ще й об'єднаним громадам.

У 1998 році було схвалено Концепцію адміністративної реформи, важливим складником якої повинна була стати адміністративно-територіальна реформа. Проте підходи до змісту такої реформи на були зафіксовані і постійно змінювались аж до 2005 року.

У 2005 році за дорученням Прем'єр-міністра України була створена робоча група з адміністративно-територіальної реформи. План заходів щодо виконання у 2005 році

Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» містив перелік конкретних заходів щодо вирішення питання адміністративно-територіальної реформи. Проте з відставкою Уряду в серпні 2005 року активна діяльність щодо реформи на рівні центральних органів виконавчої влади фактично припинилася [4].

Протягом 2008-2010 років реформа місцевого самоврядування та адміністративно-територіального устрою була підготовлена досить ґрунтовно, проте знову не розпочалася. Більш того, ухвалена концепція так і не була оприлюднена на сайті Уряду і, по суті, не стала чинним документом.

У 2010-2012 роках в Україні можна було спостерігати тенденцію до централізації. Урядом було скасовано розпорядження про затвердження Концепції реформи місцевого самоврядування та Плану дій з її реалізації. Розподіл коштів на підтримку регіонів перейшов у ручний режим на основі лояльності регіону до правлячого режиму. Згадки про децентралізацію залишились лише у Національному плані дій на 2011-2012 роки, який не виконувався.

Реформу було розпочато у вкрай непростій ситуації: анексовано Крим, сепаратисти та російські війська на Сході, жорстка інформаційна війна. Проте Урядом було прийняте рішення про широку децентралізацію влади, що означало нестандартний, асиметричний хід в умовах зовнішньої агресії та внутрішньої нестабільності. Адже, як правило, в таких умовах в державах відбувається тотальна централізація, згортання демократії.

Таким чином, як зазначалося вище, 1 квітня 2014 року розпорядженням № 333-р Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади було затверджено. Старт реформі було надано [1].

Реформа почалась із кроків, спрямованих на створення спроможних територіальних громад шляхом добровільного об'єднання суміжних територіальних громад.

Закон «Про співробітництво територіальних громад» від 17 червня 2014 став першим законом з реалізації реформи, який давав можливість територіальним громадам рухатись до посилення власної спроможності через інструмент співпраці, без більш тісної інтеграції в одну громаду. Щоправда, цей закон ще не розкрив свого великого потенціалу: територіальні громади досить обережно ставляться до співробітництва [5]. Станом на червень 2017 року, згідно з Реєстром договорів про співробітництво територіальних громад, було укладено 84 договори про співробітництво між територіальними громадами України. Як правило, ці договори стосуються досить локальних проектів співробітництва, хоча є й деякі проекти про створення та утримання спільного полігону для твердих побутових відходів. Загалом цей закон буде найбільш активно застосовуватись у зоні впливу великих міст на навколишні громади.

5 лютого 2015 року було ухвалено Закон «Про добровільне об'єднання територіальних громад», і процес утворення об'єднаних громад стартував досить активно [6].

8 квітня 2015 Кабмін видав Постанову «Про затвердження методики формування спроможних територіальних громад» [7]. Ця методика була покладена в основу роботи місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, активістів, регіональних офісів реформи для створення карти спроможних територіальних громад в межах області – Перспективний план формування спроможних територіальних громад.

Перший етап реформи пройшов досить успішно. Тепер Україна переходить до етапу завершення процесів утворення об'єднаних територіальних громад та переформатування адміністративного поділу на рівні районів. Усе це має бути здійснено до чергових місцевих виборів, інакше ми отримаємо суперечливий та дещо хаотичний адміністративно-територіальний устрій, який не даватиме можливостей для ефективного управління.

За цей час вже сформований і діє основний пакет нового законодавства, впроваджуються першочергові законодавчі ініціативи. Йдеться про:

– Закони про внесення змін до Бюджетного та Податкового кодексів України, завдяки яким відбулася фінансова децентралізація;

– Закон «Про добровільне об'єднання територіальних громад», що дав змогу почати формувати спроможний базовий рівень місцевого самоврядування;

– Закон «Про співробітництво територіальних громад», що створив механізм вирішення спільних проблем громад: утилізації та переробки сміття, розвитку спільної інфраструктури тощо.

Таким чином, нова законодавча база значно посилила мотивацію до міжмуніципальної консолідації в країні, створила належні правові умови та механізми для формування спроможних територіальних громад сіл, селищ, міст, які об'єднують свої зусилля у вирішенні нагальних проблем. Також вже виправдала себе нова модель фінансового забезпечення місцевих бюджетів, які отримали певну автономію і незалежність від центрального бюджету.

Натепер урядом затверджений План заходів з реалізації нового етапу реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні на 2019 – 2021 роки [8].

Прийнятий Кабінетом Міністрів України План заходів створює законодавчі та інші організаційно-правові засади для забезпечення проведення місцевих виборів у 2020 році на новій територіальній основі, а також забезпечення підвищення ефективності формування територіальної організації виконавчої влади.

Водночас це дозволить визначити завдання і заходи, необхідні для подальшого реформування місцевого самоврядування і територіальної організації влади у 2019 – 2021 роках.

Висновки

Реформування місцевого самоврядування в Україні залишається одним із пріоритетних завдань, що сприятиме розвитку місцевого самоуправління й економічного розвитку країни в цілому. Результатами реформи повинна стати правова, організаційна та матеріальна спроможність територіальних громад, органів місцевого самоврядування провадити діяльність з дотриманням принципів та положень Європейської хартії місцевого самоврядування; доступність адміністративних, соціальних та інших послуг, підвищення їх якості; впровадження механізму здійснення місцевими держадміністраціями та населенням контролю за наданням органами місцевого самоврядування, територіальними органами центральних органів виконавчої влади адміністративних, соціальних та інших послуг; створення сприятливих правових умов для максимально широкого залучення населення до прийняття управлінських рішень, а також розвитку форм демократії участі на місцях; формування ефективної територіальної системи місцевого самоврядування та місцевих органів виконавчої влади, здатної забезпечити сталий соціально-економічний розвиток відповідних адміністративно-територіальних одиниць; стимулювання економічного розвитку територій за рахунок удосконалення механізмів впливу органів місцевого самоврядування на визначення пріоритетів місцевого економічного розвитку. Таким чином, другий етап реформи розпочато, визначено напрями, цілі та очікувані результати.

Список використаних джерел:

1. Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні : розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80 (дата звернення: 03.12.2019).

2. Про місцеві ради народних депутатів та місцеве і регіональне самоврядування : Закон України від 12.06.1997 № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-12 (дата звернення: 03.12.2019).

3. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80/ed19970521 (дата звернення: 13.12.2019).

4. Про заходи щодо виконання у 2005 році Програми діяльності Кабінету Міністрів України «Назустріч людям» : Постанова Кабінету Міністрів України від 6 травня 2005 р. № 324. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/324-2005-%D0%BF (дата звернення: 13.12.2019).

5. Про співробітництво територіальних громад : Закон України від 17 червня 2014 р. № 1508-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1508-18(дата звернення: 29.11.2019).

6. Про добровільне об‘єднання територіальних громад : Закон України від 04.09.2015 р. № 676-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 29.11.2019).

7. Про затвердження методики формування спроможних територіальних громад : Постанова Кабінету Міністрів України від 8 квітня 2015 р. № 214.URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/214-2015-%D0%BF (дата звернення: 23.12.2019).

8. Про затвердження плану заходів з реалізації нового етапу реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні на 2019-2021 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 січня 2019 р. № 77-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/77-2019-%D1%80 (дата звернення: 23.12.2019).

The article explores the stages and state of reform of the local government system in Ukraine. It is emphasized that the topic of reforming local self-government in Ukraine today is very acute. The problems of reforming local self-government in Ukraine are investigated, which include: significant regional disparities and deepening of depressiveness of individual territorial communities and regions as a whole; imperfection of legal regulation of issues of status of territorial communities and powers of local authorities, as well as lack of regulation of functioning of local self-government; insufficient financial and logistical support of territorial communities; poor quality of life for citizens; inefficient management of territorial communities' property and a system of providing services to the population. It is found that the existing system of local self-government in Ukraine does not meet the needs of society. The functioning of local self-government is not aimed at realizing its main purpose - to create and maintain a favorable living environment necessary for the comprehensive development of the individual. It is stated that the results of the reform should be the legal, organizational and material capacity of the territorial communities, local self-government bodies, carrying out their activities in compliance with the principles and provisions of the European Charter of Local Self-Government; accessibility of administrative, social and other services, improvement of their quality; introduction of a mechanism for exercising control over the provision of local self-government bodies, territorial bodies of central executive bodies of administrative, social and other services by local state administrations and the population. It is emphasized that the second stage of reforming has started and today the Government approved the Action Plan for the implementation of a new stage of reforming local self-government and territorial organization of power in Ukraine for 2019-2021. It deals with the creation of legislative and other organizational and legal frameworks to ensure the holding of local elections in 2020 on a new territorial basis, as well as to increase the efficiency of formation of a territorial organization of executive power.

Key words: reform, local self-government, decentralization, territorial communities, legislation, government.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.35

Олександр Константий,
докт. юрид. наук, заслужений юрист України,
науковий консультант судді
Конституційного Суду України

ДО ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА І СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

У статті розглядаються питання конституціоналізації адміністративного права й адміністративного судочинства України. Визнано неприйнятними підходи, що ґрунтуються на ідеї автономізації, структурного відокремлення адміністративного права від конституційного права. Досліджено, що такі підходи мали місце у французькій та німецькій літературі у XIX – на початку XX століття. Нині такого роду догматика все ще переважає тільки в Австрії. Цим виправдовується існування незалежних одна від іншої систем конституційної та адміністративної юстиції. В інших країнах Європи триває загальний тренд щодо глобалізації правових систем. Тому зазначена точка зору про автономне існування адміністративного права не підтримується. Критерій джерела права не має ключового значення для структурування публічного права в сучасних європейських країнах.

Підкреслено, що в Україні поступово відбувається процес конституціоналізації адміністративного права і практики адміністративного судочинства. Висловлено думку, що цей процес може пришвидшити закріплений у 2016 році в Конституції інститут конституційної скарги. За чинним законодавством Конституційний Суд України фактично повноважний перевіряти у процесі розгляду конституційних скарг на предмет конституційності правозастосовну практику адміністративних судів. Механізм конституційної скарги розглянуто практичним інструментом конституціоналізації як законотворення в адміністративно-правовій сфері, так і адміністративного судочинства в Україні, їх насичення ідеями утвердження та гарантування фундаментальних прав людини, закріпленими в Основному Законі України.

Під конституціоналізацією адміністративного права й адміністративного судочинства України запропоновано розуміти невпинний процес приведення системи національних адміністративно-правових норм, визначених у поточному адміністративному законодавстві, а також практики застосування цих норм суб'єктами публічного управління та адміністративними судами у відповідність до ціннісного змісту, ідей, закладених у приписах Конституції України та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Ключові слова: Основний Закон, конституціоналізація, адміністративне право, судочинство, джерела права, основні права людини.

Постановка проблеми. Після здобуття Україною незалежності розпочався процес поступового оновлення на засадах народовладдя та верховенства права вітчизняного законодавства України, впровадження в його приписи загальноєвропейських підходів. Воно позбавлялося ідеологічних постулатів радянської доби, а основою для здійснення державою її функцій став невід'ємний для будь-якої демократії принцип поділу державної влади (на законодавчу, виконавчу і судову). З метою реалізації положень Основного Закону України були започатковані процеси формування законодавства про органи виконавчої влади різних рівнів, спеціалізованого адміністративного правосуддя для вирішення публічно-правових спорів, а також концептуальної трансформації вітчизняної адміністративно-правової теорії (на основі закріпленої в Конституції ліберально-правової доктрини) [1, с. 43, 85].

Однак останніми роками в українській адміністративно-правовій науці з'явилися невластиві їй до цього часу та з погляду сучасної доктрини права в країнах Європи певною мірою забуті підходи, що ґрунтуються на ідеї «автономізації» адміністративного права (напевно, у зв'язку з тим, що воно стосується діяльності самостійної від законодавчої (політичної) влади системи органів виконавчої влади), його чіткого відмежування від конституційного права [2, с. 12]. Заперечення визнання Конституції України джерелом адміністративного права і водночас визначення цієї галузі права як «конкретизованого конституційного права»

© О. Константий, 2020

зумовлює виникнення в рамках «кардинальної реконструкції» вітчизняної його теорії цілого комплексу доктринально не вирішених проблем особливого, відмінного від сучасних європейських країн, шляху розвитку українського адміністративного права і судочинства.

Актуальність теми дослідження підтверджується незначною увагою вітчизняних науковців до розкриття проблем конституціоналізації адміністративного права і судочинства України, можливості їх глобалізації в рамках загального в Європі тренду уніфікації національних правових систем.

Стан дослідження. У сучасній українській юридичній науці питання конституціоналізації адміністративного права і судочинства майже не розроблені. Окремі аспекти проблеми висвітлювали у своїх публікаціях Ю. В. Ващенко, Т. О. Коломоєць, Л. І. Летнянчин, Р. С. Мельник, Т. С. Подорожна та деякі інші науковці.

Метою статті є пошук теоретичних підстав для розвитку і вдосконалення наукових знань та чинної системи адміністративно-правового регулювання і конституціоналізації правозастосування в Україні.

Виклад основного матеріалу. Запропонований для української адміністративно-правової науки підхід, що ґрунтується на ідеї суворого відокремлення адміністративного права від конституційного, дискутувався науковцями в Європі ще у XIX – перші десятиліття XX століття. Нині він переважає як свого роду данина традиції тільки в юридичній науці в Австрії. Зокрема, у цій країні з масиву адміністративного права виключаються усі норми конституційного рангу та дотепер догмою є запропонована ще у 1927 році Адольфом Мерклем [Adolf Merkl (1890-1970)] у праці «Загальне адміністративне право» (Allgemeines Verwaltungsrecht) [3, с. 79, 85] формула, за якою існує сувора відокремленість як ієрархічно, так і змістовно конституційного права та адміністративного. Застосування зазначеної формули, на думку австрійських науковців, виправдовує допустимість такого, що склалося історично, «паралельного» функціонування відокремлених одна від іншої систем конституційної та адміністративної судових юрисдикцій [4, с. 3, 4, 6]. Подання конституційної скарги в цій країні не пов'язується з вичерпанням засобів правового захисту у звичайних (адміністративних) судах.

Однак австрійський підхід на теренах Європи нині є рідкісним. Триває загальний тренд щодо глобалізації правових систем (у тому числі адміністративного права) усіх країн-членів ЄС. Відбується наповнення їх адміністративно- і приватно-правових норм «духом» не тільки конституцій (внаслідок значної ролі рішень конституційних судів), а і прецедентів з тлумачення Хартії основних прав людини ЄС та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) згідно із Судом ЄС та Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) [5, с. 139]. Критерій джерела права (чи є воно Конституцією чи звичайним законом) нині не має домінуючого значення для вирішення питань структуризації норм публічного права в європейських державах (крім Австрії). Немає і жорсткого ранжування правових підстав для вирішення спорів звичайними судами, оскільки рішення адміністративних судів також, як правило, перебувають в системі «контролю» (підлягають оцінці на предмет дотримання основних прав людини, гарантованих конституціями) конституційного судочинства (Іспанія, Словенія, Словаччина, Україна, ФРН, Чехія, Чорногорія тощо). Практика конституційних судів, маючи преюдиційний характер, нині у більшості країн Європи конституціоналізує, безпосередньо визначає зміст і характер поточного законотворення і правозастосування звичайних судів.

Однак «конституціоналізація» нині становить ідею розвитку не тільки «внутрішньодержавного» права європейських країн, а і наднаціонального acquis communautaire. Під цим поняттям Ларрі Ката Бекер розуміє процес втілення ідей Конституції, конституційних цінностей у правову систему держави, «теоретизації» її правового простору [6]. На думку А. Петерса, «конституціоналізацією» є: по-перше, формування конституційного права в рамках правового порядку і, по-друге, поширення конституціоналізму як інтелектуальної течії у праві загалом [7, с. 250]. Т. С. Подорожня своєю чергою визначає конституціоналізацію основним аспектом розвитку правової системи України, одним із виявів безпосередньої дії конституції, спрямованим на гармонізацію суспільних відносин і реалізацію принципу верховенства права [8, с. 180-188].

Перенесення в українську науку тих, що існували у німецьких та французьких виданнях на початку минулого століття, теоретичних дискусій щодо чітких меж і особливих джерел конституційного та адміністративного права [9, с. 59-73] поставило перед представниками вітчизняного «адміністративно-правового світу» як необхідний предмет доктринального вирішення такі проблемні питання: 1) якщо Конституція України розглядається джерелом виключно

конституційного права, то тоді джерелом якої галузі права має розглядатися Конвенція, в якій закріплено приблизно такий же перелік фундаментальних прав людини, як і в розділі II національного Основного Закону; 2) чи можна у рамках структурного підходу розглядати як джерело адміністративного права та судочинства Конвенцію, адже власне адміністративно-правових і адміністративно-судочинських норм вона не містить; 3) чи відповідають підходи, що передбачають «джерельну автономію» адміністративного права, загальній сучасній європейській тенденції щодо глобалізації цієї галузі права? [10, с. 38, 39].

Відповіді на ці питання криються, напевно, у пошуку загалом мети поділу права на галузі, а також меж і потреби застосування для дослідження та описання правових явищ переважно системно-структурного, а не інших, у тому числі діалектичного, підходів. Адже відомо, що галузевий поділ права спочатку був спрямований на послідовну та змістовну класифікацію законодавства, навчального та наукового матеріалу, тобто він проводився з прикладних позицій [11, с. 309], насамперед для потреб більш зручного вивчення права. Суворе застосування цього методу не призвело до того, що норми усіх, а не тільки одиничних, галузей права нині кодифіковані в одному акті законодавства. Слідування методології суто системно-структурного підходу само по собі не вирішує проблеми кодифікації (упорядкування) «адміністративно-правового світу» та змістовно-якісного оновлення його теорії за обставин проголошеної її реконструкції.

У сучасних конституційних державах Європи теза про два окремих «світи» конституційного та адміністративного права є немислимою. Застосування історико-правового методу дозволяє з'ясувати, що теза про окреме існування цих двох галузей права була наведена у 1924 році (у період важкого становлення Веймарської Республіки після падіння імперії) відомим німецьким адміністративістом Отто Майєром [Otto Mayer (1846 – 1924)]. Безумовно, не можна стверджувати, що наявні в сучасній українській літературі новітні підходи до структурування норм та джерел адміністративного права як частини публічного права [12, с. 116] прямо зумовлені саме намаганнями авторів провести певні паралелі між нестійкими з позицій утвердження конституціоналізму Україною та постімперською Вермаймарською Республікою. Але позиції, які висловлюються останніми роками у публікаціях з адміністративно-правової тематики в нашій державі, наштовхують на думку про імпліцитну підтримку їх авторами ідей Отто Майєра.

Так, у передмові до третього видання свого підручника «Німецьке адміністративне право» (Deutsches Verwaltungsrecht) (1924 р.) Отто Майєр заявив, що «конституційне право минає, адміністративне право залишається» (Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht) [13, с. 46]. При цьому науковець цитував французького професора адміністративного права Теофіла Дюрокка (1829 – 1913), який в контексті бурхливої конституційної історії Франції також стверджував, що існує все ж таки «певна стабільність адміністративного права» [4, с. 12].

Отто Майєр ґрунтував свою позицію на існуванні обставин більш тривалого за конституційні зміни процесу оновлення адміністративного права, відмічаючи, що якщо конституцію (її окремі норми) можна змінити досить швидко (потрібно оновити тільки відповідний текст), то для впровадження конституційних принципів у масив адміністративного законодавства та судової практики потрібно значно більше часу. Отже, вказана вище заява була зроблена Отто Майєром з огляду на «стійкість до змін» адміністративного права. Зазначена проблема особливо гостро постала у Німеччині після Другої світової війни, коли реалізація нових конституційних демократичних принципів, закріплених в Основному Законі 1949 року (Grundgesetz), була досить повільною. Адміністративне право ФРН ще певний період часу містило приписи, запроваджені за фашистських часів.

Однак нині тісна взаємозумовленість конституційного та адміністративного права визнається у більшості європейських країн. Їхні правові системи водночас зазнають уніфікації та наповнення природно-правовим змістом прав людини (під впливом практики страсбурзької конвенційної системи та дії Хартії основних прав як частини «конституції» Європейського Союзу). У ФРН особливо (після жахів нацистської диктатури) простежується тенденція до максимального розширення впливу Конституції (закріплених у ній прав людини) на розвиток адміністративного права та практики адміністративних судів. Засобом цього виступає й інструментарій подання до Федерального конституційного суду цієї країни конституційної скарги не тільки проти закону, а й проти акта, дії чи бездіяльності установи або органу влади (протягом одного місяця після вичерпання усіх засобів правового оскарження (п. 8а § 13, § 92 Закону про Федеральний конституційний суд (BverfGG))

[14]. У зв'язку з цим Федеральний конституційний суд у ФРН вважається центральним суб'єктом, який керує процесом конституціоналізації (наповнення змістом, ідеями Конституції) правової системи.

Армін фон Богданді та Петер М. Хубер відзначають, що Основним Законом ФРН вердикт Отто Майєра про конституційний нейтралітет адміністративного права був відхилений. Вперше в німецькій конституційній історії, визначивши пряму пов'язаність всіх гілок влади основними правами (абз. 3 ст. 1 Основного Закону ФРН), конституція позбавила законодавство автономії, включаючи адміністративне право, і разом з тим заклала фундамент для його конституціоналізації, що досягла свого апогею на початку 1990-х років. Тому процес розвитку сучасного німецького адміністративного права називають ще історією його «пов'язування основними правами» («Vergrundrechtlichung») [15, с. 43].

Отже, у ФРН під впливом абз. 3 ст. 1 Основного Закону утвердилася точка зору, що основні права повинні діяти також у правовідносинах, які раніше позначалися як «особливі владні» (адміністративно-правові відносини) [15, с. 46]. З 1949 року яскраво простежується шлях еволюції німецького адміністративного права, що, зокрема, передбачає його конституціоналізацію. Адміністративно-правова галузь з погляду позитивістики вже більше не мислиться без її конституційного фундаменту, орієнтації і тісного взаємозв'язку з конституційним правом. Зазначене має наслідком те, що в контексті правової практики розрізнення адміністративного права та конституційного права визнається проблематичним. «Вирівнювання» обох царин публічного права призвело до того, що відсутні відмінності і в плані теорії джерел цих галузей права [15, с. 66].

Незважаючи на значні труднощі ментального та законотворчого плану, в Україні поступово все таки відбувається процес конституціоналізації адміністративного права і практики адміністративного судочинства. Є сподівання, що у майбутньому фундамент для цього процесу становитиме закріплений в 2016 році в Конституції інститут конституційної скарги. Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України» від 13 липня 2017 року № 2136–VIII (статті 55, 77) кожній фізичній та юридичній особі приватного права після вичерпання засобів правового захисту її прав, у тому числі порушених у відносинах з публічною адміністрацією, в судах загальної юрисдикції (тобто і в адміністративних судах апеляційної інстанції чи касаційної інстанції) надано право звернутися з конституційною скаргою (письмовим клопотанням) до Конституційного Суду для проведення перевірки на предмет відповідності Конституції України (конституційності) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі. Отже, нині в Україні, як і у ФРН та інших державах Європи, рішення адміністративних судів фактично підлягають оцінці (перевірці) на предмет дотримання під час їх ухвалення норм Конституції, основоположних прав людини у провадженні в Конституційному Суді. Визнання органом конституційної юрисдикції неконституційною норми закону, яка застосовувалася адміністративними судами під час вирішення публічно-правового спору, є підставою для перегляду відповідно постанов апеляційного або Касаційного адміністративного суду чи Великої Палати Верховного Суду за виключними обставинами (пункт 1 частини п'ятої статті 361 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)).

Водночас новелою є те, що якщо за результатами розгляду справи за конституційною скаргою Конституційний Суд України визнає закон України (його положення) таким, що відповідає Конституції України, але одночасно виявляє, що суд загальної юрисдикції застосував закон України (його положення), витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Основному Закону, то орган конституційної юрисдикції вправі вказати на це у резолютивній частині рішення (частина третя статті 89 Закону «Про Конституційний Суд України»). Такий механізм виступає, на наш погляд, практичним інструментарієм конституціоналізації не лише законотворення в адміністративно-правовій сфері, а й адміністративного судочинства, розвитку його у загальноєвропейському руслі насичення ідеями утвердження та гарантування фундаментальних прав людини.

Поряд із наведеним вище, не можна не відзначити кардинальної зміни моделі (способу) застосування адміністративними судами України під час вирішення публічно-правових спорів норм законодавства, щодо яких існують сумніви в їх конституційності, у редакції КАС України від 3 жовтня 2017 року. Так, у частині четвертій статті 7 чинної редакції цього Кодексу закріплено, що, якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як

норми прямої дії. У такому випадку адміністративний суд тепер тільки після винесення рішення у справі, а не до цього (як було раніше) звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта парламенту, глави держави чи уряду. Таке закріплене у КАС України правило робить адміністративні суди України безпосереднім суб'єктом «охорони Конституції», є одним зі способів конституціоналізації норм публічного (у тому числі адміністративного) права.

Висновки

Під «конституціоналізацією адміністративного права і судочинства України» вважаємо допустимим розуміти невпинний процес приведення системи національних адміністративно-правових норм, визначених у поточному адміністративному законодавстві, та практики їх застосування (як суб'єктами публічного управління, так і адміністративними судами) у відповідність до ціннісного змісту, ліберальних ідей, закладених у приписах Конституції України, а також міжнародно-правових договорів, насамперед Конвенції, які отримують інтерпретації, роз'яснення, відповідно, у практиці (рішеннях) Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини.

У складному процесі утвердження правової держави в Україні на фоні неквапливих кроків законодавця у справі оновлення на основі приписів Конституції України адміністративного законодавства (за умов все ще дії КУпАП 1984 року, неприйняття закону «Про адміністративну процедуру» тощо) помітну роль в конституціоналізації адміністративно-правової сфери можуть відгравати адміністративні суди, які за чинними положеннями КАС України наділені компетенцією безпосередньо застосовувати норми Основного Закону як норми прямої дії, керуватися практикою ЄСПЛ та визнавати неконституційними (нечинними) нормативно-правові акти міністерств, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування.

Список використаних джерел:

1. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. Том 1. Загальна частина / ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова). Київ : «Юридична думка», 2004. 584 с.

2. Мельник Р.С. Новели сучасної концепції українського адміністративного права. *Lex portus*. 2017. № 5.

3. Adolf Merkl. Allgemeines Verwaltungsrecht. Verlag Österreich, 1999. 400 p.

4. Heuschling Luc. The Complex Relationship between Administrative Law and Constitutional Law. A Comparative and Historical Analysis. *The Max Planck Handbooks in European Public Law*. Vol. 1. The Administrative State. § 14. URL: http://hdl.handle.net/10993/17920 (дата звернення: 01.12.2019).

5. Мартинес А.К. Адаптация административного права в современном государстве. *Вестник Университета им. О.Е. Кутафина*. 2015. № 5.

6. Larry Catá Backer. The Concept of Constitutionalization and the Multi-Corporate Enterprise in the 21st Century. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458965 (дата звернення: 21.12.2019).

7. Петерс А. Правовые системы и процесс конституционализации: новое определение соотношения. *Дайджест публичного права Института Макса Планка*. Выпуск 2 (2013). URL: http://dpp.mpil.de/02_2013/art2_6.cfm. (дата звернення: 21.12.2019).

8. Подорожна Т. С. Конституціоналізація правового порядку через призму верховенства Конституції. *Право України*. 2014. № 3.

9. Maurice Hauriou. Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif. 2e édition (Français). Hachette Livre BNF, 2017. 800 p.

10. Винце Аттила. Европеизация национального административного права – сравнительно-правовое исследование. URL: https://dpp.mpil.de/07_2018/07 _2018_37_77.pdf. (дата звернення: 11.12.2019).

11. Хряпченко В.П. Від критеріїв поділу системи права на галузі до комплексних галузей права. *Актуальні проблеми політики*. 2015. Вип. 55.

12. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях. Киъв : Юрінком Інтер, 2019. 308 с.

13. Otto Mayer. Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München, 1924. 791 p.

14. Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/index.html #BJNR002430951BJNE011702305 (дата звернення: 11.12.2019).

15. Армин фон Богданди, Петер М. Хубер Государство, государственное управление и административное право в Германии. URL: https://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_1_68.pdf. (дата звернення: 11.12.2019).

The article deals with the constitutionalization of the administrative law and the administrative court process of Ukraine. Approaches based on the idea of autonomy, the structural separation of administrative law from constitutional law, have been declared unacceptable. It has been investigated that such approaches took place in French and German literature in the 19th and early 20th centuries. Nowadays, this kind of dogma is still prevalent only in Austria. This justifies the existence of independent systems of constitutional and administrative justice. In other European countries, there is a general tendency to globalize legal systems. Therefore, this view of the autonomous existence of administrative law is not supported. The criterion of the source of law is not crucial to the structuring of public law in modern European countries.

It is emphasized that in Ukraine there is a gradual process of constitutionalization of administrative law and practice of administrative justice. It is suggested that this process will speed up the institute of constitutional complaint enshrined in the Constitution in 2016. The mechanism of the constitutional complaint was considered as a practical instrument of constitutionalization of both law-making in the administrative and legal sphere in Ukraine, their saturation with ideas of asserting and guaranteeing fundamental human rights.

Under the constitutionalization of administrative law and administrative justice of Ukraine it is offered to understand the continuous process of bringing the system of national administrative-legal norms defined in the current administrative legislation, as well as the practice of applying these norms by the of public administration and administrative courts in accordance with the valuable content, ideas, provisions of the Constitution of Ukraine and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Key words: Basic Law, constitutionalization, administrative law, administrative justice, sources of law, basic human rights.

УДК 342.9: 347 (77+78)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.36

Олена Коротун,
канд. юрид. наук, доцент,
докторант
Науково-дослідного інституту публічного права

ІНСТИТУТ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті підкреслюється важлива роль інституту адміністративної відповідальності у забезпеченні суспільних відносин, де адміністративна відповідальність відіграє одну з провідних ролей у забезпеченні публічних та приватних інтересів у сфері інтелектуальної власності. На підставі проаналізованих вітчизняних законодавчих актів та монографічних досліджень провідних вчених-адміністративістів із вказаної проблематики наголошено, що наразі в теоретичному і практичному полі залишилися проблемні питання, що стосуються вдосконалення інституту адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Звертається увага на необхідність удосконалення положень КУпАП щодо суб'єктивного складу осіб, які зобов'язані нести адміністративну відповідальність у разі порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності. Для запровадження ефективної правової регламентації адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, відмежування їх від інших правопорушень треба застосовувати не тільки норми статей Кодексу України про адміністративні правопорушення, якими передбачена адміністративна відповідальність за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, а й положення Законів України: «Про авторське право і суміжні права», «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення», «Про рекламу», «Про державну підтримку кінематографії в Україні», «Про кінематографію», «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування», «Про ліцензування видів господарської діяльності», а також інших нормативно-правових актів.

Проаналізовано об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу адміністративних правопорушень, передбачених нормами статей 156-3, 164-7, 164-8, 164-13 КУпАП; зазначено, що вони не досить чітко сформульовані у диспозиціях вказаних статей, що, безумовно, створює проблемні питання у кваліфікації адміністративних правопорушень у правозастосовній діяльності. Пропонуються шляхи вдосконалення інституту адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Ключові слова: законодавство, охорона, об'єкт, суб'єкт, правопорушення.

Постановка проблеми. Проблеми сучасного процесу забезпечення ефективної охорони та захисту інтелектуальної власності традиційно є об'єктом пильної уваги як науковців, так і практиків і стосуються інтегрованого механізму публічних і приватних інтересів. Нині в інституті адміністративної відповідальності у разі незаконного використання об'єкта (об'єктів) права інтелектуальної власності, в результаті чого порушуються суб'єктивні права їх правовласників, існує низка проблем, які потребують свого вирішення: зокрема, до таких можна віднести проблему визначення структурних елементів складів адміністративних правопорушень, об'єктивної сторони правопорушень інтелектуальної власності в мережі Інтернет, загального суб'єкта адміністративної відповідальності, встановлення суб'єктивних ознак адміністративних правопорушень.

Варто зазначити, що, беручи до уваги проблемність наявних питань у сфері захисту інтелектуальної власності, осторонь їх вирішення не могла залишитися наука адміністративного права, тобто вчені-адміністративісти. Залежно від об'єкта права інтелектуальної власності як об'єкта адміністративно-правової охорони окремі аспекти правової характеристики адміністративної відповідальності та інших проблемних

© О. Коротун, 2020

питань, пов'язаних з адміністративними деліктами та суб'єктами відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, досліджували у своїх працях В. Галунько, Т. Гарбуз, К. Куркова, Г. Римарчук, А. Майданевич, О. Михальський, О. Світличний, О. Тандир, С. Філь, А. Чукаєва та ін.

Не заперечуючи вагомого внеску вказаних та інших вчених, слід констатувати, що специфіка охорони об'єктів права інтелектуальної власності, поряд із постійними внесенням законодавцем змін до законодавства у сфері інтелектуальної власності, потребує постійного дослідження проблем теоретичного та практичного характеру з метою забезпечення належного захисту правовласників та інших учасників правовідносин у сфері інтелектуальної власності.

Метою цієї статті є дослідження та розкриття об'єктивних та суб'єктивних ознак складу адміністративних правопорушень, що полягають у порушенні законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Незалежно від об'єкта адміністративно-правової охорони інститут адміністративної відповідальності відіграє одну з провідних ролей у сфері забезпечення публічних та приватних інтересів. Водночас у науці адміністративного права спостерігається розмаїття думок та підходів щодо виокремлення різних за об'єктами посягань адміністративних правопорушень [1, с. 164].

Однією із таких сфер є суспільні відносини у сфері захисту інтелектуальної власності, де адміністративно-деліктні питання, поза будь-яким сумнівом, є важливими для забезпечення захисту інтелектуальної власності, що зумовлює необхідність проведення дослідження, пов'язаного з інститутом адміністративної відповідальності. Тому слід погодитися з думкою О. Світличного, який зазначає, що у будь-якій сфері людської діяльності, у тому числі боротьбі із правопорушеннями у сфері інтелектуальної власності, принципове значення приділяється питанням юридичної відповідальності [2, с. 196].

Серед видів юридичної відповідальності особливу роль відіграє адміністративна. У Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КупАП), за нашими підрахунками, є 11 статей, що безпосередньо стосуються сфери інтелектуальної власності, проте видів правопорушень, що вчиняються у цій сфері, значно більше, ніж статей. Враховуючи багатогранність і специфічність адміністративно-правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності, вважаємо за доцільне розглянути лише ті з них, які потребують вирішення теоретичних та практичних питань правової регламентації адміністративної відповідальності. З цією метою проаналізуємо склади окремих статей КУпАП, норми яких передбачають відповідальність за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності.

Статтею 156-3 КУпАП передбачена відповідальність за порушення встановлених законодавством вимог щодо заборони реклами та спонсорства тютюнових виробів. Відповідно до норм цієї статті, реклама, а так само будь-яка інша діяльність з рекламування тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу, а також спонсорування будь-яких заходів з використанням знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу – тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб рекламодавця та/або розповсюджувача реклами.

З огляду на зазначене вважаємо, що норми ст. 156-3 КУпАП неповною мірою розкривають об'єктивну сторону правопорушення, передбаченого вказаною статтею. Відповідно до конструкції складу відповідальність за правопорушення, передбаченого ст. 156-3 КУпАП, настає у разі рекламування та спонсорування в частині використанням знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення» від 22.09.2005 р. № 2899-IV забороняються будь-яка реклама та стимулювання продажу тютюнових виробів, знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби.

Визначаючи ознаки правопорушень, передбачених ст. 156-3 КУпАП, слід врахувати положення ст. 22 Закону України «Про рекламу» щодо заборони реклами тютюнових виробів, реклами знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, у різноманітних засобах масової інформації, на радіо та телебаченні та за допомогою інших засобів передавання сигналу; в усіх друкованих засобах масової інформації, а також спонсорування теле-, радіопередач, театрально-концертних, спор-

тивних та інших заходів з використанням знаків для товарів та послуг, під якими випускаються алкогольні напої.

Об'єктом цього правопорушення є встановлений порядок у сфері заборони реклами та спонсорства тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення. Суб'єктом адміністративного правопорушення є фізичні особи-підприємці та посадові особи. Відповідно до положень Закону України «Про рекламу» від 03.07.1996 р. № 270/96-ВР посадові особи Держпродспоживслужби України мають право притягувати до відповідальності за порушення законодавства про рекламу юридичних осіб, а також представництва нерезидента в Україні.

З об'єктивної сторони правопорушення щодо об'єктів права інтелектуальної власності, передбачене ст. 16 Закону України «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення» від 22.09.2005 р. № 2899-IV, проявляється у діях, які можливі у різноманітних формах.

Об'єктивна сторона правопорушення полягає у порушенні встановленого порядку відносин, що виникають у процесі виробництва, розповсюдження та споживання реклами, охорони здоров'я населення від шкоди, що завдається їхньому здоров'ю внаслідок куріння тютюнових виробів та захисту прав споживачів.

Адміністративні дії, що виникають під час виробництва, розповсюдження та споживання реклами, які поєднуються із незаконним використанням об'єктів права інтелектуальної власності, треба кваліфікувати за сукупністю правопорушень, передбачених ст. 156-3 і ст. 51-2 КУпАП, – за наявності всіх ознак цих правопорушень. Кваліфікуючими ознаками правопорушення є вчинення його повторно.

Проблемним питанням у застосуванні заходів щодо адміністративного проступку є ст. 164-7 КУпАП, якою передбачена відповідальність за порушення умов розповсюдження і демонстрування фільмів, передбачених державним посвідченням на право розповсюдження і демонстрування фільмів.

Сучасне розуміння положень вказаної статті передбачає, що об'єктивна сторона правопорушення полягає у розповсюдженні і демонструванні фільмів з порушенням встановлених умов і має бланкетний характер. Право на розповсюдження і демонстрування фільмів здійснюється відповідно до вимог Законів України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р. № 3792-XII і «Про кінематографію» від 13.01.1998 р. № 9/98-ВР та Положення про державне посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 17.08.1998 р. №1315 (в редакції постанови № 812 від 03.10.2018 р.), прокатне посвідчення, яке дає право розповсюджувати і демонструвати на території України всі види фільмів, вироблених в Україні та за її межами, розповсюджувачам (дистриб'юторам, прокатникам), кіновидовищним закладам, прокатним пунктам відеокасет, торговельним підприємствам, підприємствам з тиражування, а також телеорганізаціям, у тому числі кабельному телебаченню, незалежно від форми власності, одержує власник відповідних прав (*фізична або юридична особа, яка відповідно до законодавства є суб'єктом підприємницької діяльності)*.

З об'єктивної сторони правопорушення проявляється у діях, що порушує авторське право або суміжні права, зокрема: незаконному розповсюдженні (прокаті) фільмів; незаконному демонструванні фільмів; незаконному продажі фільмів; незаконному виготовленні фільмокопій; незаконному тиражуванні фільмокопій; незаконній передачі в прокат фільмокопій; іншому умисному порушенні авторського права або суміжних прав.

Це означає, що у разі незаконного розповсюдження або незаконного демонстрування фільмів особою, яка має державне посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів, вказані дії можуть кваліфікуватися за ст. 164-7 КУпАП. Водночас у разі дострокового припинення дії угод (контрактів, договорів), укладених з власником майнових авторських прав, відбувається скасування державної реєстрації фільму та визнання недійсним прокатного посвідчення; в такому разі вчинення правопорушення у формі незаконного розповсюдження або незаконного демонстрування фільмів особою, яка не має державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів, повинно кваліфікуватися за статтями 164-7, 51-2 КУпАП. Вказані ознаки мають факультативний характер, передбачені нормативно-правовими актами, складаються з альтернативних дій.

Склад правопорушення у цьому випадку утворює вчинення різних дій, згаданих у Законах України «Про авторське право і суміжні права» та «Про кінематографію». Суб'єктом адміністративного правопорушення може бути посадова особа юридичної особи або фізична особа-підприємець.

Потребує певного уточнення склад адміністративного правопорушення, зазначеного в ст. 164-8 КУпАП «Недотримання квоти

демонстрування національних фільмів при використанні національного екранного часу».

Об'єктом правопорушення, передбаченого ст. 164-8 КУпАП, є суспільні відносини у сфері державної підтримки кінематографії. Державна підтримка надається суб'єктам кінематографії незалежно від форми власності, які забезпечують створення (виробництво), розповсюдження, демонстрування, рекламування та популяризацію національних фільмів, просування послуг вітчизняної кіногалузі, проведення фундаментальних та прикладних досліджень, здійснюють освітню діяльність у сфері кінематографії в порядку, встановленому Законом України «Про державну підтримку кінематографії в Україні» від 23.03.2017 р. № 1977-VIII.

Об'єктивна сторона правопорушення, передбаченого ст. 164-8 КУпАП, полягає у порушенні суб'єктами кінематографії та телебачення квоти демонстрування національних фільмів у процесі використання національного екранного часу, авторського права та суміжних прав.

Відповідно до вимог ст. 15-2 Закону України «Про кінематографію», з метою сприяння виробництву фільмів в Україні, а також доступу глядачів до перегляду творів національної кінематографічної спадщини телерадіоорганізації, які відповідно до ліцензій здійснюють телевізійне ефірне мовлення або багатоканальне мовлення з використанням радіочастотного ресурсу, інші демонстратори фільмів, які не є телерадіоорганізаціями, зобов'язані дотримувати квоту для всіх суб'єктів кінематографії, які здійснюють демонстрування фільмів на території України.

Відповідно до Положення про національний екранний час та його використання суб'єктами кінематографії та телебачення, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 14.09.1998 р. № 1436 (в редакції постанови від 16.05.2018 р. № 381), контроль за використанням телерадіоорганізаціями, які відповідно до ліцензій здійснюють телевізійне ефірне мовлення або багатоканальне мовлення з використанням радіочастотного ресурсу, іншими демонстраторами фільмів, які не є телерадіоорганізаціями, національного екранного часу, дотримання квоти національного екранного часу та виконанням інших вимог Положення здійснюють Держкіно і місцеві органи управління кінематографією, а також, відповідно до законодавства, Національна рада з питань телебачення і радіомовлення.

Згідно з ч. 1 ст. 9-2 Закону України «Про кінематографію» здійснення контролю за дотриманням квоти демонстрування національних фільмів під час використання національного екранного часу, умов розповсюдження і демонстрування фільмів, передбачених державним посвідченням на право розповсюдження і демонстрування фільмів, а також складання протоколів про адміністративні правопорушення у сфері кінематографії належить до повноважень посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері кінематографії.

Із наведеного стає зрозумілим, що нормами ст. 164-8 КУпАП передбачена адміністративна відповідальність за порушення законодавства у галузі кінематографії, авторського права та суміжних прав; спільним родовим об'єктом цих адміністративних правопорушень є суспільні відносини, пов'язані з виробництвом, розповсюдженням, зберіганням і демонструванням фільмів.

Вказане випливає зі змісту Закону України «Про кінематографію», а саме: в абзаці третьому ч. 1 ст. 3 Закону зазначено, що виключне право на фільм – майнове право юридичної або фізичної особи, що дає право тільки цій особі на використання фільму в будь-якій формі і будь-яким дозволеним способом; у ст. 4 Закону зазначено, що відносини, які виникають у процесі виробництва та використання фільму як об'єкта авторського права, регулюються Законом України «Про авторське право і суміжні права» та іншими нормативно-правовими актами України.

Як свідчить наведене, адміністративна відповідальність за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності може бути встановлена й іншими законодавчими актами. Зокрема, одним із таких законодавчих актів є Закон України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» від 17.01.2002 р. № 2953-III, згідно зі ст. 8 якого до вказаних суб'єктів передбачено застосування різноманітних фінансових санкцій у вигляді штрафів, а також вилучення дисків для лазерних систем зчитування, матриць, обладнання та сировини для їх виробництва.

Нормативним актом, що має безпосереднє відношення до суб'єктів адміністративних проступків, є Закон України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 02.03.2015 р. № 222-VIII. Натепер, згідно зі ст. 7 цього Закону, такий вид господарської діяльності, як виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, ліцензуванню не підлягає, а тому наразі відсутні підстави для притягнення особи до відповідальності за ст. 164.

КУпАП «Порушення порядку провадження господарської діяльності» щодо ліцензування господарської діяльності, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування.

Це повною мірою стосується і ст. 164-13 КУпАП «Порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва».

Відсутність спеціальної заборони на виробництво дисків, яке раніше підлягало ліцензування, вказує на відсутність складу правопорушення за зайняття видами господарської діяльності, щодо яких є спеціальна заборона.

Основним безпосереднім об'єктом адміністративного проступку, передбаченого ст. 164-13 КУпАП, є регламентований законодавством порядок провадження господарської діяльності, такої як виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва. Додатковим об'єктом адміністративного проступку виступають об'єкти авторського права та суміжних прав. Це означає, що порушення законодавства, що регулює виробництво, експорт, імпорт дисків для лазерних систем зчитування, експорт, імпорт обладнання чи сировини для їх виробництва, може поєднуватися із незаконним відтворенням або розповсюдженням об'єктів авторського права та суміжних прав, що треба кваліфікувати за сукупністю адміністративних проступків, передбачених ст. 164-13 та ст. 51-2 КУпАП.

Досліджуючи приписи ст. 164-13 КУпАП, потрібно звернути увагу на той факт, що норма вказаної статті взагалі не визначає суб'єкта правопорушення. Крім загальних ознак, суб'єкт адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 164-13 КУпАП, характеризується ще й додатковими специфічними властивостями, якими наділені посадові особи та фізичні особи-підприємці.

Висновки

Проаналізувавши законодавчі акти, які стосуються регулювання відносин у сфері охорони інтелектуальної власності, а також об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу адміністративних правопорушень, передбачених нормами статей 156-3, 164-7, 164-8, 164-13 КУпАП, слід зазначити, що вони не досить чітко сформульовані у диспозиціях вказаних статей, що, безумовно, створює певні проблемні питання під час кваліфікації адміністративних правопорушень. Для запровадження ефективної правової регламентації адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, відмежування їх від інших правопорушень необхідно використовувати не тільки норми статей КУпАП, якими передбачена адміністративна відповідальність за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності, а й положення Законів України: «Про авторське право і суміжні права», «Про заходи щодо попередження та зменшення вживання тютюнових виробів і їх шкідливого впливу на здоров'я населення», «Про рекламу», «Про державну підтримку кінематографії в Україні», «Про кінематографію», «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування», «Про ліцензування видів господарської діяльності» та інших нормативних актів.

Список використаних джерел:

1. Калімбет А. Л. Державне управління в галузі телебачення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2016. 207 с.

2. Світличний О. П. До питання встановлення адміністративної та кримінальної відповідальності юридичних осіб за порушення прав інтелектуальної власності. *Науковий вісник НУБіП України. Серія «Право»*. 2014. Вип.197. Ч. 2. С. 196–200.

The paper emphasizes the important role of the Institute of Administrative Responsibility in ensuring public relations, where administrative responsibility plays one of the leading roles in securing public and private interests in the field of intellectual property. On the basis of the analyzed national legislation and monographic studies of leading scientists-administrators, who investigated these issues, attention is drawn to the fact that at present theoretical and practical problems remain concerning the improvement of the institution of administrative responsibility for violation of the legislation in the field of property.

Attention is drawn to the need to improve the provisions of the Code of Administrative Offenses concerning the subjective composition of persons who are obliged to bear administrative responsibility in case of violation of the legislation in the field of intellectual property. To introduce effective legal regulation of administrative responsibility for violation of intellectual property legislation, to distinguish them from other offenses. On this basis, not only the norms of articles of the Code of Administrative Offenses, which stipulates administrative liability for infringement of the legislation in the field of intellectual property, but also provisions of the requirements of the Laws of Ukraine: «On Copyright and Related Rights», «On Measures

to Prevent and Reduce use of tobacco products and their harmful effects on the health of the population», «About advertising», «About state support for cinematography in Ukraine», «About cinematography», «About features of states th regulation of business entities related to production, export, import of disks for laser reading systems», «On licensing of economic activity» and other regulations.

The objective and subjective features of the composition of administrative offenses envisaged by the norms of Articles 156-3, 164-7, 164-8, 164-13 of the Code of Administrative Offenses are analyzed, they are stated that they are not sufficiently clearly stated in the dispositions of the said articles, which unconditionally creates problematic issues in the qualification of administrative offenses in law enforcement activities, and ways to improve the institution of administrative responsibility for violations of legislation in the field of intellectual property.

Key words: legislation, security, object, subject, offense.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.37

Мирослава Красноборова,
радник Посольства України в Королівстві Нідерланди,
прокурор зі зв'язку для Європейської організації з питань юстиції,
здобувач Міжрегіональної академії управління персоналом

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ МОЖЛИВОСТІ ЗАЛУЧЕННЯ ЄВРОЮСТУ ДЛЯ СПРИЯННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СПІЛЬНИХ СЛІДЧИХ ГРУП В УКРАЇНІ

У статті викладено аналіз наявних нормативно-правових засад співробітництва компетентних органів України з Європейським агентством з питань юстиції (Євроюстом), зокрема, у контексті виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, а також Угоди про співробітництво між Україною та Європейською організацією з питань юстиції.

Висвітлено роль та мету діяльності агентства, наявні можливості Євроюсту щодо сприяння взаємодії з питань міжнародного співробітництва під час кримінального провадження при розслідуванні та кримінальному переслідуванні транскордонних злочинів. Основну увагу приділено ролі вказаної інституції Європейського Союзу у діяльності спільних слідчих груп, зокрема тих, які створені за участю українських правоохоронних органів у рамках міжнародно-правової співпраці під час досудового розслідування кримінальних проваджень.

Викладено основні форми та напрями підтримки спільних слідчих груп, насамперед в частині експертної допомоги, інституційно-організаційної та фінансової підтримки, зокрема часткового покриття Євроюстом видатків, пов'язаних із роботою спільних слідчих груп та проведенням спільних заходів. Також у статті приділено увагу діяльності Мережі експертів з питань спільних слідчих груп, Секретаріат якої функціонує на базі Євроюсту.

Наведено успішний приклад залучення Євроюсту для сприяння міжнародному співробітництву щодо розслідування катастрофи пасажирського літака Малайзійських авіаліній, що виконував рейс МН-17, 17 липня 2014 р. У цьому зв'язку акцентується увага на доцільності розширення співпраці українських національних органів із Євроюстом та використання його можливостей для координації пов'язаних розслідувань із представниками слідчих та судових органів держав-членів ЄС, що, безумовно, сприятиме повному та всебічному дослідженню обставин вчинення складних транснаціональних злочинів та не дасть змоги причетним особам уникнути покарання.

Ключові слова: спільні слідчі групи, Євроюст, Мережа експертів з питань спільних слідчих груп, Секретаріат Мережі експертів з питань спільних слідчих груп.

Постановка проблеми. Україна поступально рухається шляхом приведення нормативно-правової бази до стандартів ЄС та використання передових європейських напрацювань у різних галузях діяльності держави, зокрема у сфері юстиції, свободи та безпеки. Низка заходів з указаних питань, зокрема, передбачена в Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони.

Так, у Європейському Союзі діють спеціальні агенції, основною метою яких є сприяння розслідуванню транснаціональних кримінальних правопорушень у тому числі спільно з представниками правоохоронних органів інших держав.

З метою повноцінного використання можливостей таких інституцій ЄС у діяльності спільних слідчих груп, насамперед Євроюсту та Європолу, необхідно провести аналіз наявних інструментів та організаційно-правових засад їх використання українськими правоохоронними та судовими органами.

Аналіз останніх публікацій та досліджень. Питання міжнародного та регіонального співробітництва у сфері протидії організованій злочинності, міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, окремі аспекти діяльності Євроюсту і Європолу, методи та засоби їхньої роботи досліджувались такими українськими вченими, як М. В. Буроменський, О. Ю. Шостко, Н. А. Боднар, О. С. Устименко.

© М. Красноборова, 2020

Поняття, суть та діяльність міжнародних спільних слідчих груп ґрунтовно вивчались Конні Райкен з Університету Тілбур (Королівство Нідерланди), Гертом Вермейлен, професором кримінального права з Університету Генту (Королівство Бельгія).

При цьому у вітчизняних наукових колах тематика залучення Євроюсту до сприяння діяльності спільних слідчих груп за участю представників українських та іноземних правоохоронних органів ретельно не вивчалась, у зв'язку з чим ця стаття є певною мірою новелою в частині опрацювання та висвітлення основних положень відповідної співпраці.

Метою статті є розгляд положень чинного законодавства України щодо співпраці компетентних органів України із Євроюстом, засад спільної діяльності у разі створення спільних слідчих груп, адміністративних аспектів отримання експертної допомоги, залучення фінансування тощо; обґрунтування із наведенням практичних прикладів продовження нормотворчої роботи для використання українською стороною усього спектру інструментів підтримки Євроюстом національних органів під час проведення кримінальних розслідувань транснаціональних злочинів.

Виклад основного матеріалу. Статтями 20-24 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, передбачено низку зобов'язань України, спрямованих насамперед на боротьбу з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванням тероризму, незаконним обігом наркотичних засобів, прекурсорів та психотропних речовин, злочинністю та корупцією, а також удосконалення співробітництва з вказаних питань, зокрема співробітництва у цивільних та кримінальних справах.

Одними із чинників виконання даної Угоди безпосередньо визначено посилення взаємодії щодо взаємної правової допомоги та екстрадиції, а також більш тісне співробітництво з Євроюстом [1].

Зазначені норми відповідно кореспондуються з положеннями розділу 24 «Юстиція, свобода, безпека» Acquis communautaire.

Євроюст – це інституція ЄС, діяльність якої започатковано на зламі тисячоліть та основною метою якої підтримка та зміцнення співпраці та координації між національними органами слідства та кримінального переслідування під час кримінального провадження. З 12 грудня 2019 року Євроюст набув статусу агенції ЄС, і повна назва його нині the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation [3].

Взаємодія між Україною і Євроюстом забезпечується відповідно до Угоди про співробітництво між Україною та Європейською організацією з питань юстиції, укладеної 27.06.2016 та ратифікованої Верховною Радою України 08.02.2017.

Текст Угоди було узгоджено і парафовано делегаціями Євроюсту та України ще у 2011 році. Після проходження в інституціях Європейського Союзу всіх необхідних процедур Рада ЄС 21 квітня 2016 року затвердила мандат, який уповноважує Євроюст на підписання Угоди.

Укладення зазначеної Угоди дозволяє підняти на якісно новий рівень співпрацю у галузі надання взаємної правової допомоги у кримінальних справах як безпосередньо з Євроюстом, так і з усіма державами – членами Європейського Союзу.

Як слушно зазначає О. Ю. Шостко, підтримка транскордонного співробітництва і кооперації між різними правоохоронними органами для поліпшення розслідування організованої злочинної діяльності вважається однією з найбільш ефективних стратегій зменшення негативного впливу організованої злочинності. Українські правоохоронні органи повинні якнайшвидше почати використовувати ті можливості, які вже є у законодавчій площині. Видається надзвичайно важливою активна співпраця із Європолом, Євроюстом. Для проведення досудового розслідування злочинів, скоєних організованими злочинними угрупованнями, однією з найбільш ефективних форм вважаємо інститут спільних слідчих груп [7].

У контексті діяльності спільних слідчих груп роль Євроюсту зросла з моменту набрання чинності 4 липня 2009 року Рішенням Ради ЄС щодо Євроюсту, яким інституцію визначено основною контактною установою щодо спільних слідчих груп та встановлено обмін інформацією.

Зазначеним рішенням також було надано можливість національним представникам держав – членів ЄС у Євроюсті брати участь у діяльності спільних слідчих груп та передбачено створення Секретаріату Мережі експертів щодо спільних слідчих груп як частини Євроюсту.

Як зазначав колишній Президент Євроюсту, Національний представник Португалії Хосе Луіс Лопес да Мота, Євроюст є, напевне, найбільш релевантною інституцією, щоб давати відповіді на запитання, у яких випадках доцільно створювати спільну слідчу групу та які переваги вона дає. Євроюст надає поради щодо типу справ,

які можуть виграти від створення спільної слідчої групи, допомагає національним органам влади у покроковому створенні спільної слідчої групи, а також надає поради про те, що може бути зроблено без спільної слідчої групи [6].

Тож які саме інструменти передбачає Євроюст для підтримки спільних слідчих груп, до складу яких входять представники компетентних органів держав – членів ЄС, а також так званих «третіх» країн, тобто країн – не членів ЄС.

Умовно їх можна поділити на три групи: адміністративно-організаційні, фінансово-технічні та методичні.

До перших можна віднести безпосередньо операційні можливості Євроюсту. У штаб-квартирі Євроюсту у Гаазі (Королівство Нідерланди) розміщені 26 (станом на 01.02.2020, після вступу у дію 12.12.2019 Положення про Євроюст та набранням чинності 31.01.2020 Угодою про умови виходу Британії з ЄС) представництв держав-членів ЄС та 6 прокурорів зі зв'язку з Норвегії, США, Швейцарії, України, Північної Македонії та Чорногорії.

Для представників компетентних органів цих країн Євроюст надає можливість проводити координаційні наради у Євроюсті для безпечного обміну інформацією та узгодження спільних слідчих дій. З метою належного проведення таких зустрічей Євроюст забезпечує спеціально обладнані приміщення, переклад мовами держав-учасниць засідання, покриває витрати на переліт та проживання, надає адміністративно-правову підтримку.

Також для представників України доступне спеціалізоване приміщення координаційного центру у Євроюсті, яке дозволяє в режимі онлайн здійснювати моніторинг та синхронізацію спільних дій у державах-учасницях спільної слідчої групи під час проведення конкретних операцій чи процесуальних дій, насамперед обшуків та затримань причетних осіб.

До фінансово-технічних інструментів підтримки спільних слідчих груп належить покриття операційних витрат та надання в оренду апаратури. Так, відповідно до заявки на фінансування, яка подається учасником спільної слідчої групи з держави-члена ЄС, Євроюстом може бути профінансовано подорожі учасників спільної слідчої групи для проведення зустрічей і процесуальних дій, здійснення перекладу як усного, так і матеріалів кримінального провадження, якими обмінюються сторони, перевезення вилучених предметів злочинів чи речових доказів. Спільній слідчій групі, що проводить пов'язані розслідування, надаються засоби мобільного зв'язку та комп'ютери, обладнані конфіденційною системою обміну даними.

Внесенням змін до Закону Україну «Про прокуратуру» у вересні 2019 року відкрито можливість для використання вказаних інструментів українською стороною. Так, відповідно до ч. 1 ст. 89 цього закону фінансування прокуратури здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України, а також інших джерел, не заборонених законодавством, у тому числі у випадках, передбачених міжнародними договорами України або проектами міжнародної технічної допомоги, зареєстрованими в установленому порядку. Відповідна норма передбачає опцію для відшкодування Євроюстом коштів, пов'язаних із діяльністю українських учасників спільних слідчих груп, як це передбачено нормативними документами Євроюсту та здійснюється на практиці державами-членами ЄС.

Також, як зазначалося, з метою забезпечення підтримки спільних слідчих груп та надання методичної допомоги на базі Євроюсту діє Секретаріат Мережі експертів щодо спільних слідчих груп. Представники Секретаріату, зокрема, здійснюють практичне та фінансове забезпечення підтримки Євроюстом діяльності спільних слідчих груп, ведуть облік, проводять аналіз законодавства та надають відповідні рекомендації щодо подальшого кримінального переслідування причетних осіб.

Наявність Угоди про співробітництво між Україною та Євроюстом, а також відрядженого Прокурора зі зв'язку для Євроюсту дозволяють українським правоохоронним органам повною мірою використовувати всі зазначені можливості для забезпечення ефективної діяльності спільних слідчих груп.

Як позитивний приклад такої взаємодії можна навести діяльність спільної слідчої групи з розслідування збиття пасажирського літака Малайзійських авіаліній, що виконував рейс МН-17, 17 липня 2014 р., у результаті чого загинули 298 осіб. Відповідно до угоди про створення спільної слідчої групи, яка була укладена 7 серпня 2014 року за результатами координаційного засідання у Євроюсті 28 липня того ж року, до її складу увійшли представники компетентних органів Нідерландів, України, Бельгії, Австралії, а також Малайзії та Євроюсту. Як зазначено у повідомленні на офіційному сайті прокуратури Королівства Нідерланди, Євроюст відіграє важливу роль у сприянні міжнародному співробітництву щодо розслідування катастрофи.

Висновки

Ураховуючи викладене, можна підсумувати, що Євроюст є ключовою інституцією для сприяння розслідуванням у рамках спільних слідчих груп, забезпечуючи експертну та практичну підтримку їхньої діяльності.

Натепер наявні всі організаційно-правові засади для використання можливостей Євроюсту спільними слідчими групами, до складу яких входять представники українських компетентних органів.

Найбільш важливими з операційної точки зору є засідання спільних слідчих груп у штаб-квартирі Євроюсту та використання координаційного центру. Врегульовуючи відповідне питання у нормативних актах України, можливо забезпечити часткове фінансування витрат, пов'язаних із діяльністю спільних слідчих груп за участю представників органів прокуратури та досудового розслідування України.

З огляду на наявний прогрес у застосуванні інструменту спільних слідчих груп під час проведення досудових розслідувань складних транскордонних злочинів, видається доцільним забезпечити використання експертних можливостей Євроюсту та подальшу взаємодію з Мережею експертів з питань спільних слідчих груп, зокрема, з метою обміну кращими практиками та досвідом щодо роботи в рамках спільних слідчих груп.

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 29.01.2020).

2. Acquis communautaire. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/conditions-membership/chapters-of-the-acquis_en (дата звернення: 29.01.2020).

3. Regulation (eu) 2018/1727 of the European Parliament and of the Council of the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), on 14 November 2018 and replacing and repealing Council Decision 2002/187/JHA URL: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/EurojustRegulation/Eurojust%20Regulation%20(Regulation%20(EU)%202018-1727%20of%20the%20European%20Parliament%20and%20of%20the%20Council)/2018-11-21_Eurojust-Regulation_2018-1727_EN.pdf (дата звернення: 29.12.2019).

4. Угода про співробітництво між Україною та Європейською організацією з питань юстиції від 27.06.2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_024-16 (дата звернення: 03.09.2019).

5. Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII «Пропрокуратуру. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#n844 (дата звернення: 03.09.2019).

6. Jose Luis Lopes da Mota, Eurojust and Its Role in Joint Investigation Teams, EUCRIM, 3/2009, 88 p.

7. Шостко О.Ю. Міжнародне та регіональне співробітництво у сфері протидії організованій злочинності. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 4. С. 366-370.

8. Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2019:384I:TOC (дата звернення: 03.02.2020).

9. Joint investigation into Flight MH17. URL: https://www.om.nl/@86120/joint-investigation/ (дата звернення: 03.02.2020).

10. C.Rijken and G.Vermeulen (Eds.), Joint Investigation Teams in the European Union ©2006, T M C Asser press, The Hague, The Netherlands and the Authors. P. 13-14.

The article analyzes the existing legal framework for cooperation between the competent authorities of Ukraine and the European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust), namely with regard to the Association Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, as well as Agreement on Cooperation between Eurojust and Ukraine.

The article highlights the role and aim of the Agency that is dedicated to support and to strengthen coordination and cooperation between national investigating and prosecuting authorities, also shows the existing opportunities of Eurojust for facilitating international cooperation in criminal matters for investigation and prosecution of transnational crimes. Particular attention is paid to the role of the aforementioned EU institution in the context of the activities of joint investigation teams, in particular those established with the participation of Ukrainian law enforcement agencies in the framework of international legal cooperation during the pre-trial investigation of criminal proceedings.

The main forms and directions of support of joint investigation teams are outlined, namely in the area of expert assistance, institutional, organizational and financial support like partial coverage by Eurojust the costs related to activities of the joint investigation teams and joint actions. The article also draws attention to the activities of the Network of Experts on Joint Investigation Teams (JITs) and JIT Secretariat that is based at Eurojust.

In addition, the example of successful involvement of Eurojust to facilitate and coordinate the investigation of the crash of Malaysia Airlines Flight MH17 on July 17, 2014 is mentioned. In this context, the article raises the issue of the expediency of expanding the cooperation between Ukrainian national authorities and Eurojust. Using its capabilities for coordination with the representatives of the investigative and judicial authorities of the EU Member States concerning the connected investigations will undoubtedly facilitate a full and comprehensive investigation of the circumstances of complex transnational crimes and preventing persons involved to avoid the responsibility.

Key words: joint investigation teams, Eurojust, JIT Network, JIT Secretariat.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.38

Леся Миськів,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства
Київського міжнародного університету

ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ІНКЛЮЗИВНА ОСВІТА»

У статті на основі опрацювання низки наукових поглядів учених запропоновано авторське бачення щодо тлумачення поняття «інклюзивна освіта». Обґрунтовано, що впроваджувати інклюзивну освіту в Україні необхідно на всіх освітньо-виховних рівнях починаючи з початкової школи, навіть нижче – з дитячих садків, і завершуючи отриманням освіти у вищих навчальних закладах. Визначено, що інклюзивна освіта в Україні – це комплексний процес забезпечення рівного доступу до якісної освіти дітям і молоді з особливими освітніми потребами шляхом організації їх навчання у освітніх закладах усіх рівнів – від загальноосвітніх до вищих навчальних закладів та закладів післядипломної освіти включно, на основі застосування особистісно орієнтованих методів навчання, з урахуванням індивідуальних особливостей навчально-пізнавальної діяльності такої категорії людей. Виокремлено такі види інклюзивної освіти: 1) дошкільна; 2) загальноосвітня, яка своєю чергою також має три рівні: а) початковий; б) основний; в) старший; 3) позашкільна; 4) професійно-технічна; 5) на базі вищої школи; 6) післядипломна. Зроблено висновок, що до основних завдань інклюзивної освіти слід віднести такі: використання світового досвіду впровадження інклюзії; зміну стереотипів та негативного відношення до осіб з обмеженими можливостями; усунення бар'єрів та нерівності доступу до інфраструктури суспільного середовища; запровадження змін у освітніх системах країн, розробку освітніх програм інклюзивної освіти з урахуванням національних особливостей їх реалізації; впровадження принципів інклюзії у національні законодавства країн; підготовку персоналу для роботи в інклюзивному освітньому просторі; формування сприятливих економічних стратегій впровадження інклюзивної освіти; створення світової моделі інклюзивного навчального середовища; широке інформування та поширення інформації про позитивні наслідки впровадження інклюзії в суспільство; включення осіб з обмеженими можливостями у загальноосвітнє середовище; забезпечення використання особами з обмеженими можливостями свого потенціалу та зайняття трудовою діяльністю.

Ключові слова: освіта, інклюзія, інклюзивна освіта, навчальні заклади, підтримка дітей, особливі потреби.

Постановка проблеми. Освіта – основа інтелектуального, культурного, духовного, соціального, економічного розвитку суспільства і держави. Освіта є інструментом належного виховання, повноцінного та всебічного розвитку особи. Важливим завданням освіти є забезпечення гармонізації відносин особи з собою та іншими людьми, зі світом, тобто вона (освіта) в ідеалі виступає одним із тих факторів, що сприяють досягненню людиною щастя. У зв'язку із цим для людей, що мають обмежені психофізичні можливості, освіта набуває особливого значення як засіб їх самоствердження, формування почуття власної гідності та значимості.

Стан дослідження. Розмірковуючи про теоретико-правові основи функціонування інклюзивної освіти в Україні, слід відзначити, що хоча проблематика інклюзивної освіти є новою для нашої держави, проте низка її аспектів уже зазнала суттєвого наукового опрацювання з боку вітчизняних дослідників. Зокрема, її розробляли А. Колупаєва, Ю. Богінська, П. Таланчук, А. Пеньковська, М. Попов, Л. Будяк, Л. Вавіна, В. Болдирєва, Н. Ворон, І. Калініченко, Г. Нікуліна, Т. Ілляшенко, А. Капська, Н. Мирошніченко, В. Сушкевич, А. Мудрик, Ю. Найда, Л. Коваленко, Н. Софій, С. Хлєбік, Г. Лобайчук, С. Шевченко, О. Савельєва, Н. Шматко, А. Сікач, М. Чайковський, І. Бгажнова С. Горкуша та ін. Водночас складність досліджуваного питання зумовлює той факт, що окремі його моменти під час їх аналізу потребують більш глибокого та розгорнутого підходу. Зокрема, нині більшістю вітчизняних дослідників інклюзивна освіта, на нашу думку, розглядається у дещо обмеженому вигляді, оскільки її впровадження обґрунтовується переважно тільки на рівні загальноосвітніх шкіл та професійно-технічних закладів. Така ситуація, з нашої точки зору, є несправедливою стосовно осіб з розладами психофізичного здоров'я, оскільки право на

© Л. Миськів, 2020

здобуття вищої освіти є частиною загального конституційного права людини і громадянина на освіту. Отже, особи з особливостями психофізичного здоров'я мають також права на отримання освіти у вищій школі, як й інші люди, що не мають вад здоров'я.

Саме тому **мета статті** – визначити сутність поняття «інклюзивна освіта».

Виклад основного матеріалу. З метою виконання поставленого наукового завдання у дослідженні питання структури та особливостей системи інклюзивної освіти в Україні, на нашу думку, слід з'ясувати зміст низки основних визначень, серед яких – інклюзія, інклюзивна освіта (навчання), система та структура інклюзивної освіти. Адже саме у понятті концентруються та відображаються всі найбільш важливі властивості об'єкта дослідження (предмета, процесу, явища). Як загальнофілософська категорія «поняття» є формою мислення, що виражає істотні властивості, зв'язки і відносини предметів та явищ [1, с. 251].

З англійської "inclusion" перекладається як утримувати, включати, мати місце в своєму складі. Тому "inclusion" є терміном, що відображає нові погляди не лише на освіту, але й на місце людини в суспільстві [2, с. 358]. *Інклюзія (від inclusion – включення) – процес збільшення ступеня участі всіх громадян у соціумі, насамперед тих, що мають труднощі у фізичному та розумовому розвитку.* Вона передбачає розробку й застосування таких конкретних заходів, які зможуть дати змогу кожній особі бути рівноправним учасником суспільного життя, незалежно від наявності тих чи інших індивідуальних особливостей чи відмінностей. При цьому відбувається усунення будь-яких форм шкільної сегрегації, зокрема спеціальних класів для тих, хто на відповідає умовно визначеному стандарту «нормальності» [3]. *Інклюзія – це приналежність до співтовариства (групи друзів, школи, того місця, де живеш). Інклюзія враховує потреби, а також спеціальні умови та підтримку, необхідну учням та вчителям для досягнення успіху.*

С. Здрагат зазначає, що поняття «інклюзія» та «інтеграція» в розумінні людей чітко не розмежовані. Так, інтеграція визначається як зусилля, спрямоване на введення дітей у регулярний освітній процес. Інклюзія – це політика та процес, які дають змогу всім без винятку дітям брати участь в усіх освітніх програмах та бути повноправними суб'єктами всіх процесів життєдіяльності [4, с. 15]. Кореспондуючи бачення С. Здрагат, А. Колупаєва зазначає, що останнім часом поняття «інтеграція» замінюється терміном «інклюзія», який має дещо ширший контекст; інтеграція відображає спробу залучити учнів з особливими потребами до загальноосвітніх шкіл, а інклюзія передбачає пристосування шкіл, їх загальної освітньої філософії до потреб усіх учнів [5, с. 19].

І. Яцюк у своєму дослідженні дійшла висновку, що у вузькому значенні інклюзивна освіта – це гнучка, індивідуалізована система навчання дітей з особливостями психофізичного розвитку в умовах масової загальноосвітньої школи. У більш широкому розумінні зазначений термін стосується не лише дітей-інвалідів, а й тих, хто має певні проблеми із фізичним чи психологічним здоров'ям (без інвалідності), а також тих, чиє перебування у звичайній школі супроводжується певними труднощами в адаптації [6].

Низка поглядів на визначення поняття «інклюзивне навчання» знайшла своє висвітлення у науковій літературі. Зокрема, Н. Валентик під інклюзивним навчанням пропонує розуміти гнучку індивідуалізовану систему навчання з психолого-педагогічною підтримкою дітей з особливостями психофізичного розвитку в умовах масової загальноосвітньої школи, яка розташована поблизу місця проживання. Навчання відбувається за індивідуальним планом, який передбачає використання індивідуалізованих навчальних програм, забезпечується психолого-педагогічним і медико-соціальним супроводом [7, с. 47].

О. Пащенко, І. Гриценок, Н. Софій, Ю. Найда, В. Бойко пишуть, що ідея інклюзії передбачає спільне навчання учнів з інвалідністю та/або особливими освітніми потребами з іншими учнями, співпраця з ними, набуття спільного досвіду [8, с. 8–9; 9]. На їхню думку, інклюзивна освіта включає такі компоненти: 1) визнання рівної цінності для суспільства всіх учнів і педагогічних працівників; 2) підвищення ступеня участі учнів у навчальному процесі та пізнавальних заходах й одночасне зниження рівня ізольованості частини учнів; 3) зміни в політиці навчального закладу, практиці та культурі з метою приведення їх у відповідність до різноманітних потреб учнів, які навчаються у такому навчальному закладі; 4) подолання бар'єрів на шляху отримання якісної професійної освіти та соціалізації всіх учнів, а не тільки учнів з інвалідністю та учнів з особливими навчальними потребами; 5) аналіз і вивчення спроб подолання бар'єрів і покращення доступності навчальних закладів для окремих категорій учнів; 6) проведення реформ і змін, спрямованих на користь усіх учнів; переконання, що відмінності між учнями – це ресурси, що сприяють педаго-

гічному процесу, а не перешкоди, які необхідно долати; покращення ситуації в школах загалом як для учнів, так і для педагогів; розвиток партнерських відносин між школами і соціальними партнерами [8, с. 8–9; 9].

Спираючись на приведені властивості інклюзивної освіти, автори роблять висновок про те, що вона являє собою процес, спрямований на перетворення навчальних закладів на такий освітній простір, який стимулює й підтримує не тільки учнів, а і власних членів трудового колективу [8, с. 9].

Досить змістовною з приводу розуміння сутності інклюзії видається точка зору, відповідно до якої її зміст криється у чотирьох компонентах (елементах), а саме:

по-перше, інклюзія – це процес. Інклюзія має розглядатись як постійний пошук ефективніших шляхів задоволення індивідуальних потреб усіх дітей. У цьому разі відмінності розглядаються як позитивне явище, яке стимулює навчання дітей та дорослих;

по-друге, інклюзія пов'язана з визначенням перешкод та їх подоланням. Відповідно, вона включає проведення комплексної оцінки, збір інформації з різноманітних джерел для розробки індивідуального плану розвитку та реалізації його на практиці;

по-третє, інклюзія передбачає присутність, участь та досягнення. «Присутність» у цьому контексті розглядається як надання можливості навчатися в загальноосвітньому навчальному закладі та пристосування, необхідні для цього; «участь» розглядається як позитивний досвід, який набуває учень у процесі навчання, та врахування ставлення учня до самого себе в цьому процесі; «досягнення» розглядається як комплексний результат навчання упродовж навчального року, а не лише результати тестів та екзаменів;

по-четверте, інклюзія акцентує увагу на тих групах учнів, які підлягають «ризику» виключення або обмеження в навчанні. Це визначає моральну відповідальність перед такими «групами ризику» та гарантування їм можливості участі в освітньому процесі [10; с. 7–8; 11].

А. Пеньковска та М. Попов вважають, що інклюзивна освіта – це процес, у якому школа намагається відповідати потребам усіх учнів, упроваджуючи необхідні зміни до навчальної програми та ресурсів, щоб забезпечити рівність можливостей [12, с. 239]. Своєю чергою Концепція розвитку інклюзивної освіти дає таке визначення: інклюзивне навчання – це комплексний процес забезпечення рівного доступу до якісної освіти дітям з особливими освітніми потребами шляхом організації їх навчання у загальноосвітніх навчальних закладах на основі застосування особистісно орієнтованих методів навчання, з урахуванням індивідуальних особливостей навчально-пізнавальної діяльності таких дітей [13].

На думку О. Листопад, інклюзивне навчання слід розуміти як комплексний процес забезпечення рівного доступу до якісної освіти дітям з особливими потребами шляхом їх навчання у загальноосвітніх закладах на основі застосування особистісно орієнтованих методів навчання, з урахуванням індивідуальних особливостей [14, с. 182]. С. Здрагат у своєму дослідженні також формулює визначення інклюзивного навчання, тобто комплексний процес забезпечення рівного доступу до якісної освіти для дітей з особливими освітніми потребами шляхом організації їхнього навчання в групах дитячого садка та звичайному класі загальноосвітнього навчального закладу на основі застосування особистісно орієнтованих методів навчання з урахуванням індивідуальних особливостей навчально-пізнавальної діяльності таких дітей [4].

Науковці виокремлюють такі базові принципи інклюзивного навчання: «цінність людини не залежить від її здібностей і досягнень; кожна людина здатна відчувати і думати; кожна людина має право на спілкування і на те, щоб бути почутою; всі люди відчувають потребу один в одному; істинна освіта може здійснюватися лише в контексті реальних взаємин; всі люди потребують підтримки і дружби ровесників; для всіх, хто навчається, досягнення прогресу може бути радше в тому, що вони можуть робити, а не в тому, чого не можуть; різноманітність посилює всі сторони життя людини» [14, с. 44].

Висновок

Проаналізувавши низку наукових точок зору у питанні визначення понять «інклюзія» та «інклюзивне навчання», можна зробити висновок про сформованість чіткого усвідомлення суті згаданих понять та одностайність у їх розумінні, незважаючи на часткове висвітлення цього питання у правовому полі. Таким чином, інклюзивна освіта в Україні – це комплексний процес забезпечення рівного доступу до якісної освіти дітям і молоді з особливими освітніми потребами шляхом організації їх навчання у освітніх закладах усіх рівнів – від загальноосвітніх до вищих навчальних закладів та закладів післядипломної освіти включно, на основі застосування особистісно орієнтованих методів навчання, з урахуванням індивідуальних особливостей навчально-пізнавальної діяльності такої категорії людей.

До основних завдань інклюзивної освіти слід віднести такі як: використання світового досвіду впровадження інклюзії; зміна стереотипів та негативного відношення до осіб з обмеженими можливостями; усунення бар'єрів та нерівності доступу до інфраструктури суспільного середовища; запровадження змін у освітніх системах країн, розробка освітніх програм інклюзивної освіти з урахуванням національних особливостей їх реалізації; впровадження принципів інклюзії у національні законодавства країн; підготовка персоналу для роботи в інклюзивному освітньому просторі; формування сприятливих економічних стратегій впровадження інклюзивної освіти; створення світової моделі інклюзивного навчального середовища; широке інформування та поширення інформації про позитивні наслідки впровадження інклюзії в суспільство; включення осіб з обмеженими можливостями у загальноосвітнє середовище; забезпечення використання особами з обмеженими можливостями свого потенціалу та зайняття трудовою діяльністю.

У зв'язку із цим вважаємо, що впроваджувати інклюзивну освіту в Україні необхідно на всіх освітньо-виховних рівнях починаючи з початкової школи, навіть нижче – дитячих садків, і завершуючи отриманням освіти у вищих навчальних закладах. Визначившись із поняттям інклюзії, далі вважаємо за потрібне визначити її види та форми. Якщо говорити про види інклюзивної освіти, то вважаємо, що найбільш доречним буде використати критерієм для класифікації рівень освіти, на якому здійснюється інклюзивне навчання. Відповідно, можемо виокремити такі види інклюзивної освіти: 1) дошкільна; 2) загальноосвітня, яка своєю чергою також має три рівні: а) початковий; б) основний; в) старший; 3) позашкільна; 4) професійно-технічна; 5) на базі вищої школи; 6) післядипломна. Що стосується форм інклюзивної освіти, то, з нашої точки зору, вона може бути реалізована у таких із них: повне включення, коли особи, що мають особливості психофізичного розвитку, здійснюють навчання у звичайних групах чи класах разом з іншими особами. Однак при цьому має відбуватися відповідна робота з психологічного та корекційно-реабілітаційного супроводу навчання таких категорій осіб; комбіноване інклюзивне навчання, коли на базі загальних навчальних закладів утворюються спеціальні класи, групи для навчання дітей, що мають особливості психофізичного розвитку; інклюзивне навчання, що передбачає часткове включення осіб з особливими освітніми потребами до груп, класів з іншими дітьми.

Список використаних джерел:

1. Социологический энциклопедический словарь. На русском, английском, немецком, французском и чешском языках. / Редактор-координатор – академик РАН Г.В. Осипов. Москва : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА-М), 2000. 488 с.

2. Специальная педагогика : учебное пособие / Л.И. Аксеонова, Б.А. Архипов, Л.И. Белякова. Москва : Изд. центр «Академия», 2001. 400 с.

3. Інклюзивна освіта: сутність, поняття, термінологія. Корекційна освіта: інтернет-блок. URL: http://doshkilla.blogspot.com/2012/03/blog-post.html

4. Здрагат С.Г. Інклюзивна освіта – шлях до рівних можливостей / С.Г. Здрагат, Ж.І. Ромачак, О.В. Чумаєва. *Наша школа*. 2011. № 4. С. 14–17.

5. Колупаєва А. Інклюзивна освіта в теорії і практиці діяльності школи / А. Колупаєва, Н. Софій, Ю. Найда, Л. Даниленко. *Директор школи. Шкільний світ*. 2011 № 7. С. 17–22.

6. Яцюк І. Інклюзивна освіта в умовах сучасного загальноосвітнього навчального закладу. *Нова педагогічна думка*. 2012. № 2. URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Npd/2012_2/lyacuk.pdf.

7. Валентик Н. Інклюзивна освіта, за і проти. *Директор школи*. 2010. № 14–15. С. 45–58.

8. Індекс інклюзії: професійно-технічний навчальний заклад : навчально-методичний посібник / Кол. упорядників: Пащенко О.В., Гриценок І.А., Софій Н.З., Найда Ю.М. Київ : ТОВ «Видавничий дім «Плеяди», 2011. 92 с.

9. Бойко В.О. Інклюзивна освіта: до питання визначення поняття та особливостей її запровадження. *Наукові записки. Психолого-педагогічні науки*. Книга 4. 2012 р. URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Nzspp/2012_4/mtp/mtp1.pdf.

10. Інклюзивна освіта: основні положення. Всеукраїнський фонд «Крок за кроком». URL: http://www.ussf.kiev.ua/index.php?go=Inklus&id=2.

11. Право на инклюзию. *Здоровье детей*. 2008. № 12. С. 6–8.

12. Пеньковска А., Попов М. Зміст освітньої інтеграції та інклюзії дітей з обмеженими можливостями. *Гуманізація навчально-виховного процесу* : збірник наукових праць. 2011. Вип. LVI. С. 233–245.

13. Про затвердження Концепції розвитку інклюзивного навчання : Наказ МОН України від 01.10.2010 № 912. URL: https://docs.google.com/document/d/1uL7wxNKDHWcZ3v4duuZilozyyXfEYlE-Mps3YNrWKc/edit?hl=en&pli=1.

14. Листопад О.В. Інклюзивна освіта в контексті інноваційного розвитку. *Педагогічні науки: теорія, історія, інноваційні технології*. 2011, № 2 (12). С. 174–184.

In the article, on the basis of working out of a number of scientific views of scientists, the author's vision on interpretation of the concept of "inclusive education" is offered. It is substantiated that inclusive education in Ukraine should be implemented at all educational levels, starting from primary school, and even below from kindergartens, and ending with higher education. It has been determined that inclusive education in Ukraine is a comprehensive process of ensuring equal access to quality education for children and young people with special educational needs by organizing their education in educational institutions of all levels – from general education to higher education institutions and postgraduate institutions, inclusive oriented teaching methods, taking into account the individual characteristics of educational and cognitive activity of such a category of people. The following types of inclusive education are distinguished: 1) preschool; 2) general education, which in turn also has three levels: a) elementary; b) basic; c) senior; 3) extracurricular; 4) professional and technical; 5) on the basis of higher education; 6) postgraduate. It is concluded that the main tasks of inclusive education include the following: use of world experience in the implementation of inclusion; changing stereotypes and negative attitudes towards people with disabilities; removing barriers and inequalities in access to public infrastructure; introduction of changes in the educational systems of the countries, development of educational programs of inclusive education taking into account national peculiarities of their implementation; implementation of the principles of inclusion in national laws of the countries; training staff to work in an inclusive educational space; developing favorable economic strategies for inclusive education; creation of a world model of inclusive learning environment; widespread information and dissemination of information about the positive effects of inclusion in society; inclusion of persons with disabilities in the general education environment; ensuring that persons with disabilities use their full potential and engage in employment.

Key words: education, inclusion, inclusive education, educational institutions, child support, special needs.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.39

Людмила Могілевська,
викладач кафедри правоохоронної діяльності та поліціїстики факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ПРОБЛЕМИ ВЗАЄМОДІЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ З ГРОМАДСЬКІСТЮ ТА З ІНШИМИ ОРГАНАМИ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ДИТИНИ

У статті на основі аналізу норм чинного законодавства України та наукових поглядів учених досліджено проблему взаємодії Національної поліції з громадськістю та іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини. Обґрунтовано, що незалежно від суб'єкта, з яким співпрацює поліція, саме взаємодія дає змогу більш оперативно виявити та припинити порушення прав та свобод дитини, що, безперечно, позитивним чином відображається: по-перше, на якості захисту прав та свобод дитини, а по-друге, на іміджі самих органів Національної поліції України. Наголошено, що особливу увагу органи прокуратури мають приділяти захисту прав і свобод дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей-інвалідів, дітей, які виховуються в сім'ях, що перебувають у складних життєвих обставинах, залишених без догляду батьків, переміщених з тимчасово окупованої території України, районів воєнних дій, збройних конфліктів та інших надзвичайних ситуацій. Визначено, що з метою забезпечення прав та свобод дитини Національна поліція України та її підрозділи мають активно співпрацювати зі звичайними загальноосвітніми навчальними закладами. Така взаємодія перш за все носить суто профілактичний характер та має велике практичне значення: по-перше, для органів Національної поліції, оскільки через відповідну співпрацю вони можуть проводити профілактичні бесіди з учнями щодо їхніх прав та свобод, якими вони можуть користуватись. Крім того, керівництво шкіл може акцентувати увагу правоохоронних органів на тих, учнях, які входять до так званої «групи ризику». По-друге, для керівників та викладачів шкіл, оскільки це полегшує їм роботу з проблемними учнями та розширює їхній кругозір у роботі з дітьми, зокрема у частині дотримання прав та свобод останніх. Зроблено висновок, що в умовах сьогодення взаємодія Національної поліції України з громадськістю та іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини є вкрай необхідною. Зазначене пов'язано з тим, що поліція фактично не зможе самостійно виконати покладені на неї обов'язки у цій сфері, що пов'язано зі специфікою роботи з дітьми та їхнім особливим правовим статусом.

Ключові слова: взаємодія, Національна поліція, громадськість, органи державної влади, прокуратура, права і свободи дитини.

Постановка проблеми. Аналіз наукових точок зору та норм чинного законодавства України дає змогу з упевненістю стверджувати, що натепер Національна поліція України є важливим суб'єктом забезпечення прав і свобод дитини. Втім, безспірним є той факт, що поліція не в змозі самостійно вирішити всі наявні проблеми у зазначеній галузі. А тому, здійснюючи свою діяльність у сфері забезпечення прав і свобод дитини, Нацполіція має постійно взаємодіяти з громадськістю та з іншими органами державної влади у цій сфері, що значною мірою пов'язано із правовим статусом дітей та специфікою роботи з ними. Під взаємодією у контексті обраної проблематики слід розуміти спільну взаємоузгоджену діяльність Національної поліції України з громадськістю та іншими органами державної влади, яка спрямована на досягнення єдиної мети – забезпечити належний захист та реалізацію прав і свобод дитини в Україні. Виходячи із вказаного вище, можна зробити висновок, що суб'єкти, з якими взаємодіють органи поліції в контексті забезпечення прав та свобод дитини, можна поділити на дві групи: 1) взаємодія з громадськістю; 2) з іншими органами державної влади, які відповідно до норм чинного законодавства уповноважені здійснювати свою діяльність у досліджуваній сфері суспільних відносин. А тому дослідження проблеми взаємодії Національної поліції з громадськістю та з іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини має велике теоретичне та практичне значення.

© Л. Могілевська, 2020

Стан дослідження. Варто відзначити, що багато проблем щодо діяльності Національної поліції України у сфері захисту прав та свобод людини вже були у полі зору науковців, зокрема їм приділяли увагу: О.М. Бандурка, О.І. Вінгловська, А.Ю. Ковальчук, І.О. Кресіна, Я.І. Маслова, Л.Л. Тарасенко, Т.Я. Харук, С.І. Шевченко та багато інших. Однак, незважаючи на чималу кількість наукових розробок, у більшості робіт проблема взаємодії Національної поліції з громадськістю та з іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини або не розглядалась взагалі, або ж носила суто поверхневий характер.

Саме тому **мета статті** – надати характеристику взаємодії Національної поліції з громадськістю та з іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи особливості діяльності Нацполіції та специфіку правового статусу дитини в Україні та всьому світі, перш за все необхідно приділити увагу взаємодії вказаного центрального органу виконавчої влади з громадськістю. Можна з упевненістю констатувати, що в сучасній соціально-спрямованій та демократичній державі взаємодія з громадськістю будь-якого органу державної влади має вагоме значення як для держави загалом, так і для суспільства і кожного громадянина зокрема. І взаємодія з Нацполіцією у цьому контексті не є винятком. Натепер важливими є такі завдання з активізації взаємодії між органами Національної поліції України і громадськістю [1, с. 4], як: підвищення авторитету й довіри населення до органів Національної поліції України; покращення стану комунікативної та загальної культури працівників Нацполіції; сприяння об'єктивному інформуванню населення про діяльність працівників правоохоронних органів за допомогою засобів масової інформації; ретельна перевірка фактів і матеріалів, які публікуються чи демонструються в мас-медіа; створення позитивного іміджу шляхом підвищення рівня професійної компетентності та покращення результатів діяльності працівників Національної поліції України; забезпечення безпосереднього діалогу між поліцією та населенням (громадськими об'єднаннями, профспілками, асоціаціями, організаціями, підприємствами) під час особистих зустрічей громадян із керівниками підрозділів ОВС, найкращими працівниками, персоналом служби громадської безпеки, які забезпечують правопорядок на конкретній території [1, с. 4].

Таким чином, вдосконалення взаємодії поліції з населенням – це необхідна умова існування довіри громадян до правоохоронних органів, а також і до влади загалом; аналіз і використання зарубіжного досвіду участі населення у правоохоронній діяльності – це дієвий інструмент якісного покращення співробітництва поліції і громадськості, реальна можливість підвищення ефективності роботи поліції через впровадження в роботу правоохоронних органів моделей діяльності поліції зарубіжних країн із використання консультативного механізму та співпраці з населенням щодо забезпечення громадського порядку і це нагальна потреба теперішнього часу; є необхідність у розробці та прийнятті нормативних документів, які б регламентували цей аспект правоохоронної діяльності як на державному, так і на галузевому рівнях; необхідно передбачити правове закріплення видів морального та матеріального заохочення членів громадських формувань, а також громадян, які беруть індивідуальну участь у правоохоронній діяльності [2, с. 165].

Отже, весь наведений вище матеріал дає змогу говорити про те, що взаємодія Національної поліції України з громадськістю щодо забезпечення прав та свобод дитини має велике практичне значення, адже: по-перше, «зближає» органи поліції з громадськістю, тим самим підвищуючи рівень довіри останніх до перших; по-друге, дає змогу Нацполіції більш глибоко з'ясувати проблеми, які існують у досліджуваній сфері. Якщо говорити більш детально, то ефективна взаємодія Національної поліції з громадськістю дасть змогу:

а) для громадян: забезпечити більшу поінформованість усіх громадян, у тому числі і дітей про їхні права та свободи, якими вони можуть вільно користуватись відповідно до чинного законодавства України; громадяни можуть більш оперативно повідомляти поліцію про випадки порушення прав та свобод дитини; через взаємодію громадськість здійснює контроль за діяльністю поліції. Таким чином, є можливість надати об'єктивну оцінку роботі органів Національної поліції України як з боку населення країни, так і з боку керівництва держави;

б) для Національної поліції України: більш оперативно визначати причини вчинення правопорушень щодо дитини, що дадуть змогу надалі завчасно попереджати їх виникнення; співпрацюючи з громадою, поліція має можливість підвищувати обізнаність мешканців про свою роботу (наприклад, про межі компетенції поліцейських або про альтернативні шляхи вирішення проблем). А це дасть змогу в майбутньому зменшити наван-

таження на патрульну поліцію; дасть змогу заручитись підтримкою населення, а це, апріорі, є важливим превентивним заходом щодо вчинення правопорушень стосовно дитини; виявити слабкі місця у своїй діяльності щодо забезпечення прав та свобод дитини, а тому прийняти ефективні управлінські рішення, спрямовані на вирішення власних проблем.

Переходячи до наступної групи суб'єктів, з якими взаємодіє Національна поліція у контексті забезпечення прав та свобод, окремо слід вказати прокуратуру України та її органи. Так, насамперед слід відзначити, що відповідно до Наказу ГПУ «Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод дітей» від 06 грудня 2014 року [3] пріоритетними напрямами представництва інтересів дітей та держави у суді визначити захист у сферах: охорони життя і здоров'я дітей, їхніх прав на освіту, відпочинок та змістовне дозвілля; опіки, піклування, усиновлення дітей; майнових та житлових прав дітей, їх соціального забезпечення; прав неповнолітніх на працю та працевлаштування; попередження та захисту від усіх форм насильства; користування та розпорядження органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування майном, землями навчальних, оздоровчих, лікувальних, а також інших закладів для дітей; використання бюджетних коштів, спрямованих на реалізацію програм та заходів з охорони дитинства, закупівлю відповідних товарів, робіт і послуг. Особливу увагу органи прокуратури мають приділяти захисту прав і свобод дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, дітей-інвалідів, дітей, які виховуються в сім'ях, що перебувають у складних життєвих обставинах, залишених без догляду батьків, переміщених з тимчасово окупованої території України, районів воєнних дій, збройних конфліктів та інших надзвичайних ситуацій [3].

Що ж стосується безпосередньо взаємодії Національної поліції з органами прокуратури, то така взаємодія найчастіше виникає безпосередньо у разі вчинення правопорушення або стосовно дитини, або ж самою дитиною. Так, відповідно до «Інструкції з організації роботи підрозділів ювенальної превенції Національної поліції України» від 19 грудня 2017 року підставою для прийняття підрозділом ЮП дитини на облік є письмове повідомлення слідчого, прокурора про вручення дитині повідомлення про підозру в учиненні кримінального правопорушення. Або ж дитину може бути знято з відповідного обліку у разі письмового повідомлення слідчого, прокурора про зняття з дитини підозри в учиненні кримінального правопорушення [4].

Окремої уваги заслуговує взаємодія Національної поліції України з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, закладами та установами під час забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, у тому числі таких, що можуть загрожувати їхньому життю та здоров'ю [5]. Складні життєві обставини, в яких перебуває дитина, нормами чинного законодавства визначаються як умови, що негативно впливають на життя дитини, стан її здоров'я та розвиток (інвалідність, тяжка хвороба, безпритульність, перебування у конфлікті із законом, залучення до найгірших форм дитячої праці, залежність від психотропних речовин, інші види залежності, жорстоке поводження, зокрема домашнє насильство, у тому числі у разі, коли кривдником є дитина, ухиляння батьків, осіб, які їх замінюють, від виконання своїх обов'язків, обставини стихійного лиха, техногенних аварій, катастроф, воєнних дій чи збройних конфліктів тощо), установлені за результатами оцінки потреб дитини [5].

Взаємодія Нацполіції із зазначеними вище суб'єктами в рамках цієї проблематики передбачає, що:

– юридичні та фізичні особи, яким стало відомо про дитину, яка постраждала від жорстокого поводження або життю чи здоров'ю якої загрожує небезпека, зобов'язані забезпечити надання екстреної медичної допомоги, невідкладно звернутися до органів Національної поліції або підпорядкованого підрозділу територіального органу ДСНС для організації її подальшого захисту у разі, коли дитина потребує медичної допомоги;

– органи Національної поліції зобов'язані протягом доби поінформувати службу у справах дітей районної, районної у мм. Києві та Севастополі держадміністрації, виконавчого органу міської, районної у місті (у разі утворення) ради, сільської, селищної ради, об'єднаної територіальної громади (далі – служба у справах дітей) про виявлену дитину для організації її соціального захисту;

– суб'єкти виявлення та/або організації соціального захисту дітей незалежно від повноважень зобов'язані у разі, коли у зверненні стосовно дитини вбачається склад адміністративного правопорушення чи злочину, невідкладно повідомити органам Національної поліції. Невідкладно у строк, що не перевищує однієї доби, повідомити (в тому числі за допомогою телефонного зв'язку) про дитину, яка постраждала від жорстокого поводження або життю чи здоров'ю якої загрожує небезпека, представнику служби у справах дітей за місцем її виявлення для організації заходів невідкладного реагу-

вання, в тому числі надання послуги з кризового та екстреного втручання, та органам Національної поліції;

– у разі надходження повідомлення про дитину, яка постраждала від жорстокого поводження або життю чи здоров'ю якої загрожує небезпека, служба у справах дітей разом з уповноваженим підрозділом органу Національної поліції, фахівцем із соціальної роботи, представниками закладу охорони здоров'я невідкладно проводить оцінку рівня безпеки дитини [5].

Окремо слід вказати, що відповідно до «Порядку взаємодії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, закладів та установ під час забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, у тому числі таких, що можуть загрожувати їх життю та здоров'ю», що організація допомоги дітям, які постраждали від жорстокого поводження, життю або здоров'ю яких загрожує небезпека, органами Національної поліції передбачає: 1) цілодобове прийняття інформації, в тому числі усної, про дітей, яким загрожує небезпека, працівниками всіх підрозділів і вжиття невідкладних заходів реагування; 2) проникнення до житла чи іншого приміщення (володіння) особи без її згоди або вмотивованого рішення суду у невідкладних випадках, пов'язаних з виникненням безпосередньої загрози життю або здоров'ю дитини, або за наявності підстав вважати, що така загроза існує; 3) за наявності ознак кримінального правопорушення – внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань, у зв'язку з чим вживаються подальші слідчі (розшукові) дії [5].

В окрему підгрупу, з якими взаємодія Національна поліція України, слід виділити органи, які визначені Законом України «Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей» від 24 січня 1995 року. Зокрема, до них віднесено: школи соціальної реабілітації та професійні училища соціальної реабілітації органів освіти; центри медико-соціальної реабілітації дітей закладів охорони здоров'я; спеціальні виховні установи Державної кримінально-виконавчої служби України; притулки для дітей; центри соціально-психологічної реабілітації дітей; соціально-реабілітаційні центри (дитячі містечка) [6]. Слід ще раз підкреслити, що відповідно до зазначеного нормативно-правового акта саме Національна поліція України та її підрозділи визнаються одними із ключових суб'єктів забезпечення й захисту прав та свобод дитини в Україні. Аналіз положень вказаного вище Закону дає змогу констатувати, що поліція в рамках взаємодії з іншими органами і службами у справах дітей має: проводити роботу щодо запобігання правопорушенням дітей серед дітей, які перебувають у центрах медико-соціальної реабілітації дітей закладів охорони здоров'я, спеціальних виховних установах Державної кримінально-виконавчої служби України, притулках для дітей тощо. Крім того, поліція безпосередньо взаємодіє із керівництвом указаних вище установ з метою їх консультування та підтримки у роботі зі «складними» дітьми; розшукувати дітей, що зникли, дітей, які залишили сім'ї, навчально-виховні заклади (бродяжать) та спеціальні установи для дітей; отримувати від підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності відомості, необхідні у зв'язку з матеріалами про правопорушення, що перебувають у їх провадженні; спільно із вказаними суб'єктами здійснювати згідно з чинним законодавством гласні та негласні оперативно-розшукові заходи з метою розкриття кримінальних правопорушень, вчинених дітьми або за їх участю; тощо [7].

Із зазначеного вище витікає, що поліція активно та на постійній основі взаємодіє з органами і службами у справах дітей та спеціальними установами для дітей.

Наостанок хотілося б звернути увагу на те, що з метою забезпечення прав та свобод дитини Національна поліція України та її підрозділи мають активно співпрацювати зі звичайними загальноосвітніми навчальними закладами. Така взаємодія перш за все носить суто профілактичний характер та має велике практичне значення: по-перше, для органів Нацполіції, оскільки через відповідну співпрацю вони можуть проводити профілактичні бесіди з учнями щодо їхніх прав та свобод, якими вони можуть користуватись. Крім того, керівництво шкіл може акцентувати увагу правоохоронних органів на тих учнях, які входять до так званої «групи ризику». По-друге, для керівників та викладачів шкіл, оскільки це полегшує їм роботу з проблемними учнями та розширює їхній кругозір у роботі з дітьми, зокрема у частині дотримання прав та свобод останніх.

Висновок

Завершуючи наукове дослідження, слід констатувати, що в умовах сьогодення взаємодія Національної поліції України з громадськістю та з іншими органами державної влади у сфері забезпечення прав і свобод дитини є не просто важливим напрямом їх діяльності, а й є вкрай необхідною. Зазначене пов'язано з тим, що поліція фактично не зможе самостійно виконати покладені на неї обов'язки у цій сфері, що пов'язано зі спе-

цифікою роботи з дітьми та їхнім особливим правовим статусом. Крім того, незалежно від суб'єкта, з яким співпрацює поліція, саме взаємодія дає змогу більш оперативно виявити та припинити порушення прав та свобод дитини, що, беззаперечно, позитивним чином відображається: по-перше, на якості захисту прав та свобод дитини, а по-друге, на іміджі самих органів Національної поліції України.

Список використаних джерел:

1. Бесчастний В., Гребеньков Г. Взаємодія міліції й населення як стратегічний напрям діяльності органів правопорядку. *Віче*. 2013. № 12. С. 2–5.

2. Шевченко С.І. Особливості взаємодії Національної поліції з громадськістю в процесі забезпечення публічного порядку. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Вип. 6. Т. 2. 2017. С. 162–168.

3. Про організацію діяльності органів прокуратури щодо захисту прав і свобод дітей : Наказ Генеральної прокуратури України від 06.12.2014 № 16гн. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0016900-14/conv.

4. Про затвердження Інструкції з організації роботи підрозділів ювенальної превенції Національної поліції України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України 19.12.2017 № 1044. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0686-18/conv.

5. Порядок взаємодії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, закладів та установ під час забезпечення соціального захисту дітей, які перебувають у складних життєвих обставинах, у тому числі таких, що можуть загрожувати їх життю та здоров'ю : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 жовтня 2018 р. № 800. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/800-2018-п/conv.

6. Петров В.Г. Форми адміністративно-правової діяльності правоохоронних органів. *Наукові праці НУ ОЮА*. С. 442–447.

7. Про органи і служби у справах дітей та спеціальні установи для дітей : Закон України від 24 січня 1995 року № 20/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/20/95-%D0%B2%D1%80.

In the article, on the basis of the analysis of norms of the current legislation of Ukraine and scientific views of scientists, the problem of interaction of the National Police with the public and with other state authorities in the sphere of ensuring the rights and freedoms of the child is investigated. It is justified that regardless of the subject with which the police cooperate, the interaction itself allows to detect and stop violations of the rights and freedoms of the child more quickly, which undoubtedly positively reflects: first, the quality of protection of the rights and freedoms of the child, and second, on the image of the bodies of the National Police of Ukraine. It is emphasized that the special attention should be paid by the Prosecutor's Office to the protection of the rights and freedoms of orphans and children deprived of parental care, children with disabilities, children being raised in families in difficult life circumstances, left unattended by parents displaced from temporarily occupied territory of Ukraine, areas of hostilities, armed conflicts and other emergencies. It was determined that in order to ensure the rights and freedoms of the child, the National Police of Ukraine and its units should actively cooperate with the usual general educational institutions. Such interaction is, first and foremost, of a purely preventative nature and of great practical importance: first, for the National Police bodies, because through appropriate cooperation they can conduct preventive discussions with students about their rights and freedoms, which they can enjoy. In addition, school management can focus law enforcement on those students who are part of the so-called "at-risk" group. Secondly, for school principals and teachers, as it facilitates their work with troubled students and broadens their outlook on working with children, particularly in respect of the rights and freedoms of the latter. It is concluded that in the conditions of today the interaction of the National Police of Ukraine with the public and with other state authorities in the sphere of ensuring the rights and freedoms of the child is extremely necessary. This is due to the fact that the police will not, in fact, be able to carry out their duties in this field on their own, which is related to the specificity of working with children and their special legal status.

Key words: interaction, National Police, public, public authorities, prosecutor's office, rights and freedoms of the child.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.40

Олександр Світличний,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного і господарського права
Національного університету біоресурсів і природокористування України

Альбіна Кадегроб,
здобувачка
Науково-дослідного інституту публічного права

СУБ'ЄКТИ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ЗАПОБІГАННЯ ПОРУШЕННЯМ, ПОВ'ЯЗАНИМ З КОРУПЦІЄЮ

На підставі здійсненого аналізу нормативно-правових актів у сфері запобігання правопорушенням у статті проаналізована діяльність органів державної влади, звертається увага, що серед органів державної влади у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, важливе місце посідають органи виконавчої влади, що здійснюють функції державного управління економічним, соціально-культурним та адміністративно-політичним будівництвом. Зазначається, що першорядна роль у сфері запобігання адміністративним корупційним правопорушенням в Україні належить їх сторонам (суб'єктам). До таких суб'єктів відносимо: органи прокуратури, Національну поліцію, Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції, Службу безпеки України, Національний олімпійський комітет України, Спортивний комітет України, Міністерство культури, молоді та спорту України.

Проаналізовано адміністративно-деліктну діяльність уповноважених державних органів у сфері запобігання адміністративним корупційним правопорушенням, звертається увага на необхідність розрізняти між собою поняття «корупційне правопорушення» і «правопорушення, пов'язане з корупцією».

Встановлено, що в межах визначеної компетенції прокурор має право складати протоколи про адміністративні правопорушення пов'язані із корупцією, передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 КУпАП, посадові особи: Національної поліції, передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 КУпАП; Служби безпеки України, передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 КУпАП; Національного бюро, передбачені ст. 185-13 КУпАП, Національного агентства з питань запобігання корупції», передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 188-46, 212-15, 212-21 КУпАП.

Звертається увага на певні недоліки нормативного регулювання в діяльності Національної поліції, Служби безпеки України, Спеціалізованої антикорупційної прокуратури Генеральної прокуратури України у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, та визначено сучасну систему державних органів у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

Ключові слова: суб'єкти, публічне управління, запобігання, корупція, адміністративні правопорушення.

Вступ. Органи публічного управління є ключовими суб'єктами у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, їм належить провідне місце і роль у боротьбі із цим негативним явищем суспільного життя. Враховуючи досить широке коло суб'єктів публічного управління, задіяних у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, питання їх класифікації є основною засадою структурної побудови системи державних органів й полягає у встановленні організаційних взаємозв'язків, їх структурних елементів, що дасть змогу визначити ступінь ефективності та запропонувати шляхи її удосконалення. Беручи до уваги важливість і проблемність питання, пов'язаного з корупцією, їх досліджувало чимало науковців, серед яких – В. Авер'янов, О. Банчук, В. Башкатова, О. Дудоров, Л. Жуковська, Р. Ігонін, О. Сорока та ін. Завдяки доробку вказаних та інших учених було розкрито розуміння суб'єктів публічного управління, визначено сучасну систему державних органів у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

© О. Світличний, А. Кадегроб, 2020

Метою цієї статті є дослідження ролі державних органів та визначення їх сучасної системи у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

Результати дослідження. Аналіз нормативно-правових актів дає можливість констатувати, що Верховна Рада України, Президент України та Кабінет Міністрів України наділені певними повноваженнями у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією. Вказані суб'єкти забезпечують дисципліну, законність та нагляд за органами публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, утворюють і законодавчо визначають їх компетенцію та структуру. Саме вони є основним гарантом забезпечення прав та свобод особи. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14.10. 2014 р. № 1700-VII, спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері протидії корупції є: органи прокуратури; органи Національної поліції; Національне антикорупційне бюро України; Національне агентство з питань запобігання корупції. У зв'язку із законодавчим визначенням такої думки дотримуються більшість науковців, що вказані органи державної влади є спеціально уповноваженими суб'єктами у сфері протидії корупції.

Як випливає зі змісту корупційного законодавства, відповідно до законодавчо визначеної компетенції безпосередньо виконання завдань у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, покладено на суб'єктів публічного управління. Ними є спеціально уповноважені державні органи.

Відповідно до «Положення про Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру Генеральної прокуратури України», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України № 149 від 12.04.2016 р., Спеціалізована антикорупційна прокуратура Генеральної прокуратури України є самостійним структурним підрозділом Генеральної прокуратури України, підпорядкована заступнику Генерального прокурора України – керівнику Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Серед основних напрямів діяльності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та її структурних підрозділів є: забезпечення представництва інтересів громадянина або держави в суді у випадках, передбачених Законом України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 № 1697-VII і пов'язаних із корупційними або пов'язаними з корупцією правопорушеннями; захист у суді прав і законних інтересів громадян у випадках, визначених законом, а також захист інтересів держави за наявності порушень, пов'язаних із корупційними або пов'язаними з корупцією правопорушеннями, у межах реалізації своїх функцій; організація та вжиття заходів щодо поновлення порушених прав громадян або законних інтересів держави.

Необхідно відзначити, що в межах визначеної компетенції прокурор, згідно з пунктом 11 частини першої ст. 255 КУпАП, має право складати протоколи про адміністративні правопорушення, пов'язані із корупцією, передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2. Окрім того, згідно зі ст. 250 КУпАП у провадженні у справах про адміністративні правопорушення, передбачені статтями 172-4–172-9, 172-9-2, участь прокурора у розгляді справи судом є обов'язковою.

Вказані норми КУпАП вказують, що представники прокуратури та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури в особі їх посадових осіб є одними із суб'єктів публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією. Водночас заслуговує на увагу той факт, що повноваження прокурорів та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури в нормативних актах не є чітко виписаними, тому необхідно на законодавчому рівні шляхом внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» визначити завдання та повноваження цього органу та його структурних підрозділів у сфері протидії корупції.

Певний пласт норм щодо запобігання правопорушенням ми знаходимо в Законі України «Про Національну поліцію», яка служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку. До цього варто додати, що у нинішній міжнародній доктрині ступінь охорони та захисту конституційних прав і свобод особи є важливим показником досягнутого державою рівня встановлених міжнародних стандартів поводження з людьми. В Україні на тлі глибоких соціально-економічних, політичних, ідеологічних і культурних перетворень створення належних умов для реального здійснення кожним своїх суб'єктивних прав є актуальною теоретичною та практичною проблемою. Вона потребує відповідних науково-теоретичних досліджень, у центрі яких має бути комплекс взаємопов'язаних соціальних та юридичних чинників [1, с. 156].

Ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 02.07. 2015 р. № 580-VIII визначає Національну поліцію спеціальним уповноваженим суб'єктом у сфері протидії корупції. Проте норми цього Закону, а також «Положення про Національну поліцію», затверджене постановою Кабінету Міністрів

України від 28.10. 2015 р. № 877, до завдань та повноважень Національної поліції не відносять питання дотримання вимог антикорупційного законодавства. Разом із тим слід зазначити, що стаття 255 КУпАП уповноважує посадових осіб Національної поліції у разі виявлення корупційного правопорушення складати протоколи про адміністративні правопорушення, пов'язані із корупцією, передбачені нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 КУпАП. Вказані недоліки нормативного регулювання діяльності органів Національної поліції у сфері протидії корупції також підлягають вдосконаленню.

Безумовно, як пише Л. Жуковська, «коли йдеться про запобігання вчиненню правопорушень, то під правопорушеннями розуміють і корупційні, і правопорушення, пов'язані з корупцією. Здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень у межах визначеної підслідності передбачає таке розслідування й щодо корупційних правопорушень. Відповідно, провадження у справах про адміністративні правопорушення включає провадження у справах про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією. Таким чином, на законодавчому рівні жодних конкретизованих повноважень органів НП як спеціально уповноваженого суб'єкта у сфері протидії корупції не виокремлено» [2, с. 83].

Вказане повною мірою стосується і Служби безпеки України. Згідно з пунктом 4-1 частини першої ст. 25 Закону України «Про Службу безпеки України» від 25. 03. 1992 р. № 2229-XII, посадові особи цього органу мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, віднесені законом до компетенції Служби безпеки України, проводити особистий огляд, огляд речей, вилучення речей і документів, застосовувати інші передбачені законом заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Проте тільки зі змісту пункту 1 частини першої ст. 255 КУпАП випливає, що посадові особи органів Служби безпеки України мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення, пов'язані із корупцією, передбачені нормами ст. ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 КУпАП.

Зазначене питання діяльності Національної поліції, Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та Служби безпеки України свідчить, що, покладаючи обов'язок складати протоколи про адміністративні правопорушення, пов'язані із корупцією, в подальшому направляючи справу для розгляду до суду, законодавець у законодавчих актах не покладає на вказані органи питання дотримання вимог антикорупційного законодавства, що виходить за межі повноважень вказаних органів та їх посадових осіб. Тому необхідно на законодавчому рівні чітко визначити повноваження кожного із вказаних органів у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

Згідно зі ст. 1 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10. 2014 р. № 1698-VII, Національне бюро є державним правоохоронним органом, на який покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових. Частиною 3 ст. 17 вказаного Закону зазначено, що Національне бюро може мати інші повноваження, пов'язані з виконанням ним своїх обов'язків. Так, у разі ненадання інформації Національному антикорупційному бюро України на запит його посадових осіб, надання завідомо недостовірної інформації чи не в повному обсязі, порушення встановлених законом строків її надання, повідомлення третіх осіб стосовно того, що про них збирається така інформація, або невиконання інших законних вимог посадових осіб Національного антикорупційного бюро України посадові особи Національного бюро мають право складати протоколи за правопорушення, передбачені ст. 185-13 КУпАП.

Отже, повноваження Національного антикорупційного бюро України, на відміну від повноважень Національної поліції, Спеціалізованої антикорупційної прокуратури та Служби безпеки України, визначено через юридичні обов'язки.

Згідно зі ст. 4 Закону України «Про запобігання корупції», центральним органом виконавчої влади зі спеціальним статусом у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, є Національне агентство з питань запобігання корупції. Згідно з пунктом 12-1 частини 1 ст. 12 вказаного Закону, до компетенції вказаного органу віднесено право складати протоколи про адміністративні правопорушення, застосовувати передбачені законом заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Відповідно до «Порядку оформлення протоколів про адміністративні правопорушення та внесення приписів Національним агентством з питань запобігання корупції», затвердженого Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 09.06.2016 р. № 5, підставами для скла-

дання протоколу про адміністративне правопорушення є вчинення адміністративного правопорушення, пов'язаного з корупцією, передбаченого нормами ст.ст. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 188-46, 212-15, 212-21 КУпАП.

Відповідно до змісту норм указаних статей КУпАП Національне агентство є суб'єктом адміністративної юрисдикції у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

В адміністративному праві адміністративно-деліктну юрисдикцію розглядають як сукупність нормативно встановлених повноважень відповідних суб'єктів, які спрямовані на здійснення діяльності, пов'язаної з вирішенням питання притягнення до адміністративної відповідальності за наявності факту вчинення адміністративного проступку, а суб'єкт такої юрисдикції як орган або уповноважена ним посадова особа, яка відповідно до законодавства наділена комплексом повноважень щодо притягнення осіб до адміністративної відповідальності та застосування адміністративних стягнень за вчинення останніми адміністративних правопорушень (деліктів) [3, с. 375].

Корупційне правопорушення, як зазначено в Законі України «Про запобігання корупції», не може тягнути за собою адміністративну відповідальність, а тільки кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову, тоді як *правопорушення, пов'язане з корупцією,* – це діяння, що не містить ознак корупції, але порушує встановлені Законом «Про запобігання корупції» вимоги, заборони та обмеження, вчинене особою, за яке законом встановлено кримінальну, *адміністративну*, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність.

Тому необхідно погодитися з твердженням, що потрібно розрізняти між собою поняття «корупційне правопорушення» і «правопорушення, пов'язане з корупцією». Специфічними ознаками останнього є те, що: 1) воно не містить ознак корупції; 2) воно порушує встановлені Законом України «Про запобігання корупції» (але не іншим законом) вимоги, заборони та обмеження; 3) воно вчинене особою, зазначеною в ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»; 4) за нього законом установлено юридичну відповідальність певного виду – кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову [4, с. 50].

Вказане свідчить, що адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, вимагають відповідного реагування з боку держави. Ця обставина зумовлює існування значної кількості суб'єктів публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, зміст діяльності якої становлять процесуальні дії уповноважених посадових осіб, які на підставі зібраної інформації здійснюють юридичну оцінку матеріалів адміністративної справи і приймають конкретне рішення по ній.

Важливо зазначити, що справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, підвідомчі тільки районним, районним у місті, міським чи міськрайонним судам. Безпосередньо публічне управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, здійснюють: Верховна Рада України; Президент України; Кабінет Міністрів України.

Аналіз нормативних актів у досліджуваній сфері дає підстави зазначити, що Закон України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» від 03.11.2015 р. № 743-VIII порівняно із Законом України «Про запобігання корупції» розширює коло суб'єктів публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією. На це вказує ст. 9 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань», згідно з якою суб'єктами протидії корупційним правопорушенням, що впливають на результати офіційних спортивних змагань, є:

1) спеціально уповноважені суб'єкти, визначені Законом України «Про запобігання корупції», які здійснюють заходи щодо запобігання корупції в межах своєї компетенції *(спеціально уповноважені суб'єкти у сфері протидії корупції – органи прокуратури, Національної поліції, Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції* – виділено автором);

2) центральні органи виконавчої влади, що забезпечують формування і реалізують державну політику у сфері фізичної культури і спорту, їхні керівники;

3) спортивні федерації, Національний олімпійський комітет України, Спортивний комітет України, інші спортивні організації, їхні підрозділи і посадові особи, до компетенції яких належить організація та забезпечення проведення офіційних спортивних змагань і визначення результатів цих змагань, проведення відповідних перевірок і прийняття рішень за їх наслідками.

Згідно зі ст. 5 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» від 24.12.1993 р. № 3808-XII, державне управління фізичною культурою і спортом здійснюється

центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері фізичної культури та спорту, центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері фізичної культури та спорту, за сприяння інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Незважаючи на те, що частина 3 ст. 9 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» суб'єктами протидії корупційним правопорушенням, що впливають на результати офіційних спортивних змагань, визначає Національний олімпійський комітет України і Спортивний комітет України, вказані органи не є суб'єктами протидії корупційним правопорушенням, що впливають на результати офіційних спортивних змагань. Вказане підтверджується ст. 23 та ст. 25 Закону України «Про фізичну культуру і спорт». Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Питання діяльності Міністерства культури, молоді та спорту України» від 16.10.2019 р. № 885 головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері фізичної культури, є Міністерство культури, молоді та спорту України, яке є суб'єктом протидії корупційним правопорушенням, що впливають на результати офіційних спортивних змагань.

Висновки

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, можна дійти висновку, що спеціально уповноваженими суб'єктами публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією, є: органи прокуратури, органи Національної поліції, органи Служби безпеки України; Національне антикорупційне бюро України, Національне агентство з питань запобігання корупції; Міністерство культури, молоді та спорту України.

Наведені органи державної влади слід вважати основними суб'єктами публічного управління у сфері запобігання правопорушенням, пов'язаним з корупцією.

Список використаних джерел:

1. Башкатова В.В., Світличний О.П. Роль адміністративного права України в захисті прав і законних інтересів людини і громадянина : монографія. Київ : ЦП «Компринт», 2016. 203 с.

2. Жуковська Л. Повноваження спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 11. С. 81–85.

3. Шевцова О.В. Поняття та зміст правового статусу суб'єктів адміністративно-деліктної юрисдикції. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 3. С. 373–379.

4. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції». / Наук. ред. Хавронюк М.І. Київ : Ваіте, 2018. 472 с.

On the basis of the analysis of normative legal acts in the field of crime prevention, the article analyzes the activity of state authorities, draws attention to the fact that among the state authorities in the field of corruption offenses related to corruption, an important place is occupied by executive authorities, which exercise the functions of the executive power, management of economic, socio-cultural and administrative-political construction. It is noted that the paramount role in the field of preventing administrative corruption in Ukraine belongs to their parties (entities). These entities include: prosecuting authorities, the National Police, the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, the National Anti-Corruption Agency, the Security Service of Ukraine, the National Olympic Committee of Ukraine, the Sports Committee of Ukraine, the Ministry of Culture, Youth and Sports of Ukraine.

The administrative-tort activities of the authorized state bodies in the field of prevention of administrative corruption offense are analyzed, attention is paid to the need to distinguish between the concepts of "corruption offense" and "corruption-related offenses".

It is established that within the defined competence the prosecutor has the right to draw up reports on administrative offenses related to corruption, stipulated by the norms of Art. Art. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 CUAP, officials: National Police, provided by the norms of Art. Art. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 CUAP; Security services of Ukraine, provided for by Art. Art. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 172-9-2 CUAP; National Bureau provided for by Art. 185-13 of the Code of Administrative Offenses of the National Agency for the Prevention of Corruption, stipulated by the norms of Art. Art. 172-4, 172-5, 172-6, 172-7, 172-8, 172-9, 188-46, 212-15, 212-21 CUAP.

Attention is drawn to certain shortcomings in the regulatory framework in the activities of the National Police, the Security Service of Ukraine, the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office of the General Prosecutor's Office of Ukraine in the field of prevention of corruption-related offenses, and defines a modern system of public authorities in the area of prevention of corruption-related offenses.

Key words: actors, public administration, prevention, corruption, administrative, administrative offenses.

УДК 342.9 (477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.41

Михайло Тернущак,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного права і процесу, фінансового та інформаційного права
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ВПЛИВ АДМІНІСТРАТИВНОЇ РЕФОРМИ ТА ІНШИХ ГАЛУЗЕВИХ РЕФОРМ НА ТЕОРІЮ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ДИСЦИПЛІН

У статті проаналізовано вплив заходів адміністративної та інших галузевих реформ на теорію адміністративно-правових дисциплін. Розглянуто заходи правового, інституційного та організаційного змісту, що реалізуються в рамках децентралізації, реформи публічної служби, судової, антикорупційної, сервісної та інших реформ. Констатовано, що адміністративна реформа – це процес прийняття належної нормативно-правової бази, що сприятиме формуванню такої системи органів публічного управління, яка повністю задовольнятиме публічний інтерес суспільства, тобто основним пріоритетом їхньої діяльності буде служіння народу та національним інтересам держави. У більш вузькій інтерпретації адміністративна реформа – це комплекс нормативно-правових та організаційних заходів, спрямованих на оновлення адміністративно-правового статусу суб'єкта реформування (адміністративного чи іншого органу) шляхом оптимізації чисельності службовців, удосконалення відомчої координації взаємодії структурних підрозділів на центральному та регіональному рівнях, удосконалення електронного, інформаційного та матеріального забезпечення працівників, спрощення процедур надання адміністративних послуг та інше. Визначено, що питання правового забезпечення адміністративної та інших галузевих реформ є актуальним, враховуючи ефективність відповідних реформ, яка прямо залежить від якості законотворчого процесу та з огляду на політику держави щодо удосконалення практик публічного адміністрування, відправлення судівництва та боротьби з корупцією. Визначено основні періоди сучасного етапу (2004–2020) адміністративної реформи: перший – реформа інституту адміністративної юстиції (2004 р. – прийняття Кодексу адміністративного судочинства України, 2017 р. – прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»); другий – формування нового інституту адміністративного права – інституту адміністративних послуг (2012 р. – прийняття Закону України «Про адміністративні послуги»); третій – реформа інституту публічної служби (2016 р. – прийняття нового Закону України «Про державну службу»); четвертий – реформа судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів (2016 р. – внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)); п'ятий – адміністративно-територіальна реформа (децентралізація у частині добровільного об'єднання територіальних громад (2015 р. – прийняття Закону України «Про добровільне об'єднання територіальних громад»)).

Ключові слова: адміністративна реформа, публічна адміністрація, децентралізація, правові заходи, дисципліни адміністративно-правового циклу.

Постановка проблеми. Нині у рамках обраного європейського вектора розвитку Українська держава розпочала проводити реформи практично в усіх сферах публічного адміністрування, а також започаткувала реформу судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів. Зазначимо, що успіх реалізації відповідних реформ як прямо, так і опосередковано залежить від комплексного підходу запровадження заходів правового й організаційного характеру, міжвідомчої координації всіх гілок влади, об'єктивного суспільно-громадського контролю та повної аполітичності керівництва держави.

Нині в Україні триває масштабна адміністративна реформа, яка практично торкнулася всіх сфер публічного управління. Йдеться про децентралізацію, реформу публічної служби, судову, антикорупційну, сервісну та інші реформи. Кожен з перелічених напрямів адміністративної реформи потребує розробки та реалізації комплексу належних заходів правового, інституційного та організаційного змісту.

Проблематика реалізації адміністративної та інших правових галузевих реформ широко досліджувалася відомими вітчизняними вченими-адміністративістами, серед яких варто

© М. Тернущак, 2020

виділити В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, В.К. Колпакова, В.Т. Білоуса, Т.О. Коломоєць, О.В. Кузьменка, В.В. Галунька, Я.В. Лазура, О.В. Музи та інших. Проте саме питання впливу адміністративної реформи на теорію адміністративно-правових дисциплін предметом окремого наукового пошуку не виступало.

Мета статті полягає у дослідженні впливу адміністративної та інших галузевих реформ на теорію дисциплін адміністративно-правового циклу, зокрема визначенні змістового наповнення адміністративного права та процесу.

Виклад основного матеріалу. Вперше на державному рівні мета та завдання адміністративної реформи були сформульовані в Указі Президента «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні», що визначав адміністративну реформу, з одного боку, у комплексній перебудові наявної в Україні системи державного управління всіма сферами суспільного життя. З іншого – у розбудові деяких інститутів державного управління, які Україна ще не створила як суверенна держава. Мета адміністративної реформи визначалася як поетапне створення такої системи державного управління, що забезпечить становлення України як високо розвинутої, правової, цивілізованої європейської держави з високим рівнем життя, соціальної стабільності, культури та демократії, дасть змогу їй стати впливовим чинником у світі та Європі, а також формування системи державного управління, яка відповідатиме потребам і запитам людей, а головним пріоритетом її діяльності буде служіння національним інтересам українському народу.

Основними завданнями адміністративно-правової реформи в Україні тоді були:

– формування ефективної організації виконавчої влади як на центральному, так і на місцевому рівнях управління;

– формування сучасної системи місцевого самоврядування;

– запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян, надання державних та громадських послуг;

– організація на нових засадах державної служби та служби в органах місцевого самоврядування;

– створення сучасної системи підготовки та перепідготовки управлінських кадрів;

– запровадження раціонального адміністративно-територіального устрою [1].

На вебпорталі Великої української енциклопедії адміністративна реформа трактується як вид державно-управлінської реформи, щодо змісту якої є три основні тлумачення.

Перше тлумачення зводить адміністративну реформу виключно до перетворень виконавчої влади, зокрема її організаційної структури, функцій, форм і методів діяльності, кадрового забезпечення, а також взаємин із місцевим самоврядуванням. Зокрема, адміністративна реформа є комплексом узгоджених заходів, спрямованих на системну перебудову органів виконавчої влади, запровадження досконаліших форм і методів їх діяльності.

Друге тлумачення адміністративної реформи передбачає комплекс реформаторських заходів, що охоплює зміни за такими напрямами, як: структура системи органів виконавчої влади та розподіл функцій у ній; форми і методи діяльності органів виконавчої влади; державна служба; внутрішній контроль у системі виконавчої влади; адміністративна юстиція як поєднання діяльності адміністративних судів та спеціальних органів виконавчої влади; адміністративне законодавство.

Третє тлумачення базується на розгляді системи органів виконавчої влади та системи органів місцевого самоврядування як єдиного цілого – системи публічної адміністрації. Відповідно, адміністративна реформа передбачає реформування публічної адміністрації, зокрема зміни системи виконавчої влади, перетворення системи місцевого самоврядування, модернізацію адміністративно-територіального устрою, удосконалення співвідношення централізації та децентралізації, реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, розвиток системи зовнішнього, передусім судового, контролю за органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, перегляд взаємин цих органів з громадянами, перетворення адміністративного законодавства [2].

Набагато стисліше адміністративну реформу інтерпретує В.Б. Авер'янов, на погляд якого, відповідна реформа є цілісним комплексом узгоджених заходів, спрямованих на радикальну перебудову органів виконавчої влади і запровадження ефективніших форм і методів їхньої діяльності [3].

Професор Ю.П. Битяк досить влучно наголошує, що адміністративна реформа проводиться не завжди комплексно і послідовно. Вчений виділяє низку проблем в організації та функціонуванні державного механізму: неопрацьованість системи стримувань і противаг, яка мала б забезпечувати збалансованість та єдність цього механізму, адже

й досі залишається відкритим питання чіткого правового механізму подолання протиріч між різними гілками влади; подвійність центру керівництва діяльністю системи центральних та місцевих органів виконавчої влади; недоліки системи територіальної організації влади; громіздкість та неефективність адміністративно-територіального устрою держави [4].

В.В. Галунько вказує, що сучасні напрями розвитку адміністративної реформи в Україні характеризуються трьома рівнями: основоположним, загальним та спеціальним. Перший визначає, що по суті адміністративна реформа в Україні має здійснюватися у трьох взаємопов'язаних напрямах: реформи виконавчої влади; реформи місцевого самоврядування; реформи адміністративно-територіального устрою України. Другий дає відповіді, як розв'язати проблеми законодавчого супроводу та загальних організаційних шляхів її забезпечення. Третій визначає конкретні пріоритети здійснення адміністративної реформи, зокрема: розвитку засад громадянського суспільства, забезпечення прав і свобод людини та громадянина, забезпечення прогресивного розвитку сфери господарювання, місцевого самоврядування; посилення, розвитку міжбюджетних відносин, запобігання та протидії корупції, забезпечення профілактики правопорушень [5].

Водночас В.В. Заблоцький зазначає, що якщо говорити про адміністративну реформу, то доцільно було казати не про адміністративну реформу, а про реформу публічної влади, тому що під терміном «адміністративна реформа» науковець розуміє реформу системи державного управління. Отже, якщо поглянути на фактичне реформування, то, на його переконання, ми вийшли за ці межі, адже реформуванню підлягає не лише система державного управління, а й система місцевого самоврядування [6].

Слід констатувати, що натепер багато що зроблено та запроваджено, особливо у площині правового забезпечення адміністративної реформи. Так, у рамках децентралізації прийнято Закон «Про добровільне об'єднання територіальних громад», ухвалено Концепцію розвитку місцевого самоврядування (2014), внесено зміни до Закону «Про місцеве самоврядування» у частині залучення громадськості до процесу прийняття рішень, напрацьовуються зміни до Конституції України щодо зміни адміністративно-територіального устрою. Закон «Про добровільне об'єднання територіальних громад» започаткував процес оновленої децентралізації на засадах поліцентричності, субсидіарності та фінансової незалежності.

Між тим активно напрацьовуються зміни до Конституції щодо децентралізації. Останнім законопроєктом є проєкт Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)» від 13.12.2019 № 2598, внесений Президентом. Відзначимо, що до цього Президент передавав до ВРУ проєкт Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо територіальної організації влади)» від 03.11.2019.

Так, реформа децентралізації передбачає передачу повноважень, фінансів на їх реалізацію та відповідальності за їх виконання від центральної влади органам місцевого самоврядування (ОМС), тобто керівництву (місцевим радам та їх головам), яке жителі територіальних громад самі собі виберуть. Отже, мета децентралізації – наближення влади до мешканців, а мешканців – до влади для підвищення доступності та якості освітніх, медичних, культурних, адміністративних, комунальних і соціальних послуг, які отримують ті самі мешканці громад [7].

По суті, реалізація відповідної реформи полягатиме у подальшому об'єднанні територіальних громад сіл, селищ, міст у відповідності до принципів поліцентричності, субсидіарності та процедури, прописаної у положеннях Закону «Про добровільне об'єднання територіальних громад». Адже поступове об'єднання територіальних громад не тільки сприятиме оптимізації територіальної організації місцевої влади у частині заміни не досить спроможних адміністративно-територіальних одиниць самодостатніми, які повною мірою зможуть забезпечувати очікуваний належний рівень публічного управління на місцях, а й збільшуватимуться фінансові надходження у місцеві бюджети.

Загалом, процес добровільного об'єднання територіальних громад – це практична реалізація принципу субсидіарності, зміст якого полягає у можливості приймати самостійно рішення на рівні місцевої влади (муніципального органу ОТГ) щодо здійснення управління відповідно до компетенції влади ОТГ, а це такі сектори: освіта, медицина, адміністративні послуги, дороги, освітлення, водопостачання, сміття, благоустрій, забудова, безпека та інше [8]. Натепер в Україні сформовано 1030 ОТГ, у яких функціонує 4591 рада [9].

Зазначимо, що законодавець у 2014 році поряд із Законом «Про добровільне об'єднання територіальних громад» прийняв і Закон «Про співробітництво територіальних громад», в якому прописав механізм та форми консолідації зусиль співпраці територіальних громад, зокрема фінансування спільних проєктів для вирішення питань

місцевого значення (Закон «Про співробітництво територіальних громад»). До такого роду актуальних питань місцевого значення належать: збір, утилізація та переробка сміття, забезпечення якісного централізованого водопостачання та водовідведення, ремонт та прибирання доріг, організація пасажирських перевезень, утримання пожежної охорони тощо [10].

Наприклад, сектор медицини в умовах децентралізації реформується згідно з «Календарним планом реформування системи фінансування охорони здоров'я та інших ключових змін, які відбуватимуться в медичній галузі в 2017–2020 роках», що передбачає реалізацію таких заходів:

– запровадження нової моделі фінансування для первинної медичної допомоги;

– створення правових основ для нової системи фінансування охорони здоров'я;

– створення єдиного національного замовника медичних послуг;

– створення єдиної електронної системи обміну медичною інформацією;

– перегляд уніфікованих клінічних протоколів для переліку найбільш поширених медичних станів і спрощення вимог до ведення паперової звітності у медичних закладах;

– запровадження нової моделі фінансування медичної допомоги для вторинної (спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги. А з 2018-го передбачається її запровадження в усіх закладах, що надають стаціонарну допомогу;

– створення госпітальних округів;

– запровадження національної системи реімбурсації лікарських засобів для визначеного переліку медичних станів;

– автономізація бюджетних закладів охорони здоров'я [11].

Більше того, наступним етапом децентралізації має стати процес реорганізації місцевих державних адміністрацій та запровадження інституту префектури з повноваженнями нагляду за додержанням Конституції і законів України органами місцевого самоврядування, координації діяльності територіальних органів центральних органів виконавчої влади. Отже, реформа місцевого самоврядування перебуває тільки на початковій стадії, яка має завершитися укрупненням територіальних громад в Україні в межах нового адміністративно-територіального устрою, який також спрямований на укрупнення територіальних одиниць (регіонів, округів (повітів), громад). Попередній Міністр регіонального розвитку, будівництва та ЖКГ України Геннадій Зубко вказував, що в Україні за новою моделлю адміністративно-територіального устрою з 468 районів буде сформовано 102 [12].

Надалі планується ліквідувати місцеві державні адміністрації (обласні, районні) та створити інститут префектів, посадових осіб, що керуватимуть виконавчою владою на місцях із повноваженнями призупиняти дію, а у разі посягання на державний суверенітет скасування актів органів місцевого самоврядування.

Говорячи про децентралізацію, не можна оминати типи і форми децентралізації, з урахуванням яких реформувалося зарубіжне місцеве самоврядування. Зокрема, це такі типи: політичний, адміністративний та фіскальний; та форми: деконцентрація, деволюція, делегування. Натепер практика вітчизняного самоврядування дає змогу констатувати позитивні тенденції у сфері державної реєстрації щодо процедур реєстрації речових прав на рухоме та нерухоме майно, ФОП та юридичних осіб та місця проживання. Реєстраційні процедури починаючи з 2015 року були передані до компетенції муніципальних органів у рамках делегування від місцевих органів юстиції.

Реформа публічної служби зумовлена прийняттям нової редакції Закону «Про державну службу» (2016), що відповідає європейським стандартам. Прийняття нової редакції Закону «Про державну службу», де знайшли власне місце норми щодо зміни процедури вступу на державну службу у частинах введення обов'язкового конкурсного відбору, незалежності від категорій державних службовців та посилення контролю за його проведенням шляхом залучення громадськості та міжнародних експертів. Отже, цим Законом суттєво удосконалено процедури вступу на публічну службу та атестування державних службовців, оптимізовано кількість категорій та рангів державних службовців.

Однак не тільки зміна процедурних аспектів виступила передумовою реформування публічної служби. З цього приводу досить влучно висловились Т. Крушельницька, Є. Ралдугін, В. Гусєв, В. Купрійчук, які стверджують, що адміністративне реформування має охоплювати і реформування державної служби і служби в органах місцевого самоврядування (публічної служби), де працюють державні службовці і посадові особи місцевого самоврядування, що пов'язано з такими факторами:

– неналежний компетентністний рівень кадрів;

– покладання на державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування

політичних функцій під впливом партійно-політичної доцільності, який може переважати на регіональному, місцевому рівнях, а також вплив партії, яка перебуває при владі, на державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування;

– недосконалість системи підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування [13, с. 9].

Крім того, планується у найближчий час прийняти нову редакцію Закону «Про службу в органах місцевого самоврядування», який є застарілим (2001) та не відповідає міжнародним стандартам самоврядування.

У межах правового регулювання судової реформи внесено зміни до Конституції шляхом прийняття Закону «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», прийнято нову редакцію Закону «Про судоустрій та статус суддів», внесено зміни до процесуальних кодексів (Закон «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів») та прийнято низку інших нормативно-правових актів, прийнято Закон «Про Вищий антикорупційний суд».

Правове забезпечення антикорупційної реформи зумовлене створенням блоку антикорупційних органів, таких як Національне антикорупційне бюро, Національне агентство з питань запобігання корупції, Вищий антикорупційний суд, та структурного підрозділу у складі на той час Генеральної прокуратури – Спеціалізованої антикорупційної прокуратури. Для повноцінного запуску та роботи кожного з відповідних органів потребувалася належна правова основа, наслідком чого стало прийняття законів «Про Національне антикорупційне бюро», «Про запобігання корупції», «Про Вищий антикорупційний суд», а також «Положення про Спеціалізовану антикорупційну прокуратуру Генеральної прокуратури України».

Реформа, пов'язана з удосконаленням процедур надання адміністративних послуг, розпочата у 2012 р. з моменту прийняття Закону «Про адміністративні послуги», активно запроваджується та реалізується практично в усіх територіальних органах виконавчої влади та місцевого самоврядування. Як правило, у вищезазначених органах функціонують як окремі структурні підрозділи чи робочі місця центри надання адміністративних послуг, діяльність яких розподілена за принципами «фронт та бек-офісу» та «єдиного вікна».

Починаючи із 2013 р. в Україні реалізують і інші публічні реформи. Зокрема, реформа судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів (адвокатури, прокуратури, системи виконання покарань); реформа системи запобігання та протидії корупції (антикорупційна); реформа правоохоронної системи.

Питання правового забезпечення адміністративної реформи є актуальним, оскільки ефективність відповідної реформи прямо залежить від якості законотворчого процесу та є таким, що потребує поглибленого аналізу з огляду на політику держави щодо удосконалення практик публічного адміністрування, відправлення судівництва та боротьби з корупцією.

Окрім того, натепер з урахуванням напрямів адміністративної реформи, що проводилися та здійснюються, до основних періодів сучасного етапу (2004–2020) адміністративної реформи слід віднести:

1) реформу інституту адміністративної юстиції (2004 р. – прийняття КАСУ; 2017 р. – прийняття Закону «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»);

2) утворення нового інституту адміністративного права – інституту адміністративних послуг (2012 р. – прийняття Закону «Про адміністративні послуги»):

3) реформу інституту публічної служби (2016 р. – прийняття нового Закону «Про державну службу»);

4) реформу судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів (2016 р. – внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя));

5) адміністративно-територіальну реформу (децентралізація у частині добровільного об'єднання територіальних громад (2015 р. – прийняття Закону «Про добровільне об'єднання територіальних громад»)).

На думку Н. Гончарук, новий етап адміністративної реформи в Україні передбачає:

– впровадження нових ефективних моделей публічної адміністрації;

– створення раціональної та стабільної системи органів виконавчої влади не лише на центральному, але й на місцевому рівнях;

– здійснення ефективного розподілу функцій і повноважень між органами публічної влади та рівнями публічної адміністрації;

– децентралізацію надання адміністративних послуг громадянам та підвищення їх якості;

– забезпечення розвитку місцевого самоврядування;

– створення професійної, політично нейтральної, відповідальної та авторитетної державної служби та служби в органах місцевого самоврядування;

– утвердження партнерських відносин між державою та громадянами [14].

Отже, на наш погляд, адміністративна реформа – це процес прийняття належної нормативно-правової бази, що сприятиме формуванню такої системи органів публічного управління, яка повністю задовольнятиме публічний інтерес суспільства, тобто основним пріоритетом їх діяльності буде служіння народу та національним інтересам держави. У більш вузькій інтерпретації адміністративна реформа являє собою комплекс нормативно-правових та організаційних заходів, спрямованих на оновлення адміністративно-правового статусу суб'єкта реформування (адміністративного чи іншого органу) шляхом оптимізації чисельності службовців, удосконалення відомчої координації взаємодії структурних підрозділів на центральному та регіональному рівнях, удосконалення електронного, інформаційного та матеріального забезпечення працівників, спрощення процедур надання адміністративних послуг та інше.

Висновки

Таким чином, вплив адміністративної реформи на теорію адміністративного процесу, а також адміністративного права зумовлений правовими, інституційними та організаційними змінами у діяльності органів публічної адміністрації, що є наслідком приведення вітчизняних практик публічного адміністрування до європейських стандартів, а також процедурними змінами щодо розгляду різних категорій адміністративних справ.

Відзначимо і вплив адміністративної реформи на уточнення змістового наповнення дисциплін адміністративно-правового циклу та трансформацію предметів адміністративного права та процесу, що, на наше переконання, відобразилося у введенні окремих спецкурсів, у яких поглиблено вивчаються зміни адміністративно-процесуального законодавства у частині особливостей (специфіки) окремих адміністративних проваджень.

Список використаних джерел:

1. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 28.05.2006 № 810/98. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/810/98.

2. Адміністративна реформа. URL: https://vue.gov.ua/.

3. Енциклопедія сучасної України. Адміністративна реформа. URL: http://esu.com.ua/search_articles.php?id=42669.

4. Адміністративна реформа в Україні: пріоритети та механізми реалізації. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/1685/1/1.pdf.

5. Напрями адміністративної реформи в Україні. URL: file:///C:/Users/admin/Downloads/FP_index.htm_2011_1_37.pdf.

6. Адміністративна реформа: стан та перспективи трансформації. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=868.

7. Децентралізація: коротко про головне. URL: http://cost.ua/news/698-detsentralizatsiya-korotko-pro-holovne.

8. Про об'єднання громад. URL: https://decentralization.gov.ua/gromadas.

9. Об'єднанні громади: перелік та основні дані. URL: https://decentralization.gov.ua/gromada.

10. Співробітництво громад. URL: https://decentralization.gov.ua/cooperation.

11. Реформа медицини в умовах децентралізації. URL: https://decentralization.gov.ua/health.

12. Офіс Президента: нова адміністративна реформа передбачає скорочення органів влади. URL: https://www.unn.com.ua/uk/news/1813667-ofis-prezidenta-nova-administrativna-reforma-peredbachaye-skorochennya-organiv-vladi.

13. Адміністративна реформа в Україні: соціологічний вимір ставлення слухачів і працівників Національної академії у 2012 році : навчальні матеріали для самостійної підготовки. / Т.П. Крушельницька, Є.О. Алдугін та інші. Київ : НАДУ, 2013. 60 с.

14. Адміністративна реформа в Україні: сучасний стан та перспективи. URL: file:///C:/Users/admin/Downloads/508-Article%20Text-695-1-10-20190730.pdf.

The article analyzes the influence of administrative and other sector reforms on the theory of administrative-legal disciplines. Considered measures of legal, institutional and organizational content implemented in the framework of decentralization, public service reform, the judiciary, anti-corruption, service and other reforms. It was noted that administrative reform is a process of adopting appropriate legal and regulatory framework that will facilitate the formation of such system of public administration authorities, which will fully satisfy the public interest of society, that is the main priority of their activities is the Ministry of the people and the national interests of the state. In a more narrow interpretation administrative reform is a complex of legal and organizational measures aimed at upgrading the administrative and legal status of the subject of reform (administrative or other authority) by optimizing the number of employees, improve departmental coordination of interaction of structural units at the Central and regional levels, improvement of electronic, information and material provision of employees, simplification of procedures and administrative services

and more. Determined that the issues of legal provision of administrative and other sectoral reforms is relevant given the effectiveness of appropriate reforms, which directly depends on the quality of the legislative process and considering the policy of the state to improve practices of public administration, administration of justice and combating corruption. Identified key periods of the modern stage (2004–2020) administrative reform: first, the reform of the Institute for administrative justice (2004, the adoption of the Code of administrative procedure of Ukraine, 2017 the adoption of the Law of Ukraine "On amendments to Economic procedural code of Ukraine, Civil procedural code of Ukraine, code of administrative procedure of Ukraine and other legislative acts"); second, the formation of a new Institute of administrative law Institute for administrative services (2012 the adoption of the Law of Ukraine "On administrative services"); and third, reform of the Institute of public service (2016 adoption of the new Law of Ukraine "On state service"); fourth, reform of the judicial system, legal proceedings and related legal institutions (2016 amendments to the Constitution of Ukraine (justice)); fifth, administrative reform (decentralization in terms of voluntary unification of territorial communities (in 2015 the Law of Ukraine "On voluntary unification of territorial communities")).

Key words: administrative reform, public administration, decentralization, legal measures, disciplines, administrative law cycle.

УДК 342.95 (477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.42

Катерина Чишко,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри поліцейської діяльності та публічного адміністрування
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗМЕНШЕННЯ ВЖИВАННЯ АЛКОГОЛЬНИХ НАПОЇВ І ЇХ ШКІДЛИВОГО ВПЛИВУ НА ЗДОРОВ'Я НАСЕЛЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

Метою статті є з'ясування організаційно-правового аспекту актуальної державної політики України у сфері забезпечення зменшення вживання алкогольних напоїв, а також визначення прогалин і недоліків чинного законодавства в окресленій сфері, вироблення конкретних пропозицій для усунення останніх. У статті проаналізовано низку нормативно-правових положень і правозастосовчу діяльність у сфері протидії правопорушенням, пов'язаним із роздрібною торгівлею алкогольними напоями, акцентовано увагу на проблемі надмірного споживання алкоголю, зокрема через конкретні недоліки вказаних правових актів. Автором також запропоновано шляхи виправлення останніх, зокрема вжиття більш жорстких заходів юридичної відповідальності. Визначено, що юридична відповідальність є важливим засобом забезпечення охоронної функції права. Систему цілей юридичної відповідальності становлять: закріплення, впорядкування та вдосконалення суспільних відносин; виховання громадян, підвищення рівня правової культури; формування та забезпечення правомірної поведінки; покарання правопорушника; відновлення порушених суспільних відносин; виправлення та виховання правопорушників; зниження та стабілізація рівня скоєння правопорушень. Зроблено висновок щодо необхідності доповнити Кримінальний кодекс України положенням про відповідальність за систематичне порушення правил торгівлі алкогольними напоями, визначивши систематичне порушення (три рази та більше протягом року) працівником підприємства (організації) торгівлі або громадського харчування правил торгівлі алкогольними напоями, а саме: торгівля алкогольними напоями у приміщеннях або на територіях, заборонених законом, або в інших місцях, визначених рішенням відповідного органу місцевого самоврядування такими, де роздрібна торгівля алкогольними напоями заборонена, а такаж торгівля алкогольними напоями через торгові автомати, продаж алкогольних напоїв особі, яка не досягла віку вісімнадцяти років, або торгівля алкогольними напоями та столовими винами в нічний час, із 22 до 8 години (крім закладів ресторанного господарства).

Ключові слова: обіг алкогольної продукції, алкогольні напої, адміністративна відповідальність, публічний порядок, публічна безпека, роздрібна торгівля.

Постановка проблеми. Подолання проблеми надмірного споживання алкоголю, зокрема серед молоді, на жаль, набуває все більшої актуальності. Про це свідчить украй невтішна статистика.

Не залежно від суб'єкта оцінювання, за рівнем споживання алкоголю Україна регулярно потрапляє до першої десятки країн, де споживання алкоголю є найвищим. Так, за офіційними даними Всесвітньої організації охорони здоров'я, кількість споживання алкогольних напоїв на рік в Україні збільшилось з трьох літрів (спирту на одну людину) до восьми – дев'яти літрів, починаючи із 2006 р. [1]. Лише за результатами 2017 р. Україна посіла друге місце в рейтингу найбільш питущих країн Європи [2].

За результати соціологічного опитування «Куріння, вживання алкоголю та наркотичних речовин серед підлітків, які навчаються: поширення й тенденції в Україні», проведеного ГО «Український інститут соціальних досліджень імені Олександра Яременка» у 2015 р. в рамках міжнародного проєкту «Європейське опитування учнів щодо вживання алкоголю та інших наркотичних речовин», 83,4% учнів уживали будь-які напої хоча б один раз упродовж життя. 11% учнів зазначили, що почали вживати міцні алкогольні напої у віці 15 років. Крім

© К. Чишко, 2020

того, 34,5% учнів вказали на те, що їм «легко» або «дуже легко» придбати алкогольні напої. Найбільш доступними виявилися слабоалкогольні напої (їх вказали 51,5% опитаних) та пиво (59,5%) [3].

Думки вітчизняних та іноземних учених стосовно неприпустимості вживання слабоалкогольних напоїв, зокрема пива, дітьми та підлітками єдина. Доведено, що найбільш небезпечно для виникнення залежності вживання алкоголю молодими людьми до 18–20-річного віку, тому що в період інтенсивного зростання клітини мозку й інші органи найбільш чутливі до шкідливих впливів. Пивний алкоголізм особливо поширений серед молодих людей. Захворювання в цих пацієнтів зазвичай прогресує дуже швидко, супроводжується важкими психічними розладами, деградацією особистості, важко піддається лікуванню. Ученими встановлено, що чим у більш ранньому віці розпочато систематичне вживання алкоголю, тим частіше трапляються випадки тяжких соціальних і медичних наслідків, швидше розвивається алкоголізм, незалежно від освіти, етнічної належності, сімейного становища, спадковості (висновок кафедри наркології Харківської медичної академії післядипломної освіти, 24 червня 2004 р.) [4].

Вражають негативні наслідки вживання алкоголю. Зокрема, за даними Міністерства охорони здоров'я, в Україні наявна дуже гостра проблема розладів, що спричинені надмірним уживанням алкоголю. Спеціалісти підрахували, що 40% смертей чоловіків працездатного віку та 22% жінок віком від 20 до 64 років є наслідком уживання алкоголю [5].

Зважаючи на соціальну значущість обраної тематики, варто зазначити, що різні аспекти регулювання національної сфери алкогольних виробів стали темою праць низки вчених, зокрема в галузі адміністративного права, наприклад: В.А. Бабич, Ю.С. Мостович [6] з'ясовували специфіку провадження у справах щодо продажу алкогольних напоїв і тютюнових виробів неповнолітнім особам; В.А. Бернадін [7] запропонував поняття та класифікацію адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів; Т.М. Біденчук і В.П. Кононець [8] систематизували підстави адміністративної відповідальності у сфері обігу алкогольних напоїв, а монографічне дослідження Є.О. Рядінського [9] присвячене фінансово-правовому регулюванню виробництва й обігу алкогольної продукції.

Водночас проблеми законодавчої регламентації державної політики у сфері забезпечення зменшення вживання алкогольних напоїв та їхнього шкідливого впливу на здоров'я населення дотепер сьогодні не були комплексно висвітлені, як і не вироблено систематичні шляхи їх вирішення.

Мета статті полягає в з'ясуванні організаційно-правового аспекту актуальної державної політики України у сфері забезпечення зменшення вживання алкогольних напоїв, а також визначення прогалин і недоліків чинного законодавства в окресленій сфері, вироблення конкретних пропозицій для усунення останніх.

Виклад основного матеріалу. Чинне законодавство України визначає основні засади державної політики щодо всіх сфер виробництва й обігу спирту етилового, коньячного і плодового, спирту етилового, ректифікованого виноградним, спирту етилового, ректифікованого плодовим, дистиляту виноградного спиртового, спирту-сирця плодового й алкогольних напоїв, зокрема їх оптової та роздрібної торгівлі. Відповідні законодавчі положення піддаються систематичному вдосконаленню. Водночас описаний нами стан справ є яскравим прикладом недосконалості правової системи регулювання обігу та торгівлі алкогольними напоями і сировиною для їх виготовлення.

У свою чергу, аналіз деяких нормативно-правових положень і правозастосовчої діяльності у сфері протидії правопорушенням, пов'язаним із роздрібною торгівлею алкогольними напоями, дають підстави виокремити їхні конкретні недоліки, запропонувати шляхи вирішення проблеми. Серед них такі.

1. Лише 22 березня 2018 р. увхалено Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання органам місцевого самоврядування повноважень встановлювати обмеження продажу пива (крім безалкогольного), алкогольних, слабоалкогольних напоїв, вин столових» [10], яким передбачено надання органам місцевого самоврядування спеціальних повноважень установлювати в межах відповідної адміністративної території обмеження (заборони) продажу пива (крім безалкогольного), алкогольних, слабоалкогольних напоїв, столових вин у визначений час доби, передбачено відповідальність за їх недотримання. Ухвалення цього Закону зумовлено практикою запровадження відповідних рішень органами місцевого самоврядування, на території поширення повноважень яких зафіксовані факти систематичного порушення тиші та громадського правопорядку в нічний час біля об'єктів торгівлі алкогольними напоями та, як наслідок, успішного оскарження таких

рішень суб'єктами підприємницької діяльності в судах.

Схвально оцінюючи значний профілактичний як загальносоціальний, так і правоохоронний ефект запровадження згаданого Закону[1], уважаємо, що вжиття передбачених ним заходів недостатньо. Так, продавати алкоголь уночі заборонять ті міста, що мають профіцит бюджету і можуть дозволити собі дбати про комфорт громадян. Натомість ті місцеві ради, які відчувають дефіцит коштів, звісно, такої заборони вводити не будуть, адже від усього проданого алкоголю 5% акцизного податку надходить до місцевого бюджету (п. 16 ч. 1 ст. 64 Бюджетного кодексу України [11] та ст. 215 Податкового кодексу України [12]). Крім того, така заборона жодним чином не вплине на функціонування дрібних закладів торгівлі чи громадського харчування, які часто вже функціонують із порушенням закону, адже їхніми клієнтами переважно є особи, які намагаються придбати алкоголь за відсутності контролю (наприклад, неповнолітні) або вже перебувають у стані алкогольного сп'яніння, тоді як громадяни, які бажають придбати алкоголь для святкування якихось подій, здійснять це завчасно.

Відповідно до ст. ст. 3 та 16 Конституції України, життя, здоров'я та безпека українців є найвищою соціальною цінністю, а збереження генофонду українського народу є обов'язком української держави. Тому вважаємо, що питання заборони продажу алкоголю в нічний час є питанням відповідальності загальнодержавного характеру. Зокрема, уряди різних країн давно усвідомили негативні наслідки для здоров'я населення від вживання алкоголю саме в нічний час. Так, позитивними нормами, що зменшують споживання алкоголю в Данії, Норвегії та Швеції, є легальна торгівля алкоголем лише державними торговельними мережами і лише з 10 до 18 годин, а в неділю торгівлю заборонено. У Латвії та Литві заборонено торгівлю алкоголем та пивом із 22 до 8 години. В Англії торгівлю алкоголем та пивом дозволено лише до 23 годин (навіть у пабах), пізніше дозволяється торгувати алкоголем лише в тих закладах, які мають офіційний статус «нічного клубу» й отримали спеціальну ліцензію (Licensing Act of 2003). За офіційною інформацією Департаменту (Міністерства) культури, інформації та спорту Великої Британії (Department for Culture, Media and Sport), тільки 0,02% із закладів (без урахування готелів), які торгують алкоголем на території Великої Британії, мають право торгувати алкогольними виробами не до 23 години, а цілодобово [4].

2. Відповідальність за порушення правил торгівлі пивом, алкогольними, слабоалкогольними напоями встановлена ст. 156 Кодексу України про адміністративні правопорушення [13] (далі – КУпАП). Розгляд справ про адміністративні правопорушення, передбачені у ст. 156 КУпАП, віднесено до компетенції суду (ч. ч. 1, 3, 4) (ст. 221 КУпАП) і адміністративних комісій при виконавчих органах міських, сільських, селищних рад (ст. 218 КУпАП) або центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів (ст. 244–4 КУпАП).

У ст. 255 КУпАП право на складення протоколу про адміністративне правопорушення, передбаченого ст. 156 КУпАП, надано уповноваженим на те посадовим особам органів Національної поліції, центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного контролю за додержанням законодавства про захист прав споживачів, і посадовим особам, уповноваженим на те виконавчими комітетами сільських, селищних, міських рад (за порушення, учинені в місцях, заборонених рішенням відповідної сільської, селищної, міської ради).

На особливу увагу заслуговує практика забезпечення притягнення до відповідальності осіб, які вчинили адміністративні правопорушення, передбачені ч. 2 ст. 156 КУпАП, якими, зокрема, є «порушення працівником підприємства (організації) торгівлі або громадського харчування правил торгівлі пивом (крім безалкогольного), алкогольними, слабоалкогольними напоями і тютюновими виробами, а саме: торгівля пивом (крім безалкогольного), алкогольними, слабоалкогольними напоями або тютюновими виробами у приміщеннях або на територіях, заборонених законом, або в інших місцях, визначених рішенням відповідного органу місцевого самоврядування як такі, де роздрібна торгівля пивом (крім безалкогольного), алкогольними, слабоалкогольними напоями або тютюновими виробами заборонена, а так само торгівля пивом (крім безалкогольного), алкогольними, слабоалкогольними напоями або тютюновими виробами через торгові автомати чи неповнолітніми особами, а також продаж пива (крім безалкогольного), алкогольних, слабоалкогольних напоїв або тютюнових

[1] Загальновідомо, що більшість правопорушень у сфері громадського порядку та безпеки вчиняються саме в нічний час доби особами, які переважно перебувають у нетверезому стані.

виробів особі, яка не досягла 18 років, або продаж тютюнових виробів в упаковках, що містять менш як 20 сигарет або цигарок, чи поштучно (крім сигар), або торгівля пивом (крім безалкогольного), алкогольними, слабоалкогольними напоями, винами столовими в заборонений рішенням відповідного органу місцевого самоврядування час доби».

Чинні нормативно-правові положення процесу розгляду справ про адміністративні правопорушення, передбачені в ч. 2 ст. 156 КУпАП, не забезпечують належного притягнення осіб, які вчинили відповідні правопорушення, до відповідальності. Такий стан речей зумовлений саме суб'єктом розгляду справи про адміністративне правопорушення за ч. 2 ст. 156, про що йшлося вище. Наслідком цього є найкоротший строк накладення адміністративного стягнення, а саме: «два місяці із дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні – не пізніш як через два місяці із дня його виявлення» (ст. 38 КУпАП). У свою чергу, ст. 268 КУпАП установлено: «Справа про адміністративне правопорушення розглядається лише у присутності особи, яка притягається до адміністративної відповідальності. Під час відсутності цієї особи справу може бути розглянуто лише у випадках, коли є дані про своєчасне її сповіщення про місце і час розгляду справи і якщо від неї не надійшло клопотання про відкладення розгляду справи».

Практика забезпечення притягнення осіб, які вчинили адміністративні правопорушення за ч. 2 ст. 156 КУпАП, до відповідальності свідчить, що відповідні особи досить легко уникають відповідальності через можливість максимального затягування часу розгляду справи (більше 2 місяців), що є однією з обставин, яка виключає провадження у справі про адміністративне правопорушення (п. 7 ч. 1 ст. 247 КУпАП). Крім того, немає також правових механізмів забезпечення залучення особи до розгляду справи про адміністративне правопорушення. Так, привід особи поліцейськими здійснюється виключно до суду лише в разі розгляду ним обмеженого кола справ про адміністративне правопорушення.

Вирішення описаної правозастосовної проблеми може бути забезпечено шляхом зміни суб'єкта розгляду справи про адміністративне правопорушення за ч. 2 ст. 156 КУпАП. Такими органами можуть стати суд (у такому разі всі правопорушення, передбачені у ст. 156 КУпАП, будуть підвідомчі суду) або органи Національної поліції (поліцейські є основним суб'єктом, які нині складають протоколи про адміністративні правопорушення за ч. 2 ст. 156, тому надання їм відповідних повноважень забезпечить найоперативнішу можливість реагування на такі правопорушення шляхом розгляду справи про адміністративне правопорушення на місці його вчинення).

3. Юридична відповідальність виступає важливим засобом забезпечення охоронної функції права. Перша є якісним показником реального втілення прав і свобод особи в соціальній дійсності. Водночас виявляються ціннісні орієнтири держави, рівні цивілізованості суспільства, духовності та культурності населення, а також наявність законодавчих гарантій і механізмів захисту прав і свобод особи.

Систему цілей юридичної відповідальності становлять: закріплення, упорядкування та вдосконалення суспільних відносин; виховання громадян, підвищення рівня правової культури; формування та забезпечення правомірної поведінки; покарання правопорушника; відновлення порушених суспільних відносин; виправлення та виховання правопорушників; зниження та стабілізація рівня скоєння правопорушень.

Як уявляється, описаний нами стан справ з украй негативними наслідками вживання алкоголю, що значним чином пов'язано з незаконним обігом та торгівлею алкогольними напоями, ураховуючи цілі юридичної відповідальності, потребує встановлення більш жорстких заходів юридичної відповідальності. Зокрема, уважаємо за доцільне передбачити кримінальну відповідальність за систематичні порушення правил торгівлі алкогольними напоями.

Висновки

Отже, нами описані основні актуальні проблеми правового регулювання зменшення вживання алкогольних напоїв та їхнього шкідливого впливу на здоров'я населення. Також запропоновані основні напрями вирішення проблем, які можуть бути втілені в таких законодавчих змінах:

1. Заборонити торгівлю алкоголем у нічний час (22.00–8.00), для чого пропонуємо:

– ч. 1 ст. 15–3 Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» доповнити окремим пунктом такого змісту:

«12) у нічний час, із 22 до 8 години (крім закладів ресторанного господарства)»;

– ч. 9 ст. 15–3 Закону України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» видалити;

– в абз. 1 ч. 2 ст. 156 Кодексу України про адміністративні правопорушення слова «заборонений рішенням відповідного органу місцевого самоврядування час доби» замінити на слова «у нічний час, із 22 до 8 години (крім закладів ресторанного господарства)»;

– п. 44–1 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» виключити.

2. Внести такі зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення:

– у ст. 221 перед цифрами «156» слова «частинами першою, третьою і четвертою статті» виключити, перед цифрами «155–1» слово «статтею» замінити на слово «статтями» (у разі віднесення повноваження щодо розгляду справи про адміністративне правопорушення за ч. 2 ст. 156 до компетенції суду)

або

– у ст. 222 після цифр «151» перед словами та цифрами ст. 161 доповнити словами та цифрами «частиною другою статті 156» (у разі віднесення повноваження щодо розгляду справи про адміністративне правопорушення за ч. 2 ст. 156 до компетенції Національної поліції);

– у ст. 218 слова та цифри «частиною другою статті 156» виключити.

3. Кримінальний кодекс України доповнити статтею такого змісту:

«**Ст. 204–1** «Систематичне порушення правил торгівлі алкогольними напоями»

1. Систематичне порушення (три та більше рази протягом року) працівником підприємства (організації) торгівлі або громадського харчування правил торгівлі алкогольними напоями, а саме: торгівля алкогольними напоями у приміщеннях або на територіях, заборонених законом, або в інших місцях, визначених рішенням відповідного органу місцевого самоврядування як такі, де роздрібна торгівля алкогольними напоями заборонена, а так само торгівля алкогольними напоями через торгові автомати, а також продаж алкогольних напоїв особі, яка не досягла 18 років, або торгівля алкогольними напоями та винами столовими в нічний час, із 22 до 8 години (крім закладів ресторанного господарства), –

карається штрафом від п'ятисот до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із конфіскацією предметів торгівлі.

2. Дії, передбачені ч. 1 цієї статті, пов'язані з торгівлею незаконно виготовлених алкогольних напоїв, –

караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян із конфіскацією предметів торгівлі».

Список використаних джерел:

1. Ежегодное потребление алкоголя, литры чистого спирта на человека, население возрастом 15 + лет. Европейский портал информации здравоохранения. *Официальный веб-портал Европейского регионального бюро Всемирной организации здравоохранения*. URL: https://gateway.euro.who.int/ru/indicators/hfa_426-3050-pure-alcohol-consumption-litres-per-capita-age-15plus/visualizations/#id=19443&tab=table (дата звернення: 17.08.2019).

2. Україна вийшла на друге місце в рейтингу найбільш п'ющих країн. Суспільство. *Офіційний вебсайт «BusinessUA»*. URL:http://businessua.com/suspilstvo/43068ukraina-viishla-na-druge-misce-v-reitingu-naibilsh-pyuszih-krain.html# (дата звернення: 03.09.2019).

3. В Україні понад 83% підлітків вживали алкоголь – опитування. *Офіційний вебсайт інформаційного агентства УНІАН*. URL: https://health.unian.ua/country/1530761-v-ukrajini-834-pidlitkiv-mayut-dosvid-vjivannya-alkogolyu-sotsopituvannya.html (дата звернення: 14.09.2019).

4. Пояснювальна записка до проєкту закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (заборони торгівлі алкоголем в нічний час)» від 24 лютого 2017 р. *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61227 (дата звернення: 15.09.2019).

5. Стало відомо, скільки українців вмирає від алкоголізму. *Офіційний вебсайт «Еспресо»*. URL: https://espreso.tv/news/2017/11/03/stalo_vidomo_skilky_ukrayinciv_vmyraye_vid_alkogolizmu (дата звернення: 28.09.2019).

6. Бабич В.А., Мостович Ю.С. Провадження у справах щодо продажу алкогольних напоїв і тютюнових виробів неповнолітнім особам. *Молодий вчений*. 2017. № 3. С. 530–533.

7. Бернадін В.А. Поняття та класифікація адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. С. 160–164.

8. Біденчук Т.М., Кононець В.П. Підстави адміністративної відповідальності у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 6. С. 193–196. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2018/52.pdf (дата звернення: 10.08.2019).

9. Рядінський Є.О. Фінансово-правове регулювання виробництва та обігу алкогольної продукції в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2018. 21 с.

10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо надання органам місцевого самоврядування повноважень встановлювати обмеження продажу пива (крім безалкогольного), алкогольних, слабоалкогольних напоїв, вин столових : Закон України від 22 березня 2018 р. № 2376–VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 36. Ст. 11.

11. Бюджетний кодекс України : Закон України від 8 липня 2010 р. № 2456–VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № № 50–51. Ст. 572.

12. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755–VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № № 13–17. Ст. 112.

13. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р. № 8073–X. *Відомості Верховної Ради Української Радянської Соціалістичної Республіки*. 1984. Дод. до № 51. Ст. 1122.

The purpose of the article is to find out the organizational and legal aspect of the current state policy of Ukraine in the sphere of ensuring the reduction of alcoholic beverages, as well as to identify the gaps and shortcomings of the current legislation in the specified field, to develop specific proposals for the elimination of the latter. The article analyzes a number of legal provisions and law enforcement activities in the field of combating offenses related to the retail sale of alcoholic beverages, as a result of which attention is focused on the existence of the problem of excessive alcohol consumption, including due to specific shortcomings in these legal acts. The author also proposed solutions to the latter, including the establishment of more stringent measures of legal liability. Legal responsibility has been identified as an important means of ensuring the security function of law. The system of goals of legal responsibility are: consolidation, ordering and improvement of social relations; education of citizens, raising the level of legal culture; formation and maintenance of lawful behavior; punishment of the offender; restoration of broken social relations; correcting and educating offenders; reduction and stabilization of the crime rate. It is concluded that it is necessary to supplement the Criminal Code of Ukraine with responsibility for the systematic violation of the rules of trade in alcoholic beverages, defining the systematic violation (three or more times during the year) by an employee of the enterprise (organization) of trade or public catering of the rules of trade in alcoholic beverages, namely: alcoholic beverages trading in alcoholic beverages or in territories prohibited by law or in other places designated by decision of the relevant local government, such as where retail and the sale of alcoholic beverages is prohibited, as well as the sale of alcoholic beverages through vending machines, as well as the sale of alcoholic beverages to persons under 18 years of age, or the sale of alcoholic beverages and table wines at night from 22 to 8 o'clock (except restaurants).

Key words: turnover of alcoholic beverages, alcoholic beverages, administrative responsibility, public policy, public safety, retail.

УДК 342.395.2(346.15:346.7)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.43

Віктор Мельник,
член Американського товариства юридичної історії,
головний редактор наукового журналу «Аннали юридичної історії»,
асистент кафедри політології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
викладач кафедри філософії та суспільних наук
Вінницького національного медичного університету імені М. І. Пирогова

БАГАТОНАЦІОНАЛЬНА РЕСПУБЛІКА БОЛІВІЯ: ПІДСУМКИ ПРЕЗИДЕНТСТВА ЕВО МОРАЛЕСА ТА ПОЛІТИЧНИЙ ЗМІСТ ЗЕМЕЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Стаття покликана дати політико-правову оцінку майже чотирнадцятирічному президентству болівійського лідера Ево Моралеса (нар. 1959 р.). Звісно, така оцінка може бути лише попередньою. З моменту відставки Моралеса минуло лише декілька місяців. Отже, пропонована стаття є своєрідним вступом до вивчення історичної «доби Ево Моралеса». Особлива увага приділяється інституційному та організаційно-правовому розвитку болівійської демократії. З моменту проголошення незалежності Болівії 6 серпня 1825 р. країна пережила 188 державних переворотів. Ево Моралес став президентом, що керував Болівією найдовше в її історії. При цьому Моралес має індіанське походження, що додало нового значення конфлікту між креолами (болівійцями іспанського походження) та корінним населення (болівійцями індіанського походження). У 2009 р. Моралес здійснив конституційну реформу, Болівія отримала нову назву («Багатонаціональна Республіка Болівія») та 37 державних мов (враховані всі головні індіанські мови). Вперше з 1825 р. Католицька церква втратила значення єдиної державної конфесії. З 2009 р. на державному рівні відзначались язичницькі свята індіанців-землеробів. Ево Моралес сприяв поклонінню традиційній богині землеробства Пачамамі. Зрозуміло, що власники великих земельних ділянок (латифундисти креольського походження) намагались перешкодити культурній політиці президента Моралеса. При цьому зовнішні партнери Болівії також конфліктували з президентом-індіанцем. США втратили безперешкодний доступ до болівійських ресурсів, Моралес націоналізував родовища корисних копалин, активізував видобуток олова та літію. Створення Державної корпорації з видобутку літію перешкоджало як інтересам внутрішніх противників його правління, так і зовнішнім суперникам. Вочевидь, це призвело до державного перевороту 10 листопада 2019 р. Транснаціональні корпорації прагнуть повернутись у найбагатшу ресурсами країну Південної Америки з найдешевшою робочою силою, тоді як місцеві креольські еліти не бажають націоналізації землі. У Болівії земельне питання і промисловість прямо пов'язані. Країна нині перебуває під загрозою втрати суверенітету над видобутком корисних копалин. При цьому вирішення земельного «замкненого кола», в якому опинилось корінне населення, поступово стає предметом далекого майбутнього.

Ключові слова: Ево Моралес, Багатонаціональна Республіка Болівія, болівійці іспанського походження (креоли), болівійці індіанського походження, земельне питання.

Постановка проблеми. Світовий досвід дає змогу дивитись на земельну проблему по-різному. При цьому треба враховувати локальні особливості земельних правовідносин, наявні засоби ведення аграрного бізнесу та історичні передумови розвитку політичних подій. Хоча Багатонаціональна Республіка Болівія знаходиться на іншому кінці світу, але протягом останнього десятиліття вона стала одним із реальних суб'єктів геополітики. Ось чому драматичні події 2019 року заслуговують на спеціальну увагу.

Завдання статті визначені предметом дослідження. По-перше, необхідно дати оцінку президентству Ево Моралеса, що тривало з 18 грудня 2005 р. до 10 листопада 2019 р. По-друге, стаття покликана проаналізувати політико-правові аспекти взаємозв'язку економічних проблем та етнокультурної конфронтації в сучасному болівійському суспільстві. По-третє, в центрі уваги знаходиться комплекс земельних відносин, пов'язаних зі стабільно великою роллю латифундистів у болівійській еконо-

© В. Мельник, 2020

міці та сепаратистськими тенденціями рівнинних регіонів (департамент Санта-Крус).

Виклад основного матеріалу.

195 років. Звітний період болівійської демократії. Режим президента Ево Моралеса був досить стабільним на теренах Болівії з моменту його обрання 18 грудня 2005 р. та до самого дня перевороту 10 листопада 2019 р. Прихильники Ево Моралеса пишаються не тільки його індіанським походженням, але й тим, що цей президент очолював країну найдовше в її історії.

Незалежність Болівії проголосив 6 серпня 1825 р. Установчий конгрес провінції Верхнє Перу [2, с. 6]. Її першим президентом став генерал Сімон Болівар (1783–1830), що з 1819 р. був також президентом Великої Колумбії, а з 1824 р. одночасно диктатором Перу [5]. Формування на теренах колоніального Верхнього Перу Болівійської республіки було покликане зберегти пам'ять про видатного борця з іспанською короною [1, с. 112–167]. Так і сталось. Країна названа на честь цього воєначальника. Столиця (м. Сукре) названа на честь наступника Болівара на президентській посаді – маршала Антоніо Хосе Сукре, який обіймав посаду очільника колишньої іспанської колонії два роки (1826–1828 рр.). Тимчасовий характер влади перших президентів став надалі звичною проблемою Болівії, перетворився на стійку та дуже негативну політичну традицію [1]. Протягом наступних двохсот років жоден президент чи диктатор не зміг утриматись на посаді два повні п'ятирічні або навіть чотирирічні терміни (чотири роки – строк президентської каденції до конституційної реформи Моралеса [1, с. 570]).

Звернімо увагу, що Болівія є незалежною державою з республіканською формою правління (президентська республіка). Її незалежності 6 серпня 2020 р. виповниться 195 років. За цей «звітний період» на теренах республіки відбулось 188 державних переворотів – по одному перевороту на рік [1; 2; 4]! Усі вони підтримувались озброєними сторонами та нерідко призводили до тривалих громадянських конфліктів. Останній листопадовий путч 2019 року не став винятком...

З моменту заснування Болівії перевороти та революції є справжнім соціально-політичним прокляттям республіки. Вони переслідують усіх її керівників, не дають розвиватись демократичним інститутам, правовій державі, тримають широкі маси населення в абсолютній бідності. Що ж є передумовою «болівійського прокляття»? Звісно, ресурси. Болівія – найбільший у світі природний резервуар олова та літію. Гігантські поклади нафти, газу, цинку, вольфраму, золота, срібла, заліза роблять її світовим золотим дном у прямому сенсі. Золотим – з огляду на кількість та якість природних копалин. Дном – з огляду на відсутність політичної стабільності. Як відомо, багатство країни завжди викликає заздрість або професійне зацікавлення конкурентів. Ось чому всі держави-сусіди ставились з обережністю до намагань президента Ево Моралеса (2005–2019) вивести Болівію зі статусу «країни третього світу» на рівень стратегічного гравця світової політики [1, с. 569–607].

Розглянемо лише один «маленький» приклад.

Поклади літію, розташовані на теренах Болівійської республіки, оцінюються геологами в 100 млн т, що становить приблизно 50% світових запасів цього лужного металу. Літієві поклади стратегічно важливі з огляду на те, що основа будь-якого сучасного смартфону – літій-іонний акумулятор. Крім цього, у 2016–2019 рр. значно зріс попит на літій серед виробників акумуляторних батарей для електромобілів. Літій потрібен усім розробникам складних інженерних систем зберігання електроенергії. Високотехнологічний сектор попросту не розвиватиметься без розробки старих і освоєння нових родовищ літію. (Не варто забувати і про важливу роль літієвих покладів у виробництві акумуляторних батарей, керамічній і скляній промисловості, металургії, в галузі мастильних матеріалів). Тому ані США (найбільший світовий виробничий сектор IT), ані будь-які інші потужні гравці міжнародних відносин не були зацікавлені в створенні Ево Моралесом потужної Державної корпорації з видобутку літію. Врешті-решт, зовнішнє втручання зумовило силове відсторонення Моралеса в листопаді 2019 р. та новий виток приватизації, що змінює в наші дні промислово-економічне обличчя республіки [6; 8; 10].

«Прокляття переворотів» також зумовлює нестихаючий перманентний конфлікт між креолами (латиноамериканцями європейського походження) та індіанцями (становлять близько 55% понад 11-мільйонного населення країни). Ще 7 лютого 2009 р. набула чинності нова редакція болівійської конституції, що змінила стару назву «Болівійська республіка» на нову – «Багатонаціональна Республіка Болівія». Стараннями Ево Моралеса редакція конституції 2009 року запровадила 37 державних мов. Найбільш уживаною, безумовно, залишається іспанська. Однак переважання індіанців у етнічній мозаїці Болівії зумовлює широке застосування мов кечуа, аймара, гуарані, калавая, чікітано. Мовою кечуа спілкується близько 3 мільйонів, тоді як мова аймара є рідною для

2 мільйонів громадян. Сам президент Моралес за етнічною приналежністю є індіанцем племені аймара. Його походження чотирнадцять років дратувало багатьох креольських політиків, було викликом для орієнтованих на США сусідніх країн. Разом із тим саме воно відіграло ключову роль у триразовому обранні Моралеса болівійським президентом.

За період правління Моралеса (2005–2019 рр.) рівень життя в Багатонаціональній Республіці зріс щонайменше на 30%. ВВП Болівії зазнав зростання з 9 млрд до 33 млрд доларів США. У 2018 р. обсяг експорту товарів досяг позначки у 8 млрд доларів США. Паритет купівельної спроможності становив майже 75 млрд доларів США. Хоча болівійська економіка визнається найслабшою в Південній Америці, національна валюта Болівії за рахунок зростання обсягів зовнішньої торгівлі демонструвала впевнену тенденцію до зміцнення. До речі, нині вартість одного болівіано становить 0, 14 долара США (3,46 української гривні) [1; 2; 8].

25 січня 2009 р. відбувся загальнонаціональний референдум, що запровадив нову редакцію Основного Закону. Змінилась не лише назва держави та кількість офіційних мов. Законодавча ініціатива Моралеса призвела до визнання ролі професійних спілок у політичному житті країни, визнання їхнього пріоритету в громадському житті. Національне питання і проблема збереження індіанських культур перейшли під контроль Міністерства автономій Болівії. У республіці запроваджувалась «широка децентралізація». «Ідеологія боліваріанства», базована на «поглядах Сімона Болівара», проголошувалась основою державної політики. В економічному житті конституція проголосила доктрину націоналізації [2, с. 22].

«Боліваріанство», «децентралізація», «націоналізація» – ось три слова, якими слід характеризувати політико-юридичну діяльність президента Моралеса, всі три терміни його перебування при владі. У 2007–2009 рр. Моралесу неодноразово доводилось зіштовхуватись із проблемою південноболівійського сепаратизму. Втім, проголошена креолами-латифундистами «Нова Республіка Болівія» була майстерно позбавлена Моралесом народної підтримки. Більшість рядових працівників у фермерських господарствах бунтівного півдня становили індіанці, котрі отримали згідно з конституційною реформою 2009 р. необмежені політичні права, державний статус своїх мов, рідні школи та спеціальні відділення у закладах вищої освіти, захист традиційних індіанських промислів та навіть релігійних культів! Національна політика Моралеса нівелювала креольський сепаратизм. Запанував спокій [1, с. 569–607].

Повалення Президента Моралеса. 10 листопада 2019 р. відбулась подія, що змінила геополітичний баланс у Південній Америці. Президент Ево Моралес вийшов у ефір на болівійському національному телебаченні та виголосив сакральні слова: «Я відмовляюсь від посади президента» [9]. Уже 12 листопада 2019 р. Моралес із донькою виїхав до Мексики, де йому надала політичний притулок соціалістично орієнтована міністр внутрішніх справ Ольга Санчес Кордеро.

Пізніше в інтерв'ю кільком міжнародним новинним агентствам Моралес неодноразово стверджував: його примусили піти у відставку силовим шляхом через підвищення урядом оподаткування роботи газових компаній і, найголовніше, через створення Державної корпорації з видобутку літію. Тісна кооперація з Китайською Народною Республікою також слугувала каталізатором американського втручання [6; 8; 10].

Черговий переворот почався в день президентських виборів 20 жовтня 2019 р. Моралес вчетверте балотувався на посаду президента країни, незважаючи на негативну оцінку власного четвертого переобрання, надану загальнонаціональним референдумом 21 лютого 2016 р. Хоча Електоральний суд республіки оголосив Моралеса переможцем, опозиціонери з антисоціалістичного табору (як ліберали, так і консерватори) ініціювали серію мітингів. Центром опору Моралесу знову стала аграрна південна провінція Санта-Крус. Ще в 2009 р. там було проголошено «Нову Республіку Болівію», а місцеві креоли-латифундисти десять років намагались роздмухати збройне антиіндіанське повстання [2, с. 18–19]. 31 жовтня 2019 р. невідомими було застрелено двох протестуючих. Наступного дня південні провінції повністю перейшли під контроль опозиції.

10 листопада 2019 р. Організація американських держав оголосила про фіксацію великої кількості фальсифікацій на користь Моралеса. Командування Збройних сил Болівії в особі генерала Вільямса Калімана закликало Моралеса піти у відставку. Після переходу армії на бік опозиції Моралес негайно виступив на телебаченні зі зверненням до нації. Вже 12 листопада Моралес і його беззмінний віце-президент Альваро Гарсія Лінера переїхали до Мексики [7; 9; 10].

Офіційні представники США, звісно, відкидають будь-які звинувачення самого Моралеса. При цьому болівійська юстиція ініціювала кримінальне переслідування колишнього президента, звинувативши його в спробі перевороту, тероризмі та фінансуванні тероризму. Міністр внутрішніх справ

оприлюднив рішення про видачу ордера на арешт Ево Моралеса. Останній же, користуючись публічною підтримкою офіційного Буенос-Айреса, 12 грудня перебрався до Аргентини. Падіння режиму Моралеса назвали «антиконституційним державним переворотом» також зовнішньополітичні відомства Венесуели, Нікарагуа, Куби.

Оскільки Моралес оголосив про відставку, 10 листопада влада мала офіційно перейти до рук віце-президента Гарсіа-Лінери. Відомий математик і соціолог, борець за права індіанців Лінера відмовився від посади та поїхав у політичне вигнання разом із Моралесом. Отже, президентських повноважень юридично набула 30-річна очільниця верхньої палати (сенату) болівійського парламенту Адріана Сальватьєра Арріаса. Представниця парламентської більшості, член моралесівського «Руху до соціалізму» Арріаса негайно написала заяву про відставку з посади виконуючої обов'язки президента. Спікер Палати депутатів Віктор Борда теж підписав офіційну відмову. Після відставки першого віце-спікера Сенату настала черга другого віце-спікера Жанін Аньєс Чавес, єдиної в цій черзі «спадкоємців» представниці правої партії «Демократичний громадський рух» [7].

52-річна юрист Жанін Аньєс (нар. 1967 р.) була інавгурована третиною болівійського сенату 12 листопада 2019 р. як «виконуюча обов'язки Президента Болівії». Прихильники Моралеса досі відмовляються визнати законність влади Аньєс. Як тимчасовий президент Аньєс сформувала та очолила Уряд Багатонаціональної Республіки. Вперше з 2006 р. вищі кадрові призначення обійшли індіанців. Прикметно, що більшість міністрів є представниками родин найбагатших креольських підприємців південної провінції Санта-Крус [7; 8; 10].

14 листопада 2019 р. Аньєс видала указ про звільнення військових та поліцейських від будь-якої кримінальної відповідальності за силові дії, вчинені в процесі забезпечення громадського порядку. Вже 15 листопада військові розстріляли прихильників Моралеса в провінції Кочабамба. Дев'ятеро фермерів загинули. Після проведення силових зачисток в індіанських районах дію «силового» указу було призупинено.

Латифундисти-сепаратисти. Президент Венесуели Ніколас Мадуро відреагував на повалення Моралеса, назвавши індіанців Болівії «жертвами заколоту расистів». Уряд соціалістичної Куби звинуватив кабінет міністрів Жанін Аньєс у «фашизмі». Справді, вперше за 14 років Болівія не має в своєму керівництві представників індіанських народів – 55% населення країни! Президент-вигнанець Ево Моралес, гучно звинувачений Жанін Аньєс у «фінансуванні тероризму», проголосив заколот «реваншем сепаратизму» [10].

Як зазначалось, Жанін Аньєс спирається у своїй політиці на бізнесменів з південного департаменту Санта-Крус. Центр цієї найбільшої болівійської провінції – місто Санта-Крус-де-ла-Сьєрра. Хоча офіційною столицею є Сукре (300 тис. жителів), а найголовнішим містом вважається Ла-Пас (800 тис. жителів), насправді найпотужнішим містом, без урахування агломерації, є Санта-Крус-де-ла-Сьєрра (1 млн 600 тис. жителів). Ключовою промисловою сферою міста завжди була переробка продукції сільського господарства [3; 4].

Департамент Санта-Крус складається з 15 провінцій, що в 2006–2009 рр. підтримували сепаратистські рухи «Нації Рівнин Болівії» та «Нової Республіки Болівії». Аграрне обличчя санта-круської економіки принципово відрізняється від промислових західних та північних регіонів. Креоли не мають більшості в жодній з провінцій департаменту, як і в жодному болівійському департаменті. Індіанське населення впевнено домінує в усіх регіонах. Однак саме креоли іспанського, італійського, фламандського, німецького походження наповнюють владні структури рівнинного департаменту [2; 3; 4].

З моменту іспанського завоювання Верхнього Перу (сучасної Болівії) конкістадорами в 1532–1536 рр. королівським ідальго (предкам теперішніх креолів) завжди було легше правити на рівнинних землях. Давня інкська цивілізація Андського плато, хоча і була жорстоко розгромлена, зуміла законсервуватись у побуті та релігійних культах горян [1, с. 46–53]. Народи кечуа й аймара досі є спадкоємцями традицій давніх інданських держав. У гірських місцевостях та непрохідних джунглях вони мали змогу продовжувати жити племінним життям, долучаючись до «благ» іспанської колонізації тільки під час збору податків або формальних релігійних свят. У зв'язку з цим, на відміну від більшості інших країн континенту, Болівія досі залишається найбільш індіанською не лише етнічно, але й культурно. Для багатьох племен процедура переходу в католицизм була чистою формальністю, необхідністю підкоритись завойовникам. У 1825 р. ситуація не змінилась на краще. Єдиною офіційною мовою протягом 1825–2009 рр. залишалась іспанська, а держава юридично гарантувала підтримку лише Католицькій церкві [2, с. 18].

Конституційна реформа Моралеса (2009 р.) була анонсована ще під час прези-

дентських виборів 2005 року. Тоді новообраний президент чітко висловився на користь прав корінних жителів країни, що до того ж становлять більшість населення. Конституція 2009 р. запровадила 37 державних мов, державну підтримку індіанській богині землеробства Пачамамі. Однак, незважаючи на демографічну індіанську більшість, південні рівнинні регіони на чолі з бізнесменами департаменту Санта-Крус виступили проти мовних і культурних положень нової Конституції так само ревно, як і проти болівaріанського (соціалістичного) економічного курсу Моралеса.

Легалізація культу Пачамами зустріла ревний опір креольських клерикалів та осуд з боку папських легатів. Католицька церква підтримала рух опору рівнинних підприємців. Ще в 1995 р. болівійський парламент ухвалив Закон про децентралізацію, що суттєво розширював повноваження муніципального самоврядування. В 2006 р. розгорнувся «рух референдумів», який прокотився аграрними департаментами Санта-Крус, Бені, Пандо, Таріха, Кочабамба, Чукісака. Альянс правих сил, керований католиками-креолами іспанського та німецького походження, ініціював З'їзд муніципальних рад Нації Рівнин Болівії у Санта-Крус-де-ла-Сьєрра. Як наслідок, Ево Моралес був змушений застосувати в грудні 2007 р. збройні сили. Тоді армія цілковито підтримала президента. У відповідь креоли провели повторні референдуми в травні та липні 2008 р. 60% населення шести департаментів підтримали суверенітет так званої «Нової Республіки Болівія».

Як же індіанські регіони могли підтримати сепаратистів-креолів? Відповідь тут досить проста. Хоча сам Ево Моралес пізніше заявляв про підробні результати, видається ймовірним, що індіанці голосували так, як цього вимагали їхні креольські роботодавці. Попросту індіанська демографічна більшість в індіансько-культурній країні Болівії навчилась ніколи не висловлювати свою політичну позицію в публічному просторі, оскільки історично була позбавлена права власності. Після 1825 р. позбавлення права власності скасували. Однак неписаний політичний порядок аж до 2005 р. забезпечував пріоритетне становище для іспаномовних креолів. Свідомість індіанців складно трансформувати лише за 2 роки (2006–2008)...

Ево Моралес переміг сепаратистів і забезпечив прийняття нової редакції Конституції. Закон змінили, але не змінили людей. Департамент Санта-Крус залишився оплотом креольського сепаратизму.

У постколоніальній Болівії земля сільськогосподарського призначення традиційно сконцентрована в руках білих підприємців (креолів). Вони є спадкоємцями завойовників Верхнього Перу. Контроль над підприємствами та заводами з переробки аграрної продукції, розташованими у найбільшому департаменті Санта-Крус, дає змогу креольським латифундистам підтримувати економічну систему замкненого циклу. Продукція вирощується індіанцями на землі, що належить великим латифундіям. Потім індіанці мусять продавати її за заниженими цінами на підприємства, пов'язані з цими ж латифундіями. Врешті, експорт товарів у Бразилію та Аргентину теж залежить від позиції креольських роботодавців департаменту Санта-Крус.

Населення на півдні країни здебільшого індіанське. Але вся земля належить аграрним холдингам, контрольованим креолами. Де-факто колоніальний режим не припинився. Закон про децентралізацію 1995 р. дав змогу аграрному бізнесу взяти під контроль органи місцевого самоврядування та провести низку референдумів у 2006 та 2008 рр. Хоча Моралес ініціював внесення змін до Конституції, покликаних покращити становище корінного населення, земельні ресурси та засоби виробництва залишились під контролем «білої» опозиції. Ця ситуація штучно робить природно найбагатшу країну Латинської Америки найбіднішою за рівнем життя [1; 2; 6; 7; 8; 10].

Висновки

Конституційні реформи Моралеса були спрямовані на створення умов для відродження індіанської культури, формування багатонаціонального співтовариства. Економічне законодавство поступово рухалось у бік націоналізації. Моралес розумів, що забезпечити сталий культурний розвиток може лише концентрація ресурсів і засобів виробництва в руках тих, хто розвивається. Повна націоналізація земель сільськогосподарського призначення допомогла б вивільнити індіанців з-під опіки креольських роботодавців, але натомість, задавила б приватні асоціації з виробництва коки. Як відомо, Моралес фінансово спирався на Асоціації виробників коки, що репрезентують індіанських власників та орендарів землі. Ось чому земля досі залишається товаром. Державний сектор не здатен запропонувати індіанцям робочі місця поза креольськими ранчо, фермами, великими холдингами або ж плантаціями коки. Отримавши економічну свободу, вивільнившись з категорії «дешева робоча сила», болівійські індіанці стануть гаранто-

вано безробітними. Тому розвиток промисловості спершу був покликаний створити робочі місця під егідою держави. Тільки після цього уряд міг би думати про націоналізацію сільськогосподарських та лісових угідь.

Надра Болівії в другій половині XX століття традиційно контролювались промисловими корпораціями США. Сільське господарство віддавалось на відкуп місцевим елітам, тоді як корисні копалини видобували північноамериканські концесіонери. Протягом 2006–2015 рр. уряд Моралеса вперше витиснув підприємців США з країни, пішов шляхом створення великих державних корпорацій. Однією з таких грандіозних компаній мала стати Державна корпорація з видобутку літію. Саме вона і вирішила долю Моралеса... Транснаціональні корпорації прагнуть повернутись у найбагатшу ресурсами країну Південної Америки з найдешевшою робочою силою, тоді як місцеві креольські еліти не бажають націоналізації землі.

У Болівії земельне питання і промисловість прямо пов'язані. Країна нині перебуває під загрозою втрати суверенітету над видобутком корисних копалин. При цьому вирішення земельного «замкненого кола», в якому опинилось корінне населення, поступово стає предметом далекого майбутнього.

Список використаних джерел:

1. История Боливии с древнейших времен до начала XXI века. / Ответственные редакторы Е.А. Ларин, А.А. Щелчков. Москва : Наука, Институт всеобщей истории РАН, 2015. 700 с.

2. Мельник В.М. Болівія: політична історія та конституційне право. Київ : Українська асоціація зовнішньої політики, 2016. 30 с.

3. Мельник В.М. Болівійський підхід. Практика оренди ділянки морського узбережжя як геополітичний аргумент. *Юридична газета*. 2016. 8 листопада 2016 (№ 18). С. 18–19.

4. Морозов В.И. Боливия: борьба за демократию. Москва : Знание, 1982. 64 с.

5. Политическая история стран Латинской Америки в XIX в. / Ответственный редактор Е.А. Ларин. Москва : Наука, Институт всеобщей истории РАН, 2012. 767 с.

6. Farthing Linda. Bolivia has been promised elections. But will they be fair? *The Guardian. International Edition*. 2019, Monday, 2 December, News. Opinion. URL: https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/dec/02/bolivia-elections-democracy-president-jeanine-anez.

7. Kurmanaev Anatoly, Castillo Del Cesar. How an Unknown Female Senator Came to Replace the Bolivian President Evo Morales? *The New York Times*. Published November 24, 2019. URL: https://www.nytimes.com/2019/11/24/world/americas/how-an-unknown-female-senator-came-to-replace-the-bolivian-president-evo-morales.html.

8. Kurmanaev Anatoly. "Evo Morales Is Like a Father to Us". In the coca-growing region where the former Bolivian president got his political start, farmers are loyal to him – and demanding his return. *The New York Times*. Published November 27, 2019. URL: https://www.nytimes.com/2019/11/27/world/americas/evo-morales-bolivia-coca.html.

9. Londoño Ernesto. Bolivian Leader Evo Morales Steps Down. A leftist who had served longer than any other current head of state in Latin America, Mr. Morales lost his grip on power amid violent protests set off by a disputed election. *The New York Times*. Published November 10, 2019. URL: https://www.nytimes.com/2019/11/10/world/americas/evo-morales-bolivia.html.

10. Malkin Elisabeth, Cantu Elda. Evo Morales Raises a Fist, but Knows His Presidency is Over. *The New York Times*. Published November 23, 2019. URL: https://www.nytimes.com/2019/11/23/world/americas/evo-morales-mexico.html.

The article aims to give a political and legal evaluation of the almost fourteen-year presidency of Bolivian leader Evo Morales (born 1959). Of course, this assessment is only preliminary. Only a few months have passed since Morales' resignation. Thus, the proposed article is a kind of introduction to the study of the historical "Evo Morales age". Particular attention is paid to the institutional and organizational development of Bolivian democracy. Since Bolivia's declaration of independence on August 6, 1825, the country has endured 188 coups. In 2005, Evo Morales became the president who ruled Bolivia for the longest time in its history. In doing so, Morales is of Indian origin, which added a new meaning to the conflict between Creoles (Bolivians of Spanish descent) and indigenous people (Bolivians of Indigenous descent). In 2009, Morales implemented a constitutional reform, Bolivia was renamed the "Plurinational Republic of Bolivia" and 37 languages became official (all major Indian languages were legalizing). For the first time since 1825, the Catholic Church has lost its importance as a single state denomination. Since 2009, the pagan holidays of Native American farmers have been celebrated at the state level. Evo Morales promoted worship of the traditional goddess of agriculture, Pachamami. It is clear that the owners of large tracts of land (latifundists of Creol descent) tried to interfere with President Morales' cultural policies. In doing so, Bolivia's external partners also clashed with the indigenous president. The United States lost unimpeded access to Bolivian resources. Morales nationalized mineral deposits and increased tin and lithium production. The creation of the State Lithium Mining Corporation impeded the interests of both internal opponents of its board and external rivals. Obviously, this is led to a coup on November 10, 2019. Transnational corporations seek to return to the richest resources in South America with the cheapest labor, while the local Creole elites do not want to

nationalize the land. In Bolivia, land issues and industry are directly linked. Today, the country is at risk of losing sovereignty over minerals mining. At the same time, the decision of the land "closed circle", which found the indigenous population, is gradually becoming the subject of the distant future.

Key words: Evo Morales, Plurinational Republic of Bolivia, Bolivians of Spanish Descent, Bolivians of Indigenous Descent, land question.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.44

Денис Молдованов,
аспірант кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

СУБ'ЄКТ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ У СФЕРІ АЛЬТЕРНАТИВНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ ЯК ОБ'ЄКТ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

У дослідженні визначається суб'єкт електроенергетики у сфері альтернативної енергетики. Під час встановлення суб'єкта електроенергетики у сфері альтернативної енергетики ми зіштовхнулись із дуалізмом визначень, а саме «учасник» та «суб'єкт», після чого було встановлено тотожність між цими термінами. У дослідженні застосовуються методи аналогії, аналізу та наукового моделювання. Таким чином, було вирішено досліджувати предмет починаючи з аналізу більш загального терміна, а саме «суб'єкт електроенергетики». Зазначений термін наводиться як у науковій літературі, так і в законодавстві. Однак, досліджуючи чинне законодавство, були встановлені певні недоліки у самому визначенні. Так, законодавчо закріплене визначення є лише переліком певних суб'єктів або учасників, які можуть діяти на ринку електричної енергії. Однак таке визначення є недалекоглядним та потребує доопрацювання.

Таким чином, були досліджені думки науковців щодо надання визначення понять. Таким чином, у науковій літературі трапляються два погляди: визначення шляхом застосування переліку суб'єктів, діючих у певній галузі; надання визначення шляхом встановлення певних ознак такого суб'єкта. Таким чином, було також проаналізовано два нормативно-правові акти, які визначають суб'єктів на ринку електричної енергії. У праці вивчаються відмінності між термінами, наведеними в Законі України «Про електроенергетику» та Законі України «Про ринок електричної енергії». На базі чинних визначень досліджуваного об'єкта виділено кілька ознак та встановлені найголовніші з них.

Після дослідження було встановлено про необхідність зміни чинного визначення «суб'єкта ринку електричної енергії» та надання його шляхом переліку певних ознак, під які має такий суб'єкт або учасник підходити.

Розглядаючи сферу відновлювальної енергетики, ми встановили відсутність визначення «суб'єкта в сфері альтернативної енергетики», отже, є нагальна необхідність надання останнього. Шляхом застосування методу аналогії, спираючись на попередньо визначений «суб'єкт ринку електричної енергії» та наукове пізнання, у праці було визначено «суб'єкта в сфері альтернативної енергетики».

Ключові слова: суб'єкти електроенергетики, учасник правовідносин, альтернативні джерела енергії.

Постановка проблеми. Енергетичний сектор в Україні перебуває в процесі реформування. Останніми роками було запущено цілу низку багатообіцяючих правових реформ в енергетичному секторі. Зазначені реформи мають на меті наблизити вітчизняне законодавство до європейських стандартів та покращити енергетичний баланс країни. Крім того, список суб'єктів, які вже існували в сфері електроенергетики, було доповнено низкою контролюючих органів та органів, що необхідні для створення ефективно діючого ринку електроенергетики загалом та ринку альтернативної енергетики зокрема.

Останнім часом усе більш актуальним стає питання стимулювання розвитку альтернативної енергетики, масове запровадження якої призведе до зниження ціни на енергоносії, покращення екологічної ситуації та виведення держави з енергетичної залежності від інших країн.

Однак понятійна система нового Закону України «Про ринок електричної енергії» [1] відрізняється від понятійної системи інших нормативно-правових актів, що може створювати певні правові колізії. Новим законом введені нові суб'єкти та визначені нові терміни, які відмінні від визначень, що містяться в інших нормативно-правових актах (зокрема, визначення суб'єкта альтернативної енергетики). Таким чином, важливе створення єдиного понятійного апарату у сфері альтернативної енергетики та закріплення його на нормативному рівні.

Результати аналізу наукових джерел і публікацій свідчать про те, що ця тема

© Д. Молдованов, 2020

потребує подальшого дослідження. Тематику понятійного апарату та суб'єктного складу в енергетиці досліджували такі науковці, як В. Голенко, А. Рожко, Т. Санжарук, М. Хаустова та інші.

Метою цієї статті є порівняння окремих визначень терміна «суб'єкт (учасник) електроенергетики або ринку електричної енергії» та надання власного визначення. Крім того, метою нашого дослідження є тлумачення терміна «суб'єкт альтернативної енергетики», яке буде надане на основі та з огляду на визначення більш загального суб'єкта у зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу. Під час визначення суб'єкта, учасника ринку електричної енергії насамперед необхідно визначити саме поняття «суб'єкт». В юридичному словнику зазначено, що суб'єкт правовідносин – це особа (фізична і юридична), держава, державне чи муніципальне утворення, які наділені законом здатністю мати безпосередньо або через представника суб'єктивні права і юридичні обов'язки (тобто правосуб'єктністю) [2]. М. Хаустова надає таке визначення суб'єкта правовідносин – це індивідуально визначений суб'єкт права, який реалізував свою правосуб'єктність у частині реалізації конкретних прав і свобод у конкретних правовідносинах [3, с. 34]. На думку Т. Санжарук, поняття «суб'єкт правовідносин» та «учасник правовідносин» є похідними один від одного [4, с. 91–94].

Визначаючи суб'єктів правовідносин у галузі альтернативної енергетики, необхідно виходити від загального до більш конкретного, таким чином, вважаємо за необхідне розглянути спочатку та визначити поняття «суб'єкти електроенергетики» та «суб'єкти ринку електричної енергії» у зв'язку із похідністю поняття «суб'єкт у сфері альтернативної енергетики» від поняття «суб'єкт електроенергетики».

13 квітня 2017 року Верховною Радою України прийнято Закон України «Про ринок електричної енергії». Відповідно до останнього на ринку електричної енергії фактично були сформовані нові учасники, за допомогою яких кінцева послуга з надання електричної енергії надається не безпосередньо виробниками енергії, а із залученням посередників, які потрібні для уникнення монополізації та створення конкуренції на ринку електричних послуг. Крім того, суб'єктний склад у електроенергетичній сфері був доповнений контролюючими органами. Таким чином, відбулись зміни в структурі та складі суб'єктів, які виробляють, розподіляють, передають та споживають електричну енергію.

Для визначення суб'єкта ринку електричної енергії необхідно визначити спорідненість у термінах «учасник» та «суб'єкт» ринку електричної енергії. Так, у Законі України «Про ринок електричної енергії» надається визначення, із якого виходить, що учасник ринку електричної енергії – це особа або орган, який здійснює свою діяльність на ринку електричної енергії у порядку, передбаченому законом. У цьому ж нормативно-правовому акті наданий перелік учасників, що є суб'єктами ринку електричної енергії: електропостачальник, виробник, оператор системи передачі, трейдер, оператор ринку, оператор системи розподілу, споживач та гарантований покупець [1].

Розглянувши визначення, наведене в законі, можна дійти висновку, що зазначене, скоріше, є переліком та розкриває лише основних суб'єктів цього ринку, при цьому не розкриваючи саме визначення та характерні ознаки таких суб'єктів.

13 квітня 2017 року втратив чинність Закон України «Про електроенергетику», яким було встановлено, що суб'єкти електроенергетики – це суб'єкти господарської діяльності незалежно від їх відомчої належності та форми власності, що займаються виробництвом, передачею, розподілом, постачанням електричної енергії та теплової енергії у разі централізованого теплопостачання, а також суб'єкт господарської діяльності, що здійснює централізоване диспетчерське (оперативно-технологічне) управління [5]. У такому разі визначення надане з позиції тлумачення функцій суб'єкта електроенергетики та його основних господарських ознак. На нашу думку, визначення, надане в Законі України «Про електроенергетику» (втратив чинність), є більш доцільним та повним, ніж те, що міститься в чинному законодавстві. Тому видається доцільним продовжувати використовувати його та розглянути можливість закріпити його у чинних нормативно-правових актах.

А. Рожко у своїй монографії, визначаючи суб'єктів електроенергетики, зазначає про необхідність лише конкретизації певних суб'єктів, наприклад: виконавець, постачальник, споживач, підрядник, партнер, інвестор тощо [6, с. 169]. Такий підхід видається не зовсім доцільним, враховуючи можливість створення нових суб'єктів та необхідність закріплення чіткого визначення суб'єкта ринку електроенергетики та його характерних рис у нормативно-правових актах.

В. Голенко, визначаючи суб'єктів у галузі електричної енергії, виходить з основ цивільного та господарського права, при цьому зазначаючи, що визначити їх можливо, розподіливши на:

– юридичних осіб – суб'єктів господарювання;

– фізичних осіб – громадян України, іноземців та осіб без громадянства;

– відокремлені підрозділи господарських організацій, насамперед філії та представництва [7, с. 26].

Вважаємо, що спосіб визначення суб'єкта електроенергетики шляхом їх перелічення є недалекоглядним у зв'язку зі швидким ростом технологій, а отже, і зміною розглядуваних правовідносин. Українське законодавство швидко реформується, запозичуючи європейський досвід, однак слід пам'ятати, що мінливість законодавства ЄС також істотна, передбачити зміни у розвитку правовідносин вкрай складно, таким чином, і майбутні законодавчі реформи у досліджуваній сфері також майже неможливо передбачити. Тобто є перспективи виникнення нових суб'єктів, яких, можливо, буде необхідно включити до наявного переліку суб'єктів ринку електричної енергії. Таким чином, видається більш доцільним навести лише характеристики зазначених суб'єктів, за допомогою яких можна буде встановити належність суб'єкта до певних правовідносин.

Пропонується виокремити такі ознаки суб'єкта електроенергетики, як:

– відомча належність (Закон України «Про ринок електричної енергії» [1] більш її конкретизує порівняно із Законом України «Про електроенергетику» [5], що, на нашу думку, є зайвим);

– форма власності. Так, Господарський кодекс України розрізнює суб'єктів таких форм власності: приватне, державне, комунальне, колективне або змішаної форми власності підприємство [8];

– місце здійснення діяльності. Відповідно до Закону України «Про ринок електричної енергії» [1] всі суб'єкти електроенергетики є суб'єктами ринку електричної енергії, позаяк здійснюють свою діяльність на зазначеному ринку;

– сфера застосування. Розглядаючи сферу застосування, необхідно звернути увагу на загальні функції, які є переважними на ринку електричної енергії, а саме: вироблення, передачу, споживання та забезпечення функціонування як самого ринку, так і процесу з передачі та споживання.

Підсумовуючи наведене, можна визначити суб'єктів або учасників у сфері електроенергетики як господарюючих суб'єктів незалежно від їх відомчої належності та форми власності, які здійснюють господарську діяльність на ринку електричної енергії і діяльність із вироблення, передачі, споживання та забезпечення функціонування як самого ринку, так і процесу з передачі та споживання електричної енергії.

Визначаючи суб'єктів у сфері альтернативної електроенергетики, видається, що виробництво електроенергії з альтернативних джерел енергії є невід'ємною складовою частиною системи виробництва електричної енергії загалом. Тобто суб'єктний склад правовідносин в альтернативній енергетиці є подібним до того, що існує на загальному ринку електроенергетики, адже передбачається єдиний механізм передачі електроенергії від виробника до кінцевого споживача.

Виробництво електричної енергії – господарська діяльність, пов'язана з перетворенням енергетичних ресурсів будь-якого походження, у тому числі альтернативних джерел енергії, на електричну енергію за допомогою технічних засобів з метою її продажу на підставі договору [5].

Своєю чергою сфера альтернативних джерел енергії визначається як галузь діяльності, що пов'язана з використанням альтернативних джерел енергії для виробництва, постачання, передачі, зберігання, транспортування та споживання енергії, виробленої з альтернативних джерел.

Альтернативні джерела енергії – відновлювані джерела енергії, до яких належать енергія сонячна, вітрова, геотермальна, гідротермальна, аеротермальна, енергія хвиль та припливів, гідроенергія, енергія біомаси, газу з органічних відходів, газу каналізаційно-очисних станцій, біогазів та вторинні енергетичні ресурси, до яких належать доменний та коксівний гази, газ метан дегазації вугільних родовищ, перетворення скидного енергопотенціалу технологічних процесів.

Тобто специфічною ознакою сфери альтернативної енергетики є саме джерело генерації енергії.

Закон України «Про альтернативні джерела енергії» [9] не містить визначення терміна «суб'єкт у сфері альтернативної електроенергетики».

Таким чином, можна сказати щодо суб'єктів у сфері альтернативної електроенергетики, що це – суб'єкти господарювання незалежно від їх відомчої належності та форми власності, які здійснюють господарську діяльність з генерації, передачі або споживання електроенергії, виробленої з альтернативних джерел енергії.

Висновки

Натепер усе більше країн світу занепокоєні виснаженням запасів природних копалин первинних джерел енергії, у зв'язку із чим видається необхідним стимулювання впровадження нових альтернативних дже-

рел енергії та створення нормативно-правового забезпечення для регулювання відносин у сфері альтернативної енергетики.

Однак Україна перебуває лише на початковому етапі переходу на альтернативні джерела енергії. Також відсутній єдиний підхід до визначення певних термінів, зокрема суб'єктів у сфері альтернативної енергетики. Аналіз юридичної літератури з цього питання свідчить про те, що проблемні питання щодо визначення суб'єкта у сфері альтернативної енергетики слабко висвітлювались, однак необхідність для встановлення зазначеного визначення стає все більш нагальною, адже відносини з альтернативної енергетики все швидше розвиваються.

Тому, враховуючи загальні тенденції та сформований досвід, пропонується законодавчо закріпити такі визначення.

Суб'єктом або учасником у сфері електроенергетики є господарюючий суб'єкт незалежно від його відомчої належності та форми власності, який здійснює господарську діяльність на ринку електричної енергії і діяльність із вироблення, передачі, споживання та забезпечення функціонування як самого ринку, так і процесу з передачі та споживання енергії.

Суб'єктом у сфері альтернативної електроенергетики є господарюючий суб'єкт незалежно від його відомчої належності та форми власності, який здійснює господарську діяльність з генерації, передачі або споживання електроенергії, виробленої з альтернативних джерел енергії.

Список використаних джерел:

1. Про ринок електричної енергії : Закон України від 13 квітня 2017 р. № 2019-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 27–28. Ст. 312.

2. Большой юридический словарь / за ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. Москва : ИНФРА-М, 2000. 594 с.

3. Хаустова М. Суб'єкт права як елемент правової системи суспільства. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 3. С. 29–38.

4. Санжарук Т.О. Поняття «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин»; питання розмежування. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003 р. Вип. 21. С. 91–95.

5. Про електроенергетику : Закон України від 16 жовтня 1997 р. № 575/97 ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 1. Ст. 1.

6. Рожко А.О. Економічне співробітництво України та ФРН у сфері відновлюваних та нетрадиційних джерел енергії : монографія. Тернопіль : ТНЕУ, 2011. 311 с.

7. Голенко В. Суб'єктний склад генерування електричної енергії з енергії вітру. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 4. С. 25–30.

8. Господарський кодекс України: від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

9. Про альтернативні джерела енергії : Закон України від 20 лютого 2003 р. № 555-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 24. Ст. 155.

The study identifies the subject of electricity in the field of alternative energy. In identifying an electricity entity in the field of alternative energy, we were confronted with a dualism of definitions, namely, "participant" and "entity", after which the identity between these terms was established. The study uses methods of analogy, analysis and scientific modeling. Thus, it was decided to investigate the subject, starting with an analysis of a more general term, namely, the subject of electricity. This term is stated both in the scientific literature and in the legislation. However, research into the current legislation has identified some deficiencies in the definition itself. The statutory definition is only a list of certain entities or participants that may operate in the electricity market. However, this definition is not far-sighted and needs to be refined.

Thus were the researches of the scientists' opinion regarding the definition of concepts. Thus, there are two views in the scientific literature: the definition by applying a list of actors operating in a particular field; providing a definition by identifying certain features of that entity. Thus, two regulatory acts that determine the entities in the electricity market were also analyzed. The paper examines the differences between the terms given in the Law of Ukraine "On Electricity" and the Law of Ukraine "On the Electricity Market". Based on the current definitions of the studied object, several features are identified and the most important ones are set.

The study identified the need to change the current definition of an "electricity market entity" and to provide it by listing certain features that the entity or participant should approach.

Considering the field of renewable energy, we have found that there is no definition of "entity in the field of alternative energy", so there is an urgent need to provide the latter. By applying the analogy method, based on the pre-determined "subject of the electricity market" and scientific knowledge in the work, the "entity in the field of alternative energy" was defined.

Key words: electricity entities, legal entity, alternative energy sources.

УДК 35.073.515.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.45

Анастасія Пекар,
здобувач
Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВОВИХ ІНСТИТУТІВ ПРАВ НА ЗАСОБИ ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЇ ВІД НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ

В умовах розвитку ринкової економіки широке використання засобів індивідуалізації сприяє створенню здорового конкурентного середовища. У статті розглянуто недобросовісну конкуренцію, пов'язану з придбанням та використанням виняткового права на засоби індивідуалізації. На підставі положень законодавства і правозастосовної практики проаналізовано ключові аспекти правового змісту цього феномена. Мета статті полягає в комплексному дослідженні проблеми співвідношення правових інститутів прав на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції, а також розробці теоретичних висновків і пропозицій щодо вдосконалення українського законодавства і правозастосовної практики у зазначеній сфері дослідження.

Основними висновками в межах цього дослідження є такі:

1. Правовий захист від недобросовісної конкуренції є системно-структурованим утворенням, що охоплює нормативний і правозастосувальний складники. Нормативний складник характеризується специфікою поєднання матеріально-правових, процесуальних норм і норм, що регулюють функції антимонопольних органів. Особливості правозастосувального складника правового захисту від недобросовісної конкуренції полягає в сформованій практиці поєднання адміністративних і судових форм протидії недобросовісній конкуренції. Право на захист від недобросовісної конкуренції зумовлено участю в ринкових конкурентних відносинах, тому уповноваженою особою є господарюючий суб'єкт з моменту його виходу на відповідний товарний або фінансовий ринок з товарами, роботами, послугами.

2. Право на захист виняткового права і право на захист від недобросовісної конкуренції по-різному взаємодіють один з одним. На перетині недобросовісної конкуренції, пов'язаної з придбанням та використанням виняткового права на товарний знак, право на захист від недобросовісної конкуренції має пріоритет перед захистом виняткового права на товарний знак.

3. У межах захисту від недобросовісної конкуренції, пов'язаної з незаконним використанням засобів індивідуалізації в товарах, роботах, послугах, право на захист виняткового права збігається з правом на захист від недобросовісної конкуренції в частині припинення незаконного використання засобів індивідуалізації, тому правовласник може скористатися правом на захист від недобросовісної конкуренції та правом на захист виняткового права, обравши відповідно адміністративний або судовий порядок захисту. Тому власник права вправі реалізувати свої права на захист одночасно як правовласник і як учасник конкурентних відносин. Така можливість створює сприятливі передумови для припинення недобросовісної конкуренції і захисту виняткових прав.

Ключові слова: правові інститути права, недобросовісна конкуренція, виняткове право, інтелектуальна власність, засоби індивідуалізації.

Постановка проблеми. В умовах розвитку ринкової економіки широке використання засобів індивідуалізації юридичних осіб, товарів, робіт, послуг і підприємств (далі – засобів індивідуалізації) сприяє створенню здорового конкурентного середовища. З одного боку, зростає ефективність підприємницької діяльності, підвищується якість і конкурентоспроможність товарів, робіт і послуг, а з іншого – збільшується кількість порушень прав на засоби індивідуалізації в результаті недобросовісної конкуренції, що чинить негативний вплив на всіх учасників цивільного обороту.

Забезпечення ефективного захисту прав на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції є пріоритетним напрямом розвитку українського законодавства. Пов'язана з цим теоретична і практична проблематика становить великий інтерес для наукового дослідження.

Правове регулювання в сфері захисту прав від недобросовісної конкуренції здійснюється нормами публічного і приват-

© А. Пекар, 2020

ного, зокрема цивільного права. Положення цивільного законодавства в захисті прав на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції діють не відокремлено, а є в єдиній системі регулювання відносин у сфері захисту конкуренції, заснованої на загальних цілях і конституційному принципі неприпустимості недобросовісної конкуренції. Тому важливо визначити роль цивільно-правових способів захисту порушених недобросовісною конкуренцією прав на засоби індивідуалізації в наявній системі правових засобів припинення недобросовісної конкуренції, від ефективності яких значною мірою залежить дотримання правопорядку в підприємницькій сфері і загалом становлення цивілізованої економіки сучасної України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Велике значення у проведенні дослідження мали роз'яснення Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) та роботи вчених-юристів і практиків, присвячені питанням застосування правової конструкції недобросовісної конкуренції та засобів індивідуалізації (М. Архипова, М. Богуславський, С. Кларк, І. Коваль, Е. Маркварта, Є. Харитонов, Т. Харт, Д. Хопкінс, Л. Цибенко, Р. Шишка та ін.). Також науковцями окреслені деякі шляхи припинення недобросовісної конкуренції в сфері виняткових прав як одного зі способів правової охорони промислової власності (Ю. Бошицький, Ю. Шемшученко). Обрана тематика дослідження зумовила необхідність аналізу наукових робіт, присвячених правовому інституту виняткових прав (А. Андрюшин, О. Бандурка, В. Білоус, О. Кузьменко, Т. Проценко, О. Ярмиш та ін.). Важливими для цілей цього дослідження також стали роботи науковців-цивілістів (О. Пастухов, О. Підопригора), науковців у галузі адміністративного та конституційного права (І. Арістова, О. Германова, І. Запорожець, Р. Калюжний, О. Копан, О. Мельник, О. Орлюк, В. Цимбалюк та ін.). Однак не досить розкритою залишається тематика значення правової конструкції недобросовісної конкуренції для цілей правової охорони виняткових прав на засоби індивідуалізації, а також співвідношення правових інститутів на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції.

З огляду на це **метою статті** є комплексне дослідження проблеми співвідношення правових інститутів прав на засоби індивідуалізації від недобросовісної конкуренції, а також розробка теоретичних висновків і пропозицій щодо вдосконалення українського законодавства і правозастосувальної практики у зазначеній сфері дослідження.

Виклад матеріалу дослідження та його основні результати. В умовах ринкової економіки неабияке економічне значення має участь засобів індивідуалізації в цивільному обороті. Саме їх історична важливість зумовлює необхідність правового регулювання суспільних відносин стосовно прав на засоби індивідуалізації. Ключове місце в сфері регулювання приватно-правових відносин на засоби індивідуалізації посідає Цивільний кодекс України (далі – ЦК України) [1].

У міру посилення глобалізації наростає і конкуренція в різних сегментах світового ринку. Чим ширшою є пропозиція і чим активніше ведеться боротьба за покупця, тим більшого значення набувають всі види засобів індивідуалізації – послуг, товарів, а також виробників. Засоби індивідуалізації та законодавчі механізми їхнього захисту забезпечують здорову ринкову конкуренцію і підвищення якості продукції.

Засобами індивідуалізації у всьому різноманітті їхніх видів є позначення, за допомогою яких комерційні фірми та їхня продукція (товари, послуги, певні роботи) ідентифікуються серед безлічі інших подібних об'єктів, набувають унікальності. Однак у Цивільному кодексі України чітке визначення засобів індивідуалізації відсутнє, є лише перерахування і характеристики їх окремих видів [1]. Усі ці об'єкти цивільних прав мають одну загальну особливість: їх застосування обмежене комерційним оборотом. З огляду на це власниками майнових прав на будь-які види засобів індивідуалізації не можуть бути громадяни, які не здійснюють комерційну діяльність. Окрім того, всі засоби індивідуалізації поділяються на три види за типом їхнього власника:

1) засоби індивідуалізації юридичних осіб (назви підприємств);

2) інструменти ідентифікації, що використовуються в комерційній діяльності і підлягають реєстрації в державних органах (назви місць походження товару, наприклад).

3) засоби індивідуалізації окремих товарів (брендів, товарних лінійок тощо) або цілих фірм або ІП (знаки обслуговування, товарні знаки).

Загалом інститут засобів індивідуалізації в цивільному обороті є сукупністю правових норм, що охороняють такі об'єкти: комерційне (формове) найменування, торговельну марку, найменування місця походження товару.

Таким чином, засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг, що належать до об'єктів інтелектуальної власності (комерційні найменування, торговельні марки та географічні зазна-

чення), формують особливу групу індивідуалізуючих найменувань, самостійну стосовно інших видів ідентифікуючих позначень, відносини у сфері використання яких регулюються правовими нормами. Охоронювані Цивільним кодексом засоби індивідуалізації не слід тлумачити ізольовано та відокремлено від інших об'єктів правової охорони. Водночас комерційні найменування, торговельні марки та географічні зазначення тісно пов'язані з результатами інтелектуальної творчої діяльності та з іншими знаряддями індивідуалізації суб'єктів чи об'єктів цивільного права. Зазначені позначення утворюють систему, що характеризується взаємозумовленістю, внутрішньою єдністю і цілісністю її елементів, зв'язками та залежністю від зовнішніх чинників та процесів. Разом із тим вони становлять невід'ємну частину більш значних комплексів упорядкованих елементів – системи об'єктів права інтелектуальної власності та системи засобів індивідуалізації.

ЦК України встановлює правову охорону трьох основних видів засобів індивідуалізації: комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень. Окрім закріплення в ЦК, відносини у галузі використання торговельних марок та географічних зазначень знайшли своє закріплення ще й в спеціальних законах: законах України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» [2] та «Про охорону прав на зазначення походження товарів» [3]. Звісно, законодавство у сфері охорони засобів індивідуалізації потребує оновлення та доповнення, що, передусім, спричинено швидким розвитком економічних відносин у цій сфері.

Засоби індивідуалізації розглядаються у ЦК України у єдиному ракурсі, на них поширюються загальні положення правової охорони (Глава 35 ЦК), тому можна констатувати спільність правових конструкцій та механізмів регулювання відносин, пов'язаних з використанням комерційних найменувань, торговельних марок та географічних зазначень, якими, враховуючи вищенаведені положення, не можуть вважатися ті, що застосуються у рамках інституту власності [4].

З розвитком ринкових відносин загострюється конкурентна боротьба, що набуває різні прояви, тому врегулювати виникаючі правовідносини лише за допомогою конкретних правових норм імперативного і диспозитивного характеру видається вельми скрутно. Усе це є підставою для вироблення правової конструкції недобросовісної конкуренції. Ключовим джерелом правового регулювання питань запобігання недобросовісної конкуренції є Паризька конвенція з охорони промислової власності від 1883 року [5], яка встановила концепцію загальної заборони на недобросовісну конкуренцію, тобто на будь-які акти конкуренції, що суперечать чесним звичаям у промислових і торговельних справах, і виділила найпоширеніші її види у формі окремих заборон. Як слушно зазначає J. Turner, недобросовісною конкуренцією визнаються дії, пов'язані з придбанням та використанням виняткового права на засоби індивідуалізації, які формально здійснюються в рамках закону, але порушують уявлення суспільства щодо моральності учасників цивільного обороту [6]. Тобто такі дії спрямовані на отримання необґрунтованих переваг у конкурентній боротьбі за рахунок використання відомих позначень і іміджу підприємців, які позитивно зарекомендували себе серед споживачів і контрагентів.

Отже, недобросовісну конкуренцію слід розглядати як широкий спектр видів опортуністичної поведінки фактичних і потенційних учасників товарних ринків, що завдає шкоди конкурентам і/або споживачам у процесі суперництва на ринку, за ринок або в зв'язку з входом на ринок (виходом з ринку). Точніше визначення недобросовісної конкуренції дати важко через відсутність з цього приводу міжнародного консенсусу. У недавньому дослідженні N. Lee зазначає, що питання щодо розуміння недобросовісної конкуренції в повсякденній мові й про можливості включення цієї концепції в правову систему в різних країнах є досить різними.

У Великобританії недобросовісна конкуренція як така часто не розглядається як правопорушення, хоча окремі її види цілком можуть підлягати санкціям. У континентальній Європі концепція недобросовісної конкуренції визнається юридичною спільнотою, але поняття «недобросовісна конкуренція» та її місце в правовій системі залишаються дещо загадковими, принаймні з позицій порівняльного аналізу [7].

Недобросовісна конкуренція як опортуністична поведінка заснована на наявності асиметрії інформації. У різних класифікаціях [8; 9; 10] виокремлюються кілька типів асиметрії інформації, які, на нашу думку, зводяться до таких типів:

1) приховані характеристики благ і контрагентів (у різних джерелах – прихована інформація, приховані знання ex ante) часто спричинюють несприятливий (гірший) відбір;

2) приховані дії контрагентів часто зумовлюють суб'єктивний ризик, тобто схильність до невиконання/неправильного виконання/неповного виконання контрактів;

3) прихована інформація (нерівність у доступі до інформації ex post, під час здій-

снення відносин з партнером) також веде до суб'єктивного ризику;

4) приховані наміри, які часто породжують стимули починати відносини з партнером задля вимагання у нього в майбутньому, якщо цей партнер не може перервати відносини з огляду на зроблені інвестиції в специфічні активи.

Основною ознакою правової конструкції недобросовісної конкуренції в сфері виняткових прав на засоби індивідуалізації є отримання недобросовісним конкурентом переваг у підприємницькій діяльності за рахунок неправомірного використання комерційної цінності і популярності засобів індивідуалізації інших господарюючих суб'єктів, вироблених ними товарів або послуг. Недобросовісна конкуренція має місце тоді, коли не тільки придбано виняткове право, а й розпочато використання засобу індивідуалізації в цивільному обороті з метою отримання переваг за рахунок використання популярності позначення, створеної іншим господарюючим суб'єктом.

Здійснивши невеликий аналіз правової природи засобів індивідуалізації як об'єктів інтелектуальної власності, варто зупинитися на не менш важливому питанні, а саме на співвідношенні правових інститутів засобів індивідуалізації та недобросовісної конкуренції. Так, А. Сергєєв вважає, що інститут захисту від недобросовісної конкуренції самостійного правового інституту не складає, а є складовою частиною інституту права інтелектуальної власності [11]. Такий підхід зумовлений тим, що, по-перше, право на захист від недобросовісної конкуренції як об'єкт правової охорони є будь-який інститут права інтелектуальної власності, по-друге, основним виявом актів недобросовісної конкуренції є посягання на об'єкти інтелектуальної власності, які підлягають правовій охороні; по-третє, низький рівень розвитку законодавства у цій сфері.

Певною мірою подібна позиція щодо співвідношення інституту правового захисту від недобросовісної конкуренції та інституту правової охорони інтелектуальної власності трапляється і у інших науковців. Так, наприклад, М. Цвєткова стверджує, що недобросовісна конкуренція, яка характеризується наявністю певних встановлених законодавством ознак, є й окремим випадком незаконного використання фірмового найменування [10]. Водночас норми закону про захист конкуренції, що містять заборону на недобросовісну конкуренцію, тільки доповнюють положення Цивільного кодексу, вводячи адміністративний порядок захисту виняткових прав.

Питання співвідношення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції та про інтелектуальну власність є досить актуальним, оскільки вони перебувають у межах правового поля, юристам необхідно захищати підприємців, бізнесу яких завдано збитків або руйнування безліччю виявів недобросовісної конкуренції, що випливає зі сфери торгових знаків і найменувань. Це актуалізує необхідність здійснення аналізу взаємозв'язку двох правових інститутів, керуючись принципом від протилежного, а саме виявити: чи є інститут правової охорони інтелектуальної власності складовою частиною інституту захисту від недобросовісної конкуренції.

Відмінність між контрафактними діями за законодавством про захист конкуренції та законодавством про захист виняткових прав інтелектуальної власності полягає у наслідках, які настають у результаті здійснення контрафактних дій. Так, за законодавством про захист конкуренції наслідками є реальні або потенційні збитки, або ж прямі та непрямі збитки, завдані діловій репутації. У випадку із законодавством про захист виключних прав інтелектуальної власності йдеться саме про порушення виняткових прав на засіб індивідуалізації або ж на інший результат інтелектуальної діяльності. Тобто найяскравіший взаємозв'язок виявляється саме із засобами індивідуалізації.

Підтвердженням цього аргументу є та персоніфікуюча функція, яка відведена фірмовим найменуванням, товарним знакам, найменуванням місць походження товарів та комерційним позначенням, а також обмеження видів суб'єктів, які можуть бути правовласниками таких засобів індивідуалізації.

Зауважимо, що взаємозв'язок інститутів захисту від недобросовісної конкуренції з інститутом правової охорони засобів індивідуалізації тією чи іншою мірою визнаний у науці. Це зумовлено тим, що відокремлювати принципи охорони від незаконного використання товарного знака від принципів захисту від недобросовісної конкуренції є неправильним, оскільки ці принципи мають одну сутність – контроль за можливістю здійснення дій, спрямованих на обман. Тому законодавство про товарні знаки є підгалуззю законодавства про захист від недобросовісної конкуренції.

З моменту виникнення нової конструкції власності (права інтелектуальної власності) з метою правової охорони інтересів господарюючих суб'єктів у рамках підприємницької діяльності законодавство про товарні знаки було кваліфіковано як складову частину законодавства про захист від недобросовісної

конкуренції [12]. Правова охорона від незаконного використання надається автоматично в разі реєстрації товарного знака, тоді як механізми правового захисту від виникнення змішання набагато ширші і поширюються на ділову репутацію загалом, включаючи найменування товарів або послуг, методи ведення бізнесу, зовнішнє оформлення товару або маркетинговий стиль.

Конкурентне право в цьому разі не є додатковим способом захисту виняткових прав та не має складати конкуренцію цивільно-правовим методам регулювання, закладеним у спеціальних законах, оскільки застосування антимонопольного законодавства можливе лише в тих випадках, коли порушення законодавства про виняткові права пов'язано з порушенням принципів добросовісної конкуренції [13]. Можливість існування цього взаємозв'язку, а певною мірою і елементів підпорядкування одного правового інституту іншому, виникає тільки тоді, коли правовідносини з незаконного використання тих чи інших об'єктів інтелектуальної власності виникають у рамках конкурентної боротьби між господарюючими суб'єктами в підприємницькій діяльності, пов'язаній з виробництвом товарів або наданням послуг і зумовленій цілями отримання переваг у підприємницькій діяльності способами недобросовісними, нерозумними і несправедливими [14].

Отже, припускаємо, що інститут захисту від недобросовісної конкуренції є ключовим правовим інститутом захисту виняткових прав на засоби індивідуалізації. Усі вищезазначені правові інститути є вкрай важливими в умовах стрімкого розвитку ринкових відносин та посиленої конкурентної боротьби. Проте інститут захисту від недобросовісної конкуренції не обмежується захистом лише засобів індивідуалізації, а має слугувати механізмом захисту від недобросовісного використання й інших позначень, що використовуються господарюючими суб'єктами на ринку, зокрема об'єктів промислової власності, винаходів, корисних моделей, промислових зразків, селекційних досягнень, а також об'єктів авторського права за умов їхнього незаконного використання в конкурентній ринковій боротьбі.

Отже, саме легальне визначення недобросовісної конкуренції та сутність правової конструкції такого інституту дають змогу нам перш за все стверджувати, що інститут правового захисту від недобросовісної конкуренції значно ширший інституту правової охорони інтелектуальної власності, спрямований на правове регулювання відносин, що виникають не тільки в сфері незаконного використання виключних прав, що підлягають правовій охороні, а й будь-яких інших правовідносин, що виникають у конкурентному суперництві господарюючих суб'єктів під час здійснення підприємницької діяльності на тому чи іншому товарному ринку, якщо в межах цього суперництва починають використовуватися недобросовісні прийоми і засоби, що тягнуть або можуть спричиняти несприятливі наслідки для конкурента і конкуренції на товарному ринку загалом.

Висновки

Таким чином, поняття недобросовісної конкуренції виходить за рамки захисту виключно засобів індивідуалізації, є значно ширшим. Водночас не варто залишати поза увагою і той факт, що у разі порушення прав володільців засобів індивідуалізації їхній захист може відбуватися не лише в рамках законодавства про захист від недобросовісної конкуренції, а й загальними способами захисту, передбаченими Цивільним кодексом України.

На жаль, питання визначення способів захисту прав володільців інтелектуальної власності та засобів індивідуалізації зокрема, хоч і залишається актуальним, проте досі так і не знайшло свого нормативного закріплення. Тому пропонуємо на законодавчому рівні це питання врегулювати, а саме доповнити Цивільний кодекс України статтею такого змісту: «Захист прав на результат інтелектуальної діяльності або на засіб індивідуалізації від недобросовісного використання (недобросовісної конкуренції) може бути здійснений не тільки способами, визначеними цим Кодексом, а й відповідно до законодавства про захист від недобросовісної конкуренції».

Проведене дослідження дає змогу зробити висновок, що, незважаючи на наявність у чинному законодавстві блоку норм, які регулюють відносини з приводу припинення недобросовісної конкуренції, певні проблеми в сфері охорони засобів індивідуалізації залишаються і потребують подальшого вирішення.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 31.01.2020).

2. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг : Закон України від 23.12.1993 р. № 3689-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3689-12 (дата звернення: 31.01.2020).

3. Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України від 16.06.1999 № 752-XIV.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/752-14 (дата звернення: 31.01.2020).

4. Кодинець А.О. Захист прав інтелектуальної власності в умовах впровадження судової реформи. *Підприємництво, господарство і право*, 2018. № 3. С. 9–13.

5. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20.03 1883 г. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ru/paris/trt_paris_001ru.pdf (дата обращения: 31.01.2020).

6. Turner Jonathan D.C. Intellectual Property and EU Competition Law, 2 u. Oxford University Press, Oxford, 2015. 48 p.

7. Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development / N. Lee, et al., eds. Edward Elgar Publishing, 2014. 49 p.

8. Zhang L. Intellectual property strategy and the long tail: Evidence from the recorded music industry. *Management Science*. 2018. Vol. 64(1). P. 24–42.

9. Мельник О.М. Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2004. 36 с.

10. Цветкова М.В. Гражданско-правовая защита прав на средства индивидуализации от недобросовестной конкуренции : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.03. Рос. правовая акад. М-ва юстиции РФ. Москва, 2011. 197 с.

11. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». 2. изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2003 (ОАО Яросл. полигр. комб.). 750 с.

12. Кубах А.І. Право інтелектуальної власності : навчальний посібник. Харків : ХНАМГ, 2008. 149 с.

13. Смерницький Д.В. Інститут інтелектуальної власності: теоретико-правова характеристика. *Криміналістичний вісник*. 2014. № 2. С. 37–47.

14. Артеменко Л.В. Особливості правового регулювання засобів індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів та послуг. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. Вип. 1. С. 16–22.

In the conditions of market economy development, widespread use of means of individualization contributes to creation of fair competitive environment. The article deals with unfair competition related to the acquisition and use of the exclusive right to means of individualization. Based on the provisions of the legislation and law enforcement practice, the key aspects of the legal content of this phenomenon were analyzed.

The objective of the article is to comprehensively study the problem of the relationship of legal institutions of the rights to the means of individualization against unfair competition, as well as to develop theoretical conclusions and proposals for the improvement of Ukrainian legislation and law practice in this field of research.

The main findings of this study are as follows:

1. Legal protection against unfair competition is a system-structured formation that encompasses regulatory and enforcement components. The regulatory component is characterized by specifics of the combination of the rules of substantive law, procedural rules and rules governing the functions of antimonopoly bodies. The peculiarities of the enforcement component of legal protection against unfair competition are the established practice of combining administrative and judicial forms of counteraction to unfair competition. The right to protection against unfair competition is conditioned by participation in market competitive relations, so the authorized person is an economic entity from the moment of its entry into the relevant commodity or financial market with goods, works, services.

2. The right to the protection of the exclusive right and the right to protection against unfair competition interact in different ways. At the intersection of unfair competition associated with the acquisition and use of the exclusive right to a trademark, the right to protection against unfair competition takes priority over the protection of the exclusive right to a trademark.

3. In the framework of protection against unfair competition related to the illegal use of the means of individualization in goods, works, services, the right to the protection of the exclusive right coincides with the right to protection against unfair competition as regards termination of the illegal use of the means of individualization, so the right holder may use protection against unfair competition and the right to the protection of exclusive rights, having chosen, respectively, an administrative or judicial protection procedure. Therefore, the right holder is entitled to exercise his rights to protection both as the right holder and as a party to competitive relations. Such an opportunity creates favourable conditions for ending unfair competition and protecting exclusive rights.

Key words: legal institutes, unfair competition, exclusive right, intellectual property, means of individualization.

УДК 343.62:616-052]:614.253.83
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.46

Вікторія Ботякова,
аспірант кафедри кримінального права, кримінології, цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»

БЕЗПОСЕРЕДНІЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНУ НЕНАДАННЯ ДОПОМОГИ ХВОРОМУ МЕДИЧНИМ ПРАЦІВНИКОМ

Стаття присвячена з'ясуванню питання щодо визначення безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником. Досліджено загальнотеоретичні положення щодо основного і додаткового безпосереднього об'єктів злочину, структуру цих суспільних відносин, наявні точки зору науковців стосовно безпосереднього об'єкта вказаного злочину, а також чинне законодавство і судову практику.

Запропоновано авторське визначення основного безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником, під яким слід розуміти суспільні відносини, які виникають з приводу умов із забезпечення у відповідності до чинного законодавства надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу лікарем або іншим медичним працівником у державних, комунальних, приватних медичних закладах чи фізичною особою-підприємцем, яка зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, а також додаткового безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України, – суспільні відносини, які виникають з приводу забезпечення умов з належної охорони життя та здоров'я особи.

Моментом початку життя людини слід вважати вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності.

Кінцевим моментом життя людини потрібно вважати саме момент настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання біологічної смерті людини, що пов'язано із розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи.

Сформульоване авторське визначення поняття «життя», а саме: це – період існування людського організму, який розпочинається моментом вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності та закінчується моментом настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання біологічної смерті людини, що пов'язано із розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи.

Запропоновано авторське визначення поняття «пацієнт», зокрема це –фізична особа, якій надається медична допомога або медична послуга, чи особа, яка звернулась у державний, комунальний, приватний медичний заклад або до фізичної особи-підприємця, що зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності із медичної практики в установленому законом порядку, за медичною допомогою або медичною послугою, незалежно від стану її здоров'я (наприклад, хвора особа, породілля, вагітна жінка, новонароджений, донор, реципієнт, інші особи, які не мають захворювань), щодо реалізації свого права на охорону здоров'я та медичну допомогу, а також особа, яка добровільно надала згоду на здійснення медико-біологічного експерименту.

Надана пропозиція щодо заміни у назві та диспозиції ст. 139 КК України терміна «хворий» на «пацієнт» у відповідному відмінку та числі.

Ключові слова: суспільні відносини, структура об'єкта, ненадання допомоги хворому, медичний працівник, пацієнт, життя, здоров'я, початок життя, кінець життя.

Постановка проблеми. Істотним та нагальним для кримінально-правової доктрини, а також практики застосування ст. 139 КК України є визначення суті безпосереднього об'єкта вказаного злочину.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблемі з'ясування суті безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником приділяли певну увагу такі науковці, як: Н.Г. Алексан-

© В. Ботякова, 2020

дрова, В.В. Балабко, О.Г. Берило, В.О. Глушков, І.В. Івшин, Т.О. Кірова, О.І. Кулькін, В.Г. Куранов, Я.О. Миц, Л.М. Назмутдинова, Т.М. Петрова, С.Л. Старовойтова, Л.О. Семикіна, Г.В. Чеботарьова, Н.В. Щетініна та інші.

Мета статті полягає у визначенні безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України.

Основні результати дослідження. Безпосередній об'єкт конкретного складу злочину (зокрема, у нашому випадку злочину, передбаченого ст. 139 КК України) має надзвичайно вагоме значення для правотворчої і правозастосовної діяльності. У теорії кримінального права загальновизнаним є твердження про те, що під безпосереднім об'єктом злочину необхідно розуміти ті охоронювані законом конкретні суспільні відносини, яким заподіюється істотна шкода суспільно небезпечним діянням, що підпадає під ознаки конкретного складу злочину [1, с. 60; 2, с. 88; 3, с. 111; 4, с. 62]. На якому б рівні узагальнення не розглядався би об'єкт злочину, ним завжди є охоронювані КК України суспільні відносини [1, с. 60]. Зокрема, слід зазначити, що деякі злочини одночасно завдають шкоди двом та більше суспільним відносинам (наприклад, злочин, передбачений ст. 139 КК України). Враховуючи вказаний факт, у теорії кримінального права наявна не лише класифікація об'єктів «по вертикалі», але й зокрема класифікація об'єктів «по горизонталі» [5, с. 193], відповідно до якої на рівні безпосереднього об'єкта розрізняють основний та додатковий об'єкти [5, с. 201].

У злочинах, що містять більше ніж один безпосередній об'єкт (зокрема, це стосується діяння, передбаченого ст. 139 КК України), законодавець виділяє чи зміст статті вказує на один об'єкт, найбільш важливий, на який відповідно і спрямоване злочинне посягання, той, що й визначає саму суспільну небезпеку конкретного злочину, а також структуру його складу та його місце в системі Особливої частини КК України [1, с. 60]. У доктрині кримінального права вказаний об'єкт традиційно називають основним безпосереднім об'єктом, натомість об'єкт злочину, якому заподіюється істотна шкода разом з основним безпосереднім об'єктом, є додатковим безпосереднім об'єктом [1, с. 60–61].

Отже, під основним безпосереднім об'єктом будь-якого злочину слід розуміти ті конкретні суспільні відносини, які насамперед та головним чином прагнув поставити під охорону законодавець, приймаючи КК України [1, с. 60; 3, с. 113]. Основний безпосередній об'єкт відображає основний зміст того або іншого злочину, а також його антисоціальну спрямованість, зокрема, також визначає ступінь суспільної небезпечності скоєного злочину та тяжкість наслідків, які настали чи могли настати [3, с. 113]. Під додатковим безпосереднім об'єктом потрібно розуміти лише ті суспільні відносини, яким завжди заподіюється або щодо яких виникає загроза заподіяння істотної шкоди [2, с. 100–101].

З огляду на вищевказане, можна стверджувати, що місце певної кримінально-правової норми (зокрема, і ст. 139 КК України) у кримінальному законодавстві встановлюється, враховуючи захист не лише родового, але й основного безпосереднього об'єкта складу злочину, який досліджується.

Варто звернути увагу на те, що наукові публікації не завжди містять чітке визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України. С.Л. Старовойтова, Л.О. Семикіна [6, с. 103], В.В. Балабко [7, с. 71], Т.М. Петрова [8, с. 82] зазначають, що основним безпосереднім об'єктом злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником є життя та здоров'я особи. Н.Г. Александрова вказує, що об'єктом такого злочину є відносини, які забезпечують зі сторони медичних та фармацевтичних працівників безпеку життя і здоров'я людини, яка перебуває у небезпечному для життя стані [9, с. 91]. Я.О. Миц розглядає під безпосереднім об'єктом такого злочину суспільні відносини, які забезпечують безпеку життя і здоров'я осіб, що перебувають у безпорадному стані та не мають можливості вжити заходів щодо самозбереження [10, с. 118]. Г.В. Чеботарьова наголошує, що безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 139 КК України, є порядок суспільних відносин у сфері медичної діяльності у частині забезпечення своєчасного надання медичної допомоги особам, життю або здоров'ю яких загрожує небезпека від хвороб чи інших патологічних станів [11, с. 110]. Л.М. Назмутдинова підкреслює, що суспільні відносини, які гарантують зі сторони медичних працівників безпеку життя і здоров'я осіб, що перебувають у небезпечному для життя і здоров'я стані (у стані хвороби) та не мають можливості вжити заходів щодо самозбереження, є безпосереднім об'єктом такого злочину [12, с. 85]. Російський науковець О.І. Кулькін стверджує, що безпосереднім об'єктом вказаного злочину є суспільні відносини, які забезпечують здоров'я іншої людини як певний фізіологічний стан організму, що є найважливішою передумовою для участі у суспільних відносинах (ч. 1 і ч. 2 ст. 124 КК РФ «Неоказание помощи больному») або життя (ч. 2 ст. 124 КК РФ) [13, с. 83]. В.О. Глушков

вказує, що безпосереднім об'єктом злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником є суспільні відносини, які забезпечують реалізацію права громадян на охорону здоров'я у сфері охорони здоров'я згідно з принципами кваліфікованості, обов'язковості та повсюдності надання медичної допомоги [14, с. 17]. Т.О. Кірова та В.Г. Куранов визначають основним безпосереднім об'єктом суспільні відносини, які пов'язані з повним, своєчасним та якісним виконанням суб'єктом такого злочину своїх професійних обов'язків, оскільки саме їх невиконання запускає механізм злочинної поведінки та зумовлює заподіяння шкоди життю чи здоров'ю потерпілого [15, с. 238]. Н.В. Щетініна вважає, що безпосереднім об'єктом вказаного злочину виступають суспільні відносини, які забезпечують реалізацію людиною її природного права на життя та здоров'я [16, с. 144]. О.Г. Берило класифікував визначення безпосереднього об'єкта відповідно до розглянутих позицій науковців на кілька груп: 1) суспільні відносини у сфері охорони життя і здоров'я особи (обґрунтовується тим, що норма знаходиться у розділі II Особливої частини «Злочини проти життя та здоров'я особи»); 2) суспільні відносини у сфері охорони здоров'я іншої людини (стан її здоров'я в момент посягання на неї, вік, стать та інші індивідуальні біологічні якості значення не мають); 3) суспільні відносини, які забезпечують безпеку здоров'я або безпеку загалом (у разі ненадання допомоги хворому медичним працівником загроза існує не безпосередньо для життя і здоров'я цієї особи, а для її безпеки, оскільки реальне настання шкоди відбувається не в результаті прямого посягання); 4) суспільні відносини щодо забезпечення реалізації права громадян на охорону здоров'я у системі охорони здоров'я відповідно до обов'язковості надання медичної допомоги; 5) життя чи здоров'я і відповідний порядок реалізації професійних обов'язків медичним працівником; 6) суспільні відносини, що пов'язані з повним, своєчасним і якісним виконанням суб'єктом зазначеного злочину своїх професійних обов'язків, оскільки саме їх невиконання запускає механізм злочинної поведінки і зумовлює заподіяння шкоди життю чи здоров'ю потерпілого, не лише життю особи, а й її здоров'ю [17, с. 104]. Науковець підкреслює, що безпосереднім об'єктом злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником, на його думку, є суспільні відносини у сфері охорони життя і здоров'я особи, а також забезпечення реалізації права громадян на надання медичної допомоги [17, с. 106].

Ми не можемо погодитися із думкою науковців, які розглядають під безпосереднім об'єктом такого злочину життя та здоров'я особи [6, с. 103; 7, с. 71; 8, с. 82], адже це твердження суперечить концепції об'єкта злочину як суспільних відносин, які охороняються ст. 139 КК України.

З огляду на вказане вище, вважаємо, що під основним безпосереднім об'єктом злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником слід розглядати суспільні відносини, які виникають з приводу умов із забезпечення у відповідності до чинного законодавства надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу лікарем або іншим медичним працівником у державних, комунальних, приватних медичних закладах чи фізичною особою-підприємцем, яка зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики.

Не лише основний безпосередній об'єкт злочину, але й зокрема додатковий безпосередній об'єкт має вагоме значення щодо встановлення соціальної сутності скоєного злочину, а також визначення тяжкості наслідків, які настали чи могли настати. В юридичній літературі наявні різні думки щодо визначення додаткового безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України. Зокрема, на думку Я.О. Миц [10, с. 120–121] та Л.М. Назмутдинової [18, с. 215–216], окрім «основної» шкоди у вигляді порушення обов'язку щодо надання допомоги хворому, суб'єкт досліджуваного злочину порушує й порядок здійснення медичного обслуговування та надання медичної допомоги, який виступає додатковим безпосереднім об'єктом вказаного злочину. С.Л. Старовойтова, Л.О. Семикіна [6, с. 103], В.В. Балабко [7, с. 71], І.В. Івшин [19, с. 97] вказують, що додатковим безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 139 КК України, є встановлений порядок надання медичної допомоги. О.І. Кулькін зауважує, що додатковим об'єктом виступає порядок здійснення медичного обслуговування і надання медичної допомоги [13, с. 83]. Т.О. Кірова та В.Г. Куранов стверджують, що додатковим безпосереднім об'єктом такого злочину є життя чи здоров'я людини, зважаючи на те, яка саме частина аналізованої статті розглядається під час кваліфікації [15, с. 238]. О.Г. Берило розглядає під додатковим об'єктом злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником суспільні відносини щодо порядку надання медичної допомоги [17, с. 106–107]. Н.Г. Александрова зазначає, що додатковим об'єктом вказаного

злочину потрібно вважати безпеку життя та здоров'я людини, яка не має можливості подбати про себе самостійно і вжити заходів щодо самозбереження, опинившись у небезпечному для життя й здоров'я стані; або інакше – безпеку у сфері нормального існування особи як учасника суспільних відносин [9, с. 58].

Відповідно до п. а ч. 1 ст. 78 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» медичні працівники зобов'язані сприяти охороні та зміцненню здоров'я людей, а також запобіганню і лікуванню захворювань, зокрема, надавати своєчасну і кваліфіковану медичну й лікарську допомогу [20]. Отже, не надаючи допомогу хворому, медичний працівник порушує суспільні відносини, які виникають з приводу умов із забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу, а також покладені на нього професійні обов'язки, зокрема й порядок надання медичної допомоги.

Враховуючи зазначене вище, вважаємо за потрібне під додатковим безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 139 КК України, розглядати суспільні відносини, які виникають з приводу забезпечення умов з належної охорони життя та здоров'я особи.

З метою правильного визначення безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України «Ненадання допомоги хворому медичним працівником», потрібно розглянути етимологію понять «життя», «здоров'я», «охорона здоров'я». Наведемо тлумачення зазначених термінів, що дає «Великий тлумачний словник сучасної української мови» В.Т. Бусела: термін «життя» визначається як вища форма існування матерії, найхарактернішими рисами якої є обмін речовин, самооновлення, самовідтворення; стан живого організму в стадії розвитку, зросту; період існування кого-небудь; спосіб існування кого-небудь; прояв фізичних і духовних сил живих істот; пожвавлення, рух, посилення діяльності живих істот; сукупність явищ, що характеризують існування, визначають розвиток чого-небудь [21, с. 369]; термін «здоров'я» – це «стан організму, за якого нормально функціонують усі його органи» [21, с. 455]; поняття «охорона здоров'я» містить таке тлумачення: «система заходів, спрямованих на збереження і підвищення рівня здоров'я кожної окремої людини і населення в цілому» [21, с. 870].

Відповідно до ст. 27 Конституції України проголошено невід'ємне право на життя кожної людини, зокрема, жодна людина не може бути свавільно позбавлена життя, а також одним із основних обов'язків держави є захист життя людини [22]. Ф. Енгельс визначив поняття «життя» як: спосіб існування білкових тіл, який полягає у безперервному самооновленні їх хімічних складових частин [23, с. 82], зокрема, істотним моментом якого є неперервний обмін речовин із навколишнім природним середовищем, адже з припиненням такого обміну речовин припиняється і життя, що спричинює розкладання білка [23, с. 616]. Поняття «життя» розглядають як динамічний стан організму людини, що полягає у постійному процесі обміну між матерією й енергією із навколишнім природним середовищем, зокрема, основними проявами життя є: дихання, рух, збудливість, харчування, мислення та спілкування, виділення, ріст, розмноження тощо [24, с. 105]. Я.О. Триньова під поняттям «життя» визначає період існування людини як білкового організму, початком якого є фізіологічні пологи, зокрема відзначається комплексним природним (біологічним), а також соціопсихічним функціонуванням та закінчується біологічною смертю [25, с. 6, 8]. А.В. Савченко та Ю.Л. Шуляк зазначають, що життям особи є особливою формою існування людського організму, яка відзначається цілісністю та спроможністю до самоорганізації; це найбільш важливе благо, яке у разі смерті людської істоти не може бути відновлене [26, с. 172]. Автори наголошують, що «життя людини полягає в активному, поєднаному з витратою отриманої ззовні енергії, підтриманні та самовідтворенні специфічної структури, при цьому характеризується реактивністю, диханням, мисленням, чутливістю, баченням, спілкуванням, харчуванням, ростом, рухом, обміном речовинами, розмноженням тощо» [26, с. 172]. Г.Б. Борзенков, розглядаючи життя як об'єкт злочину, вказує, що, з одного боку, життя потрібно розглядати як природний фізіологічний процес, а з іншого – як гарантовану законом можливість існування особистості у суспільстві [27, с. 19]. В.В. Марєєв, розглядаючи поняття «життя» як об'єкт кримінально-правової охорони, стверджує, що це певні людські цінності, які існують щодо охорони біологічної основи життя та є благом як окремої людини, так і суспільства загалом, зокрема охоронюване кримінальним законом від злочинних посягань саме не життя людини як поняття біологічне, яке цілком підпорядковане закономірностям природи, а як потрібна передумова для формування, існування, а також розвитку суспільних відносин [28, с. 244]. А.М. Зайцева вказує, що життя людини містить трискладову структуру: 1) життя фізичне, тобто функціонування людського

організму; 2) життя соціальне визначається як сукупність суспільних відносин, в які вступає людина як представник певних соціальних спільнот (зокрема, родина, професійний колектив, держава тощо); 3) життя внутрішнє, зокрема внутрішній світ людини як прояв діяльності свідомості й несвідомого у людині [29, с. 8]. Враховуючи зазначене вище, правом на життя є складне явище, структурними елементами якого є три права: право на фізичне існування людини, право на гідний рівень життя та право на вільний духовний розвиток [29, с. 8].

У теорії кримінального права одним із найбільш складних та дискусійних питань є визначення моменту початку життя людини. Комплексний аналіз літературних джерел дає змогу виділити три позиції щодо визначення початку життя людини, відповідно до яких право на життя у людини виникає: 1) з народження; 2) із моменту зачаття; 3) в різні терміни внутрішньоутробного розвитку [30, с. 218].

І.Я Фойницький визначав початком життя людини момент, коли дитина відділилася від організму матері і почала самостійно дихати [31, с. 18]. Відповідно до п. 2.5 Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2006 року № 179 та зареєстрованої у Міністерстві юстиції України від 12 квітня 2006 року за № 427/12301, новонародженим визначається живонароджена дитина, яка народилася або вилучена з організму матері після повного 22-го тижня вагітності, зокрема п. 1.2 цього документа вказує, що живонародження – це вигнання чи вилучення з організму матері плода, який після вигнання/вилучення (незалежно від тривалості вагітності, від того, чи перерізана пуповина та чи відшарувалась плацента) дихає або має будь-які інші ознаки життя, такі як серцебиття, пульсація пуповини, певні рухи скелетних м'язів [32]. Натомість В.Д. Набоков стверджує, що моментом початку життя потрібно вважати початок пологів, зокрема не у розумінні фізіологічного початку, а коли будь-яка частина дитини з'являється назовні [33, с. 5]. Т.Н. Нуркаєва підкреслює, що допоки дитина не подає ознак життя, які б свідчили про можливість її самостійного існування поза утробою матері, не можна однозначно сказати, що дитина, яка народжується, є живою [34, с. 24]. С.Г. Стеценко [30, с. 222] та М.Н. Малеіна [35, с. 103] впевнені, що найбільш слушною виглядає позиція щодо виникнення права на життя людини із моменту народження, адже це право, як і будь-які інші права, може виникати лише у реально існуючої людини. Д.І. Мейер вважає, що народження – це акт відокремлення немовля від утроби матері, що є вихідним пунктом, від якого починається фізична особа, початок самостійного існування людини, а також початковий момент його юридичного життя [36, с. 84].

Сучасні наукові дослідження вказують, що впродовж усього внутрішньоутробного розвитку плід не може вважатися частиною тіла матері, його не можна ототожнювати з органом або частиною органу організму матері, адже через декілька днів після зачаття у плода формуються дихальна, нервова і травна система, а також внутрішні органи [37, с. 78]. О.Н. Попов наголошує, що кримінально-правова охорона життя має здійснюватися з моменту зачаття до самої смерті людини, зокрема, на думку автора, слід захищати життя кримінально-правовими засобами не лише після пологів, але і під час вагітності та пологів [37, с. 84]. На думку А.І. Ковлера, «життя людини починається із запліднення яйцеклітини» [38, с. 428]. Зокрема, відповідно до п. 1 ст. 15 Конституції Словацької Республіки життя людини гідне охорони вже до народження [39].

М.А. Коротаєва впевнена, що початком кримінально-правової охорони життя новонародженого слід вважати початок життя, початок автономного існування організму поза утробою матері, що являє собою нормальне функціонування всіх органів та систем, а не початок або певні етапи родової діяльності [40, с. 5]. Р.Д. Шарапов визначає, що початок життя людини слід пов'язувати із появою оформлених мас мозкових клітин (народження головного мозку), що роблять плід життєздатним, а саме із повними 22 тижнями внутрішньоутробного розвитку плода [41, с. 14, 330]. Інші науковці також вважають, що початком життя потрібно вважати саме формування нервової системи у той момент, коли починає працювати мозок [42, с. 339; 43, с. 237–242], а саме з початку функціонування кори головного мозку (24–28 тижнів) [44, с. 177–178] або із завершальним етапом формування структур кори головного мозку (30–35 тижнів) [45, с. 23–24]. С.І. Михайличенко вказує, що людина, яка народилася живою, вважається правоздатною із 22 тижня гестації [46, с. 83].

Є інша позиція щодо моменту початку життя людини, відповідно до якої ним визначається початок фізіологічних пологів, а саме початок родового процесу. Так, наприклад, Н.К. Семернева зазначає, що лікарі розглядають пологи як процес, що починається з прорізування головки плода і вигнання

з організму матері плода та закінчується відокремленням дитини від тіла матері, а також першим самостійним вдихом, з огляду на це життя починається з моменту початку процесу народження [47, с. 61]. А.М. Орлеан звертає увагу на те, що життя людини може початися не тільки в результаті фізіологічних пологів, а зокрема, й за допомогою штучного вилучення живого життєздатного плоду з організму матері (кесаревого розтину), з огляду на це новонароджена дитина у такий спосіб водночас із вилученням з організму матері також отримує повноцінну кримінально-правову охорону [48, с. 304]. Ш.С. Рашковська також стверджує, що початком життя людини слід вважати сам процес народження, тобто поступовий процес появи дитини на світ [49, с. 8].

Отже, моментом початку життя людини, на нашу думку, слід вважати вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності. Адже відповідно до п. 1.5 Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, затвердженої наказом Міністерства охорони здоров'я України від 29.03.2006 року № 179 та зареєстрованої у Міністерстві юстиції України від 12 квітня 2006 року за № 427/12301, народження плода до повного 22-го тижня вагітності вважається викиднем [32].

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року № 2402-III встановлено, що «кожна дитина має право на життя з моменту визначення її живонародженою та життєздатною за критеріями Всесвітньої організації охорони здоров'я» [50]. Ч. 1 ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року гарантує охоронюване законом право кожної людини на життя [51]. Зокрема, А.В. Соловйов вказує, що право людини на життя – гарантована нормами міжнародно-правових актів, а також внутрішнього законодавства можливість певної поведінки людини, яка орієнтована на забезпечення недоторканності свого життя з боку інших осіб і свободи розпорядження ним [52, с. 9]. О.І. Мацегорін стверджує, що правом на життя є особисте немайнове право будь-якої людини на власне життя, що виникає з моменту народження, натомість активним життям людини слід вважати період між народженням та смертю з урахуванням реалізації людиною своїх прав і обов'язків [53, с. 102–103]. А.М. Зайцева, розглядаючи право на життя як позитивне право, визначає його визнаним та гарантованим державою суб'єктивним природним правом людини як біосоціодуховної істоти на самореалізацію [29, с. 8]. Л.О. Красавчикова зазначає, що право на життя в об'єктивному сенсі є сукупністю цивільно-правових норм, які спрямовані на охорону життя людини та встановлюють неприпустимість свавільного позбавлення життя людини і заборону активної евтаназії, а також дозвіл на штучне запліднення й імплантацію ембріона, самостійне вирішення питання жінкою як щодо материнства, так і про штучне переривання вагітності [54, с. 114]. С.Г. Стеценко розглядає право на життя як сукупність таких прав: 1) право на збереження життя; 2) право вимагати від держави здійснення заходів, спрямованих на підтримку життя; 3) право на розпорядження життям; 4) право на охорону здоров'я та медичну допомогу [30, с. 222–223].

Вважаємо за потрібне дослідити також проблему визначення кінця життя. У теорії кримінального права кінцевим моментом життя людини визначається час настання незворотної смерті, зокрема це пов'язано із початком незворотного розпаду клітин вищої нервової системи і як наслідок – припинення функціонування головного мозку [24, с. 105]. Наведемо тлумачення поняття «смерть», що дає «Велика медична енциклопедія»: незворотне припинення життєдіяльності організму, неминучий природний кінець існування будь-якої живої істоти; зокрема розрізняють два основні етапи смерті: 1) клінічна смерть та 2) біологічна смерть [55, с. 448]. Клінічна смерть є зворотним етапом вмирання, що триває кілька хвилин після припинення кровообігу та дихання, зокрема зворотність такого етапу залежить від ступеня гіпоксичних змін у нейроцитах головного мозку, а також тривалість перебування людини у стані клінічної смерті в умовах нормотермії не перевищує 8 хвилин, натомість в умовах гіпотермії час перебування у такому стані може збільшуватися [55, с. 448]. Біологічна смерть – це незворотне припинення фізіологічних процесів у клітинах і тканинах, під час якого реанімаційні заходи є безуспішними [55, с. 448]. Відповідно до ч. 2 ст. 52 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» зазначено, що «моментом незворотної смерті людини є момент смерті її головного мозку або її біологічна смерть», зокрема, ч. 3 ст. 52 цього документа вказує, що смерть мозку констатується у разі повного

та незворотного припинення всіх його функцій, які реєструються за працюючого серця, а також штучної вентиляції легень, натомість відповідно до ч. 4 ст. 52 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» медичні працівники на підставі діагностичних критеріїв біологічної смерті людини, таких як: незворотне припинення кровообігу і дихальних функцій, наявність ранніх та/або пізніх трупних змін, встановлюють біологічну смерть [20]. Смерть мозку – це патологічний стан, який пов'язаний із тотальним некрозом головного мозку, а також перших шийних сегментів спинного мозку, під час якого серцева діяльність та газообмін підтримується за допомогою безперервної штучної вентиляції легень, зокрема такий стан є результатом зупинки кровообігу у головному мозку, що відбувається за рахунок різкого збільшення внутрішньочерепного тиску та зрівняння його із системним артеріальним тиском [55, с. 453].

Отже, момент смерті головного мозку людини прирівнюють до її біологічної смерті. Потрібно звернути увагу на те, що смерть мозку може розвинутись внаслідок його первинного ушкодження за рахунок таких факторів, як: різке підвищення внутрішньочерепного тиску, яке зумовлює зупинку мозкового кровообігу в результаті тяжкої черепно-мозкової травми, а також спонтанного та/або іншого (травматичного) внутрішньочерепного крововиливу; інфаркту головного мозку; пухлини головного мозку; закритої гострої гідроцефалії; відкритої черепно-мозкової травми, яка супроводжується механічним ушкодженням мозкової тканини; внутрішньочерепних оперативних втручань на головному мозку; а також вторинного ушкодження мозку, що є результатом гіпоксій різного ґенезу, яке також характеризується зупинкою серцевої діяльності, припиненням чи різким погіршенням системного кровообігу внаслідок тривалого шоку [56]. Відповідно до Наказу МОЗ України «Про встановлення діагностичних критеріїв смерті мозку та процедури констатації моменту смерті людини» від 23 вересня 2013 року № 821, зареєстрованого у Міністерстві юстиції України 14 жовтня 2013 року за № 1757/24289, вказано, що «смерть мозку може бути встановлена за результатами проведеної процедури діагностики смерті мозку на підставі тільки клінічних діагностичних критеріїв або на підставі клінічних діагностичних критеріїв, доповнених одним із підтверджувальних (інструментальних) діагностичних критеріїв» [56]. До клінічних діагностичних критеріїв смерті мозку належать: повна і стійка відсутність свідомості (кома); атонія всіх груп м'язів; відсутність реакції на великі больові подразнення у зоні тригемінальних точок і будь-яких інших рефлексів, які замикаються вище шийного відділу спинного мозку; відсутність реакції зіниць на пряме яскраве світло, зокрема має бути відомо, що не застосовувалися препарати, які розширюють зіниці; нерухомість очних яблук (очі ляльки); відсутність корнеальних рефлексів; відсутність окуловестибулярних рефлексів, зокрема для викликання вказаного рефлексу слід провести двосторонню калоричну пробу (перед її початком потрібно переконатися, що у барабанній перетинці відсутні перфорації), яка починається з нахилу голови хворого на 30° вище від горизонтального рівня, далі вводиться катетер малих розмірів у зовнішній слуховий прохід та упродовж 10 секунд зрошують холодною водою об'ємом у 100 мл і за температури води 20°С, як наслідок, через 20–25 секунд у разі наявності збереження функції стовбура головного мозку можна спостерігати ністагм чи відхилення ока у бік повільного компонента ністагму, натомість відсутність вказаних ознак (ністагм чи відхилення очних яблук) під час калоричної проби, яка проведена з обох боків, є свідченням відсутності окуловестибулярних рефлексів; відсутність окулоцефалічних рефлексів, зокрема для перевірки такого рефлексу лікар займає положення біля ліжка хворого так, щоб підтримувати долонями голову хворого, а великими пальцями піднімати повіки, натомість голову потрібно повернути на 90° спочатку в один бік і тримати її в такому положенні 3–4 сек., далі повернути голову у протилежний бік також на той же самий час та якщо під час повертання голови очі не рухаються й стійко займають середнє положення – окулоцефалічні рефлекси відсутні; відсутність трахеальних і фарингальних рефлексів, що досліджуються за допомогою руху ендотрахеальної трубки у трахеї і верхніх дихальних шляхах та під час просування катетера у бронхах з метою аспірації секрету; відсутність самостійного дихання [56].

Отже, потрібно відрізняти клінічну смерть від біологічної смерті, адже під час клінічної смерті, попри зупинку дихання та кровообігу, життєдіяльність організму не припиняється протягом короткого часу життя та життєво важливі функції організму можуть бути відновлені шляхом реанімаційних заходів. Зокрема, на нашу думку, кінцевим моментом життя людини потрібно вважати саме момент настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання

біологічної смерті людини, що пов'язано із розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи.

З огляду на зазначене вище, вважаємо за потрібне вказати, що життя – це період існування людського організму, який розпочинається моментом вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності та закінчується моментом настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання біологічної смерті людини, що пов'язано з розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи.

У наукових джерелах наявна безліч підходів до розуміння такого поняття, як «здоров'я». Зокрема, відповідно до преамбули Статуту (Конституції) Всесвітньої організації охорони здоров'я термін «здоров'я» визначено як: «стан повного фізичного, духовного і соціального благополуччя, а не лише відсутність хвороб та фізичних вад», а також зазначається, що максимально досяжний рівень здоров'я є одним з основних прав кожної людини, незалежно від раси, релігії, політичних переконань, економічного чи соціального стану, зокрема здоров'я всіх народів є основним фактором щодо досягнення миру та безпеки [57]. У абз. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» вказано, що «здоров'я – стан повного фізичного, психічного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних вад» [20].

В.В. Глуховський та О.В. Ангелов зазначають, що термін «здоров'я» є благом, ресурсом для повсякденного життя, а не метою існування; це позитивна концепція, в якій за основу беруться соціальні, особистісні, а також фізичні можливості людини [58, с. 42]. Науковці визначають під поняттям «психічне здоров'я» – стан, що характеризується динамічним процесом психічної діяльності, якому властиві детермінованість психічних явищ, гармонійний взаємозв'язок між відображенням обставин дійсності і ставлення індивіда до неї, адекватність реакції організму на соціальні, психологічні, фізичні (зокрема, й біологічні) умови життєдіяльності завдяки здатності особистості контролювати свою поведінку, планувати і здійснювати свій життєвий шлях у мікро- та макросоціальному середовищі; під «фізичним здоров'ям» – стан, що характеризується рівнем фізичного розвитку, фізичних можливостей і адаптаційних здібностей окремих індивідів, груп людей і суспільства загалом, який забезпечує досягнення якості життя, добробуту суспільства й збереження, а також зміцнення громадського здоров'я [58, с. 42]. На думку С.В. Антонова, поняття «здоров'я» слід розглядати як «особливий, відносно стабільний стан задовільного самопочуття людини, який характеризується відсутністю фізичного болю, травм, порушень діяльності окремих органів або їх систем, інших проявів хвороб, психічних або інших розладів, що можуть порушити її життєдіяльність, фізіологічні функції або зменшити працездатність» [59, с. 45]. К. Херцліх розробила три моделі розуміння здоров'я: 1) здоров'я у вакуумі – відсутність хвороб; 2) резерви здоров'я – органічно-біологічні ресурси, а також капітал імунітету і вітальної енергії, що може зменшуватись чи зникати відповідно до способу життя людини; 3) здоров'я – це стан рівноваги, тобто уміння людини підтримувати життєву рівновагу, а також почуття спроможності здійснити бажане [60, с. 11–13; 61, с. 34]. Е.Н. Вайнер також визначає здоров'я як: стан рівноваги між адаптаційними можливостями організму (потенціалом людини) та умовами середовища, що постійно змінюються [62, с. 7]. І.Я. Сенюта під терміном «здоров'я» розуміє «максимально досяжний та оптимальний фізичний і психічний стан людського організму, який є необхідним для забезпечення біологічного існування, здатності до тривалого активного життя і відтворення здорового покоління» [63, с. 32]. Е.Ф. Побегайло стверджує, що під терміном «здоров'я» потрібно розуміти природний стан організму, який характеризується відсутністю будь-яких хворобливих змін [64, с. 42]. В.В. Сташис та В.І. Борисов під поняттям «здоров'я» розуміють «нормальне функціонування тканин і органів тіла людини» [65, с. 55]. Є.В. Безручко зазначає, що здоров'я є певним фізичним станом організму, який забезпечує фізичну і соціальну повноцінність людини, а також надає можливість брати участь у соціальних зв'язках суспільства, користуватися всіма благами життя [66, с. 7–8]. В.П. Казначеєв та Є.А. Спірін підкреслюють, що здоров'я необхідно розглядати не лише на індивідуальному, а й на популяційному рівні, з огляду на це потрібно розрізняти такі поняття, як здоров'я окремої людини та здоров'я популяції [67, с. 226]. Науковці стверджують, що здоров'я індивіда – це динамічний процес збереження і розвитку його соціально-природних (біологічних, фізіологічних та психічних) функцій, соціально-трудової, соціально-культурної, а також творчої

активності за максимальної тривалості життєвого циклу, зокрема здоров'я популяції, на відміну від цього, є процесом довготривалого соціально-природного, соціально-історичного, соціально-культурного розвитку життєдіяльності й працездатності людського колективу багатьох поколінь [67, с. 226].

Закон рівною мірою охороняє здоров'я кожної людини, незважаючи на фактичний стан її здоров'я (здоров'я людини з бездоганним станом здоров'я; здоров'я хворого, божевільного; здоров'я людини, що перебуває у безнадійному стані в результаті травм чи хвороби тощо), зокрема не враховуючи моральні якості, вік (немовля, особа похилого віку), службове становище такої особи тощо [65, с. 55]. Відповідно до абз. 8 ч. 1 ст. 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» під поняттям «охорона здоров'я» слід розуміти систему «заходів, що здійснюються органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, закладами охорони здоров'я, фізичними особами- підприємцями, які зареєстровані в установленому законом порядку та одержали ліцензію на право провадження господарської діяльності з медичної практики, медичними та фармацевтичними працівниками, громадськими об'єднаннями і громадянами з метою збереження та відновлення фізіологічних і психологічних функцій, оптимальної працездатності та соціальної активності людини за максимальної біологічно можливої індивідуальної тривалості її життя» [20]. О.М. Голяченко розглядає під поняттям «охорона здоров'я» систему державних, громадських та індивідуальних заходів і засобів, що сприяють поліпшенню здоров'я, запобіганню захворюванням та передчасній смерті, забезпеченню активної життєдіяльності та працездатності людини [68, с. 64]. І.Я. Сенюта вказує, що під поняттям «охорона здоров'я» слід розглядати систему засобів, які орієнтовані на збереження, розвиток та зміцнення, у разі наявності порушень на відновлення максимально можливого рівня фізичного та психічного стану людського організму, що мають вживатися органами державної влади, органами місцевого самоврядування, громадськими організаціями, будь-якою людиною як в інтересах усього суспільства, так і кожної окремої фізичної особи [63, с. 35].

У преамбулі Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» вказано, що «кожна людина має природне невід'ємне і непорушне право на охорону здоров'я» [20]. Право на охорону здоров'я важливо сприймати як окремий випадок відповідальності держави перед людиною та прояв соціальної функції держави, зокрема наявний як власне медичний компонент – існування та функціонування лікувально-профілактичних установ, так і більш глобальний – створення в межах держави умов щодо забезпечення захисту здоров'я людини, її права на охорону здоров'я найбільшою мірою [30, с. 235]. С.Г. Стеценко стверджує, що «право на охорону здоров'я» слід розуміти як конституційно закріплене право будь-якої людини на створення державою умов щодо максимально можливої реалізації соціальних та економічних прав, юридичних гарантій у сфері охорони здоров'я, отримання безкоштовної медико-соціальної допомоги у державних та муніципальних закладах охорони здоров'я, зокрема інших факторів, що сприятимуть зміцненню та охороні здоров'я кожної людини [30, с. 237]. І.Я. Сенюта, розглядаючи загальносоціальне (природне) право людини на охорону здоров'я, визначає його можливістю людини користуватися всіма соціальними, передусім державними, засобами, які орієнтовані на збереження, зміцнення та розвиток, у разі порушення – відновлення максимально можливого рівня фізичного, а також психічного стану її організму [63, с. 35].

Варто зазначити, що вказане вище відповідно до проведеного аналізу_ще не дає нам можливості надати вичерпну відповідь щодо безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 139 КК України. З огляду на це, вважаємо за потрібне проаналізувати структурні елементи таких суспільних відносин. Зокрема, безперечним є те, що винний під час скоєння такого злочину впливає саме на предмет відносин, а також своїми діями порушує чи намагається порушити охоронювані кримінальним законом суспільні відносини, тобто заподіює чи ставить під загрозу виникнення заподіяння істотної шкоди суспільним відносинам.

Задля реалізації вказаного нами вище підходу слід скористатися загальновизнаною в теорії кримінального права структурою суспільних відносин: 1) предмет, щодо якого існують відносини (зокрема, це те, щодо чого існують такі відносини); 2) їх учасники (суб'єкти (носії) відносин); 3) соціальний зв'язок (суспільно значуща діяльність), що становить зміст відносин [1, с. 59; 3, с. 102]. Сприймаючи за основу зазначені вище теоретичні положення, слід продовжити аналіз безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником.

Враховуючи той факт, що у юридичній літературі увага стосовно питання, хто має бути суб'єктом суспільних відносин у сфері кримінально-правової охорони аналізованих

відносин, приділялась не досить, слід зазначити, що суб'єкти суспільних відносин як один зі структурних елементів об'єкта такого злочину (ст. 139 КК України) не підлягали дослідженню. Зокрема, на нашу думку, він істотно впливає саме на з'ясування питання стосовно того, що потрібно розглядати під безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 139 КК України. Визначення суб'єктів таких суспільних відносин, зокрема їх соціальних функцій у вказаних відносинах, дасть нам змогу визначити ті конкретні суспільні відносини, що виступають об'єктом вказаного складу злочину [3, с. 102]. Вказану властивість суб'єктів у суспільних відносинах застосовує подеколи законодавець не лише щодо встановлення меж дії кримінального закону, але й щодо визначення тих суспільних відносин, які є об'єктом певного злочину (наприклад, ненадання допомоги хворому медичним працівником). Такий підхід до злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником був використаний законодавцем лише частково, зокрема, цей факт не завадив нам у проведенні аналізу вказаної проблеми та у застосуванні такої статті (ст. 139 КК України) правоохоронними органами та судами у своїй практичній діяльності. Дослідження кримінальних справ цієї категорії, зокрема 33 кримінальних справ (кримінальних проваджень) у період із 2012 по 2019 роки, які були порушені (розпочаті) за ст. 139 КК України, вказує на те, що як окремі фізичні особи, так і юридичні особи відповідно до чинного законодавства є учасниками таких відносин, що виникають з приводу умов із забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу. Відповідно, суб'єктами чи учасниками таких суспільних відносин, що виникають з приводу умов із забезпечення надання медичної допомоги, регламентованої законами, а також нормативно-правовими актами України, особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу, можуть бути фізичні та юридичні особи. Зокрема, досліджуючи кримінальні справи такої категорії, нами було встановлено, що одним із суб'єктів суспільних відносин була фізична особа (людина) у 100% справ.

Задля забезпечення умов із надання медичної допомоги, регламентованої законами, а також нормативно-правовими актами України, особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу потрібно не лише виявляти осіб, що вчинили такий злочин, а також притягувати їх до кримінальної відповідальності, але й захищати позитивні відносини, де саме життя і здоров'я визначаються як найвища соціальна цінність.

Задля визначення другої сторони суб'єктного складу суспільних відносин, які ми досліджуємо, ми розглянули не лише законодавчі й підзаконні акти, але й звернулись до слідчої і судової практики. Отже, дослідження законодавчих і підзаконних актів з метою виявлення наявності відносин, що виникають з приводу умов із забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу засвідчило, що іншою стороною суб'єктного складу вказаних відносин, що є структурним елементом об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником, є фізичні та юридичні особи, згідно з чинним законодавством України і судовою практикою [20; 22; 50; 51; 69; 70; 71; 72]. Зокрема, суб'єктами суспільних відносин у сфері медичної діяльності є медичний заклад (установа), медичний працівник та пацієнт [73, с. 108]. Враховуючи особливості медичної діяльності, вважаємо доцільною думку С.Г. Стеценка щодо визначення таких груп суб'єктів відносин у сфері медичної діяльності: 1) ті, які надають медичну допомогу; 2) ті, які отримують медичну допомогу; 3) ті, які сприяють наданню медичної допомоги [30, с. 151].

Дослідження соціальної функції суб'єкта відносин, зокрема його прав й обов'язків (статусу), тобто соціального взаємозв'язку як структурного елемента суспільних відносин, є необхідною умовою щодо з'ясування змісту самих відносин, а також надає можливість для оцінювання не лише обсягу і характеру вказаних відносин, але й межі дії закону (ст. 139 КК України). На нашу думку, немає необхідності вказувати повний перелік суб'єктів таких суспільних відносин (ст. 139 КК України). Слід звернути увагу на те, що вони можуть містити різні варіанти, які можуть впливати саме на зміст вказаних відносин, а також на межі кримінальної відповідальності за злочин ненадання допомоги хворому медичним працівником. Судова практика підтверджує такий факт. Зокрема, правильна кваліфікація вказаного діяння відбувалася саме тоді, коли було наявне встановлення суб'єктів відносин, а також їх соціальний статус і роль у таких суспільних відносинах.

З огляду на предмет нашого дослідження, вважаємо за потрібне розглянути такий структурний елемент суспільних відносин, як соціальний взаємозв'язок у суспільних відносинах, що виникають з приводу умов

із забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу. Зокрема, соціальний взаємозв'язок як один зі структурних елементів безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником в юридичній літературі не підлягав дослідженню. Натомість науковці, розглядаючи інші злочини, визначають соціальний взаємозв'язок як засіб самих відносин [74, с. 8]. Такий зв'язок, враховуючи проведене дослідження, може проявлятись не лише на рівні індивідуальної взаємодії суб'єктів, але й також у взаємодії людських спільнот, зокрема й у індивідуумів із певними спільнотами. Відповідно до проаналізованих кримінальних справ та нормативної бази щодо досліджуваних нами суспільних відносин, а також результатів опитування працівників правоохоронних органів і суду, зовні вказаний соціальний зв'язок виражається у таких формах діяльності – забезпечення умов із надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу.

Задля визначення соціального взаємозв'язку, як одного зі структурних елементів безпосереднього об'єкта злочину, слід розглянути права і обов'язки суб'єктів суспільних відносин злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником. Зокрема, один із суб'єктів (медичний працівник) указаних суспільних відносин, відповідно до п. а, б ч. 1 ст. 78 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», зобов'язаний надавати своєчасну й кваліфіковану медичну та лікарську допомогу, а також відповідну невідкладну медичну допомогу громадянам у разі нещасного випадку і в інших екстремальних ситуаціях [20]. Більш детально вказані обов'язки будуть розглядатися під час визначення суб'єкта злочину, а також об'єктивної сторони.

З огляду на зазначене вище соціальний зв'язок та одна із надважливих його ознак – обов'язок відповідної поведінки суб'єктів суспільних відносин, які виникають з приводу умов із забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу, зокрема їх взаємодії, становлять неабиякий інтерес для нашого дослідження. Задля встановлення безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником мають бути враховані тільки ті суспільні відносини, які враховують інтереси суспільства загалом, а не лише певної особи відповідно до її вподобань. Указаними відносинами можуть бути тільки охоронювані КК України позитивні суспільні відносини.

Варто звернути увагу на те, що предмет суспільних відносин у складі злочину та предмет злочину не є тотожними поняттями, відповідно, предметом суспільних відносин злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником слід вважати умови щодо забезпечення надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу. З огляду на це слушною є думка, що предметом суспільних відносин доцільно називають усе те, щодо чого або у зв'язку з чим самі ці суспільні відносини існують [3, с. 103].

Потерпілий є ознакою складу злочину, що характеризує об'єкт злочину, зокрема суспільне відношення, що охороняється кримінальним законом та на яке посягає злочин [75, с. 130]. У структурі об'єкта злочину потерпілий – це суб'єкт (учасник) охоронюваного кримінальним законом суспільного відношення, благу, праву або інтересу якого злочином завдається шкода чи виникає загроза завдання такої шкоди [75, с. 130]. Варто звернути увагу на те, що законодавчий підхід до визначення кола потерпілих від злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником (ст. 139 КК України) передбачає лише хворих осіб, зокрема породіллі, вагітні жінки, новонароджені, донори, реципієнти, які не є хворими і також потребують надання медичної допомоги, – лишаються поза межами кримінально-правової охорони, адже натепер немає чіткого визначення категорій громадян, що підпадають під визначення поняття «хворий». Потерпілим від злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником відповідно до диспозиції ст. 139 КК України є «хворий». Оскільки поняття «хворий» не знайшло свого нормативного закріплення, потрібно зазначити тлумачення цього терміна. «Великий тлумачний словник сучасної української мови» В.Т. Бусела дає таке тлумачення поняття «хворий»: «який має яку-небудь хворобу, нездужає», «уражений хворобою» [21, с. 1559].

Відповідно, потерпілими від злочинів, скоєних медичними працівниками проти життя і здоров'я, зазвичай є пацієнти, тобто особи, які отримують медичні послуги в закладах охорони здоров'я державної та комунальної системи охорони здоров'я або в установах, організаціях чи окремих осіб приватної системи охорони здоров'я [76, с. 37]. Е.К. Сенокосова визначає під терміном «пацієнт» фізичну особу, яка звернулася за медичною допомогою (незалежно від наявності захворювання) і на яку відповідно

до законодавства покладений обов'язок надання інформації про свій стан здоров'я (за винятком випадків надання екстреної медичної допомоги), а також інші обов'язки та права у сфері охорони здоров'я [77, с. 22]. В.Є. Ясеницький вказує, що під терміном «пацієнт» слід розуміти фізичну особу, яка є учасником правовідносин у сфері надання медичної допомоги або медичних послуг, що потребує медичної допомоги чи медичної послуги або звернулася щодо такої допомоги чи послуги, незалежно від її стану здоров'я, зокрема також особу, стосовно якої проводиться медико-біологічне дослідження [78, с. 322]. Натомість С.Г. Стеценко і В.О. Галай стверджують, що «пацієнтом є людина, незалежно від віку, статі, расової приналежності, віросповідання, національності, стану здоров'я та інших чинників, яка реалізує своє право на отримання медичної допомоги» [79, с. 8]. Відповідно до ст. 3 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» зазначено, що пацієнтом є «фізична особа, яка звернулася за медичною допомогою та/або якій надається така допомога» [20]. Зокрема, на думку Дж. Бабаджанова, пацієнтом є людина, яка отримує медичну допомогу, перебуває під медичним наглядом та/або проходить лікування щодо будь-якого захворювання, патологічного стану або іншого стану порушення здоров'я й життєдіяльності організму, яка користується медичними послугами незалежно від наявності захворювань, зокрема бере участь у медичних експериментах, а також перебуває у лікувальному закладі будь-якої організаційно-правової форми господарювання, у лікаря приватної медичної практики чи інших місцях, у яких вона перебуває згідно з договором чи законом, зі згодою особи чи без її згоди, на платній чи безоплатній основі [80, с. 65].

З огляду на зазначене вище, можна стверджувати, що пацієнтом є не завжди лише хвора особа, але й здорова також (наприклад, породілля, вагітна жінка, новонароджений, донор, реципієнт, інші особи, які не мають захворювань), тобто законодавець значно звужує коло потерпілих від злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником, визначаючи відповідно до диспозиції ст. 139 КК України хворого як потерпілого. Термін «хворий» є суто медичним, що вказує на стан здоров'я потерпілого, зокрема термін «пацієнт» є не лише медичним, а й юридичним. Відповідно, «хворий» та «пацієнт» є різними поняттями. Отже, на нашу думку, доцільно замінити у назві та диспозиції ст. 139 КК України термін «хворий» на «пацієнт» у відповідному відмінку та числі.

Враховуючи той факт, що не лише під час надання медичної допомоги, але й медичної послуги наявний вплив на здоров'я людини, вважаємо за потрібне надати власне визначення поняття «пацієнт»: це фізична особа, якій надається медична допомога або медична послуга, чи особа, яка звернулась у державний, комунальний, приватний медичний заклад або до фізичної особи-підприємця, що зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності із медичної практики в установленому законом порядку, за медичною допомогою або медичною послугою, незалежно від стану її здоров'я (наприклад, хвора особа, породілля, вагітна жінка, новонароджений, донор, реципієнт, інші особи, які не мають захворювань), щодо реалізації свого права на охорону здоров'я та медичну допомогу, а також особа, яка добровільно надала згоду на здійснення медико-біологічного експерименту.

З огляду на те, що в теорії кримінального права встановлено, що об'єктом будь-якого злочину зазвичай є суспільні відносини, на які саме і посягає те або інше суспільно небезпечне діяння [81, с. 96], слід зазначити, що об'єкт є обов'язковим елементом складу злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником, а також істотною мірою встановлює небезпеку протиправної поведінки особи, зокрема визначає її суспільну небезпеку.

Беручи за основу запропоновану О.В. Дроздовим концепцію тричленної структури суспільних відносин: 1) носії (суб'єкти) суспільних відносин; 2) предмет, щодо якого існують суспільні відносини; 3) суспільно значуща діяльність (соціальний зв'язок, що становить зміст суспільних відносин) [82, с. 22–69], ми впевнені, що такий підхід є науковим, а також має бути застосований у межах нашого дослідження.

Висновки

Проаналізувавши структуру суспільних відносин, а також наявні точки зору науковців, вважаємо за потрібне надати власне визначення основного безпосереднього об'єкта злочину ненадання допомоги хворому медичним працівником. Зокрема, основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 139 КК України, є суспільні відносини, які виникають з приводу умов із забезпечення у відповідності до чинного законодавства надання медичної допомоги особі, яка її потребує, шляхом реалізації права на охорону здоров'я та медичну допомогу лікарем або іншим медичним працівником у державних, комунальних, приватних медичних закладах чи фізичною особою-під-

приємцем, яка зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності із медичної практики. Натомість додатковим безпосереднім об'єктом вказаного злочину слід вважати суспільні відносини, які виникають з приводу забезпечення умов з належної охорони життя та здоров'я особи. Також у статті сформульоване визначення моменту початку життя людини, під яким слід вважати вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності. Натомість кінцевим моментом життя людини потрібно вважати саме момент настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання біологічної смерті людини, що пов'язано із розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи. Зокрема, під поняттям «життя» варто розуміти період існування людського організму, який розпочинається моментом вигнання дитини з організму матері шляхом фізіологічних пологів або вилучення дитини з утроби матері у результаті кесаревого розтину, а також наявність у дитини самостійного дихання або таких ознак життя, як серцебиття, рухи скелетних м'язів чи пульсація пуповини, у термін після повних 22 тижнів вагітності та закінчується моментом настання незворотної смерті шляхом смерті мозку або настання біологічної смерті людини, що пов'язано з розвитком незворотного процесу розпаду клітин центральної нервової системи.

Вважаємо доцільним замінити у назві та диспозиції ст. 139 КК України термін «хворий» на «пацієнт» у відповідному відмінку та числі, а також вказати власне визначення поняття «пацієнт»: це фізична особа, якій надається медична допомога або медична послуга, чи особа, яка звернулась у державний, комунальний, приватний медичний заклад або до фізичної особи-підприємця, що зареєстрована та отримала ліцензію на провадження господарської діяльності із медичної практики в установленому законом порядку, за медичною допомогою або медичною послугою, незалежно від стану її здоров'я (наприклад, хвора особа, породілля, вагітна жінка, новонароджений, донор, реципієнт, інші особи, які не мають захворювань), щодо реалізації свого права на охорону здоров'я та медичну допомогу, а також особа, яка добровільно надала згоду на здійснення медико-біологічного експерименту.

Список використаних джерел:

1. Кримінальне право України. Загальна частина : Практикум : навчальний посібник / І.П. Козаченко та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2006. 432 с.

2. Таций В.Я. Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. Харьков : Выща шк. Изд-во при ХГУ, 1988. 198 с.

3. Кримінальне право України: Загальна частина : підручник / М.І. Бажанов та ін. ; за ред. проф. М.І. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Тація. 2-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 480 с.

4. Вознюк А.А. Кримінальне право України. Загальна частина : конспект лекцій / вступне слово д.ю.н., проф. О.О. Дудорова. Київ : Нац. акад. внутр. справ, «Освіта України», 2016. 236 с.

5. Грищук В.К. Кримінальне право України. Загальна частина : навчальний посібник. Хмельницький, 2005. 570 с.

6. Старовойтова С.Л., Семикіна Л.О. Кримінальна відповідальність медичних працівників за злочини, передбачені ст. 139, 140 Кримінального кодексу України. URL: http://jvestnik-sss.donnu.edu.ua/article/view/836/854 (дата звернення: 03.02.2020).

7. Балабко В.В. Кримінальна відповідальність медичних працівників за злочини проти життя і здоров'я особи : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» ; Національна академія прокуратури України. Київ, 2012. 315 с.

8. Петрова Т.Н. Неоказание помощи больному: основные понятия и анализ состава преступления. *Сборник научно-практических трудов*. 2017. № 2. С. 81–88.

9. Александрова Н.Г. Ответственность за оставление в опасности по уголовному праву : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право; криминология; уголовно-исполнительное право» ; Всероссийский научно-исследовательский институт МВД РФ. Москва, 2000. 186 с.

10. Мыц Я.А. Оставление в опасности в уголовном праве России : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Ульяновский государственный университет. Ульяновск, 2006. 208 с.

11. Чеботарьова Г.В. Кримінально-правова охорона правопорядку у сфері медичної діяльності : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2011. 458 с.

12. Назмутдинова Л.М. Ответственность за неоказание помощи в уголовном праве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Казанский (Приволжский) федеральный университет. Казань, 2018. 260 с.

13. Кулькин А.И. К вопросу об уголовной ответственности за неоказание помощи больному. *Вестник Московского университета МВД России*. 2014. № 2. С. 82–86.

14. Глушков В.А. Проблемы уголовной ответственности за общественно опасные деяния в сфере медицинского обслуживания : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Киев, 1990. 40 с.

15. Кирова Т.А., Куранов В.Г. Проблемы определения объекта в составе ст. 124 УК РФ (неоказание помощи больному). *Четвёртый пермьский международный конгресс учёних-юристов* : материалы междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 18–19 октября 2013 г.) / отв. ред. О.А. Кузнецова ; Перм. гос. нац. иссл. ун-т. Пермь, 2013. С. 237–238.

16. Щетинина Н.В. Неоказание помощи больному: уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации. *Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России*. 2019. № 1 (81). С. 143–149.

17. Берило О.Г. Кримінальна відповідальність за ненадання допомоги хворому медичним працівником : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» ; Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2018. 246 с.

18. Назмутдинова Л.М. Объект преступления неоказания помощи больному по уголовному праву России. *Учёные записки Казанского университета. Серия Гуманитарные науки*. 2013. Т. 155, кн. 4. С. 211–217.

19. Ившин И.В. Судебно-медицинские аспекты профессиональных преступлений медицинских работников против жизни и здоровья : дисс. ... канд. мед. наук : 14.00.24 «Судебная медицина» ; Московский государственный медико-стоматологический университет. Москва, 2005. 261 с.

20. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

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

22. Конституція України від 28 червня 1996 року / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

23. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения, тома 1–39. Издание второе. Москва : Издательство политической литературы, 1955–1974 гг. Т. 20. 858 с.

24. Кримінальне право України: Особлива частина – розділи I, II: Практикум : навчальний посібник / В.Д. Гвоздецький та ін. ; за заг. ред. В.К. Матвійчука. Київ : КНТ, 2008. 256 с.

25. Триньова Я.О. Кримінально-правова оцінка позбавлення життя людини із співчуття до неї : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» ; Національна академія прокуратури України. Київ, 2010. 22 с.

26. Савченко А.В., Шуляк Ю.Л. Кримінальне право України. Загальна та Особлива частини (у схематичних діаграмах) : навчальний посібник. Київ : «Центр учбової літератури», 2015. 312 с.

27. Борзенков Г.Н. Квалификация преступлений против жизни и здоровья : учебно-практическое пособие. Москва : ИКД «Зерцало-М», 2005. 144 с.

28. Марєєв В.В. Об'єкт злочинів, що посягають на права пацієнтів, його види та ознаки. *Актуальні проблеми політики* : Збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С.В. Ківалов ; відп. за вип. Л.І. Кормич. Одеса : Фенікс, 2011. Вип. 41. С. 238–245. URL: http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/1287 (дата звернення: 03.02.2020).

29. Зайцева А.М. Жизнь человека как объект конституционно-правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Москва, 2009. 28 с.

30. Стеценко С.Г. Юридическая регламентация медицинской деятельности в России (исторический и теоретико-правовой анализ) : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правових учений» ; Санкт-Петербургский университет МВД России. Санкт-Петербург, 2002. 452 с.

31. Фойницкий И.Я. Курсъ уголовнаго права. Часть Особенная. Посягательства личныя и имущественныя. Пятое изданіе. Санкт-Петербургъ : Тип. М.М. Стасюлевича, 1907. 441 с.

32. Про затвердження Інструкції з визначення критеріїв перинатального періоду, живонародженості та мертвонародженості, Порядку реєстрації живонароджених і мертвонароджених : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 29 березня 2006 року № 179. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0427-06 (дата звернення: 03.02.2020).

33. Набоковъ В.Д. Элементарный учебникъ Особенной части русскаго уголовнаго права. Книги I и II. Выпускъ первый. Санкт-Петербургъ : Сенатская типографія, 1903. 229 с.

34. Нуркаева Т.Н. Уголовно-правовая охрана личных (гражданских) прав и свобод человека (вопросы теории и практики) : автореф. дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2006. 48 с.

35. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление и защита) : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право» ; Московская государственная юридическая академия. Москва, 1997. 431 с.

36. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 1). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Москва : Статут, 1997. 290 с.

37. Попов А.Н. О начале уголовно-правовой охраны жизни в Российской Федерации. *КриминалистЪ*. 2013. №2 (13). С. 77–84.

38. Ковлер А.И. Антропология права : учебник для вузов. Москва : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2002. 480 с.

39. Конституція Словацької Республіки від 1 вересня 1992 року. URL: https://www.zakonypreludi.sk/zz/1992-460 (дата звернення: 03.02.2020).

40. Коротаева М.А. К вопросу установления начала жизни при квалификации детоубийства. URL: https://cyberleninka.ru/article/v/k-voprosu-ustanovleniya-nachala-zhizni-pri-kvalifikatsii-detoubiystva (дата звернення: 03.02.2020).

41. Шарапов Р.Д. Насилие в уголовном праве (понятие, квалификация, совершенствование механизма уголовно-правового предупреждения) : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 2006. 418 с.

42. Coughlan M.J. When Did I Begin? Conception of the Human Individual in History, Philosophy and Science by Norman M. Ford. *Bioethics*. 1989. 3(4). P. 333–341.

43. Jones D.G. The problematic symmetry between brain birth and brain death. *Journal of Medical Ethics*. 1998. 24(4). P. 237–242. DOI: 10.1136/jme.24.4.237.

44. Jones D.G. Brain birth and personal identity. *Journal of medical ethics*. 1989. 15(4). P. 173–178. DOI: 10.1136/jme.15.4.173.

45. Burgess J.A, Tawia S.A. When did you first begin to feel it? Locating the beginning of human consciousness. *Bioethics*. 1996. 10(1). P. 1–26.

46. Михайличенко С.И. Предупреждение незаконного производства аборта: уголовно-правовой и криминологический аспекты : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Забайкальский государственный университет. Москва, 2014. 154 с.

47. Уголовное право. Особенная часть : учебник для вузов / отв. ред. проф. И.Я. Козаченко, проф. З.А. Незнамова, доц. Г.П. Новоселов. 3-е изд., изм. и доп. Москва : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2001. 960 с.

48. Орлеан А.М. Початок кримінально-правової охорони життя людини. *Вісник Академії правових наук України* : збірник наукових праць / редкол. : В.Я. Тацій та ін. Харків : Право, 2012. № 4 (71). С. 299–307.

49. Рашковская Ш.С. Преступления против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности : Лекции для студентов ВЮЗИ / под. ред. А.Н. Васильева. Москва, 1956. 87 с.

50. Про охорону дитинства : Закон України від 26 квітня 2001 року № 2402-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14 (дата звернення: 03.02.2020).

51. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004?lang=uk (дата звернення: 03.02.2020).

52. Соловйов А.В. Право людини на життя: цивільно-правові аспекти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» ; Львівський національний університет імені Івана Франка. Львів, 2004. 19 с.

53. Мацегорін О.І. Цивільно-правова природа права на життя. *Часопис Київського університету права*. 2008. № 1. С. 101–105.

54. Красавчикова Л.О. Понятие и система личных, не связанных с имущественными прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 «Гражданское право, семейное право, гражданский процесс, международное частное право» ; Уральская государственная юридическая академия. Екатеринбург, 1994. 435 с.

55. Большая медицинская энциклопедия: в 30-ти т. АМН СССР. / гл. ред. Б.В. Петровский. 3-е изд. Москва : Советская энциклопедия. Т. 23. САХАРОЗА – СОСУДИСТЫЙ ТОНУС, 1984. 544 с. с ил., 11 л. ил.

56. Про встановлення діагностичних критеріїв смерті мозку та процедури констатації моменту смерті людини : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23.09.2013 року № 821, зареєстрований у Міністерстві юстиції України 14 жовтня 2013 року за № 1757/24289. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1757-13 (дата звернення: 03.02.2020).

57. Статут (Конституція) Всесвітньої організації охорони здоров'я. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_599 (дата звернення: 03.02.2020).

58. Права пациента, терминологический словарь-справочник / В.В. Глуховский, А.В. Ангелов. Москва : Издательство ООО «Дизайн и полиграфия», 2008. 132 с.

59. Антонов С.В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2006. 206 с.

60. Dixit S., Mishra M., & Sharma A.K. Conceptualisation of Health and Illness: A Study of Social Representations among Bondos of Orissa. *Psychology and Developing Societies*. 2008. 20(1). P. 1–26. URL: https://doi.org/10.1177/097133360702000101 (дата звернення: 03.02.2020).

61. Коцан І.Я., Ложкін Г.В., Мушкевич М.І. Психологія здоров'я людини / за ред. І.Я. Коцана. Луцьк : РВВ «Вежа» Волин. нац. ун-ту ім. Лесі Українки, 2011. 430 с.

62. Вайнер Э.Н. Валеология : учебник для вузов. Москва : Флинта : Наука, 2001. 416 с.

63. Сенюта І.Я. Право людини на охорону здоров'я та його законодавче забезпечення в Україні (загальнотеоретичне дослідження) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних та правових учень» ; Львівський національний університет імені Івана Франка. Львів, 2006. 217 с.

64. Побегайло Э.Ф. Преступления против жизни и здоровья. Уголовное право России : учебник для вузов. В 2 т. Т. 2. Особенная часть / под ред. А.Н. Игнатова, Ю.А. Красикова. Москва : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. С. 8–68.

65. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В І. Тютюгіна. 5-те вид., допов. Харків : Право, 2013. Т. 2 : Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с.

66. Безручко Е.В. Уголовная ответственность за причинение вреда здоровью человека : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Ростов-на-Дону, 2001. 203 с.

67. Казначеев В.П., Спирин Е.А. Космопланетарный феномен человека: Проблемы комплексного изучения. Новосибирск : Наука. Сиб. отд-ние, 1991. 304 с.

68. Голяченко О.М. Соціальна медицина та організація охорони здоров'я. Київ : ВСВ «Медицина», 2011. 208 с.

69. Кримінальний кодекс України : Закон від 05.04.2001 № 2341-III / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.

70. Про екстрену медичну допомогу : Закон України від 05 липня 2012 року № 5081-VI / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 30. Ст. 340.

71. Про затвердження Порядку надання первинної медичної допомоги : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 19 березня 2018 року № 504 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0348-18 (дата звернення: 03.02.2020).

72. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17 травня 2018 року № 2427-VIII / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 28. Ст. 232.

73. Тихомиров А.В. Медицинское право : практическое пособие. Москва : Издательство «Статут», 1998. 418 с.

74. Іщенко О.М., Матвійчук В.К., Єросова І.Ю. Кримінально-правовий захист атмосферного повітря : навчальний посібник. Київ : РВВ МВС України, 1994. 64 с.

75. Сенаторов М.В. Потерпілий від злочину в кримінальному праві / за науковою редакцією доктора юридичних наук, професора, академіка Академії правових наук України В.І. Борисова. Харків : Право, 2006. 208 с.

76. Татаркин В.В. Преступления медицинских работников против жизни и здоровья : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Ростовский юридический институт МВД России. Ростов-на-Дону, 2007. 210 с.

77. Сенокосова Е.К. Профессиональная некомпетентность и недобросовестность при оказании медицинской помощи: криминологические и уголовно-правовые аспекты : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» ; Омский государственный университет им. Ф.М. Достоевского. Омск, 2018. 234 с.

78. Ясеницький В. Потерпілий як ознака складів злочинів, що посягають на життя і здоров'я пацієнта. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні* : Матеріали XVII регіональної науково-практичної конференції. 3–4 лютого 2011 р. Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2011. С. 320–322.

79. Стеценко С.Г. Медичне право України (реалізація та захист прав пацієнтів) : монографія / С.Г. Стеценко, В.О. Галай. Київ : Атіка, 2010. 168 с.

80. Бабаджанов Дж. Понятие пациента в теории и законодательстве. *Вестник Таджикского государственного университета права, бизнеса и политики. Серия гуманитарных наук*. 2014. № 5(61). С. 63–68. URL: https://cyberleninka.ru/article/v/ponyatie-patsienta-v-teorii-i-zakonodatelstve (дата звернення: 03.02.2020).

81. Матвійчук В.К. Теоретичні та прикладні проблеми кримінально-правової охорони навколишнього природного середовища : монографія. Київ : Національна академія управління, 2011. 368 с.

82. Дроздов А.В. Человек и общественные отношения. Ленинград : Изд-во Ленингр. гос. ун-та, 1966. 124 с.

The article addresses the issue of identifying the direct object of the crime of failure to render assistance to a sick person by a medical professional. The general theoretical provisions concerning the main and additional direct objects of crime, the structure of these social relations, the available scientific perspectives regarding the direct object of the specified crime, as well as the current legislation and judicial practice are investigated.

Author defines the definition of the main direct object of the crime of failure to render assistance to a sick person by a medical professional which should be understood as the social relations arising from the conditions for providing, in accordance with the current legislation, the provision of medical care to the person in need by exercising the right to health care and medical assistance by a physician or other health care professional in public, communal, private health care institutions or a person who is registered and licensed on economic activities of medical practice, as well as the additional direct object of the crime under Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine is defined as public relations arising from the provision of conditions for the proper protection of life and health of the individual.

The beginning of a person's life should be considered as the expulsion of the baby from the mother's body by physiological delivery or removal of the baby from the womb as a result of caesarean section, as well as the child's self-breathing or such signs of life as heartbeat, skeletal muscle movements or cord pulsations need to be observed in the period after the full 22 weeks of pregnancy.

The endpoint of a person's life should be considered as the moment of the onset of irreversible death by brain death or the onset of biological death of a person, which is connected with the development of the irreversible process of cell breakdown of the central nervous system.

The formulated definition of the term "life" is given by the author as the period of existence of the human body, which begins with the moment of expulsion of the child from the mother's body by physiological childbirth or removal of the baby from the womb as a result of caesarean section, as well as the child's self-breathing or such signs of life as heartbeat, movement skeletal muscle or umbilical cord pulsation need to be observed after 22 weeks of gestation and ends with the onset of irreversible death by brain death or biological death which is connected with the development of an irreversible process of disintegration of the cells of the central nervous system.

The author defines the term "patient" as a person who is being provided by medical care or medical service or a person who has applied to a state, municipal, private medical institution or to an individual entrepreneur who is registered and licensed to carry on business activities with medical practice in accordance with the procedure established by law for medical assistance or medical service, regardless of their health status (for example: sick person, parturient woman, pregnant woman, newborn, donor, recipient, others people with no illness) about exercising their right to health and medical care, as well as the person who voluntarily consented to the biomedical experiment.

A proposal for a replacement in the title and disposition of Art. 139 of the Criminal Code of Ukraine the term "patient" for "sick person" in the corresponding case and number is given.

Key words: social relations, object structure, failure to render assistance to a sick person, healthcare provider, patient, life, health, beginning of life, end of life.

УДК 343.28/.29
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.47

Максим Глоба,
здобувач кафедри кримінального права № 1
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ВИЗНАННЯ ВИНУВАТОСТІ У США ТА ВЕЛИКОБРИТАНІЇ

У статті розглядається та аналізується зарубіжний досвід правового регулювання кримінально-правових наслідків у разі укладення угоди про визнання винуватості. На прикладі країн США та Великобританії показано особливості призначення покарання у разі визнання винуватості в англосаксонській системі права. Вирішення кримінально-правового конфлікту шляхом укладення угоди про визнання винуватості є досить поширеним у США та Великобританії. Встановлено, що американська модель погоджувальних процедур стала ідеологічною базою для формування та поширення даного методу у кримінальному судочинстві в інших країнах. У кримінальному процесі США передбачається можливість укладення різних видів угод. Угода про визнання винуватості («plea bargain») полягає у відмові обвинуваченого від судового розгляду його справи в обмін на пом'якшення кримінальної відповідальності. Її видами є угода щодо покарання та угода щодо обвинувачення. У разі укладення угоди щодо покарання («Sentence Bargaining») прокурор пропонує пом'якшити покарання в обмін на визнання винуватості підозрюваним, а в разі укладення угоди щодо обвинувачення («Charge bargaining») прокурор погоджується зменшити обсяг обвинувачення шляхом відмови від деяких звинувачень або перекваліфікації вчиненого на менш тяжкий злочин чи проступок в обмін на визнання винуватості підозрюваним. Іншим видом угоди у кримінальному процесі США є угода про співпрацю. Її зміст полягає у сприянні підозрюваним/обвинуваченим розслідуванню і судовому переслідуванню злочинної діяльності інших осіб, які не є обвинуваченими, в обмін на обов'язкове пом'якшення кримінальної відповідальності за його власну протиправну поведінку. За законодавством Великобританії, якщо обвинувачений визнає свою винуватість за певними пунктами обвинувального акта, за іншими пунктами обвинувачення не здійснюється, а відповідальність пом'якшується. Максимальний рівень пом'якшення покарання у разі визнання винуватості становить третину від максимального строку покарання, передбаченого за вчинений злочин, а індивідуальний ступень пом'якшення залежить від стадії розгляду справи у суді, на якій була зроблена така заява.

Ключові слова: угода, визнання винуватості, призначення покарання, кримінально-правовий конфлікт, узгодження покарання.

Постановка проблеми. Реформа кримінального процесуального законодавства, яка відбувалась у зв'язку з прийняттям у 2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), торкнулась і сфери вітчизняного кримінального права, яке поповнилось новими нормами, що закріплюють можливість призначення покарання на підставі угоди між прокурором і підозрюваним/обвинуваченим про визнання винуватості (далі – угода про визнання винуватості). Угода про визнання винуватості – це форма добровільної домовленості між обвинувачем (прокурором) і підозрюваним/обвинуваченим, за якої сторони після початку кримінального провадження або після вручення письмового повідомлення про підозру узгоджують кримінально-правові наслідки вчиненого злочину за наявності беззастережного визнання останнім своєї винуватості у цьому делікті. Якщо порядок укладення такої угоди детально регулюється у КПК (Глава 35 «Кримінальне провадження на підставі угод»), то у Кримінальному кодексі України (далі – КК) цьому питанню присвячені тільки ч. 5 ст. 65 КК та ч. 2 ст. 75 КК, які лише констатують факт наявності у суду повноважень у разі укладення такої угоди призначити узгоджене покарання або звільнити засудженого від відбування узгодженого покарання з випробуванням. Водночас у КК відсутні спеціальні правила призначення покарання у разі укладення такої угоди.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із цієї теми свідчить про відсутність належної уваги з боку науковців до проблеми призначення покарання у зв'язку з укладенням угоди про визнання винуватості, незважаючи на те, що окремим аспектам

© М. Глоба, 2020

інститутів призначення покарання та угоди про визнання винуватості присвячені численні наукові публікації. Загальні тенденції розвитку цих інститутів у своїх працях вивчали П. П. Андрушко, Р. Ш. Бабанли, В. М. Бурдін, М. М. Васюк, А. А. Вознюк, В. Г. Дрозд, О. О. Дудоров, С. М. Міщенко, В. В. Навроцька, Р. В. Новак, О. В. Плахотнік, Ю. А Пономаренко, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, Ю. В. Шинкарьов та багато інших. Проте в аспекті зарубіжного досвіду правової регламентації призначення покарання у разі укладення угоди про визнання винуватості ця проблема є малодослідженою.

Метою статті є аналіз правового регулювання призначення покарання у разі укладення угоди про визнання винуватості у США та Великобританії для вироблення шляхів удосконалення відповідних вітчизняних кримінально-правових норм.

Виклад основного матеріалу. Якщо для вітчизняної правової системи призначення покарання на підставі укладення угоди про визнання винуватості є новим, то у зарубіжному праві вирішення кримінально-правових конфліктів у такий спосіб використовується вже давно та є досить поширеним. Вирішення кримінальних справ на підставі угоди про визнання винуватості застосовується у багатьох країнах, зокрема в Австралії, Болгарії, Великобританії, Грузії, Естонії, Іспанії, Литві, Канаді, Нідерландах, Німеччині, Норвегії, Польщі, США, Франції, Швейцарії та багатьох інших. Англія та США одними з перших почали використовувати даний спосіб вирішення кримінально-правового конфлікту. Вважається, що саме американська модель погоджувальних процедур стала ідеологічною базою для формування та поширення даного методу у кримінальному судочинстві в інших країнах.

У кримінальному процесі США передбачається можливість укладення двох видів угод: щодо визнання винуватості та співробітництво зі слідством. Передумови, підстави та порядок їх укладення закріплюються у Федеральних правилах кримінального судочинства (правило 11) [1], Зводі законів США (section. 18 U.S.C. § 3553(c)) [2], Федеральних керівних принципах винесення вироків США (§ 5 K 1.1.) [3]

У США угода між прокурором та обвинуваченим має назву «plea bargain». Її зміст полягає у тому, що обвинувачений відмовляється від свого конституційного права на розгляд справи судом з одночасним визнанням своє винуватості у вчиненому злочині в обмін на застосування менш суворої відповідальності, ніж та, яку він міг би зазнати у разі розгляду справи судом у загальному порядку.

Даний інститут є органічною частиною кримінального судочинства США вже біля 200 років. Перші згадування про розгляд кримінальних справ на підставі угод про визнання винуватості у США припадають на початок XIX ст. Втім, якщо до початку XX ст. такий спосіб вирішення кримінально-правового конфлікту мав винятковий характер та становив лише 20 % від усіх судових рішень, то на сучасному етапі цей метод є домінуючим в американському судочинстві, а його доля зросла майже до 97 % [4].

У правовій літературі зазначається, що право на суд присяжних було центральною частиною системи правосуддя у перші роки існування США та визнавалось невід'ємною частиною громадянських свобод американців відповідно до сьомої поправки Білю про права [5]. Саме тому процедура укладення угоди про визнання винуватості у кримінальному судочинстві не зустрічається в колоніальній Америці. Однак на початку XIX сторіччя збільшення навантаження на суд призвело до того, що судовий розгляд міг тривати від декількох хвилин або годин до декількох тижнів або місяців [6]. У зв'язку з цим у цей період у США з'являється тенденція щодо відходу від класичної моделі обвинувального кримінального судочинства: з'ясування усіх фактичних обставин справи, пошуку істини та доказування вини особи. Оголошення себе винним визнається достатнім для прийняття судом рішення по справі. Причинами популярності практики укладання угоди про визнання винуватості у кримінальному процесі США вважаються: досить складний, громіздкий та тривалий процес судового розгляду кримінальних справ; відсутність значної кількості адвокатів, які б могли надати кваліфіковану правову допомогу, внаслідок чого винна особа залишалася сам на сам перед караючим мечем правосуддя; прагнення винного отримати гарантоване пом'якшення відповідальності замість непередбачуваного рішення суду присяжних, який зазвичай був схильним до застосування найсуворіших заходів кримінально-правового характеру. Ці факти у поєднанні з корумпованою атмосферою американського кримінального судочинства, яка перешкоджала справедливому розгляду кримінальних справ наприкінці XIX – на початку XX ст., у правовій літературі визнаються причинами, що сприяли росту кількості кримінальних справ, що вирішувались шляхом перемовин щодо визнання винуватості, незважаючи на їх засудження апеляційними судами [7].

У 1946 році визнання винуватості як правовий інститут отримало своє закріплення у Федеральних правилах кримінального судочинства. Правило 11 цього нормативно-правового акта детально регламентує порядок та наслідки укладання угоди про визнання винуватості у кримінальному процесі [1]. Особливістю американської погоджувальної процедури є те, що угода може бути укладена у разі вчинення будь-якого злочину, незалежно від його виду, тяжкості та наявності потерпілого. При цьому дослідження доказів у суді практично не проводиться, а визнання визнається обставиною, яка не потребує свого підтвердження конкретними фактичними обставинами по справі та є достатньою самостійною підставою для затвердження укладеної угоди судом. При цьому Федеральні правила кримінального судочинства США не гарантують обов'язкового пом'якшення покарання у разі застосування погоджувальних процедур.

У США досить поширені два види угод між правопорушником та прокурором: угода щодо покарання та угода щодо обвинувачення. Угода щодо покарання («Sentence Bargaining») полягає у тому, що прокурор пропонує пом'якшити покарання в обмін на визнання винуватості підозрюваним. У разі укладення угоди щодо обвинувачення («Charge bargaining») прокурор погоджується зменшити обсяг обвинувачення шляхом відмови від деяких звинувачень або перекваліфікації вчиненого на менш тяжкий злочин чи проступок в обмін на визнання винуватості підозрюваним [7]. Наприклад, перекваліфікувати вбивство першого ступеня (американський аналог особливо кваліфікованого складу вбивства (ч. 2 ст. 115 КК)) на вбивство третього ступеня (американський аналог основного складу вбивства (ч. 1 ст. 115 КК)) або виключити зі змісту звинувачення один чи декілька епізодів злочинної діяльності винного [8]. Так, відповідно до п. (1) ч. (с) правила 11 Федеральних правил кримінального судочинства в США, якщо обвинувачений визнає себе винуватим або побажає не оскаржувати свою вину у пред'явлених злочинах або в менш тяжких злочинах, зазначених угодою, то сторона обвинувачення може: а) не висувати нові звинувачення або відмовитися від інших пред'явлених звинувачень; б) рекомендувати суду не перешкоджати проханню обвинуваченого призначити йому певне покарання або покарання в певних межах; в) рекомендувати суду враховувати або не враховувати певне положення Федеральних правил щодо ухвалення вироків або конкретну пом'якшуючу або обтяжуючу обставину [1].

Відповідно до п. (1) ч. (с) правила 11 Федеральних правил кримінального судочинства в США суд не бере участі у процесі укладення угоди та формуванні її змісту. Сторонами угоди виступають виключно обвинувачений та державний обвинувач, які проводять конфіденційні перемовини, участь у яких бере також захисник. Що ж стосується потерпілого, то його участі у процесі укладення угоди про визнання винуватості не передбачено.

Умовами затвердження консенсуальної угоди судом є встановлення: 1) факту добровільності визнання винуватості обвинуваченим, тобто того, що оголошення себе винним не є результатом застосування сили, погроз або певних обіцянок (крім обіцянки щодо укладення угоди); 2) наявності фактичної підстави для укладення угоди, тобто встановлення дійсного факту вчинення злочину.

У разі затвердження угоди повний судовий розгляд за участю суду присяжних не здійснюється. Суд зазвичай визнає доведеними саме ті звинувачення та обмежується тими доказами, які визнали доцільним заявити сторони угоди. У такій ситуації обвинувальний вирок фактично виконує роль акта, який надає силу і звертає до виконання рішення, закріплене сторонами угоди. Водночас умови угоди є обов'язковими для її сторін. Однак, якщо суд, розглядаючи угоду, дійте висновку, що її зміст суперечить публічним інтересам, він може призначити більш суворе покарання, ніж те, що узгодили сторони, або відмовити у її затверджені та призначити розгляд справи у загальному порядку. Саме така ситуація мала місце у кримінальній справі відомого американського гангстеру Аль Капоне, який, розраховуючи на суттєве пом'якшення покарання, уклав угоду з прокурором про визнання винуватості. Проте суддя відмовив у затверджені цієї угоди та замість покарання у виді п'яти років позбавлення волі, яке було предметом домовленості між злочинцем та прокурором, призначив одинадцять років позбавлення волі [9].

Іншим видом угоди, яка може бути укладена у кримінальному процесі США, є угода про співпрацю (section. 18 U.S.C. § 3553(c)) [2]. Відмінність між угодою про співпрацю та угодою про визнання винуватості полягає у тому, що в останньому випадку допомога з боку підозрюваного (обвинуваченого) спрямована на розслідування і судове переслідування злочинної діяльності інших осіб, які не є обвинуваченими, тоді як при оголошенні себе винним має місце згода на відповідальність за власну поведінку. Зміст правових наслідків угоди про співпрацю у криміналь-

ному процесі США полягає в тому, що особа, яка визнала свою винуватість та допомагає розслідуванню іншого злочину або судовому переслідуванню особи, яка його вчинила, може розраховувати на призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за вчинений нею злочин. Така допомога органам влади визнається самостійною пом'якшуючою обставиною та виступає спеціальною підставою для обов'язкового зниження покарання. Останніми роками вирішення кримінальних справ на підставі «істотної допомоги» застосовувалось майже у чверті усіх федеральних справ [10]. Застосування більш м'якого покарання, ніж передбачено законом за вчинений злочин, для цих випадків не тільки спонсорується стороною обвинувачення, а й прямо дозволяється Керівними принципами винесення вироків (§5 K1.1.) [3].

Порядок укладення угоди про визнання винуватості у Великобританії має схожі риси з американською моделлю. У разі, якщо обвинувачений визнає свою винуватість за певними пунктами обвинувального акта, за іншими пунктами обвинувачення не здійснюється, а відповідальність пом'якшується. Відповідно до ст. 144 Закону про кримінальне правосуддя («Criminal Justice Act») 2003 р. [11] (далі – Закон) сторонами угоди про визнання винуватості виступає прокурор та особа, яка вчинила злочин. Суд і потерпілий не є сторонами даної угоди, при цьому згода останнього не визнається умовою для її укладення. Угода про визнання винуватості може бути укладена між сторонами на будь-якій стадії розгляду справи, але до видалення суду в нарадчу кімнату. У ст. 144 Закону передбачається обов'язкове пом'якшення покарання у разі укладення угоди про визнання винуватості. Водночас положення ст. 144 не конкретизують ступеня пом'якшення відповідальності та умов, від яких воно залежить. У зв'язку з цим з метою впорядкування та уніфікації судової практики у сфері призначення покарання на підставі угод Апеляційний суд Великобританії розробив керівництво щодо винесення вироків у справах про визнання винуватості, яке вступило в силу 1 червня 2017 р. та має обов'язковий характер для магістратських судів та суду Корони [12]. Так, згідно з цим керівництвом максимальний рівень пом'якшення покарання у разі визнання винуватості становить третину від максимального строку покарання, передбаченого за вчинений злочин. При цьому індивідуальний ступень пом'якшення залежить від стадії розгляду справи у суді, на якій була зроблена заява. Такий диференційований підхід щодо ступеня пом'якшення покликаний стимулювати до більш раннього визнання особою своєї винуватості. Так, якщо заява була зроблена у день першого слухання на стадії попереднього розгляду справи у суді, покарання має бути обов'язково пом'якшено на одну третину. Після першого слухання максимальний рівень скорочується до однієї четвертої. З кожним наступним судовим засіданням на стадії попереднього судового розгляду обов'язковий ступень пом'якшення покарання зменшується з однієї четвертої до десятої, тобто скорочення знижок відбувається в міру наближення дати судового розгляду справи. При цьому, якщо клопотання щодо визнання винуватості вноситься під час судового розгляду справи, обов'язкове пом'якшення покарання може взагалі виключатися [12]. Водночас скорочення строків або розмірів покарання не допускається у разі вчинення злочину з використанням зброї або якщо результатом пом'якшення покарання може стати його обрання у розмірі, нижчому за його допустимий мінімум, а також у разі вчинення вбивства, яке карається довічним позбавленням волі [13].

Висновки

Укладення угоди про визнання винуватості є досить поширеним способом вирішення кримінально-правового конфлікту у судовій практиці США та Великобританії. Доцільність існування цього способу перевірена та підтверджена часом та правозастосовною практикою. Правове значення даного інституту в системі кримінального судочинства полягає у скороченні фінансових витрат на судочинство, скорішому відновленню прав потерпілої сторони, наданні можливості правоохоронним органам зосередити свої зусилля на найбільш складних і резонансних злочинах. Особливістю угоди про визнання винуватості за законодавством США та Великобританії є те, що вона може бути укладена у разі вчинення будь-якого злочину та на будь-якій стадії розгляду справи, проте до виходу суду у нарадчу кімнату. Сторонами угоди виступають прокурор та підозрюваний (обвинувачений), які у тому числі можуть домовлятися про вид та розмір покарання. Проте суд не зв'язаний умовами угоди, а тому, якщо її зміст суперечить публічним інтересам, він може відійти від досягнутих домовленостей та призначити інше, більш суворе, покарання, ніж було узгоджено сторонами угоди, або призначити розгляд справи у загальному порядку. На законодавчому рівні не гарантується обов'язкове пом'якшення покарання у разі укладення угоди про визнання винуватості, проте на

практиці це є досить поширеним. Водночас інший вид угоди, а саме угода про співпрацю, змістом якої є сприяння розкриттю злочинної діяльності іншої особи або допомога у її встановлені чи затриманні, визнається самостійною підставою для обов'язкового пом'якшення покарання.

Список використаних джерел:

1. Federal Rules of Criminal Procedure. URL: https://www.federalrulesofcriminalprocedure.org/title-iv/rule-11-pleas/ (дата звернення: 10.11.2019).

2. United States Code. URL: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3553(дата звернення: 10.12.2019).

3. United States sentencing commission Guidelines Manual. URL: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2014/GLMFull.pdf (дата звернення: 10.12.2019).

4. Lindsey Devers Plea and Charge Bargaining Research Summary. URL: https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf. (дата звернення: 10.12.2019).

5. Hari Kishan Darker side of plea bargaining: The worldwide scenario with future perspectives. *International Journal of Advance Research and Developmen*. Volume 3, Issue 6. 2018. P. 28–37. URL: www.ijarnd.com/manuscripts/v3i6/V3I6-1147.pdf (дата звернення: 10.12.2019).

6. Emily Yoffe Innocence Is Irrelevant. *The Atlantic*. September 2017. URL: https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2017/09/innocence-is-irrelevant/534171/ (дата звернення: 18.12.2019).

7. Albert W. Alschuler Plea Bargaining and Its History. *Law & Society Review*. 1979. Vol. 79. № 1. 1-44pp.URL:https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=journal_articles (дата звернення: 18.12.2019).

8. Иванов А. А. Правовое регулирование института сделок о признании вины в США. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2012. № 2 (1). С. 282–286.

9. AL Capone / *New World Encyclopedia*. Previous (Al-Wathiq). URL: https://www.newworldencyclopedia.org/entry/Al_Capone Photograph Al Capone in Philadelphia, Pennsylvania, where he had been arrested and charged with carrying a concealed weapon, 1929/ (дата звернення: 11.12.2019).

10. Federal Sentencing: The Basics. United States sentencing commission. Washington. 2015. URL: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-projects-and-surveys/miscellaneous/201510_fed-sentencing-basics.pdf (дата звернення: 11.12.2019).

11. Criminal Justice Act 2003. URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/part/12/chapter/1/enacted (дата звернення: 09.12.2019).

12. Reduction in Sentence for a Guilty Plea. Briefing paper. Number 5974, 15 November 2017. URL: https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05974#fullreport (дата звернення: 10.12.2019).

13. Reduction in Sentence for a Guilty plea Definitive Guideline / URL: https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Reduction-in-Sentence-for-Guilty-Plea-definitive-guideline-SC-Web.pdf (дата звернення: 10.12.2019).

The article examines and analyzes foreign experience of legal regulation of criminal consequences in case of conclusion of plea bargain. The example of the US and UK shows the peculiarities of sentencing in the case of a plea bargain in the Anglo-Saxon Legal System. A plea bargain is widespread in the US and the UK. It is established that the American model of conciliation procedures has become an ideological basis for the formation and dissemination of this method in criminal proceedings in other countries. The US criminal process provides for the possibility of concluding various Types of Criminal Pleas. The plea bargain is any agreement in a criminal case between the prosecutor and defendant whereby the defendant agrees to plead guilty or nolo contendere to a particular charge in return for some concession from the prosecutor. Their types are Sentence Bargaining and Charge bargaining. Sentence bargaining involves assurances of lighter or alternative sentences in return for a defendant's pleading guilty. Charge bargaining involves assurances, if the defendant accepts this type of plea bargain, then he pleads guilty to a crime that is less serious than what he was initially charged with. Another kind of agreement in the US criminal process is a cooperation agreement. Its content is to facilitate the suspect to investigate and prosecute the criminal activities of other non-accused persons in exchange for the mandatory mitigation of criminal liability. Under UK law, if a defendant pleads guilty to certain counts in the indictment, no other accusation is made and the liability is mitigated. The maximum level of sentence is one third of the maximum sentence for the crime committed, and the individual degree of mitigation depends on the stage of trial in the court in which such a statement was made. Where a guilty plea is indicated at the first stage of proceedings a reduction of one-third should be made. The first stage is the first hearing at which a plea or indication of plea is sought and recorded by the court. After the first stage of the proceedings the maximum level of reduction is one-quarter. The reduction should be decreased from one-quarter to a maximum of one-tenth on the first day of trial. The reduction should normally be decreased further, even to zero, if the guilty plea is entered during the course of the trial.

Key words: plea bargain, agreement, punishment, criminal conflict, sentence, criminal case.

УДК 343.241.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.48

Марія Корабель,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ФОРМУВАННЯ САНКЦІЙ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ НОРМИ

Стаття присвячена науково-правовому аналізу формування санкцій у статтях Особливої частини Кримінального кодексу України. Аналізується поняття кримінально-правової норми та зв'язок санкції зі ступенем суспільної небезпечності вчиненого злочину для подальшої її побудови, що відповідає загальним засадам і принципам формування санкцій кримінально-правової норми. Санкція є обов'язковим складником статті або частини статті Особливої частини КК України, що являє собою модель виду й обсягу покарання, пропорційну суспільній небезпечності злочину, передбаченого чинним Кримінальним кодексом. Санкція розкриває правовий аспект кримінального покарання, вказуючи на його вид та обсяг, виконуючи при цьому роль моделі кримінального покарання, передбаченого за вчинений злочин. Покарання за своїм змістом полягає у передбаченому законом обмеженні певних прав і свобод засудженого. Залежно від конкретного виду покарання, передбаченого в санкції статті Кримінального кодексу України, таке обмеження може стосуватися окремих особистих, майнових та інших прав і свобод людини та громадянина, передбачених Конституцією України. Саме в певних обмеженнях і виражається така властивість покарання, як кара. Кара є основною ознакою будь-якого кримінального покарання і повинна відповідати характеру і тяжкості злочину. Кримінальне покарання має виключно індивідуальний характер, тобто воно має бути застосоване до особи, яка за вироком суду визнана винною у вчиненні передбаченого КК України злочину. Досягнення поставлених перед покаранням цілей, безумовно, залежить від змісту санкції за діяння, яке в законі про кримінальну відповідальність визначене як злочин, передбачений Особливою частиною КК України. Санкція обов'язково має бути адекватною, справедливою, тобто величина санкції кримінально-правової норми повинна перебувати в прямій залежності від реальної суспільної небезпечності того діяння, яке описується в диспозиції, та узгоджуватися з іншими санкціями. Формування кримінально-правової норми має враховувати сумірність обмежень особистого та майнового характеру осіб, засуджених за скоєння злочину, передбаченого в диспозиції статті.

Ключові слова: кримінально-правова норма, покарання, санкції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України, принципи формування санкцій.

Постановка проблеми. Нині Україна долає складний і тернистий шлях реформування національного законодавства та приведення його до європейських стандартів. Цей процес зумовлює постановку нових завдань, розвиток нових напрямів кримінально-правової політики України. У цьому аспекті особливої актуальності набуває необхідність наукової розвідки правових механізмів протидії злочинності. Призначення необхідного і достатнього покарання до осіб, що скоїли злочин, є запорукою досягнення поставлених перед покаранням цілей. Передбачені в Кримінальному кодексі загальні засади призначення покарання закріплюють, що суд призначає покарання у межах, установлених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність за вчинений злочин. Не варто недооцінювати значущість санкції кримінально-правової норми для зазначених вище напрямів. У наукових працях значна кількість уваги приділяється усуненню недоліків формування санкцій у КК України як важливого етапу вдосконалення кримінального законодавства на шляху інтеграції до Європейського Союзу.

Актуальність наукової статті зумовлена необхідністю комплексного дослідження кримінально-правової санкції як значущого інструменту впливу на суспільство в процесі соціальної взаємодії щодо формування кримінально-правових норм. Проблеми законодавчого регулювання, вдосконалення та вивчення засад та принципів формування санкцій кримінально-правових норм були предметом дослідження вчених з кримінального права та кримінології, а саме: Ю. В. Бауліна, О. П. Горох, Н. О. Гуторової, Т. А. Денисової, Ю. А. Демидов, С. І. Діментьєв, А. П. Козлова, М. Й. Коржанського, О. М. Литвина, М. І. Мельника, Н. А. Орлав-

© М. Корабель, 2020

ської, Н. Д. Семенової, В. Я. Тація, М. І. Хавронюка, М. Д. Шаргородського та ін.

Метою статті є науково-правовий аналіз формування санкцій у статтях Особливої частини Кримінального кодексу України.

Виклад основного матеріалу. Для удосконалення нормативної регламентації кримінально-правових санкцій необхідно дослідити побудову кримінальних санкцій загалом.

Санкція (з латин. Sanctio «найсуворіша постанова») – складова частина норми права, яка в разі невиконання норми визначає заходи державного впливу головним чином у формі примусу [15, с. 485].

В юридичній літературі поняття «санкція» визначається по-різному. Так, О.П Горох під санкцією розуміє переважно частину статті Особливої частини Кримінального кодексу, що визначає вид і розмір покарання за злочин, описаний у диспозиції [2, с. 95]. Н. А. Орловська розглядає санкцію як частину правової норми, в якій містяться вказівки на ті негативні наслідки, що настають для суб'єкта у разі невиконання ним правил, визначених у диспозиції, або умов, встановлених у гіпотезі норми права [11, с. 240]. А. О. Пінаєв санкцію визначає як частину статті кримінального закону, яка містить вказівки на вид і розмір покарання [13, с. 122]. О. Ф. Скакун зазначає, що санкція – це частина норми, яка встановлює заходи (вид і обсяг) державного примусу, що застосовуються у разі її порушення [15, с. 348].

У науковій роботі Т. А. Денисова, досліджуючи це питання, зазначає: санкція – це обов'язковий складник статті (або частини статті) Особливої частини КК України, який містить у собі модель виду й обсягу покарання, адекватного суспільній небезпечності злочинного діяння. Санкція розкриває правовий аспект кримінального покарання, вказуючи на його вид та обсяг, виконуючи при цьому роль моделі кримінального покарання, передбаченого за вчинений злочин. Однією з основних особливостей запропонованого визначення є вказівка на те, що санкція обов'язково має бути адекватною, справедливою, тобто величина санкції кримінально-правової норми повинна перебувати в прямій залежності від реальної суспільної небезпечності того діяння, яке описується в диспозиції, й узгоджуватися з іншими санкціями, а також бути сумірною з рівнем соціальної значущості тих чи інших благ і свобод, які втрачає або в яких обмежується засуджений [5, с. 135].

Відповідно, санкція має відповідати суспільній небезпечності діяння, надавати можливості індивідуалізувати покарання, враховуючи принципи та загальні засади призначення покарання. Ступінь небезпечності вчиненого протиправного діяння виступає основним критерієм для встановлення змісту та характеру санкції [19, с. 96].

О. Д. Соловйов, досліджуючи питання призначення покарань, робить висновок, що під час визначення меж караності враховується характер та ступінь суспільної небезпечності вчиненого злочину. Під характером суспільної небезпечності вчений розуміє суспільну небезпечність, яка властива не окремому злочину, а всім злочинам даного виду й визначається значенням та важливістю об'єкта злочину. Ступінь суспільної небезпечності становить індивідуальну ознаку конкретного злочину, яка визначається багатьма факторами, наприклад характером діяння, наслідками, виною [13, с. 204].

О. О. Книженко в своїй роботі підтримує позицію А. П. Козлова, на думку якого матеріальною основою санкції є суспільна небезпечність, яка виявляється не тільки у суспільній небезпечності діяння, суспільній небезпечності наслідку, суспільної небезпечності винного, а й в оцінці значущості об'єктів посягання. У зв'язку з цим автор пропонує як першочергове завдання побудови моделі санкцій визначити ієрархічність системи суспільних відносин – об'єктів посягання як початкового фактору створення системи санкцій й визначення меж кожної конкретної санкції. На переконання науковця, вказана система може бути побудована на двох рівнях (за родовими та безпосередніми об'єктами) й охоплювати всі об'єкти посягання, розташовуючи їх у певному порядку, який зростає чи зменшується залежно від ступеня соціальної значущості відносин [7, с. 84].

Ю. А. Демидов вважає, що характер суспільної небезпечності залежить від тієї сфери цінностей суспільного життя, на яку посягає злочин. Учений відстоює думку, що незважаючи на те, що характер суспільної небезпечності конкретного злочину визначається належністю до тієї чи іншої групи злочинів, він конкретизований змістом цінності безпосереднього об'єкта посягання. Чим цінніший об'єкт, тим більш небезпечним за інших рівних умов є злочинне посягання на нього [6, с. 73]. Автор відстоює позицію, що у кримінальному праві суспільна небезпечність злочину оцінюється законом та судом. Закон оцінює суспільну небезпечність типу (виду) злочину, а суд – окремо взятого злочину, кримінальну справу про вчинення якого він розглядає. Законодавчою оцінкою суспільної небезпечності злочину є санкція

кримінально-правової норми. Санкція у кримінальному праві є універсальною формою оцінки суспільної небезпечності, відображаючи специфіку кримінального права. Будь-яка кримінально-правова заборона, звернена до громадян, забезпечена санкцією, яка визначає покарання [7, с. 85].

Наступним, на що варто звернути увагу, є те, що санкція має бути узгоджена із санкціями за вчинення схожих за видом і характером злочинів.

У процесі свого дослідження С. І. Діментьєв зазначав, що за злочини, передбачені частиною другою та наступними частинами, має бути передбачено покарання, більш суворе за кваліфікаційний злочин. Він вважає, що в частині другій статті має передбачатися мінімальний термін покарання, рівний максимальному в першій частині. Також автор вважає недоцільним великий розрив між мінімальними та максимальними межами санкцій, він вважає що вказаний розрив має бути не більший за 3–5 років [6, с. 142], з чим ми погоджуємось. Так, злочини з кваліфікаційною ознакою (повторність, вчинення групою осіб), мають бути віднесені до числа тяжких або особливо тяжких злочинів. Так, наприклад, ч. 2 ст. 189 КК передбачає: «Вимагання, вчинене повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням свого службового становища, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або з пошкодженням чи знищенням майна, або таке, що завдало значної шкоди потерпілому, – карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років». Ч. 2 ст. 189 КК «Вимагання» з кваліфікаційною ознакою в поточній редакції належить до тяжкого злочину, суб'єктивна сторона злочину – прямий умисел, корисливий мотив, що підтверджує доцільність призначення конфіскації майна як обов'язкового додаткового покарання, щоб звернути більше уваги на суспільну небезпечність діяння [1, с. 74].

Санкція має давати можливість індивідуалізувати покарання, враховуючи принципи та загальні засади призначення покарань.

У процесі призначення покарання відносно визначені санкції дозволяють індивідуалізувати покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини що пом'якшують або обтяжують покарання. Відносно визначені санкції встановлюють мінімальні та максимальні межі призначеного покарання (позбавлення волі на строк від ... до ... років) та можуть передбачати лише максимальні межі покарання [15, с. 228]. Шляхом встановлення в КК відносно визначених санкцій законодавець дає можливість суду, виходячи з конкретних обставин кримінальної справи, в судовому процесі призначити покарання, необхідне і достатнє для виправлення особи та попередження нових злочинів.

Як зазначає О. І. Шинальський, для надання можливості індивідуалізувати покарання законодавець, встановлюючи норми, що регулюють застосування покарань, враховує всю різноманітність життєвих ситуацій, які можуть виникнути на практиці, і вже в самому законі намагається хоча б у загальній формі сформулювати відправні положення, які б індивідуалізували призначення покарання [18, с. 15]. Встановлення додаткових покарань у санкціях статей Особливої частини значно впливає на індивідуалізацію покарання. Так, за корисливі злочини – конфіскація майна, за злочини у сфері службової діяльності – позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю тощо.

Санкції мають будуватися на принципах доцільності, обґрунтованості, законності, рівності громадян перед законом, гуманізму, вини, справедливості, невідворотності кримінальної відповідальності, індивідуалізації покарання та економії заходів кримінально-правового впливу.

Конструювання санкцій має будуватися з урахуванням певних принципів, що випливають один з одного. Так, принципи обґрунтованості, справедливості, доцільності та вини можна охарактеризувати таким чином. Санкції повинні відповідати змісту суспільно небезпечного діяння, від якого охороняє суспільство кримінально-правова норма. Це означає, що якщо санкції деяких норм Особливої частини КК збігаються, то повинен збігатися і суспільно небезпечний рівень цих дій, і навпаки, якщо суспільна небезпека діяння приблизно однакова, то повинний збігатися розмір санкції [19, с.102].

М. І. Хавронюк вважає, що гуманізм має велике значення, оскільки приділяє значну увагу людській особистості як об'єкту не тільки кримінально-правового впливу, але й кримінально-правової охорони. Автор приділяє увагу ставленню не тільки до правопорушника, але й до потерпілого від злочину, у тому числі й до суспільства, яке має потребу в захисті від злочинних посягань [17, с. 9].

Досліджуючи принципи санкцій, Н. А. Орловська вважає, що принцип гуманізму необхідно розглядати з погляду конструювання як примусових санкцій норм Особливої частини КК (у плані вибору конкретних видів покарань та їхніх розмірів, уведення в санкції елементів приватно-правового реагування на правопорушення),

так і примусових санкцій Загальної частини КК, а також заохочувальних санкцій норм Загальної та Особливої частин КК. У цьому сенсі даний принцип пов'язаний з економією тих заходів кримінально-правового впливу, які включаються у зміст санкцій [11, с. 92]. Так, у ч. 4 ст. 212 КК України (розділ VII «Злочини в сфері господарської діяльності») йдеться про звільнення особи від кримінальної відповідальності, в тому числі у разі вчинення тяжкого злочину – ч. 3 ст. 212 КК України (за винятком випадків, коли це діяння було вчинене раніше засудженим за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) за умови, що винний до притягнення до кримінальної відповідальності сплатив податки, збори (обов'язкові платежі), а також відшкодував шкоду, заподіяну державі їх несвоєчасною сплатою (фінансові санкції, пеня). Водночас у ч. 4 ст. 212-1 КК України законодавець обмежився можливістю звільнення особи від кримі-нальної відповідальності лише у разі вчинення злочину невеликої тяжкості – ч. 1, 2 ст. 212-1 КК України [1, с. 92]. В інших статтях розділу, що передбачають відповідальність за злочини середньої тяжкості, заохочувальних санкцій (норм) не передбачено.

Висновки

У процесі дослідження формування кримінально-правової норми, а саме санкції, зроблено висновок про значну кількість недоліків, що властиві санкціям багатьох статей, зокрема, такі: 1) є недоцільним встановлення у санкції великої амплітуди між нижчими та вищими межами покарання у формі позбавлення волі на певний строк; 2) спостерігається певна непослідовність у визначенні видів покарань, тобто відступ від загального правила щодо побудови санкцій, згідно з яким покарання розміщуються від менш до більш суворого; 3) суперечлива побудова санкції певних статей Особливої частини КК без урахування порядку й особливостей призначення окремих видів кримінальних покарань стосовно певних категорій осіб; 4) недоцільно при визначенні меж певних видів покарань у санкціях статей Особливої частини Кримінального кодексу зазначати мінімальні межі, які встановлені в Загальній частині для цього виду покарання; 5) у конструюванні санкцій не завжди беруться до уваги характер і ступінь суспільної небезпечності передбаченого в диспозиції статті злочину, а також особливості суб'єкта злочину, що негативним чином позначається на судовій практиці; 6) не завжди є узгодженими санкції в основному, кваліфікованому та особливо кваліфікованому складах злочинів; 7) сумнівним є встановлення у санкції значної кількості основних видів покарання, які можуть бути призначені за той самий злочин (наприклад, санкції за злочин, передбачений ст. 185, 186 КК, містять п'ять видів покарань – від штрафу до позбавлення волі на певний строк); 8) необґрунтоване недотримання при конструюванні санкцій правила про допустиме співвідношення визначених у санкції основних і додаткових покарань, згідно з яким основне покарання завжди має бути більш суворим, ніж приєднане до нього додаткове [6, с. 97]. Наприклад, ст. 212 КК України: «... караються штрафом від п'ятнадцяти тисяч до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна» [19, с. 105].

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України. URL : http://zakon2.rada.gov.ua /laws/show/254к/96-вр (дата звернення:)

2. Горох О. П. Проблеми конструювання санкцій спеціальних кримінально-правових норм. *Наукові* записки НаУКМА. Серія «*Юридичні науки*». 2009. Т. 90. С. 94–98.

3. Гуторова Н. О., Шаповалова О. А. Конфіскація майна за кримінальним правом України: проблеми та перспективи. *Право України*. 2010 . № 9 . С. 56–65.

4. Денисова Т. А. Кримінальне покарання та функції його призначення і виконання за законодавством України : навчальний посібник. Запоріжжя : ГУ «ЗІДМУ», 2004. 152 с.

5. Дементьев С. И. Построение уголовно-правовых санкций в виде лишения свободы. Ростов-на-Дону : Рост Универ, 1986. 157 с.

6. Денисова Т. А. Кримінально-виконавче право : навчальний посібник / Т. А. Денисова, М. М. Мінаєв, В. А. Бадира, С. Ф. Денисов, В. Г. Хашев ; за ред. Т. А. Денисової. Київ : Істина, 2008. 400 с.

7. Книженко О. О. Урахування диференціації та індивідуалізації відповідальності під час встановлення кримінально-правових санкцій. *Наше право*. 2011. № 2. Ч. 2. С. 81–86.

8. Книженко О. О. Поняття санкцій у кримінальному праві. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2010. Вип. 1. С. 79–84.

9. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів : навчальний посібник. 2-ге вид. Київ : Атіка, 2002. 415 с.

10. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 7-ме вид., переробл. та доповн. Київ : Юридична думка, 2010. 128 с.

11. Орловська Н. А. Актуальні проблеми побудови кримінально-правових санкцій в контексті реалізації принципу гуманізму. *Часопис* Академії адвокатури України. 2011. № 1. С. 101–106.

12. Полтавець В. В. Загальні засади призначення покарання та їх кримінально-правове значення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2005. 20 с.

13. Пинаев А. А. Уголовное право Украины. Общая часть. Харьков : Харьков Юридический, 2005. 664 с.

14. Соловьев А. Д. Вопросы применения наказания по советскому уголовному праву : законодательство и судебная практика. Москва : Госюриздат, 1958. С. 204–205.

15. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.

16. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. проф. В. М. Корельского и проф. В. Д. Перевалова. 2-е изд., изм. и доп. Москва : НОРМА, 2002. 616 с.

17. Хавронюк М. І. Цілі та напрями гуманізації кримінального законодавства України відповідно до європейських стандартів. *Вісник Центру суддівських студій*. 2006. № 9. С. 4–15.

18. Шинальський О. І. Покарання в системі засобів протидії злочинності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2003. 20 с.

19. Корабель М. Г., Шинкарьов Ю. В. Конфіскація майна як вид кримінального покарання : монографія. Харків : Право, 2018. 176 с.

The article is devoted to the scientific and legal analysis of the formation of sanctions in the articles of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. The concept of the criminal law norm and the connection of the sanction with the degree of public danger of the crime committed for its further construction are analyzed, which corresponds to the general principles and principles of formation of sanctions of the criminal law norm. The sanction is an obligatory component of an article or part of an article of the Special part of the Criminal Code of Ukraine, which is a model of the type and volume of punishment, proportional to the public danger of the crime provided by the current Criminal Code. The sanction reveals the legal aspect of criminal punishment, pointing to its type and scope, while acting as a model of criminal punishment for a crime. The punishment by its content is the statutory limitation of certain rights and freedoms of the convicted person. Depending on the specific type of punishment provided for in the sanction of the article of the Criminal Code of Ukraine, such restriction may concern individual personal, property and other rights and freedoms of the person and citizen stipulated by the Constitution of Ukraine. It is within certain limitations that such a property of punishment is expressed as punishment. Punishment is the main feature of any criminal punishment and should be appropriate to the nature and gravity of the crime. Criminal punishment is purely individual in nature, that is, it cannot be applied to anyone other than a person found guilty of committing a crime under the Criminal Code of Ukraine. Achieving the goals set for punishment certainly depends on the content of the sanction for the act, which in the law on criminal liability is defined as a crime, envisaged by the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. The sanction must be adequate, fair, that is, the amount of the sanction of the criminal law should be directly dependent on the real social danger of the act described in the disposition, and be consistent with other sanctions. The formation of the criminal law should take into account the proportionality of the restrictions on the personal and property character of the persons convicted of committing the crime provided for in the disposition of the article.

Key words: criminal legal norm, punishment, sanctions in articles of the Special part of the Criminal code of Ukraine, the principles of sanctions.

УДК 343.232-048.445(477:438)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.49

Володимир Лутчин,
аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ НА ЗЛОЧИНИ ТА КРИМІНАЛЬНІ ПРОСТУПКИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Стаття присвячена дослідженню критеріїв класифікації кримінальних правопорушень на злочини та кримінальні проступки в кримінальному праві України та Республіки Польща. У рамках дослідження розглянуто формальний і матеріальний критерії поділу кримінальних правопорушень, які виділяються як українськими, так і польськими науковцями. Формальний критерій поділу у кримінальному праві Республіки Польща зумовлюється певними елементами, такими як юридичний наслідок і умова, яка передбачена кримінальним законом. Що стосується юридичного наслідку, то у цьому разі йдеться про вид і міру покарання, передбачені у санкції відповідної кримінально-правової норми. Під законодавчою умовою розуміється форма вини, оскільки відповідно до артикля 8 Кримінального кодексу Республіки Польща злочин може бути вчинений лише умисно, а кримінальний проступок як умисно, так і необережно. Що стосується українського кримінального права, то формальний критерій поділу кримінального правопорушення складається лише з юридичного наслідку, тобто йдеться про вид і міру покарання, передбачені у санкції відповідної кримінально-правової норми. Такий висновок був зроблений завдяки дослідженню нової редакції статті 12 Кримінального кодексу України, яка пропонується Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII, набрання чинності якого заплановане на1 липня 2020 року.

Що стосується матеріального критерію, то він полягає в поділі кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки залежно від тяжкості кримінального правопорушення, що визначається за допомогою ступеня суспільної небезпеки (шкідливості) діяння. Однак у кримінально-правовій доктрині як України, так і Республіки Польща немає єдиного підходу щодо тлумачення цих термінів, тому запропоновані позиції є актуальним для обох держав.

Досліджено також обставини й ознаки, що впливають на тяжкість кримінального правопорушення як в Україні, так і Республіці Польща.

Ключові слова: формальний критерій, матеріальний критерій, ступінь суспільної небезпеки (шкідливості) діяння, тяжкість кримінального правопорушення, санкція, кримінально-протиправне діяння.

Постановка проблеми. У зв'язку із прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII, набуття чинності якого заплановане на 1 липня 2020 року, котрий запроваджує інститут кримінальних правопорушень і його поділ на злочини і кримінальні проступки, виникає необхідність у дослідженні критеріїв, які використовуються законодавцем у разі такого поділу. Що стосується кримінального права Республіки Польща, то інститут кримінальних правопорушень і його поділ на злочини та кримінальні проступки закріплений у чинному Кримінальному кодексі (далі – КК) Республіки Польща, який був прийнятий у 1997 року. Тому дослідження польських доктринальних і законодавчих позицій з цього приводу допоможе нам краще зрозуміти природу поділу кримінальних правопорушень, запропонованих українським законодавцем.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Над дослідженням критеріїв класифікації кримінально-протиправних діянь працювали такі вчені, як: Л. Гардоцький, А. Грешков'як, К. Бучала, А. Золл, Л.Н. Кривоченко, М.І. Хавронюк та інші. Однак дослідження здійснювалось у межах кримінально-правової системи однієї держави.

Мета статті. Основним завданням цієї наукової статті є дослідження критеріїв поділу

© В. Лутчин, 2020

кримінальних правопорушень у межах кримінально-правових систем України і Республіки Польща.

Виклад основного матеріалу. Під час класифікації кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки варто керуватися двома критеріями: формальним і матеріальним [1, с. 58]. Ці критерії були запропоновані ще Л. Кривоченком і залишаються актуальними для поділу кримінальних правопорушень у наш час, і не лише для кримінального права України, а й Республіки Польща, оскільки формальний і матеріальний критерії поділу кримінальних правопорушень запропонований у коментарі до КК Республіки Польща, авторами якого є К. Бучала і А. Золл [7, с. 81].

Так, за формальним критерієм віднесення кримінально-протиправного діяння до злочинів чи кримінальних проступків зумовлюється певними юридичними наслідками за його вчинення і умовами, які передбачені кримінальним законом. Що стосується матеріального критерію, то він полягає в поділі кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки за тяжкістю кримінального правопорушення (waga przestępstwa).

Насамперед нами розглянуто формальний критерій класифікації кримінальних правопорушень, який передбачений у КК Республіка Польща, з подальшим його аналізом і порівнянням з критерієм, передбаченим у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII, котрий передбачає імплементацію інституту кримінальних правопорушень і його поділу на кримінальні проступки і злочини у КК України.

У кримінальному праві Республіки Польща формальний критерій поділу кримінальних правопорушень складається з двох елементів: юридичних наслідків, передбачених за кримінально-протиправне діяння, і умов, які передбачені кримінальним законом.

Що стосується юридичних наслідків, то у цьому разі йдеться про вид і міру покарання, передбачені у санкції відповідної кримінальної норми.

Правила поділу кримінальних правопорушень залежно від виду і міри покарання передбачені у арт. 7 КК Республіки Польща. Відповідно до нього злочин (zbrodnią) – це кримінально-протиправне діяння, що карається позбавленням волі на строк не менше трьох років або більш суворим покаранням (арт. 7 § 2 КК Республіки Польща). Законодавець у цьому разі визначає нижню межу, яка має бути не менше три роки. Такого правила, яке застосовує законодавець до злочину, було б досить для класифікації кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки. Однак, окрім цього, у арт. 7 § 3 КК Республіки Польща визначено, які діяння є кримінальними проступками з метою відмежування їх від адміністративних правопорушень (wykroczeń) [14, с. 283]. Кримінальним проступком (występkiem) є кримінально-протиправне діяння, що карається штрафом понад тридцять денних станок або більше п'яти тисяч злотих, обмеженням волі понад один місяць або позбавлення волі, що перевищує один місяць. Заборонені діяння, за яких верхня межа покарання не перевищує таких границь, визначаються адміністративними правопорушеннями, таким викладом кримінально-правової норми законодавець у арт. 7 § 3 КК Республіки Польща визначив верхню межу виду і строків покарання адміністративного правопорушення. Це має велике значення, оскільки КК Республіки Польща містить кримінальні правопорушення, подібні за своїм змістом до адміністративних правопорушень [8, с. 62]. Основною відмінністю є також те, що адміністративні правопорушення не пов'язані зі значним моральним осудом, який характерний для більшості кримінальних правопорушень, і відповідальність за них передбачена Кодексом адміністративних правопорушень Республіки Польща (Kodeks wykroczeń) [11, с. 10].

Що стосується законодавчої умови, яка виступає другим обов'язковим елементом формального критерію поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки, то вона закріплена у арт. 8 КК Республіки Польща і зумовлена формою вини, а саме тим, що злочином може бути лише умисне кримінально-протиправне діяння, що стосується кримінального проступку, то ним може бути як умисне, так і необережне кримінально-протиправне діяння. Якщо кримінальне правопорушення вчинено з необережною формою вини, то у цьому разі завжди йтиметься про кримінальний проступок, виходячи з положень вищезазначеної кримінально-правової норми. Тому правила щодо поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні поступки, передбачені в арт. 7 КК Республіки Польща, застосовуються лише у разі поділу умисних кримінально-протиправних діянь.

Формальним критерієм поділу кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки у КК Республіки Польща служить вид і міра покарання, а також форма

вини. З цього випливає, що до групи злочинів належать умисні, кримінально-протиправні діяння, за які передбачено покарання у вигляді позбавлення волі від трьох років або більш суворе покарання, під яким розуміється позбавлення волі на двадцять п'ять років або довічне позбавлення волі, виходячи з видів покарань, передбачених в арт. 32 КК Республіки Польща. Що стосується групи кримінальних проступків, то до них належать умисні і необережні кримінально-протиправні діяння, за які передбачено покарання у вигляді штрафу понад тридцять денних станок або більше п'яти тисяч злотих, обмеженням волі понад один місяць або позбавлення волі в межах понад один місяць і до трьох років.

Що стосується кримінального права України, то формальний критерій поділу кримінальних правопорушень складається лише з юридичних наслідків, передбачених за кримінально-протиправне діяння. У цьому разі йдеться про вид і міру покарання, передбачену законодавцем для певного кримінального правопорушення. Такий критерій випливає із положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII, який пропонує нову редакцію ст. 12 КК України, а саме передбачає у частині першій поділ кримінальних правопорушень на кримінальні проступки і злочини. У частині 2 статті 12 КК України нової редакції законодавець закріпив поняття «кримінальний проступок», під яким розуміється передбачене КК України діяння (дія чи бездіяльність), за вчинення якого передбачено основне покарання у вигляді штрафу не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі [3]. Цього визначення досить для поділу кримінальних правопорушень.

З його аналізу можна зробити висновок, що до групи кримінальних проступків належать кримінально-протиправні діяння, за вчинення яких передбачено основне покарання у вигляді штрафу не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи, виправні роботи, службове обмеження для військовослужбовців, позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю, арешт, обмеження волі, тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців незалежно від їх строку. До групи злочинів належать кримінально-протиправні діяння, за вчинення яких передбачено основне покарання у вигляді штрафу понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі або довічне позбавлення волі. У такому разі законодавець для формального критерію вибрав лише основні види покарань, які враховуються під час визначення групи кримінального правопорушення. Перелік видів покарань, які належать до основних, закріплений у ст. 52 КК України.

Переходячи до матеріального критерію поділу кримінальних правопорушень, варто зазначити, що він є спільним і покладений в основу поділу кримінальних правопорушень як у кримінальному праві Республіки Польща, так і України. У цьому разі йдеться про тяжкість кримінального правопорушення, що визначається за допомогою ступеня суспільної небезпеки (шкідливості) діяння [10, с. 39–40 ;7, с. 81]. Однак у кримінально-правовій доктрині як України, так і Республіки Польща немає єдиного підходу до тлумачення цих понять.

Так, Апеляційний суд у Катовіце зазначає у своєму вироку, що ступінь суспільної шкідливості діяння – це іманентна (внутрішня) ознака діяння, яка дає змогу розрізнити діяння тривіальні (легковажні) від серйозних і визнавати кримінальними правопорушеннями лише ті, які фактично і реально завдають шкоди конкретному благу особи чи суспільному благу. Ця змінна ознака діяння, котра формально вбирає в себе всі ознаки конкретного виду забороненого діяння, підлягає індивідуальній градації залежно від конкретних об'єктивних і суб'єктивних обставин, може бути: малозначна (znikoma), незначна (nieznaczna), висока (wysoka) чи особливо висока (szczeg lnie wysoka) [16]. Натомість, КК Республіки Польща використовує поняття «значна» (znaczna) і «малозначна» (znikoma) суспільна шкідливість діяння. Однак арт. 66 § 1 КК Республіки Польща, у якій законодавець закріпив можливість суду призначити умовне покарання, якщо ступінь суспільної шкідливості діяння не є значним. Завдяки такому законодавчому формулюванню кримінально-правової норми виникла певна дискусія у науковій спільноті з приводу того, чи слід ототожнювати ступінь суспільної шкідливості діяння, який «не є значним» і «незначний». Крапка у цій дискусії була поставлена рішенням Апеляційного суду в місті Кракові, у якому зазначається, що ступінь суспільної небезпеки, який «не є значним», не слід ототожнювати з «незначним» [15]. У цьому разі суд виділив новий ступінь суспільної шкідливості діяння як «середній», який існує між «незначним» і «значним». Тому суд може застосо-

вувати положення арт. 66 § 1 КК Республіки Польща у тому разі, коли ступінь суспільної шкідливості діяння є «незначним» або «середнім». Таке судове рішення вплинуло і на кримінально-правову доктрину Республіки Польща, оскільки науковці стали виділяти ще один ступінь суспільної шкідливості діяння. Пропонується шестибальна шкала, за якою можна оцінювати суспільну шкідливість діяння, яка включає такі ступені: малозначний, незначний, середній, значний, високий, дуже високий [4, с. 91].

Виходячи з положень КК Республіки Польща, ступінь суспільної шкідливості не лише визначає тяжкість кримінального правопорушення, але й становить матеріальну основу кримінального правопорушення. Оскільки відповідно до арт. 1 § 2 КК Республіки Польща не є кримінальним правопорушенням заборонене законом діяння, ступінь суспільної шкідливості якого є малозначним. Р. Гурал зазначає, що малозначний ступінь суспільної шкідливості діяння є близький до нуля [9, с. 14]. З цього випливає, що для кримінального права Республіки Польща мають значення лише діяння, ступінь суспільної шкідливості яких є більшим, ніж малозначний. Проте діяння з малозначним ступенем суспільної шкідливості підпадають під дію Кодексу адміністративних правопорушень Республіки Польща (Kodeks wykroczeń). Відповідно до арт. 1 § 1 цього Кодексу адміністративне правопорушення є суспільно шкідливим діянням. Тому можна констатувати, що адміністративними правопорушеннями є протиправні діяння, ступінь суспільної шкідливості яких є малозначним [6, с. 88].

Також слід наголосити на тому, що ступінь суспільної небезпеки (шкідливості) діяння, визначений законодавцем, носить абстрактний характер, а оцінка ступеня суспільної небезпеки (шкідливості) діяння, яка здійснюється судом у межах судового розгляду, завжди є конкретною, оскільки стосується конкретного діяння [4, с. 88]. У цьому разі йдеться про те, що законодавець закріплює загальний ступінь суспільної небезпеки для певного виду кримінально-протиправних діянь. Що ж стосується суду, то він визначає індивідуальний ступінь суспільної небезпеки конкретного кримінально-протиправного діяння.

Що стосується тяжкості кримінального правопорушення, то Верховний суд Республіки Польща у своїй Постанові від 13 жовтня 2004 р. V KK 216/04 зазначив, що «тяжкість кримінального правопорушення» – це оціночне формулювання, тлумачення та застосування на практиці якого законодавець залишив для судових рішень та доктрини [13]. З цього випливає, що поняття тяжкості кримінального правопорушення в доктрині і судовій практиці є малодослідженим і йому приділяється набагато менше уваги, ніж ступеню суспільної шкідливості діяння.

Повертаючись до кримінально-правової доктрини України, слід наголосити на тому, що тяжкість кримінального правопорушення є новим поняттям для кримінального права України. Оскільки імплементація інституту кримінального правопорушення відбудеться 01 липня 2020 року внаслідок набуття чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII [3]. Тому в науковій доктрині ще немає розроблених концепцій з приводу матеріального критерію поділу кримінальних правопорушень.

Виходячи з вищевикладених позицій, на нашу думку, ступінь суспільної небезпеки (шкідливості) діяння – це його іманентна (внутрішня) ознака, яка формально вбирає в себе всі ознаки конкретного виду забороненого діяння, окреслює інтенсивність, з якою завдається негативний вплив на певний об'єкт, який перебуває під кримінально-правовою охороною.

А тяжкість кримінального правопорушення – це якісний критерій, який відображає суспільну небезпеку (шкідливість) певного виду кримінального правопорушення і визначається через законодавче відображення ступеня суспільної небезпеки (шкідливості) конкретного виду кримінально-протиправного діяння. Так, український і польський законодавці передбачили дві групи тяжкості кримінального правопорушення: кримінальні проступки і злочини. Відповідну групу становлять кримінально-протиправні діяння однакової тяжкості, із однаковими кримінально-правовими наслідками, які відповідають їхній тяжкості.

Враховуючи те, що тяжкість кримінального правопорушення – це якісний критерій, який відображає суспільну небезпеку (шкідливість) кримінально-протравного діяння, а ступінь суспільної небезпеки (шкідливість) діяння – це кількісний критерій, кримінальне право має бути підпорядковане філософському закону про взаємний перехід кількісних і якісних змін. Це значить, що у разі досягнення необхідної межі кількісного критерію можливий перехід до нової якості.

У межах кримінального права України та Республіки Польща перетворення кількісних змін на якісні здійснюється шляхом переходу за певних умов (кваліфікуючих ознак) кримінального правопорушення

одного виду, з однієї групи кримінального правопорушення в іншу завдяки досягненню необхідного ступеня суспільної небезпеки (шкідливості) діяння.

З урахуванням положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII [3] і чинного КК України [2] можна розглянути такі наглядні приклади такого перетворення.

Так, кримінально-протиправне діяння, передбачене ч. 1 ст. 296 КК України (хуліганство), належить до групи кримінальних проступків, оскільки за нього передбачене покарання у вигляді штрафу від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арешту на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до п'яти років. Проте те саме кримінально-протиправне діяння, вчинене групою осіб, кримінальна відповідальність за яке передбачена ч. 2 ст. 296 КК України, належить до групи злочинів, оскільки законодавець збільшує санкцію, в якій передбачає покарання у вигляді обмеження волі на строк до п'яти років або позбавлення волі на строк до чотирьох років. У цьому разі змінюється тяжкість кримінального правопорушення, відбувається перехід кримінально-протиправного діяння одного виду з групи кримінальних проступків до групи злочинів завдяки досягненню необхідного ступеня суспільної небезпеки кримінально-протиправного діяння.

З аналізу чинного КК України з урахуванням положень і змін, запропонованих вищезгаданим Законом України, нам вдалося виокремити й інші кримінальні правопорушення одного виду, в яких відбувається такий перехід, і які саме кваліфікуючі ознаки впливають на ступінь суспільної небезпеки діяння і на тяжкість кримінального правопорушення: форма співучасті (ст.ст. 126, 296, 185, 188-1, 190, 197-1, 206, 216, 239-1, 239-2, 248, 280, 296, 302, 310, 311, 355,358, 400-1 КК України); потерпілий (ст.ст. 144, 150, 163, 172, 342 КК України); суспільно небезпечні наслідки (ст.ст. 139, 150, 175, 182, 188-1, 190, 205, 206, 239-1, 252, 253, 271, 272, 275, 276, 279, 281, 282, 283, 311, 350, 355, 357, 371, 381, 412 КК України); предмет кримінального правопорушення (ст.ст. 268, 298-1, 357 КК України); повторність (ст.ст. 172, 182, 185, 188-1, 190, 205, 206, 216, 239-1, 239-2, 280, 311, 319, 323, 355, 358, 400-1 КК України); сукупність (ст.ст. 310, 323 КК України); рецидив (ст.ст. 197-1, 213, 248, 249, 302, 310 КК України); спосіб вчинення (ст.ст. 126, 154, 162, 248, 249, 252, 384 КК України); засоби і знаряддя (ст.ст. 163, 248, 353 КК України); місце (ст.ст. 197-1, 299 КК України); суб'єкт кримінального правопорушення (ст.ст. 129, 159, 162, 163, 248, 323 КК України); мета (ст.ст. 126, 302, 310, 311 КК України); мотив (ст.ст.126, 129, 371, 384 КК України); військовий стан (ст. 435 КК України).

У наведених нами вище кримінальних правопорушеннях відбувається перетворення кількісних показників на якісні, однак таке перетворення не завжди відбувається. Наприклад, можна розглянути ст. 286^1 (керування транспортними засобами в стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції), якою відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII планується доповнити КК України. Кваліфікуючий склад такого кримінального правопорушення (за ознакою повторності) передбачений ч. 2 ст. 286^1, санкція якої містить покарання у вигляді штрафу до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права керувати транспортним засобом на строк від двох до трьох років. З чого можна зробити висновок, що законодавець не змінює тяжкість кримінального правопорушення, а відповідно, кримінально-протиправне діяння залишається в межах групи кримінальних проступків, аналогічно, як і основний склад, передбачений ч. 1 ст. 286^1, за який передбачене покарання у вигляді штрафу від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права керувати транспортним засобом на строк до трьох років, який також належить до групи кримінальних проступків. У цьому разі основний і кваліфікований склад вище розглянутого кримінального правопорушення лишається в межах однієї групи кримінального правопорушення, а отже, тяжкість кримінального правопорушення залишається незмінною. Однак присутній законодавчо змінений ступінь суспільної небезпеки діяння, який збільшується за допомогою санкції кримінально-правової норми на тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Перехід кількісної категорії в якісну не відбувається у зв'язку з недосягненням необхідного кількісного показника. Аналогічна ситуація притаманна таким кримінальним правопорушенням з урахуванням положень КК України і вищезазначеного Закону України: статті 125, 164, 165, 171, 173, 184, 192, 205-1, 286-1, 337, 343, 351, 387, 389, 397 КК України.

З цього можна зробити висновок, що з набуттям чинності вищезгаданого Закону України законодавець передбачив два типи кримінальних правопорушень: змішані і самостійні. Змішаним є кримінальне правопорушення одного виду, основний склад якого є кримінальним проступком, а кваліфікований (у випадках наявності і особливо кваліфікований) склад є злочином. Самостійним є кримінальне правопорушення одного виду, в якому основний і кваліфікований (у випадках наявності і особливо кваліфікований) склад є кримінальним проступком або злочином.

Варто зазначити, що тяжкість самостійного кримінального правопорушення охоплюється певними ознаками. Основною ознакою тяжкості самостійного кримінального правопорушення є цінність об'єкта кримінально-протиправного посягання. Однак завдяки аналізу положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 р. № 2617-VIII і чинного кримінального закону України нам вдалося виокремити й інші ознаки тяжкості кримінального правопорушення, в яких об'єкт кримінально-протиправного посягання спільний, але вони належать до різних груп кримінального правопорушення.

Перш за все такою ознакою є суспільно небезпечний наслідок. До прикладу можна розглянути кримінально-протиправне діяння, передбачене ст. 125 КК України (умисне легке тілесне ушкодження), основний і кваліфікуючий склад якого належить до групи кримінальних проступків, тобто тяжкість кримінального правопорушення в такому разі однакова. Це випливає з санкції кримінально-правової норми, оскільки за основний склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 125 КК України, встановлено покарання у вигляді штрафу до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк до двохсот годин, або виправні роботи на строк до одного року. Що стосується кваліфікованого складу, передбаченого ч. 2 ст. 125 КК України, то за його вчинення передбачено покарання у вигляді штрафу від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або виправні роботи на строк до одного року, або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до двох років. Однак законодавець закріпив ст. 122 КК України (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження), в якій здоров'я особи виступає об'єктом кримінально-правового посягання, як і у ст. 125 КК України. Проте основний і кваліфікований склад умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження належить до групи злочинів. Оскільки за основний склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 122 КК України, передбачено покарання у вигляді виправних робіт на строк до двох років або обмеження волі на строк до трьох років, або позбавлення волі на строк до трьох років. Що стосується кваліфікованого складу, передбаченого у ч. 2 ст. 122 КК України, за його вчинення передбачене покарання у вигляді позбавлення волі від трьох до п'яти років. У цьому разі можна побачити, як ознака суспільно небезпечного наслідку впливає на тяжкість кримінального правопорушення, збільшуючи останню.

Також до таких ознак належить форма вини. Це вбачається з аналізу основного складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 411 КК України (умисне знищення або пошкодження військового майна) і ч. 1 ст. 412 КК України (необережне знищення або пошкодження військового майна), в яких об'єкт кримінально-протиправного посягання спільний, це порядок здійснення права власності щодо військового майна. Однак умисне знищення або пошкодження військового належить до групи злочинів, оскільки за нього передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк до трьох років, службове обмеження на строк до двох років або тримання у дисциплінарному батальйоні на той самий строк. Що стосується необережного знищення або пошкодження військового майна, то в такому разі це кримінально-протиправне діяння належить до групи кримінальних проступків, тому що за його вчинення передбачене покарання у вигляді штрафу до п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або службове обмеження на строк до двох років, або тримання у дисциплінарному батальйоні на строк до одного року. У розглянутому нами випадку об'єкт кримінально-протиправного посягання спільний, однак група кримінального правопорушення різна, отже, завдяки зміні форми вини відбувається зменшення тяжкості кримінального правопорушення законодавцем. Тому форма вини має безпосередній вплив на тяжкість кримінального правопорушення.

Заключною ознакою тяжкості кримінального правопорушення виступає спосіб його вчинення. Це можна побачити під час порівняння ч. 1 ст. 185 КК України (крадіжка) і ч. 1 ст. 186 КК України

(грабіж). Кримінальна відповідальність у ч. 1 ст. 185 КК України передбачена за таємне викрадення чужого майна. Це є основний склад крадіжки, який належить до групи кримінальних проступків, оскільки законодавець передбачив за нього такий вид покарання: штраф від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від вісімдесяти до двохсот сорока годин, або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до п'яти років. Що ж стосується ч. 1 ст. 186 КК України, то в ній встановлена кримінальна відповідальність за відкрите викрадення чужого майна, це основний склад грабежу, який належить до групи злочинів, оскільки законодавець передбачив за нього такий вид покарання: штраф від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від ста двадцяти до двохсот сорока годин, або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або позбавлення волі на строк до чотирьох років. Єдиною відмінністю в порівнюваних нами складах кримінальних правопорушень є лише спосіб вчинення і саме він у цьому разі впливає на тяжкість кримінального правопорушення, що супроводжується зміною групи кримінального правопорушення (з кримінального проступку на злочин).

Повертаючись до кримінального права Республіки Польща, варто наголосити на тому, що домінуючою у науковій доктрині є об'єктивно-суб'єктивна концепція того, які ознаки впливають на тяжкість кримінального правопорушення. У цьому разі йдеться про те, що на тяжкість кримінального правопорушення впливають ознаки, які характеризують елементи складу певного виду кримінального правопорушення [12, с. 81].

Також у КК Республіки Польща законодавець стосовно деяких кримінальних правопорушень передбачив випадки їх меншої тяжкості, не даючи дефініції цього поняття, що спричиняє значні труднощі не лише в оцінці такого виду випадків, але й у визначенні його юридичної сутності. У польській науковій доктрині зазначається, що випадок меншої тяжкості кримінального правопорушення – це конструкція, яка межує з видом кримінального правопорушення і покаранням [5, с. 142]. Полягає вона в певній законодавчій специфіці побудови кримінально-правової норми. До прикладу розглянемо арт. 144 КК Республіки Польща, яка закріплена таким чином:

§ 1. Покликаний проходити військову службу, який не з'являється для проходження цієї служби у визначений час та місце, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі до 3 років.

§ 2. У разі меншої тяжкості правопорушник підлягає покаранню у вигляді штрафу, обмеження волі або позбавлення волі до 1 року.

§ 3. Той, хто не з'являється для проходження служби, що замінює військову службу, за умов, визначених у § 1, підлягає покаранню у вигляді штрафу або обмеження волі.

У такому разі йдеться про використання законодавцем словосполучення «меншої тяжкості» у диспозиції § 2 вищезгаданого артикля, завдяки чому зменшується ступінь суспільної шкідливості кримінально-протиправного діяння, що можна побачити в аналізі санкції § 1 і 2 артикля 148 КК Республіки Польща. Однак кримінальні правопорушення, передбачені § 1 і 2 артикля 148 КК Республіки Польща, залишаються в межах однієї групи тяжкості кримінального правопорушення, належать до групи кримінальних проступків, що також випливає з аналізу їх санкцій. Проте у більшості інших передбачених законодавцем випадках «меншої тяжкості» кримінального правопорушення завдяки зменшенню ступеня суспільної шкідливості кримінально-протиправного діяння відбувається і зміна його групи тяжкості, це відбувається у тих кримінальних правопорушеннях, де основний склад належить до групи злочинів. До прикладу, кримінальне правопорушення, передбачене арт. 228 § 1 КК Республіки Польща (прийняття у зв'язку з виконанням публічної функції фінансової чи особистої переваги або їх обіцянки), належить до групи злочинів, а кримінальне правопорушення, передбачене 228 § 2 КК Республіки Польща (те саме діяння меншої тяжкості), належить до групи кримінальних проступків, що випливає з аналізу їх санкцій.

Висновки

Отже, дослідивши формальний і матеріальний критерії класифікації кримінальних правопорушень на злочини і кримінальні проступки в межах кримінально-правової системи України та Республіки Польща, необхідно наголосити на тому, що український законодавець не враховує у разі формального поділу кримінальних правопорушень форми вини, на відміну від польського законодавця. Також варто зазначити, що обставини, які впливають на тяжкість кримінального правопорушення в Республіці Польща, і саме поняття тяжкості кримінального правопорушення є практично недослідженими, так само, як і в Україні. Тому запропоновані нами позиції є актуальними для кримінально-правових систем двох держав.

Список використаних джерел:

1. Кривоченко Л.Н. Классификация преступлений. Харьков : Вища шк. Изд-во при Харьк. ун-те, 1983. 129 с.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 22.11.2018 р. № 2617-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19.
4. Banasik K. Społeczna szkodliwosc czynu. *Państwo i Społeczeństwo*, 2005. № 4. S. 87–91.
5. Bojarski T. Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym. Warszawa : Wydaw. Prawnicze, 1982. 215 s.
6. Bojarski T. Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej. Wyd. 1. Warszawa: LexisNexis, 2002. 296 s.
7. Buchała K., Zoll A. Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Kraków : Kantor Wydaw. Zakamycze, 1998. 657 s.
8. Gardocki L. Prawo karne. 20 wydanie. Warszawa : C.H. Beck, 2017. 361 s.
9. Góral R. Kodeks karny. Praktyczny komentarz z orzecznictwem. Wyd. 4. Warszawa : Wydaw. Zrzeszenia Prawników Polskich, 2005. 654 s.
10. Jankowska-Prochot I. Definicja przestępstwa i jego klasyfikacja w polskim oraz irlandzkim prawie karnym. *Prokuratura i Prawo,* 2018. № 10. 29–46 s.
11. Kolendowska-Matejczuk M., Vacher V. Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?. Warszawa : Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, 2016. 207 s.
12. Plebanek E. Wypadek mniejszej wagi – kilka uwag na temat charakteru instytucji. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych,* 2011. nr 1. S. 81–98.
13. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia z dnia 13 października 2004 r. V KK 216/04, (LEX nr 126719).
14. Wróbel W. Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz. Kraków : Krakowski instytut prawa karnego, 2015. 1064 s.
15. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 marca 2005 r., II AKa 50/05 (KZS 2005, z. 5, poz. 33).
16. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 stycznia 2005 r., II AKa 455/04 (Prok. Pr. – wkł. 2006. Nr 1. poz. 21).

This article is devoted to investigation of criteria for classification of criminal offences into felonies and misdemeanor under criminal law in Ukraine and in Republic of Poland. In the framework of the study were considered the formal and material criteria for the division of criminal offenses, which are distinguished by both Ukrainian and Polish scientists. The formal criterion for the division of criminal offenses into felonies and misdemeanor in the criminal law of the Republic of Poland is determined by certain elements, such as the legal consequence and the condition that is provided by the criminal law. As for the legal consequences, in this case we are talking about the type and measure of punishment provided by the sanctions of the relevant criminal law norm. The legal condition is understood as a form of guilt of a criminal offense, since according to Art. 8 of the Criminal Code of the Republic of Poland a crime may only be committed intentionally, while misdemeanor may be committed both intentionally and through negligence. As for the Ukrainian criminal law, the formal criterion for the division of a criminal offense consists only of a legal consequence, i.e. the type and measure of punishment provided by the sanction of the relevant criminal law norm. This conclusion was made due to the study of the new edition of Article 12 of the Criminal Code of Ukraine, which is proposed by the Law of Ukraine "On Amendments to certain legislative acts of Ukraine regarding the Simplification of the Pre-trial Investigation of Certain Categories of Criminal Offenses" № 2617-VIII from November 22, 2018 , introduction by virtue of which is scheduled for July 1, 2020.

As for the material criterion, it consists in the division of criminal offenses into felonies and misdemeanor according to the gravity of the criminal offense, which is determined by the degree of public danger (harmfulness) of the action.

However, in the criminal law doctrine of both Ukraine and the Republic of Poland there is no single approach to interpret these terms.

The circumstances and signs affecting the gravity of the criminal offense, both in Ukraine and in the Republic of Poland, have been investigated.

Key words: formal criterion, material criterion, degree of public danger (harmfulness) of action, gravity of criminal offense, sanction, criminal act.

УДК 343.26
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.50

Олена Ющик,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ОБМЕЖУВАЛЬНІ ЗАХОДИ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ ДО ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ ДОМАШНЄ НАСИЛЬСТВО

Стаття присвячена інституту обмежувальних заходів, які застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство. У межах цього дослідження проведено аналіз заходів, які передбачені статтею 91–1 Кримінального кодексу України. Встановлено, що в теорії кримінального права та судовій практиці існують неоднозначні трактування заходів, які можуть застосовуватись до осіб, які вчинили домашнє насильство. Наголошено, що обмежувальні заходи застосовуються до особи, якій призначено покарання, яке не пов'язано з позбавленням волі, тому останні покликані виконати функцію виправлення особи, без ізоляції від суспільства, а також запобігти злочинам, пов'язаним із домашнім насильством. З'ясовано наявність низки проблем у застосуванні обмежувальних заходів, оскільки вони не узгоджуються з нормами інший галузей права. Крім того, деякі заходи обмежують права та свободи особи, наприклад, обмеження її пересування або можливості користування власним житлом. Необхідно пам'ятати, що до особи, яка вчинила злочин, можуть застосовуватись обмеження, але вони не повинні порушувати її права та законні інтереси. Також варто зазначити, що застосування обмежувальних заходів покликане захистити та відновити порушені права осіб, які зазнали фізичного, психологічного або економічного насильства. Саме внесення змін до кримінального законодавства є наслідком імплементації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. Досліджуваний інститут повинен послужити стримувальним інструментом у сфері протидії домашньому насильству, що дозволить захистити право людини на свободу від насильства. Тому погоджуємося із вченими та практиками стосовно того, що застосування обмежувальних заходів повинно забезпечити зменшення кількості випадків домашнього насильства в суспільстві.

Ключові слова: домашнє насильство, обмеження, заходи, пробаційна програма, програма кривдника, кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми. 11 січня 2019 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьби з цими явищами» [1], ухвалений Верховною Радою України 6 грудня 2017 р. Відповідно до цього Закону, до Загальної частини Кримінального кодексу (далі – з КК) України внесено р. XIII–1, який містить норму, що передбачає обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство (ст. 91–1 КК України). Сучасна судова практика показує, що застосування таких заходів необхідне в разі притягнення осіб до кримінальної відповідальності за вчинення домашнього насильства. Саме застосування обмежувальних заходів повинно виконувати превентивну функцію стосовно скоєння таких діянь, які пов'язані з насильством щодо жінок, домашнім насильством. Тому доцільно розглянути особливості вжиття таких заходів у правозастосовчій практиці.

Сьогодні проблемам застосування обмежувальних заходів присвячено небагато публікацій у зв'язку з їхньою новизною у кримінальному законодавстві. Серед науковців, які досліджували ці питання, такі: Д.М. Дікова-Фаворська, І.В. Жук, П.В. Кравець, Д.Є. Крикливець, О.В. Чорна, В.В. Шаблистий, А.М. Ященко й ін.

Мета статті – розкрити теоретичні аспекти та виявити на підставі судової практики проблеми застосування обмежувальних заходів щодо осіб, які вчинили домашнє насильство.

Виклад основного матеріалу. Зміни у Кримінальний кодекс України внесено на підставі реалізації положень Конвенції Ради

© О. Ющик, 2020

Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами [2]. Цілі цієї Конвенції такі: a) захист жінок від усіх форм насильства й недопущення, кримінальне переслідування та ліквідація насильства стосовно жінок і домашнього насильства; b) сприяння ліквідації всіх форм дискримінації стосовно жінок і заохочення дійсної рівності між жінками та чоловіками, зокрема шляхом надання жінкам самостійності; c) розроблення всеосяжних рамок, політики та заходів для захисту всіх жертв насильства стосовно жінок і домашнього насильства, надання їм допомоги; d) заохочення міжнародного співробітництва з метою ліквідації насильства стосовно жінок і домашнього насильства; e) забезпечення підтримки та надання допомоги організаціям і правоохоронним органам в ефективному співробітництві для застосування комплексного підходу до ліквідації насильства стосовно жінок і домашнього насильства.

До КК України була внесена норма, яка передбачає кримінальну відповідальність за домашнє насильство (ст. 126–1). До особи, яка вчинила таке діяння, водночас із призначенням покарання, не пов'язаного з позбавленням волі, або звільненням із підстав, передбачених Кримінальним кодексом, від кримінальної відповідальності чи покарання, суд може застосувати обмежувальні заходи, які передбачені у ст. 91–1 КК України. До особи можуть бути застосовані один або декілька таких заходів.

Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (ст. 53) ставить за умови, що зазначені обмежувальні заходи мають бути доступними для жертв усіх форм домашнього насильства, водночас повинні бути: а) доступними для невідкладного захисту та без покладення неналежного фінансового або адміністративного тягаря на жертву; б) виданими на певний період або до їх зміни чи зняття; в) у разі необхідності виданими на основі ex parte, що має негативну дію; г) доступними незалежно від іншого правового провадження або на додаток до нього; д) дозволеними бути представленими в подальшому правовому провадженні [3, с. 269].

Як зазначає А.М. Ященко, обмежувальні заходи кримінально-правового характеру сьогодні закріплені у кримінальному законодавстві більшості європейських країн. Зокрема, їх регламентовано у кримінальному законодавстві Королівства Іспанії, Французької Республіки, Республіки Польща та багатьох інших країн [4, с. 35–45].

Отже, ст. 91–1 КК України передбачає такі види обмежувальних заходів, як:

1) заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства;

2) обмеження спілкування з дитиною в разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або в її присутності;

3) заборона наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин;

4) заборона листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб;

5) направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми.

Вказані обмежувальні заходи суд має право застосовувати, як показує судова практика, не завжди вони зазначені у вироці про призначення покарання за домашнє насильство. Оскільки ці заходи застосовуються, як визначає закон, в «інтересах потерпілого», як визначено у ст. 52 Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, «у ситуаціях безпосередньої небезпеки», то суд не може застосовувати до особи, яка вчинила домашнє насильство, обмежувальні заходи, проігнорувавши позицію потерпілого і не пояснивши у вироку чи ухвалі, чому саме він не застосував жодного із зазначених заходів.

Перший обмежувальним заходом, який може застосувати суд, – це заборона перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства. У п. 264 Пояснювальної доповіді до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами зазначено, що в ситуаціях безпосередньої небезпеки найефективніший спосіб гарантувати безпеку жертві домашнього насильства – забезпечення фізичної дистанції між жертвою та її кривдником. У разі застосування такого заходу особа-кривдник зобов'язана виїхати зі спільного місця проживання на певний період, водночас залишити жертву в місці спільного проживання. Прикладом застосування такого заходу є вирок Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 7 листопада 2019 р. До Особи 1, яка вчинила злочин, передбачений у ст. 126–1 КК України, судом було засто-

совано обмежувальний захід, який передбачає заборону перебувати в місці спільного проживання з потерпілою Особою 2, яка постраждала від домашнього насильства [5].

У разі застосуванні такого обмежувального заходу постає питання щодо необхідності наділити відповідні органи повноваженнями, які дозволять їм наказувати винному в домашньому насильстві залишити житло і забороняти йому повертатися і спілкуватися із жертвою. Уважаємо, що таким органом повинен бути центр пробації, який виконую належні функції з роботи із пробаційними програмами кривдників.

Цікавою є думка Д.Є. Крикливця, який зазначає, що обмежувальні заходи можуть застосовуватись на строк від одного до трьох місяців і, за потреби, можуть бути продовжені на визначений судом строк, але не більше ніж на дванадцять місяців. Ураховуючи тривалі строки застосування обмежувальних заходів, обґрунтовано постає питання про місце проживання особи, до якої застосовано заборону перебувати в місці спільного проживання з особою, яка постраждала від домашнього насильства, протягом періоду застосування заборони. Законодавство не дає відповіді на це запитання, водночас покладення на особу такої заборони навіть на найкоротший місячний строк вносить докорінні зміни в уклад її життя, бо така особа, маючи у власності житло, фактично опиняється на вулиці [6, с. 298–301].

Наступним обмежувальним заходом є обмеження спілкування з дитиною в разі, якщо домашнє насильство вчинено стосовно дитини або в її присутності. Застосування такого заходу обмежує спілкування кривдника з дитиною. Таке обмеження може мати повний характер, тобто тотальна заборона на спілкування, а також обмеження за певних обставин, наприклад, заборона спілкування у стані сп'яніння, у нічний час, за відсутності певних осіб, за межами певної території. Інколи виникають питання, якщо в дитини немає інших близьких родичів або членів сім'ї, окрім особи, яка вчинила домашнє насильство. Відповідно до листа Міністерства освіти і науки України від 18 травня 2018 р. № 1/11–5480 «Методичні рекомендації щодо запобігання та протидії насильству», за неможливості проживання дитини зі своїми батьками, іншими законними представниками у зв'язку зі вчиненням домашнього насильства стосовно цієї дитини або за її участі служби у справах дітей влаштовують дитину в центр соціально-психологічної реабілітації дітей, притулок для дітей, інші установи для дітей, у яких створені належні умови для проживання, виховання, навчання та реабілітації дитини відповідно до її потреб [7].

Згідно з п. 3 ч. 1 ст. 91–1 КК України, забороняється наближатися на визначену відстань до місця, де особа, яка постраждала від домашнього насильства, може постійно чи тимчасово проживати, тимчасово чи систематично перебувати у зв'язку з роботою, навчанням, лікуванням чи з інших причин. Вказаний обмежувальний захід передбачає заборону правопорушнику заходити до місця проживання жертви та до інших відповідних місць, які мають бути з подачі потерпілого визначені у вироку чи ухвалі суду. Визначена відстань повинна забезпечувати «фізичну дистанцію між жертвою та її кривдником». Як уважають, це має бути дистанція, яка не дозволяє ані доторкнутися до потерпілого, ані докинути до нього будь-який предмет, ані докричатися до нього (очевидно, не менше ніж 100–200 м) [8, с. 270].

Близьким до попереднього заходу є обмеження особи, яка вчинила домашнє насильство, щодо листування, телефонних переговорів з особою, яка постраждала від домашнього насильства, інших контактів через засоби зв'язку чи електронних комунікацій особисто або через третіх осіб. Поняттям «листування» охоплюється кореспонденція, яка передається поштовим зв'язком (листи, телеграми, бандеролі, інші письмові відправлення тощо) або електронною поштою, тобто через комп'ютер. Під телефонними розмовами слід розуміти розмови між особами, які відбуваються за допомогою будь-якого телефонного зв'язку, що здійснюється через провідні чи електромагнітні системи, мережу Інтернет тощо. До інших контактів через засоби зв'язку чи електронні комунікації можна віднести телеграфну кореспонденцію, повідомлення, зроблені телефаксом, за допомогою пейджингового зв'язку, інших телекомунікацій і електронних інформаційних систем [9, с. 83–86].

Прикладом може бути вирок Сокирянського районного суду Чернівецької області від 8 січня 2020 р. Особа 1 учинив психологічне насильство щодо своєї колишньої дружини, за що був засуджений за вчинення злочину, передбаченого ст. 126–1 КК України. Суд дійшов висновку, що до Особа 1 необхідно застосувати обмежувальний захід, заборонивши йому листування, телефонні переговори з Особа 2 (потерпіла), інші контакти через засоби зв'язку чи електронні комунікації особисто або через третіх осіб строком на три місяці. Суд уважає, що засуджений через такий обмежувальний захід не зможе вчиняти психологічне насильство щодо колишньої дружини [10].

І останній обмежувальний захід, який може бути застосований до особи, яка вчинила домашнє насильство, – це направлення для проходження програми для кривдників або пробаційної програми. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», програма для кривдника – комплекс заходів, що формується на основі результатів оцінки ризиків і спрямований на зміну насильницької поведінки кривдника, формування в нього нової, неагресивної психологічної моделі поведінки у приватних стосунках, відповідального ставлення до своїх вчинків та їхніх наслідків, зокрема щодо виховання дітей, на викорінення дискримінаційних уявлень про соціальні ролі й обов'язки жінок і чоловіків [11]. Як бачимо, вказана програма спрямована на зміни у психіці та поведінці особи, яка вчинила домашнє насильство, шляхом переосмислення стосунків подружжя одне з одним, дітьми й іншими близькими родичами, яким може бути завдано шкоди.

Кривдник направляється судом на проходження відповідної програми для кривдників на строк від трьох місяців до одного року. Суб'єктами, відповідальними за виконання програм для кривдників, є місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування. За неявки кривдника для проходження програми для кривдників або ухилення від проходження програми без поважних причин суб'єкти, відповідальні за виконання цих програм, надають протягом трьох робочих днів письмове повідомлення про це уповноваженому підрозділу органів Національної поліції України для вжиття відповідних заходів [12, с. 83–86].

У разі застосування пробаційної програми особа, яка вчинила домашнє насильство, направляється для проходження програми, передбаченої в п. 4 ч. 2 ст. 76 КК України. Відповідно до ст. 2 Закону України «Про пробацію», пробаційна програма – програма, що призначається за рішенням суду особі, звільненій від відбування покарання з випробуванням, та передбачає комплекс заходів, спрямованих на корекцію соціальної поведінки або її окремих проявів, формування соціально сприятливих змін особистості, які можна об'єктивно перевірити [13].

Кривдник може бути направлений на проходження програми кривдника або пробаційної програми строком від трьох місяців до одного року. Судова практика показує, що суди застосовують як мінімальні, так і максимальні строки під час призначення програми кривдника або пробаційної програми. Наприклад, вироком Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 22 січня 2020 р. до особи, яка вчинила злочин, передбачений у ст. 126–1 КК України, застосовано обмежувальний захід (п. 5 ч. 1 ст. 91–1 КК України) у вигляді направлення її для проходження програми для кривдників або пробаційної програми строком на три місяці [14]. А вироком Овідіопольського районного суду Одеської області від 8 листопада 2019 р. за вчинення домашнього насильства (ст. 126 КК України) до особи застосовано захід у вигляді проходження пробаційної програми протягом одного року [15].

Висновки

Внесення змін до кримінального законодавства і передбачення застосування обмежувальних заходів до особи, яка вчинила домашнє насильство, є позитивним кроком. Саме такі заходи дозволять захистити права й інтереси особи, яка зазнала фізичного, психічного або економічного насильства. Також обмежувальні заходи, передбачені у ст. 91–1 КК України, спрямовані на виправлення особи, яка вчинила таке насильство, шляхом переосмислення нею своєї поведінки до потерпілої особи, а також із метою запобігання вчиненню нових насильницьких злочинів. Звичайно, існують проблеми в судовій практиці щодо розуміння та застосування таких заходів. Тому необхідне подальше теоретичне та практичне розроблення позицій щодо застосування обмежувальних заходів у кримінально-правовій площині.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами : Закон України від 6 грудня 2017 р. № 2227–VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19 (дата звернення: 15.01.2020).

2. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU11251.html (дата звернення: 15.01.2020).

3. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.

4. Ященко А.М. Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство: порівняльний аналіз кримінального законодавства України й окремих європейських країн. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2018. № 2 (19). С. 35–45.

5. Вирок Петропавлівського районного суду Дніпропетровської області від 7 листопада 2019 р. Провадження № 1-кп/188/157/2019. URL:

http://reyestr.court.gov.ua/Review/85516351 (дата звернення: 16.01.2020).

6. Крикливець Д.Є. Обмежувальні заходи за Кримінальним кодексом України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 2. С. 298–301.

7. Методичні рекомендації щодо запобігання та протидії насильству : лист МОН від 18 травня 2018 р. № 1/11–5480. URL: https://imzo.gov.ua/2018/05/21/lyst-mon-vid-18-05-2018-1-11-5480-metodychni-rekomendatsiji-schodo-zapobihannya-ta-protydiji-nasylstvu/ (дата звернення: 16.01.2020).

8. Жук І.В. Обмежувальні заходи у кримінальному праві України : правова природа та сутність. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2019. Вип. 55. Т. 2. С. 83–86.

9. Вирок Сокирянського районного суду Чернівецької області від 8 січня 2020 р. Провадження № 1-кп/722/20/20. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/86789622 (дата звернення: 17.01.2020).

10. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 7 грудня 2017 р. № 2229–VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19 (дата звернення: 17.01.2020).

11. Про пробацію : Закон України від 5 лютого 2015р.№160–VIII.URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/160-19 (дата звернення: 19.01.2020).

12. Вирок Новоукраїнського районного суду Кіровоградської області від 22 січня 2020 р. Провадження № 1-кп/396/243/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87063174 (дата звернення: 25.01.2020).

13. Вирок Овідіопольського районного суду Одеської області від 8 листопада 2019 р. Справа № 509/2229/19. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85485325 (дата звернення: 25.01.2020).

The article focuses on the institution of restrictive measures that are applied to persons who committed domestic violence. Within the framework of this investigation, the analysis of measures, provided by the Article 91–1 of the Criminal Code of Ukraine as amended by the criminal legislation, was carried out. It has been established that there are ambiguous interpretation of measures in the theory of the criminal law and in the judicial practice that can be applied to persons who have committed domestic violence. It is emphasized that restrictive measures are applied to a person who has been punished to a non-imprisonment sentence. Therefore, these measures are intended to perform the function of correcting the person without isolation from society, and to prevent crimes related to domestic violence. It is found out that restrictive measures contain a number of problems in their application in practice, as they do not comply with the norms of other branches of law. Besides, some measures restrict the rights and freedoms of a person, such as limitation of his/her movement or the ability to use his/her own housing. It must be remembered that the person, who has committed a crime, may be subjected to some restrictions, but they should not violate his or her rights and legitimate interests. It should also be noted that the application of restrictive measures are intended to protect and restore the violated rights of persons who have suffered physical, psychological or economic violence. Exactly the introduction of amendments to the criminal law is the consequence of the implementation of the Council of Europe Convention on the prevention of violence against women and domestic violence and combating these phenomena. The researched institute should serve as a deterrent tool in the field of combating domestic violence, which will protect the human right to freedom from violence. Therefore, in agreement with scientists and practitioners, restrictive measures should ensure that domestic violence in society is reduced.

Key words: domestic violence, restrictions, measures, probation program, offender program, criminal liability.

УДК 343.85:343.9.02
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.51

Олена Бахуринська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ПРОТИДІЇ ОРГАНІЗОВАНІЙ ЗЛОЧИННОСТІ

У статті досліджуються окремі проблеми вдосконалення системи нормативно-правового забезпечення державної політики України у сфері запобігання та протидії організованій злочинності. Підкреслюється, що важливе місце у цій системі повинен займати комплексний міжгалузевий закон, в якому мають регламентуватися концептуальні засади такої протидії. Закон України № 3341-XII від 30 червня 1993 року «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», який є складником чинної системи нормативно-правового забезпечення діяльності з протидії організованій злочинності, не може бути визнаний таким, що відповідає сучасним соціально-політичним, економічним та правохоронним потребам у зазначеній сфері суспільних відносин. Динаміка національних та світових суспільних процесів, реформування багатьох напрямів розвитку держави та суспільства в Україні, насамперед системи правоохоронних та судових органів, прийняття низки нормативно-правових актів, які регулюють діяльність державних органів, пов'язану з протидією організованій злочинності, корупції, легалізації (відмиванню) незаконних доходів, наркобізнесу тощо, зумовлюють необхідність прийняття нового закону. Визначаються основні напрями вдосконалення (оновлення) закону про протидію організованій злочинності, зокрема: визначення концептуальних понять та термінів, які вживаються у законі і зміст яких зумовлює конкретизацію сфери застосування та основні напрями його реалізації; визначення загальних засад та конкретних сучасних форм міжнародної співпраці України у сфері протидії організованій злочинності транснаціонального характеру; формування концепції спеціально-кримінологічного та індивідального профілактичного впливу на організовані злочинні угруповання та їх лідерів; встановлення чітких компенсаційних та безпекових гарантій для фізичних та юридичних осіб у зв'язку зі здійсненням заходів протидії організованій злочинності тощо. Аналізуються проблемні питання формування понятійного апарату майбутнього закону, а також визначення системи принципів протидії організованій злочинності.

Ключові слова: організована злочинність, протидія, запобігання, державна політика, організаційні та правові засади, законодавство.

Постановка проблеми. Запорукою ефективної протидії організованій злочинності та іншим явищам, які її супроводжують та сприяють її розвитку, є наявність стабільного та системного законодавства, яке має відповідати сучасним соціально-політичним та соціально-економічним реаліям, а також міжнародним практикам у сфері протидії транснаціональній організованій злочинності. Непродумана та слабка правова політика, поєднана з недосконалою юридичною базою, з протиріччями та прогалинами у нормативно-правових актах різного рівня, призводить до відсутності цілісного бачення мети, напрямів та результатів реалізації державної політики України у сфері протидії організованій злочинності.

За останні п'ять років в Україні розроблений ряд актів стратегічного планування, спрямованих на забезпечення національної безпеки у різних суспільних сферах, зокрема й у секторі кримінологічної безпеки, положення яких розвинені у галузевому (профільному) законодавстві. Тим не менш, попри очевидну ефективність держави у забезпеченні стратегічних засад контролю за злочинністю, питання розробки нової стратегії протидії організованій злочинності, а також нового закону, який би не тільки формулював окремі організаційні та правові основи такої протидії, а й конкретно визначав її сферу та принципи, систему загальносоціальних і спеціально-кримінологічних заходів, а також інші концептуальні засади запобігання та протидії організованій злочинності з урахуванням сучасних тенденцій, викликів та загроз, все ще залишаються невирішеними.

Чинний Закон України № 3341-XII від 30 червня 1993 р. «Про організаційно-

© О. Бахуринська, 2020

правові основи боротьби з організованою злочинністю» [1], поряд із кримінальним, кримінальним процесуальним, оперативно-розшуковим, антикорупційним та іншим законодавством, є складовою частиною системи нормативно-правового забезпечення діяльності з протидії організованій злочинності. Однак натепер цей Закон, неодноразово змінюваний та доповнюваний, не може бути визнаний таким, що відповідає сучасним політичним, економічним та правохоронним потребам у сфері протидії організованій злочинній діяльності. Він «не встигає» за динамікою національних та світових суспільних процесів, динамікою реформування багатьох напрямів розвитку держави та суспільства в Україні, насамперед системи правоохоронних та судових органів, прийняття низки нормативно-правових актів, які регулюють діяльність державних органів, пов'язану з протидією організованій злочинності, корупції, легалізації (відмиванню) незаконних доходів, наркобізнесу тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання про актуальність оновлення законодавства про протидію організованій злочинності порушують багато науковців, представників різних державних та громадських інституцій, зокрема: М. В. Гребенюк, Г. П. Жаровська, А. П. Закалюк, Н. Є. Міняйло, Ю. Ю. Сорочик, А. М. Черняк, С. А. Шепетько, О. Ю. Шостко та інші фахівці. Так, у своєму дисертаційному дослідженні Ю. Ю. Сорочик ще у 2010 році наголошував, окрім іншого, на недоцільності внесення фрагментарних змін і доповнень до окремих нормативних актів в системі адміністративно-правового забезпечення протидії організованій злочинності, оскільки зміні підлягають концептуальні підходи до такого забезпечення. На цій основі автором була запропонована Концепція закону про протидію організованій злочинності [2, с. 19-20]. За результатами наукового дослідження у 2019 році свій проект Закону України «Про протидію транснаціональній організованій злочинності» запропонувала Г. П. Жаровська [3, с. 563-573].

Мета статті – визначення окремих змістовних орієнтирів удосконалення законодавства про протидію організованій злочинності з урахуванням національного досвіду правотворення у суміжних сферах суспільних відносин.

Виклад основного матеріалу. Як вже заначалося вище, Закон України № 341-XII від 30 червня 1993 р. встановлює основні організаційні та правові засади протидії організованій злочинності, а саме: цілі, завдання та напрями такої протидії, систему спеціально уповноважених правоохоронних підрозділів та інших державних правоохоронних органів, що сприяють їхній діяльності, як суб'єктів протидії, їхні окремі оперативно-розшукові, оперативно-превентивні та інші повноваження, засади координації та контролю за їхньою діяльністю, напрями інформаційного, матеріально-технічного та науково-дослідного забезпечення протидії, а також гарантії прав громадян та юридичних осіб під час здійснення заходів боротьби зі злочинністю.

Серед основних напрямів удосконалення (оновлення) закону про протидію організованій злочинності, запропонованих кримінологами, важливо виокремити такі: а) визначення основних концептуальних понять та термінів, які вживаються у законі і зміст яких обумовлює (має обумовлювати) конкретизацію сфери застосування закону та основні напрями його реалізації; б) формулювання системи принципів протидії організованій злочинності; в) розширення правової основи такої протидії з урахуванням як актуального національного законодавства, так і ряду міжнародно-правових актів, ратифікація яких визначила певні зобов'язання України щодо боротьби з організованою злочинністю та її транснаціональними проявами; г) визначення загальних засад та конкретних сучасних форм міжнародної співпраці України у зазначеній сфері; ґ) формулювання системи, порядку та суб'єктів застосування запобіжних спеціально-кримінологічних заходів; д) встановлення чітких механізмів правового та соціального захисту прав та свобод фізичних та юридичних осіб, компенсаційних та безпекових гарантій у зв'язку зі здійсненням заходів протидії організованій злочинності; е) інші напрями.

Зупиняючись на характеристиці окремих із названих вище напрямів удосконалення закону про протидію організованій злочинності, треба зазначити, що у розробці понятійної основи такого закону напроблемнішим є (і не лише в Україні) визначення базових понять «організована злочинність», «організована злочинна діяльність», «організоване злочинне угруповання» тощо як відповідних об'єктів протидії, а також понять «протидія», «запобігання», «боротьба» тощо[1]. Дефініція поняття організованої злочинності, що міститься у ст. 1 Закону України № 3341-XII від 30 червня 1993 р., має неконкретизований та відсильний (до КК України) характер,

[1] Дослідження проблеми з'ясування сутності та змісту цих понять не є метою цієї статті; ці питання є предметом тривалої широкої наукової дискусії в національних та міжнародних масштабах.

а визначення таких понять, як «організована злочинна діяльність» та «організоване злочинне угруповання», цей Закон не містить взагалі. Як зазначає Н. Міняйло, удосконалюючи національні основи протидії організованій злочинності, наша держава повинна виходити з глибини сутності, різноманітності проявів організованої злочинності, а не лише з розуміння її як кількісного вираження сукупності злочинів, що вчиняються у зв'язку зі створенням і діяльністю організованих злочинних угруповань [4, с. 124].

Складність розробки та формулювання універсального поняття організованої злочинності на рівні спеціального законодавчого акта полягає в тому, що, по суті, таке визначення повинно являти собою загальний кримінологічний концепт розуміння зазначеного феномена, який би визначав сферу застосування такого законодавчого акта і міг втілитися в окремі норми кримінального законодавства. При цьому таким визначенням, вочевидь, бажано охопити всі прояви організованої злочинності: економічні, політичні, загальнокримінальні, регіональні, транснаціональні тощо. Саме такий підхід пропонує Г. П. Жаровська щодо визначення у законі, наприклад, поняття транснаціональної організованої злочинності як «створення та діяльності організованих злочинних угруповань (груп, організацій, банд, інших формувань) з метою вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів проти власності; у сфері господарської (фінансової) діяльності; пов'язаних з тероризмом, піратством та різними формами екстремізму; наркобізнесом, сексуальною експлуатацією і торгівлею людьми; незаконним обігом зброї, лікарських препаратів, творів мистецтва, вибухових та інших небезпечних (радіоактивних, хімічних) речовин; втручанням у роботу комп'ютерних мереж і автоматизованих систем державного та військового управління, об'єктів критичної інфраструктури, що мають транснаціональний (транскордонний, міжнародний) характер» [3, с. 563].

Однак так само очевидно, що спроби перерахувати у базовому понятті всі форми організованої злочинної діяльності може призвести до прийняття «вузького» закону та обмежити його дію (зважаючи на розвиток нових небезпечних форм та розширення сфер такої діяльності). Водночас занадто широке розуміння організованої злочинності у Законі України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» призводить до нівелювання специфіки, сутності та мети організованої злочинної діяльності. Нині, зважаючи на відсутність єдності у підходах до вироблення прийнятного кримінологічного визначення поняття організованої злочинності, яке б могло стати базовим і втілитися в нормативні положення, все ж таки найбільш вірогідним є те, що кримінально-правовий концепт розуміння організованої злочинності залишатиметься основним орієнтиром у процесі удосконалення законодавства в майбутньому.

Досить оригінальний підхід до визначення сфери дії закону був свого часу запропонований російськими розробниками проекту Федерального Закону «Про боротьбу з організованою злочинністю». Згідно зі ст. 31 проекту цей Федеральний закон мав поширити свою дію стосовно: а) передбачених КК РФ злочинів, пов'язаних зі створенням відповідних організованих злочинних формувань, а також щодо злочинної діяльності таких фомувань та їх учасників; б) тяжких, особливо тяжких, терористичних, екстремістських та корупційних (з ознаками активного та пасивного підкупу) злочинів організованих злочинних формувань; в) інших злочинів таких формувань, а також злочинів фізичних та юридичних осіб, вчинюваних після встановлення ними зв'язків з організованими злочинними формуваннями [5].

Оскільки закон про протидію організованій злочинності має визначати основоположні засади діяльності, спрямованої на різнобічний вплив на організовану злочинність та явища, що сприяють її існуванню та розвитку, особливого значення для формування таких засад набуває пошук та визначення понять, які б максимально «презентували» зміст та форми такої діяльності. Результати такого пошуку мають бути враховані у назві закону, представлені у його понятійному апараті, а також бути орієнтиром для формування напрямів (завдань) відповідної діяльності.

Чинний Закон України № 3341-XII від 30 червня 1993 р. не містить визначення зазначеного в його назві терміна «боротьба», однак з його положень щодо мети та основних напрямів боротьби з організованою злочинністю (ст. 2, ст. 6) [1] випливають декілька її змістових складників – загальноорганізаційна, запобіжна (профілактична), правоохоронна, правозастосовна («репресивна»). Видається, що в новому законі необхідно зберегти такий широкий підхід до розуміння сутності та змісту діяльності як протидії організованій злочинності, при цьому визначивши її окремі складники та сформулювавши загальні засади їх здійснення.

Національна нормотворча практика демонструє несистемність у питанні використання в деяких нормативно-правових

актах, сферами регулювання (повного чи часткового) яких є протидія різним видам злочинності, термінів та понять для позначення, по суті, однотипних форм державного реагування на окремі прояви злочинної поведінки. При цьому здебільшого такі терміни на законодавчому рівні не розкриваються. Зокрема, в цьому аспекті можна згадати Закони України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 р. № 638-IV, «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» від 14 жовтня 2014 р. № 1702-XII. А ось Закон України «Про протидію торгівлі людьми» від 20 вересня 2011 р. № 3739-VI містить декілька таких положень, визначаючи аж три терміни: а) попередження торгівлі людьми – система заходів, спрямованих на виявлення та усунення причин і умов, що призводять до торгівлі людьми; б) протидія торгівлі людьми – система заходів, спрямованих на подолання торгівлі людьми шляхом її попередження і боротьби з нею та надання допомоги і захисту особам, які постраждали від торгівлі людьми; в) боротьба з торгівлею людьми – система заходів, що здійснюються в рамках протидії торгівлі людьми, спрямованих на виявлення злочину торгівлі людьми, у тому числі незакінченого, осіб, які від цього постраждали, встановлення фізичних/юридичних осіб – торгівців людьми та притягнення їх до відповідальності (ст. 1) [6]. Підхід до формулювання вказаних понять, застосований законодавцем у Законі від 20 вересня 2011 р. № 3739-VI, не позбавлений сенсу і може слугувати нормативним орієнтиром для розробників нового законодавства у сфері протидії організованій злочинності.

Процес оновлення закону про протидію організованій злочинності повинен також торкнутися і визначення принципів такої протидії. Нині чинний Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» не містить цілісної системи вихідних засад, на яких має базуватися багатоаспектна організаційна, превентивна, правоохоронна та «репресивна» діяльність суб'єктів протидії. Насамперед така діяльність повинна здійснюватися на основі: неухильного забезпечення та захисту конституційних прав та свобод людини; пріоритету захисту прав та законних інтересів потерпілих від злочинної діяльності організованих злочинних угруповань; пріоритету запобіжних заходів, спрямованих на усунення причин та умов організованої злочинної діяльності; мінімізації наслідків такої діяльності; невідворотності відповідальності за організовану злочинну діяльність, законності та обгрунтованості застосування заходів з протидії тощо.

Формування системи принципів діяльності з протидії організованій злочинності може спиратися на сучасний національний правотворчий досвід. Зокрема, одним із прикладів може слугувати Закон України № 361-XI від 06 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» (який набирає чинності 28 квітня 2020 р. – *О.Б.*). Орієнтиром тут є положення ст. 3 цього Закону, де, серед іншого, заслуговують на увагу і такі принципи запобігання та протидії, яким, по суті, підкоряється відповідна діяльність і у сфері протидії організованій злочинності: «координованості взаємодії учасників системи запобігання та протидії; захисту суб'єктів фінансового моніторингу та їх працівників від погроз та інших негативних чи дискримінаційних дій, пов'язаних з виконанням вимог цього Закону; збереження, захисту інформації та повноти, актуальності і своєчасності інформаційного обміну; звільнення від відповідальності за надання інформації з обмеженим доступом відповідно до вимог цього Закону» тощо [7].

Висновки

Підсумовуючи викладене, необхідно констатувати, що безперечна актуальність вдосконалення законодавства України у сфері протидії організованій злочинності потребує уваги законодавців, правоохоронців та представників наукової спільноти до цього процесу.

Окреслені у цій статті окремі аспекти можливого вдосконалення (оновлення) Закону України № 3341-XII від 30 червня 1993 р. «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» є лише невеликою частиною тих питань, які потребують нормативного вирішення у зазначеній галузі. Дослідницька перспектива має бути зосереджена, серед іншого, на таких важливих проблемах, як: чітка регламентація в новому законі повноважень спеціалізованих суб'єктів протидії організованій злочинності без зайвого дублювання положень іншого законодавства (насамперед кримінального процесуального, оперативно-розшукового тощо); формування концепції спеціально-кримінологічного та індивідального профілактичного впливу на організовані злочинні угруповання, їх лідерів та інших учасників; визначення засад державного

та громадського контролю за діяльністю з протидії організованій злочинності; встановлення правових орієнтирів безпекових гарантій для свідків та потерпілих у зв'язку з їх участю у кримінальних провадженнях стосовно злочинної діяльності організованих злочинних угруповань.

Список використаних джерел:

1. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30 червня 1993 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua. (дата звернення: 10.10.2019).

2. Сорочик Ю.Ю. Адміністративно-правове забезпечення протидії організованій злочинності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2010. 24 с.

3. Жаровська Г.П. Теорія та практика протидії транснаціональній організованій злочинності в Україні : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2019. 593 с.

4. Міняйло Н. Міжнародні стандарти у визначенні організованої злочинності. *Visegrad Journal on Human Rights*. № 3. 2016. С. 124-129.

5. Проект Федерального закона «О борьбе с организованной преступностью» (опубликовано 28.03.2012 г.). URL: http://crimas.ru/?p=1555 (дата звернення: 10.10.2019).

6. Про протидію торгівлі людьми : Закон України від 20 вересня 2011 р. № 3739-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3739-17 (дата звернення: 10.10.2019).

7. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 грудня 2019 р. № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20 (дата звернення: 10.10.2019).

Certain problems concerning improvement of the system of legislative support of the State policy of Ukraine in the area of prevention and counteraction of organized crime are considered in the article. It is underlined that a comprehensive inter-sectorial Law, which would regulate conceptual bases of such counteraction, must have an important place in this system. Law of Ukraine No. 3341-XII dd. June 30, 1993 "On Organizational and Legal Bases for Fight Against Organized Crime" that is a component part of the system of legal support of activity regarding counteraction of organized crime in force cannot be considered as a one that complies with modern social, political, economic and law protection needs in the specified area of civil relations. Dynamics of national and world social processes, reforming of many areas of development of State and society in Ukraine, first of all, of the law enforcement and court bodies, adaption of a number of regulatory acts regulating the activity of State authorities related to counteraction of organized crime, corruption, money-laundering, drug business etc. create the necessity to approve a new Law. The main directions of improvement (updating) of the Law on counteraction of organized crime are set, in particular: definition of conceptual notions and terms used in the Law, whose meaning requires concretization of area of use and the main directions of its implementation; definition of general framework and precise modern forms of international cooperation of Ukraine in the area of counteraction of organized crime of transnational character; forming of the concept of special criminological and individual preventive influence on organized criminal groups and their leaders; establishing precise compensatory and security guarantees for individuals and legal entities related to carrying out measures aimed at counteraction of organized crime etc. Problem issues regarding forming of terminological basis of the future Law, as well as of definition of the system of principles concerning counteraction of organized crime are analyzed.

Key words: organized crime, counteraction, prevention, state policy, organizational and legal principles, legislation.

УДК 343.851
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.52

Наталія Ліщук,
пошукувач
ПВНЗ «Львівський університет бізнесу та права»

ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНА ПРОФІЛАКТИКА НАСИЛЬНИЦЬКИХ ДІЙ ЩОДО ЖІНОК

Стаття присвячена дослідженню проблем загальносоціальної профілактики насильницьких дій щодо жінок. Попереджувальна діяльність є одним з основних напрямів як боротьби зі злочинністю загалом, так і з насильством зокрема. У цій діяльності виділяють два рівні або два напрями – загальносоціальний і спеціально-кримінологічний. Перший напрям профілактики злочинів складається із сукупності економічних, політичних, ідеологічних, культурно-виховних, правових та інших заходів, які не мають своєю безпосередньою метою усунення криміногенних факторів. Вони діють опосередковано через вирішення загальносоціальних завдань. Встановлюється, що цілі профілактичної діяльності в сфері боротьби зі злочинністю так чи інакше включають у себе: прагнення мінімізувати вплив негативних соціальних факторів, пов'язаних з причинами злочинності; вплив на причини правопорушень, а також на умови й обставини, що сприяють правопорушенням; вплив на негативні фактори в сфері безпосереднього соціального оточення особистості (мікросередовище), які в кінцевому підсумку формують індивідуальні установки і мотиви злочинів; вплив на особистість, здатну через свої індивідуальні якості вчинити злочин або продовжувати злочинну діяльність. Доводиться, що у сферу дії заходів, безпосередньо спрямованих на вирішення профілактичних завдань, включаються не тільки особи, які вчиняють правопорушення, але і сама обстановка, в якій формується особистість і її індивідуальні установки. Акцентується, що сфера індивідуальної профілактики має бути розширена, а в коло її суб'єктів поряд з потенційними злочинцями мають бути поміщені потенційні і реальні жертви злочинів. Зростання насильницьких злочинів, у тому числі стосовно жінок, насамперед пов'язане з нестійким станом економіки в перехідний період. Велику роль відіграє підвищення рівня матеріальної забезпеченості людей, поліпшення їхніх побутових і житлових умов. Необхідним є більш сталий розвиток економіки. Зниження зростання безробіття, пошук і надання нових вакансій на ринку праці матимуть вагоме значення для профілактики насильницьких злочинів щодо жінок.

Ключові слова: профілактика, насильницька злочинність, суб'єкт профілактики, загальносоціальна профілактика, злочинність.

Постановка проблеми. Під попередженням злочинності розуміється система взаємопов'язаних і скоординованих між собою заходів, що здійснюються державними органами, громадськими об'єднаннями, окремими громадянами з метою нейтралізації, блокування або усунення тих чи інших криміногенних факторів і посилення дії факторів антикриміногенних. Суб'єктами такого попередження виступають органи державної влади та органи місцевого самоврядування, прокуратура, суд, органи внутрішніх справ, органи й установи охорони здоров'я, освіти, а також засоби масової інформації, громадські об'єднання, підприємства, установи, організації незалежно від форм власності.

Уся діяльність, спрямована на виявлення причин та умов вчинення насильницьких дій, дослідження особи кривдника та особи, потерпілої від таких дій, аналіз криміногенної ситуації в державі мають єдину мету – розробку найдоцільніших та найефективніших заходів профілактики зазначених протиправних дій.

Стан дослідження. Проблемам протидії злочинності приділяється значна увага у вітчизняній та закордонній науковій літературі. Цьому питанню свої праці присвятили такі науковці, як: О.М. Бандурка та О.М. Литвинов, А.П. Закалюк, О.М. Джужа, В.В. Голіна, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.В. Василевич, О.М. Гумін, А.О. Йосипів та інші. Попри значний внесок указаних науковців, не втрачає своєї актуальності висвітлення проблем профілактики насильницьких дій, що вчиняються щодо жінок у сучасних умовах.

Виклад основних положень. На думку К.Є. Ігошева, В.С. Устинова, поняття «профілактика правопорушень» використовується «для позначення тієї державної діяльності, яка покликана попередити і не допустити порушення соціального механізму правової регуляції» [1, с. 15].

У кримінологічній літературі попередження злочинності зазвичай розглядається як широкий комплекс взаємопов'язаних заходів, що проводяться державними органами та громадськістю з метою утримання її

© Н. Ліщук, 2020

на мінімальному рівні за допомогою нейтралізації або викорінення причин, що її породжують.

В.С. Устинов у зміст поняття «попередження злочинів» включає [2, с. 39–40]:

1) облік виникнення обставин, що сприяють скоєнню злочинів, і їх недопущення;

2) виявлення, вивчення, усунення або нейтралізація таких обставин (загальна профілактика);

3) виявлення, вивчення осіб, від яких, судячи з їхньої антигромадської поведінки, можна очікувати скоєння злочинів, і здійснення на цих осіб та їх оточуюче середовище необхідного впливу (індивідуальна профілактика);

4) виявлення осіб, що замишляють або підготовляють злочини, вжиття заходів до недопущення цих діянь, а також до припинення розпочатого посягання (припинення);

5) вжиття заходів з безпосереднього недопущення злочинів або спричинення тяжких наслідків (запобігання);

6) попередження суспільно небезпечних діянь серед психічно хворих осіб, які не досягли віку кримінальної відповідальності.

У юридичній кримінологічній літературі науковці пропонують різні класифікації заходів за рівнем попереджувальної діяльності.

Г.А. Аванесов, А.А. Герцензон, І.І. Карпець, А.Е. Жалінський за критерієм спрямованості попередження злочинності поділяють на дві частини: загальносоціальне і спеціально-кримінологічне, при цьому застосування кримінального покарання включається в останню підсистему [3].

На думку В.С. Устинова, така класифікація не повністю відображає реально існуючі елементи попередження злочинності. Науковець пропонує таку класифікацію: загальносоціальне попередження (непряме) і спеціальне попередження, яке, своєю чергою, підрозділяється на кримінологічне, охоронне і кримінально-правове [4, с. 12]. Аналізуючи загальносоціальне попередження злочинності, В.С. Устинов виділяє, окрім того, «проміжну підсистему», до елементів такої підсистеми, на його думку, слід віднести: 1) облік і контроль; 2) позитивне правове регулювання суспільних відносин; 3) правове виховання; 4) цілеспрямоване попередження незлочинних правопорушень та іншої поведінки, що відхиляється, безпосередньо пов'язаних зі злочинністю; 5) правову відповідальність за незлочинні правопорушення, що переростають у однотипні злочини [4, с. 151].

Г.М. Міньковський поряд із загальносоціальним і спеціальним попередженням окремо виділяє проміжну профілактику [5, с. 156]. Остання, своєю чергою, взаємодіє як із загальносоціальним, так і спеціальним попередженням. Проміжна профілактика спрямована на попередження поведінки, що відхиляється, вона безпосередньо пов'язана зі злочинністю, наприклад, профілактика алкоголізму. На наш погляд, проміжна підсистема ближча до загальносоціальної.

На думку А.І. Боргова, В.В. Орєхова, попереджувальну діяльність слід ділити на загальносоціальний, спеціально-кримінологічний, індивідуальний та регіональний рівні [6, с. 17].

Своєю чергою А.І. Алексєєв пропонує такий розподіл системи профілактики: підсистема першого рівня охоплює загальні та спеціальні заходи; попередження і припинення злочинів утворюють другу підсистему; загальна та індивідуальна профілактика виступають як підсистеми третього виду; а як четвертий рівень він називає індивідуальну профілактику стосовно раніше судимих і несудимих [7, с. 115].

Загальну профілактику злочинів розуміють також як «діяльність щодо виявлення детермінант злочинності, а також розробки і здійснення заходів, спрямованих на їх усунення чи нейтралізацію» [8, с. 141].

Б.М. Головкін говорить, що кримінологічна профілактика є найбільш пріоритетним напрямом спеціально-кримінологічного попередження протиправних діянь [9, с. 153].

На слушну думку А.П. Закалюка, профілактика здійснюється різними суб'єктами і має загальну спрямованість на недопущення формування, розвитку й реалізації причин і умов злочинності, поширюється на різні часові періоди у здійсненні запобіжної діяльності – від початку формування особи злочинця (рання профілактика) до профілактики рецидиву злочинів [10, с. 123].

Інтегративна система організованої протидії злочинності, зазначає В.В. Голіна, об'єднує різні запобіжні заходи, здійснюється на трьох рівнях: загальносоціальному, спеціально-кримінологічному та індивідуальному [11, с. 84]: на загальносоціальному рівні запобігання злочинності здійснюється різними органами державної влади й управління, а також громадськими організаціями та громадами, до безпосередніх функцій яких не належить боротьба зі злочинністю. Профілактичний вплив здійснюється шляхом розроблення та реалізації різноманітних економічних та соціальних проєктів і програм, які також опосередковано сприяють втіленню спеціально- кримінологічних запобіжних заходів; спеціально-кримінологічне запобігання злочинності здійснюється конкретними держав-

ними органами, для яких боротьба зі злочинністю, захист прав громадян є професійним обов'язком. У процесі своєї професійної діяльності спеціальні суб'єкти здійснюють вплив на криміногенні фактори, а також встановлюють причини та умови скоєння злочинів та вживають заходів щодо їх усунення; на індивідуальному рівні запобігання полягає у цілеспрямованих заходах щодо конкретної особи (групи осіб), схильної до скоєння злочину, причин та умов, що детермінують поведінку цієї особи.

Не менше значення для профілактики злочинності мають загальносоціальні заходи з підтримки розвитку освіти і культури у суспільстві, збереженню і розвитку нашого духовно-морального спадку. Достовірно встановлена чітка залежність між освітнім і культурним рівнем людей, їх вихованням та ризиком скоєння злочинів. Не можна недооцінювати у цьому сенсі значення педагогічного і правового виховання населення, як і протидії «антивихованню», яке здійснюється низкою ЗМІ, що пропагують вседозволеність, жорстокість, підміну культури її сурогатами, елементи кримінальної субкультури тощо [12, с. 26].

На думку М.В. Колодяжного, загальносоціальне запобігання злочинності є першим фундаментальним напрямом, покликаним удосконалити суспільні відносини в соціально-економічній, політичній, ідеологічній, правовій, морально-психологічній та інших сферах [13, с. 163]. За різних трактувань і класифікацій залежно від специфіки об'єкта і предмета досліджень цілі профілактичної діяльності в сфері боротьби зі злочинністю так чи інакше включають у себе:

а) прагнення мінімізувати вплив негативних соціальних факторів, пов'язаних з причинами злочинності;

б) вплив на причини правопорушень, а також на умови і обставини, що сприяють правопорушенням;

в) вплив на негативні фактори у сфері безпосереднього соціального оточення особистості (мікросередовище), які в кінцевому підсумку формують індивідуальні установки і мотиви злочинів;

г) вплив на особистість, здатну через свої індивідуальні якості вчинити злочин або продовжувати злочинну діяльність.

Однак цей перелік цілей профілактики не є вичерпним і, більш того, випускає з уваги не менше, а може, і більш важливий компонент, який належить до сфери спеціально-кримінологічного попередження. Цей рівень (або підсистема) запобігання злочинам, як відомо, включає в себе заходи, безпосередньо спрямовані на вирішення профілактичних завдань. У сферу дії цих заходів включаються не тільки особи, які вчиняють правопорушення, але і сама обстановка, в якій формується особистість і її індивідуальні установки.

Обидві підсистеми попередження злочинів реалізуються в різних масштабах і діють на різні рівнях – від масового до індивідуального. Відповідно, з рівнями профілактики прийнято пов'язувати її види. Не вдаючись у дискусію про перелік і специфіку тих чи інших видів, яка представлена в кримінологічній літературі, відзначимо лише, що стосовно теми цього дослідження найбільш важливими є загальна й індивідуальна профілактика. Перша з них спрямована на виявлення й усунення причин злочинності і умов, що сприяють скоєнню злочинів, друга – на виявлення і виховну роботу з особами, поведінка яких свідчить про можливість скоєння ними злочинів.

Тим часом кримінологічні дослідження і практика попередження злочинів давно довели, що сфера індивідуальної профілактики має бути розширена, а в коло її суб'єктів поряд з потенційними злочинцями мають бути поміщені потенційні і реальні жертви злочинів.

Потреба запобіжної роботи з потенційними жертвами базується на основних постулатах віктимології та її методологічних положеннях, пов'язаних з визначенням її предмета і завдань, змістом і значенням таких понятійних категорій, як «віктимність» і «віктимізація» тощо. Вихідними при цьому є, по-перше, концептуальні кримінологічні і власне віктимологічні ідеї про значення ситуації злочину, яка включає поведінку і роль самого потерпілого в механізмі формування і реалізації злочинного замислу [14, с. 77].

Характерними ознаками загальних заходів профілактики злочинності слід вважати: а) їх всеохоплюючий та різносторонній характер; б) комплексність та взаємозалежність; в) радикальність. Всеохоплюючий та різносторонній характер загальних заходів профілактики злочинів проявляється у тому, що вони проводяться у всіх сферах соціального життя, включаються у всі напрями соціального розвитку: економіку, культурне будівництво, науку, техніку тощо. Комплексність та взаємозалежність загальних заходів профілактики злочинності випливає із системності соціальних процесів, зміст яких вони становлять. Комплексність загальних заходів являє собою фактор, який необхідно враховувати вже у момент їх планування. Взаємозалежність загальних заходів означає посилення профілактичного ефекту у разі

їх поєднання. І навпаки, відсутність свідомо закладеної у загальні заходи взаємодії різко знижує їх попереджувальний ефект. Радикальність загальних заходів означає, що вони призводять не тільки до самих різноманітних змін у тих сферах, у яких криються причини злочинності, а й до невідворотних, з історичної точки зору, змін [12, с. 27].

Серед економічних заходів, яких необхідно вжити з боку держави для зменшення випадків насильства загалом та щодо жінок зокрема, можна виділити:

– оздоровлення економіки в цілому;

– оздоровлення морального клімату;

– поліпшення матеріального стану громадян;

– соціальну допомогу нужденним сім'ям;

– соціальну допомогу жінкам, які потерпають від насильства.

Економічний добробут суспільства і гідні рівень і якість життя її громадян досягається не поза, а в межах культурного поля суспільства, важливим елементом якого є сім'я. Запобігати наявному насильству можливо тільки, впливаючи на весь інститут сім'ї і на механізми, що його руйнують. Тому вирішення соціокультурних проблем сім'ї в сучасних умовах слід вважати пріоритетним напрямом соціальної політики держави. Соціокультурні перетворення сучасного суспільства істотним чином зачіпають різні основи сімейних відносин. Інститут сім'ї переживає серйозну кризу, відчуваючи вплив безлічі соціальних, психологічних, економічних, культурно-історичних чинників. Інституційна криза сім'ї виражена в тому, що сім'я більше не справляється зі своїми основними функціями, основною з яких є народження і виховання дітей, духовне і моральне становлення нових поколінь. Глибинна причина такої кризи – девальвація сімейного життя, цінностей шлюбу, наслідком чого є тенденція до індивідуалізму, перевага особистих інтересів над інтересами сім'ї.

Маючи в причинному комплексі фактори, що витікають з моральної сфери, в рамках загальносоціальної профілактики слід приділяти велику увагу антикриміногенним факторам. Необхідно проводити заходи, для підвищення рівня моральної і правової свідомості, виховання громадян у дусі поваги до людської особистості, нетерпимості до будь-яких проявів насильства. Потрібно підвищувати рівень культури, спілкування між людьми, рівень статевого виховання молоді. Це необхідно робити в ранньому віці, використовуючи можливості культурно-виховних установ, центрального телебачення, просвітницької літератури тощо. Важливо не допускати пропаганди стереотипних уявлень про жінок і чоловіків, припинити випуск матеріалів, що пропагують насильство. Необхідна якісна зміна філософії та психології суспільства, створення так званого нового менталітету, нової сімейної філософії та психології. Це дасть змогу змінити соціальні та культурні моделі поведінки чоловіків і жінок з метою досягнення викорінення забобонів, звичаїв, які засновані на ідеї неповноцінності чи зверхності однієї зі статей або стереотипності ролі чоловіків і жінок, що неминучим чином позначається на інституті сім'ї та виражається в застосуванні насильства стосовно жінок.

Важливим напрямом профілактики насильницьких злочинів щодо жінок є діяльність організацій, основним завданням яких є захист прав жінок-жертв насильства.

Ситуація з насильницькими проявами до жінок, які, в основному, вчиняються в сфері побуту, характеризується повторюваністю, циклічністю. І однією з основних причин, чому протиправні дії повторюються, є незахищеність потерпілих та відсутність належної державної політики щодо реалізації закріплених положень у законодавстві. Йдеться про притулки для потерпілих від жертв насильства в сім'ї.

Притулок для осіб, які постраждали від домашнього насильства та/або насильства за ознакою статі (далі – притулок), – спеціалізована служба підтримки осіб, які постраждали від домашнього насильства та/або насильства за ознакою статі (далі – постраждалі особи).

Притулок протягом однієї доби інформує службу у справах дітей та відповідний підрозділ органу Національної поліції у разі направлення до нього матері/батька або особи, яка їх замінює, з дитиною.

Влаштування до притулку здійснюється на підставі направлення, виданого постраждалій особі одним із суб'єктів, за формою, встановленою Мінсоцполітики, та особистої заяви постраждалої особи, до якої додається копія документа, що посвідчує особу (за наявності).

Про влаштування або відмову у влаштуванні постраждалої особи до притулку видається наказ директора притулку або керівника закладу/установи соціального чи іншого спрямування, в якому зазначається працівник, відповідальний за організацію та надання допомоги (послуг) постраждалій особі (далі – відповідальний працівник).

Для особи, яка потерпає від домашнього насильства, притулок є чи не єдиним способом перервати коло насильства, оскільки проживання на одній житловій площі разом з кривдником неминуче призводить до

повторних актів насильства. Проте, враховуючи кількість притулків, що вже створені, та кількість осіб, що потребують захисту (наприклад, за 2019 рік у поліцію в м. Києві звернулось більше 90 000 жінок), питання притулків залишається відкритим.

Але, на нашу думку, незважаючи на можливість (на жаль, для незначного кола потерпілих через відсутність достатньої кількості притулків) отримати прихисток у притулку, після спливу відведених 3 (або за наявності підстав – 6) місяців потерпілій доведеться знов повернутись до попереднього житла і проживати разом з кривдником. Тому, на наше переконання, політика держави в галузі соціального захисту має передбачити можливість забезпечення постійним житлом осіб, які цього потребують.

У нашій державі досі немає національного call-центру, до якого можуть звертатися жінки, які зіткнулися з домашнім насильством. В Україні вже є «гаряча лінія», але там працюють лише дві людини, а для відчутного результату «гаряча лінія» має працювати на державному рівні.

Висновки

Наша держава мусить забезпечувати жінкам право не піддаватися насильству в сім'ї та дотримуватися механізмів його реалізації, в українському законодавстві охоронна позиція держави відбивається насамперед у Конституції, в якій права і свободи людини і громадянина закріплені серед основ конституційного ладу. Перелік і зміст цих прав відповідає правам і свободам, проголошеним у міжнародних документах. Однак ефективність застосування всіх вищеназваних заходів і адекватна реакція суспільства на їх реалізацію можливі тільки за умови сприйняття в нашому суспільстві ідей про гідність і цінність людської особистості, про невід'ємність прав і свобод людини, про недопустимість насильства в будь-якій сфері життя, в тому числі і в сім'ї.

Список використаних джерел:

1. Игошев К.Е., Устинов В.С. Введение в курс профилактики правонарушений. Горький, 1977. 93 с.
2. Устинов В.С. Соотношение целей и методов борьбы с преступностью. Нижний Новгород, 1991. 56 с.
3. Аванесов Г.А. Криминология, прогностика, управление : учебное пособие. Горький : Изд-во ГВШ МВД СССР, 1975. 423 с.
4. Устинов В.С. Система предупредительного воздействия на преступность и уголовно-правовая профилактика. Москва, 1983. 86 с.
5. Криминология / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. Москва, 1998.
6. Социально-психологические аспекты преступности несовершеннолетних. Москва : Юрид. лит., 1981. 160 с.
7. Криминология : курс лекций / Под ред. А.И. Алексеева. Москва, 1998.
8. Курс кримінології : підручник. У 2-х кн. / О.М. Джужа, П.П. Михайленко, О.Г. Кулик та ін. ; За заг. ред. О.М. Джужи. Київ : Юрінком Інтер, 2001. Кн. 1: Загальна частина. 352 с.
9. Головкін Б.М. Кримінологічні проблеми умисних вбивств і тяжких тілесних ушкоджень, що вчинюються у сімейно-побутовій сфері. Харків : ППВ Нове слово, 2004.251 с.
10. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології : теорія і практика : у 3-х кн. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 424 с.
11. Курс лекций по криминологии : учебное пособие / под ред. проф. И.Н. Даньшина (Общая часть) и проф. В.В. Голины (Особенная часть). Харьков : Одиссей, 2006. 280 с.
12. Медицький І.Б. Вплив соціальних факторів на злочинність в умовах становлення незалежної Української держави : монографія. Івано-Франківськ. 2007. 214 с.
13. Колодяжний М.Г. Насильницькі вимагання майна в Україні: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання : монографія. / За ред. В.В. Голіни. Харків : Кроссроуд, 2010. 288 с.
14. Остроумов С.С., Франк Л.В. О виктимологии и виктимности. *Сов. государство и право*, 1976, № 4. С. 75–76.

The article is devoted to the research of problems of general social prevention of violence against women. Preventive activity is one of the main directions of the fight against crime in general and violence in particular. In this activity there are two levels or two directions – general social and special criminological. The first area of crime prevention consists of a combination of economic, political, ideological, cultural, educational, legal and other measures that don't have as their immediate goal the elimination of criminal factors. They act indirectly by solving common general social problems. Is established that the objectives of the preventive activities in the fight against crime one way or another include: the desire to minimize the impact of negative social factors associated with the causes of crime; influencing the causes of the offenses, as well as the conditions and circumstances contributing to the offenses; the effect on the negative factors in the sphere of immediate social environment of the individual (microenvironment), which would eventually form the individual installation and the motives of crimes; influence on a person capable of committing a crime or continuing a criminal activity by virtue of his or her individual qualities.

It is proved that in the scope of measures directly aimed at solving preventive tasks are included not only persons who commit offences, but also the environment in which personality is formed and its individual setup.

In turn emphasizes that the sphere of individual prevention should be broadened, and the circle of its subjects, along with potential perpetrators needs to be placed to potential and actual victims of crime. The increase in violent crime, including against women, is primarily associated with the unstable state of the economy in the transition period. An important role is played by increasing the level of material security of people, improving their living and living conditions. More sustainable economic development is needed. The decrease of unemployment, search and provision of new jobs on the labour market will be important for the prevention of violent crimes against women.

Key words: prevention, violent crime, subject of prevention, general social prevention of crim.

УДК 343.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.53

Маріана Тома,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри кримінального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ІСТОРИЧНИЙ ВИКЛАД РОЗВИТКУ ПРОФЕСІЙНОЇ ЗЛОЧИННОЇ ДІЯЛЬНОСТІ НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНИ

Зародження професійної злочинності на території сучасної України відбулось ще в домонголо-татарський період, а розвиток цього виду злочинної діяльності відбувався в такі історичні періоди: 1) період зародження примітивних видів професійної злочинної діяльності; 2) період утвердження в некримінальному суспільстві моделі злочинного промислу та становлення професійної злочинності в умовах жорстокої протидії влади царської Росії; 3) період інтенсивної структуризації дореволюційної професійної злочинності за видами і спеціальностями й ускладнення злочинного професіоналізму (опір незлочинного світу злочинному промислу, ускладнення суспільних відносин і розвиток економічних відносин вимагали від злочинців-професіоналів ще більш чіткої спеціалізації, а також підвищення рівня знань цієї категорії злочинців для убезпеченої реалізації свого злочинного промислу; з іншого боку, ріст міст у Причорномор'ї сприяв динамічному поширенню професійної злочинності та вибудові чіткої ієрархії злочинців-професіоналів у кримінальному світі); 4) період трансформації дореволюційної професійної злочинності в радянську українську професійну злочинність; 5) період становлення радянської української професійної злочинності у воєнній і післявоєнній Україні та період внутрішньо злочинної війни за сфери впливу (авторитети злочинного світу домовились протистояти владі та не брати участі в боротьбі проти нацизму); 6) період розквіту радянської української професійної злочинної діяльності в умовах «перемоги держави над злочинним світом та викорінення професійної злочинності в Союзі Радянських Соціалістичних Республік» (держава провела реформу кримінального та кримінально-процесуального законодавства, структурувавши свою боротьбу із професійною злочинністю); 7) період становлення української професійної злочинності та визначальної боротьби за сфери впливу (з 90-х років XX століття професійна злочинність була переформатована та видозмінена, хоча ієрархічна структура не зазнала докорінних змін); 8) період сучасної української професійної злочинності (професійна злочинність характеризується модифікацією традиційних і появою нових кримінальних спеціалізацій, зокрема, пов'язаних із кібер-простором).

Ключові слова: професійний злочинець, злочинна діяльність, злочинна субкультура, протидія, злочинний професіоналізм, криміналізація суспільства.

Постановка проблеми. Добре відомо, що професійна злочинність у будь-якій країні світу вважається одним із найнебезпечніших видів злочинності. Це пояснюється тим, що професійна злочинність паразитує в суспільстві, пробирається у всі сфери економічного життя, порушуючи нормальний розвиток економічних відносин, насамперед майнових правовідносин. У зв'язку із цим щорічний збиток від складників її злочинів оцінюється значними обсягами грошових коштів [1, с. 102]. Однак варто зазначити, що професійна злочинність не є одним із тих видів злочинності, що з'явились у сучасному суспільстві. Професійна злочинність – це вид злочинності з багатою багатовіковою історією. Зокрема, О.А. Калганова зазначає, що історія становлення та розвитку професійної злочинності «йде своїм корінням у сиву давнину і з давніх-давен мала різноплановий характер» [6, с. 154]. Тому розгляд проблеми професійної злочинності та протидії їй без вивчення історії її становлення й еволюції не може мати наукового обґрунтування.

Виклад основного матеріалу. Зазначен здебільшого можна пояснити тим, що протягом століть змінюються лише умови злочинної діяльності, сам же вид кримінальної «майстерності» злочинців-професіоналів залишається незмінним [3, с. 591]. В історичній ретроспективі у кримінальному світі України, як і у злочинному світі багатьох закордонних країн, здавна виокремлювались особи, які систематично вчиняли переважно корисливі злочини (крадіжки, шахрайство тощо), досягаючи певної злочинної майстерності. Водночас, як зазначає В.В. Пивоваров, «вони виявляли впертість і небажання від-

© М. Тома, 2020

мовлятися від такої поведінки, бо вона була для них джерелом засобів існування. Спираючись на свій багаторічний кримінальний досвід, вони розраховували на безкарність. Таких людей почали називати стійкими, професійними злочинцями» [11, с. 1–2]. Тому варто погодитись з українським ученим Н.К. Макаренко в тому, що знання етапів виникнення та розвитку професійної злочинності дає можливість осягнути цю проблему в багатовимірній площині, сформувати про неї об'єктивне уявлення [9, с. 120]. Отже, ефективна протидія професійній злочинності неможлива без вивчення її історичних передумов і практики боротьби з нею правоохоронних органів [14, с. 289]. Аналізуючи ґрунтовні наукові дослідження вітчизняних і закордонних учених-кримінологів, істориків, у яких тією чи іншою мірою викладається історія становлення професійної злочинності в Україні, можемо дійти висновку, що цей вид злочинної діяльності в нашій державі характеризується такими етапами свого походження:

1. Період зародження примітивних видів професійної злочинної діяльності (часи існування Русі та князівств). Одними з перших професійних злочинців, що з'являлись у розглядуваний період, були так звані «злодії з великої дороги» [14, с. 290], а також «лісові розбійники», що сукупно стали не лише фундаментом побудови організованого злочинного світу на історичній території сучасної України, але й відправною точкою становлення на цій території злочинного світу як такого, невід'ємною й основною складовою частиною якого є професійна злочинність, або «злочинний промисел».

2. Період утвердження в некримінальному суспільстві моделі злочинного промислу та становлення професійної злочинності в умовах жорстокої протидії влади царської Росії професійній злочинності. Уперше професійна злочинність на історичних теренах нашої держави зіткнулась із посиленою протидією лише наприкінці XV ст., у зв'язку з ухваленням Судебника Івана III, у ст. ст. 8 та 39 якого передбачалося особливо суворе покарання за вчинення злочинів у межах злочинного промислу. Однак, попри жорсткі заходи протидії держави діяльності злочинців-професіоналів того часу, злочинний промисел продовжував існувати на території України й у період Гетьманщини та, що суттєво, удосконалювався. Учені-кримінологи зауважують, що внаслідок політики жорсткого переслідування злочинців-професіоналів, яка була посилена за часів царювання Петра I, відбулися негативні зміни в динаміці та структурі злочинності, злочинне середовище стало активно зміцнювати свої позиції в межах держави, що дозволяло професійним злочинцям не лише виживати, але й «відтворюватися в умовах правового беззаконня, що, у свою чергу, сприяло кримінальній професіоналізації злочинців». Як наслідок, уже в першій половині XVIII ст. злочинний світ характеризувався власними сталими злочинними звичаями, традиціями, мораллю, елементами ієрархії та жаргоном [6, с. 44].

Варто звернути увагу на те, що для досліджуваного періоду специфічним є вкрай важке економічне і правове становище кріпосних селян, що неминуче спричиняло втечі кріпосних із-під влади поміщиків.

Процес формування злочинного світу активізувався саме з кінця XIX ст., що можна пояснити стрімким розвитком міст (здебільшого портових міст у Причорномор'ї) та динамічним розвитком економічних відносин у межах імперії, індустріалізацією Донбасу, у результаті чого в Україні почав формуватися клас робочих, представники якого з тих чи інших економічних підстав досить часто рекрутували до злочинного світу. За цих умов структура злочинного світу, що активно наповнювався, характеризується елементами відносно стабільної ієрархії («на волі» діяли «громили», «ведмежатники», «йоржі», «формазонники» тощо, а засуджені поділялися на «іванів», «храпів», «гравців», «шпанку», «сухариків», «асмадеїв» [3, с. 590; 287, с. 83]).

3. Період інтенсивної структуризації дореволюційної професійної злочинності за видами і спеціальностями й ускладнення злочинного професіоналізму. Уже в 40-х рр. XIX ст. на історичних територіях України відбувся розподіл злочинців за видами діяльності, що сприяло підвищенню їхнього професіоналізму. Жебраки трималися окремо, крадії зосереджувалися у злодійському середовищі, грабіжники – у розбійницькому. Таким чином, на думку вчених-кримінологів, концентрувалася відповідна кримінальна еліта, створювалися підпільні школи для малолітніх злодіїв, а «найобдарованіших» (тобто найспритніших) із метою підвищення рівня їхньої «майстерності» злочинні лідери посилали за кордон. За цих умов у тогочасній Україні з'явились відомі дотепер харизматичні представники злочинного світу, що діяли під прізвиськами «Мішка Япончик», «Сонька Золота Ручка», «доктор Слонимський» та інші [2, с. 3; 298, с. 62].

4. Період трансформації дореволюційної професійної злочинності в радянську українську професійну злочинність. У 1917 р. в Російській імперії відбувся більшовиць-

кий переворот, розпад імперії та почала будуватись Радянська держава. Паралельно із цими подіями відбулось переформатування злочинного світу: злодійська еліта була частково знищена, частково емігрувала; злочинці із «простішою» кваліфікацією піддалися спокусам безкарних грабежів, нальотів, мародерства, які характерні для періоду громадянської війни. Водночас, як зазначають учені, основною формою організованої злочинності в ці роки стають банди, які орудують у містах і сільській місцевості. Злочинність набуває своєї специфіки, формується своєрідна «радянська» модель організованої злочинності [8, с. 12]. Попри це, варто наголосити на тому, що Радянський Союз успадкував від Російської імперії її злочинний світ із його традиціями та паразитичною мораллю. Однак ряди професійних злочинців на той час суттєво поповнювалися безпритульними, колишніми офіцерами й іншими так званими «контрами» [5, с. 126], що можна пояснити тим, що Жовтневий переворот 1917 р. і глибока економічна і політична криза влади призвели до різкого падіння рівня життя населення, а громадянська війна й атеїстична політика, яку провадили більшовики, спричинили масове падіння моральності й кризу духовності росіян, усе це зумовило масову криміналізацію населення. Саме тоді, як зазначає В.В. Сухонос, «бродяги» з подивом виявили, що «злодійство і розбій перестали бути тільки їхньою професією» [14, с. 84]. Наголосимо, що відповідні процеси відбувались не лише в більшовицькій Росії, а і в Україні, особливо тоді, коли вона була остаточно окупована силами Червоної армії.

Також варто звернути увагу на те, що тогочасний зовнішній світ та події в ньому відображались і на в'язничному світі. Політична криза, що мала місце в суспільстві того періоду, у в'язничному світі мала свій аналог – кризу влади старих тюремних в'язнів «бродяг». Український учений В.В. Сухонос зауважує, що в той час із ними конкурували нові, молоді, зухвалі злочинці, що не визнавали жодних законів, жодної влади, крім влади сили (такі злочинці часто діставали назву «жигани») [14, с. 84]. Це, на нашу думку, можна пояснити високою інтенсивністю поширення в тогочасному суспільстві ідей анархізму (як серед незлочинних елементів, так і серед злочинців), які сприяли поширенню злочинності. Зокрема, Є.В. Фаришев звертає увагу на те, що в перші роки радянської влади одним із чинників зростання злочинності, особливо професійної, став вплив ідей анархізму, «які згодом трансформувалися у блатні норми поведінки». У спільнотах цієї так званої «політичної течії» найчастіше знаходили притулок кримінальні елементи, прикриваючи свою злочинну діяльність гучними гаслами боротьби за «ідею» [16, с. 62].

Також зауважимо, що характерною ознакою післяреволюційного часу стало те, що професійні злочинці, які до революції суворо дотримувалися обраної кваліфікації, у 1920-ті рр. розширювали сферу своєї діяльності, опановуючи декілька суміжних професій. Завдяки словникам термінів, укладеним для української радянської міліції та карного розшуку, ми можемо встановити, які саме кримінальні професії існували в цей час. Зокрема, на території тогочасного Донбасу вже були поширені такі злочинні професії, як: «шпана», «скокарі», «городушники», «ширмачі», «майданники», «громили», «формазонники», «скамейники», «каїни», «експропріатори», «букольники», «підкидальники», «шулери», «підроблювачі», «шантажисти», «аферисти всіх видів», «фальшивомонетники», «коти», «торговці живим товаром», а також «контрабандисти» та «притоноутримувачі» [10, с. 61–79].

Новий виток еволюції професійної злочинності можна помітити, аналізуючи кримінологічну картину періоду Нової економічної політики (далі – неп). За часів непу, зокрема, помітно поширилося торгове шахрайство (як специфічне явище того часу позначене в історії під назвою «непманське шахрайство»), яке полягало в організації всіляких торгових фіктивних відомств, продажу неіснуючих товарів («повітря»). В.І. Єзикян зауважує щодо цього, що в період непу також значно зросла кількість шахрайств із метою заволодіння особистим майном громадян, а також, незважаючи на важкі економічні умови, з'явилися нові види крадіжок майна громадян. «Особливо поширеними були «лялькове» та ігрове шахрайство, а також продаж фальшивих коштовностей під виглядом справжніх». Шахрайство тих років створило класичні форми обману та сформувало типи різних ділків, що зробили його джерелом свого існування, значна частина з яких відродилися після розпаду колишнього Радянського Союзу [5, с. 126] й існують дотепер.

Як зазначає Л.Ф. Гула, це було на руку «хоронителям» кримінальної «спадщини»: у цих умовах «злодії», «бурлаки», переведені зазвичай до виправно-трудових таборів із в'язниць та ізоляторів, своєю нахабністю і хитрістю набули ваги в місцях позбавлення волі, унаслідок чого склалася чітка трирівнева структура кримінального співтовариства, а саме: на вищому рівні – «злодій у законі» («козирний злодій», «усесоюзний злодій», «центровий злодій», «пахан») –

абсолютний авторитет («лідер»); на середньому – звичайний злодій («авторитет»); на нижньому – «шістки» («слуги») та інші виконавці рішень «злодійського братерства». Найвищий рівень професійних злочинців – «злодії в законі», які вважаються найвищими авторитетами у злочинному світі, це вид злочинного співтовариства, що трансформувався в основній своїй частині із представників колишніх «бродяг», «іванів». Назва «злодії в законі», як зазначає Л.Ф. Гула, символізує належність до угруповання рецидивістів і відносить водночас усі інші категорії злочинців до сфери «поза законом», на яких також суттєво вплинув процес переформатування злочинного світу в колишньому Радянському Союзі. Особливо це стосувалось засуджених злочинців, які були розподілені залежно від вчиненого злочину: тих, хто відбував покарання за крадіжки, стали називати «злодіями», а за насильницькі злочини – «фраєрами». Поступово в середовищі засуджених створювалися власна субкультура й ієрархія. «Для того, щоб відокремити себе від інших засуджених та тримати їх у покорі, організатори злочинних угруповань розробили й намагалися впроваджувати свої «закони». Беручи дещо від традицій минулого, вони ввели заборону членам свого братства займатися суспільно корисною працею, служити в армії, мати сім'ю тощо» [2, с. 5, 6].

5. Період становлення радянської української професійної злочинності у воєнній і післявоєнній України та період внутрішньозлочинної війни за сфери впливу. Так, у 1942 р. на території колишнього Радянського Союзу відбувся з'їзд «злодіїв у законі», де кримінальні авторитети консолідовано ухвалили рішення про те, щоб усіляко ухилятись від мобілізації та не брати участі у війні. Тих же «злодіїв», які, усупереч рішенню «злодіїв у законні», вирішили брати участь у війні, було оголошено поза законом і названо «суками».

6. Період розквіту радянської української професійної злочинної діяльності в умовах «перемоги держави над злочинним світом та викорінення професійної злочинності в Союзі Радянських Соціалістичних Республік». Суттєвий вплинула на розвиток професійної злочинності в нашій державі так звана «беріївська» амністія 1953 р., унаслідок якої з місць позбавлення волі звільнено основну масу злочинців. Як наслідок, в Українській Радянській Соціалістичній Республіці, як і в інших республіках колишнього Союзу, була створена небезпечна ситуація, що, як слушно зазначає О.А. Калганова, серйозно загрожувала існуючому радянському правопорядку [7, с. 42]. Водночас варто звернути увагу на те, що зміни в радянському кримінальному, кримінально-процесуальному законодавстві 1958–1961 рр. (наприклад, в Особливій частині радянського кримінального закону приблизно 50 статей передбачали корисливі діяння, у яких проявляється спеціалізація злочинців), а також посилення боротьби зі злочинним світом змусили професійних злочинців реформувати свої ряди, обрати нову тактику, здебільшого піти в підпілля.

У наступні двадцять років існування колишнього Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР) професійна злочинність незмінно продовжувала своє становлення, поступово пробираючись в офіційну державну владу. Так, 70-ті роки XX ст. характеризувались появою великого кримінального класу, так званих «цеховиків». Організованість «цеховиків» була вища, аніж в інших професійних злочинців, а характер їхньої злочинної діяльності вже передбачав організовані форми [5, с. 127].

Так, уже наприкінці 80-х – на початку 90-х рр. багатьма провідними юристами-вченими та юристами-практиками визнавалось, що волюнтаристська декларація органів влади про перемогу над організованою та професійною злочинністю була помилковою. Окрім того, у спеціальній юридичній літературі констатувалось, що професійна злочинність існувала та продовжує своє існування у СРСР, постійно еволюціонуючи [4, с. 32] та поширюючись у некримінальне суспільство.

Після того як СРСР припинив своє існування, а окремі радянські республіки здобули свою незалежність чи відновили її, паралельно також відбувся і новий різкий сплеск злочинності.

Уважаємо, що професійна злочинність в Україні в 90-х рр. XX ст. вийшла з підпілля та почала активно розвиватись на тих же підставах і такими ж темпами, що і в інших пострадянських державах. Важливою в цьому процесі була стрімка криміналізація суспільства – втягнення раніше законослухняних громадян до злочинного світу, їх добровільний перехід до цього світу злочинців. Основні причини цього полягають у спільності для держав колишнього СРСР проблем, пов'язаних із руйнуванням старої ідеології державного патерналізму (це, серед іншого, призвело до зниження соціальної захищеності населення, до скорочення доступу до якісних послуг охорони здоров'я й освіти), а також із «диким переходом до ринкової економіки», у якій не забезпечувалася рівність можливостей громадян (зайняти свої місця в новій економіці, що

будувалася, могли насамперед кримінальники, у яких на той момент був значний капітал, здебільшого набутий унаслідок професійної злочинної діяльності). Зокрема, Б.Г. Тугельбаєва й А.Д. Хамзаєва щодо цього зауважують, що в зазначених умовах «йшло становлення інституту приватної власності, у країні почалася лібералізація ринку товарів і послуг, розвивалася економічна свобода» [15, с. 101].

7. Період становлення української професійної злочинності та визначальної боротьби за сфери впливу. У 90-х рр. XX ст. професійна злочинність енергійно розвивалася, модифікувалася, згуртовувалась і організовувалася. Серйозно підвищився її рівень інтелектуалізації та професіоналізації; угруповання, очолювані професійними злочинцями, інтенсивно брали участь у розподілі сфер впливу, що виражалось зазвичай у так званих «бандитських розборках» 90-х рр. минулого сторіччя. Паралельно професійна злочинність активно розширювала в цей час свій вплив за кордоном, для отримання великих прибутків і легалізації злочинних доходів почала активно пробиратись до влади і безжально усувати власних конкурентів на цьому шляху (як із кримінального, так і з позакримінального середовища), брати активну участь у розграбуванні культурної спадщини українського народу та відчуженні предметів старовини, вивезенні культурних цінностей за кордон, завдаючи тим самим колосального збитку національним інтересам держави [16, с. 64]. Так само активно професійні злочинці захоплювали заводи та фабрики, а також примушували підприємців «ставати під дах» тощо.

8. Період сучасної української професійної злочинності. Процес перерозподілу власності та переділу сфер впливу закінчився всередині 2000-х рр., що ознаменував собою перехід тогочасної професійної злочинності до сучасного її стану, форми, хоча, як слушно зазначає Є.В. Фаришев, і в нинішніх умовах професійна злочинність як система, що постійно самостійно розвивається, «не стоїть на місці, а відчуває потребу в нових, більш ефективних формах функціонування» [16, с. 64]. Для сучасних українських злочинних організованих груп, які професійно займаються злочинною діяльністю, характерний міжнаціональний і міжнародний характер діяльності, наявність корупційних зв'язків, прагнення до монопольного розподілу свого впливу, розширення ринків збуту незаконних товарів і послуг [279, с. 8]. Нині серйозною соціальною небезпекою є замовні вбивства, що пояснюється тим, що психологія замовного вбивства характеризується складним ланцюгом взаємодій: замовник – виконавець або замовник – посередник – виконавець, або замовник – декілька посередників – виконавець [12, с. 316]. Не меншу соціальну небезпеку також становить сучасний стан професійної злочинності у сфері оподатковування, де злочинність загалом характеризується високим рівнем кримінального професіоналізму.

Висновки

Отже, підбиваючи підсумок викладеному, варто зауважити, що професійна злочинність, що зародилась у домонголо-татарський період, характеризується багатою історією свого розвитку, чому сприяли різні соціально-політичні, економічні та культурні чинники в різні історичні періоди існування українського народу. Жодні найсуворіші кримінальні заходи протидії професійній злочинності (петровська боротьба зі злочинним промислом також) не змогли зупинити динамічну еволюцію цього виду злочинної діяльності. Сьогодні злочинці-професіонали стоять в основі злочинного світу України, «уміло» використовують плоди науково-технічного прогресу у своїй протиправній діяльності, усе глибше занурюючись у кіберпростір, не полишаючи й уже традиційні методи та способи вчинення професійних злочинів у нашій державі (кишенькові крадіжки, крадіжки із проникненням у житло тощо).

Список використаних джерел:

1. Асланян М.М. Совершенствование института рецидива преступлений как легальной формы профессиональной преступности. *Общество и право*. Краснодар. 2008. № 2. С. 102–104.

2. Гула Л.Ф. Правові засади боротьби із професійною злочинністю: історичні традиції та організаційні форми. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. Серія «Юридична». 2009. Вип. 2. С. 1–9.

3. Гуров А.И. Профессиональная преступность в России. *Федеральный справочник*. Москва. 2003. Т. 10. С. 589–600.

4. Гуров А.И. Профессиональная преступность. Прошлое и современность. Москва : Юрид. лит., 1990. 304 с.

5. Езикян В.И. Криминология : учебное пособие. Новочеркасск : ЮРГТУ, 2011. 159 с.

6. Калганова О.А. Виникнення професійної злочинності. *Порівняльно-аналітичне право*. Ужгород. 2013. Вип. 1. С. 148–155.

7. Калганова О.А. Професійна злочинність у II половині XX ст. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2014. Т. 3. Вип. 1. С. 42–45.

8. Лапин В.А. К вопросу об организованной преступности в российской империи: историко-правовой аспект. *Вестник магистратуры*. Йошкар-Ола. 2015. № 1 (40). Т. III. С. 10–12.

9. Макаренко Н.К. Зародження та розвиток професійної злочинності в історії європейської цивілізації. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. Київ. 2016. № 4 (101). С. 120–130.

10. Міхеєва О.К. Кримінальна злочинність і боротьба з нею в Донбасі (1919–1929). Донецьк : Східн. видавн. дім, 2004. 248 с.

11. Пивоваров В.В. Професійна злочинність як прояв злочинного корпоративізму. *Теорія і практика правознавства*. Харків. 2015. Вип. 1 (7). С. 1–13.

12. Попович О.В. Соціально-психологічна характеристика особистості злочинця. *Часопис Київського університету права*. 2012. Вип. 2. С. 313–317.

13. Прутяний С.О. Професійна злочинність в Україні: історичний аспект. *Юридичний вісник Причорномор'я*. Херсон. 2011. № 1 (1). С. 289–296.

14. Сухонос В.В. Злочинні угруповання як спотворення ідеї громадянського суспільства. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. Суми. 2015. № 2 (13). С. 82–85.

15. Тугельбаева Б.Г., Хамзаева А.Д. Современное состояние и тенденции развития преступности в Киргизской Республике. *Вестник Киргизско-Российского Славянского университета*. Бишкек. 2006. Т. 6. № 8. С. 101–108.

16. Фарышев Е.В. Основные этапы эволюции профессиональной преступности в России. *Уголовная политика и культура противодействия преступности :* материалы Международной научно-практической конференции, 30 сентября 2016 г., г. Краснодар. Краснодар, 2016. С. 61–66.

Occurrence of professional crime in the territory of modern Ukraine occurred in the pre-Mongol-Tatar period, and the development of this type of criminal activity occurred in the following historical periods: 1) the period of primitive types of professional criminal activity; 2) the period of adoption in the non-criminal society of the model of criminal fishing and the establishment of professional crime in the conditions of violent opposition of the tsarist power; 3) a period of intensive structuring of pre-revolutionary professional crime by types and specialties and complication of criminal professionalism (resistance to the crime world, criminal relations, development of economic relations required from professional criminals even more specialization, as well as increased knowledge of this category of knowledge on the other hand, the growth of cities in the Black Sea has contributed to the dynamic growth of professional crime and a clear hierarchy of professional criminals in the criminal world); 4) the period of transformation of pre-revolutionary professional crime into Soviet Ukrainian professional crime; 5) the period of the formation of Soviet Ukrainian professional crime in military and post-war Ukraine and the period of domestic war for the spheres of influence (the authorities of the criminal world agreed to confront the authorities and not participate in the fight against Nazism); 6) the period of prosperity of Soviet Ukrainian professional criminal activity in the conditions of "the victory of the state over the criminal world and the eradication of professional crime in the USSR" (the state reformed the criminal and criminal procedural legislation, structuring its fight against professional crime); 7) the period of formation of Ukrainian professional crime and the decisive struggle for spheres of influence (since the 1990s, professional crime has been reformatted and modified, although their hierarchical structure has not changed substantially); 8) the period of modern Ukrainian professional crime (professional crime is characterized by the modification of traditional and the emergence of new criminal specialties, in particular, related to cyberspace).

Key words: professional offender, criminal activity, criminal subculture, counteraction, criminal professionalism, criminalization of society.

УДК 343.163
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.54

Ірина Курбатова,
канд. юрид. наук,
старший прокурор прокуратури м. Києва

УЧАСТЬ ПРОКУРОРА У ПЕРЕГЛЯДІ СУДОВИХ РІШЕНЬ СУДОМ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

У статті здійснено теоретичний та нормативно-правовий аналіз участі прокурора у перегляді кримінальних справ судом апеляційної інстанції. Основна мета роботи полягає у дослідженні проблемних питань, пов'язаних з участю прокурора в перегляді судових рішень у кримінальних провадженнях, формуванні та науковому обґрунтуванні висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення процедури участі прокурора у стадії перегляду судових рішень.

Встановлено, що можливість перевірки законності, обґрунтованості та вмотивованості судових рішень в апеляційному провадженні за апеляційною скаргою зацікавлених осіб вважається конституційною гарантією правосуддя, що забезпечує право особи оскаржити судове рішення шляхом внесення апеляції учасниками судового процесу. Серед таких учасників особливе місце посідає прокурор.

Констатовано, що стадія апеляційного провадження є гарантією забезпечення постановлення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення. Водночас перегляд судових рішень апеляційною інстанцією передбачає формування єдиного підходу до застосування кримінального та кримінального процесуального законодавства України, що закріплює низку важливих положень, які регламентують повноваження прокурора саме на цій стадії кримінального судочинства.

Доведено, що у разі порушення норм матеріального чи процесуального права прокурор зобов'язаний своєчасно реагувати на незаконні судові рішення шляхом внесення апеляції з метою виконання покладеної на нього законом правозахисної функції, зміст якої полягає у захисті й відновленні порушених прав громадянина та людини, інтересів держави і суспільства. Механізм реалізації цієї функції полягає в тому, що прокурор протягом строків, відведених на оскарження судових рішень, які не набрали законної сили, має ознайомитись із ними та матеріалами судового розгляду, апеляціями інших учасників процесу, подати письмові заперечення щодо них, своєчасно внести апеляцію на кожне незаконне судове рішення та взяти участь у розгляді кримінальної справи в апеляційному суді.

Значна увага приділена нормативно-правовому регулюванню участі прокурора у суді апеляційної інстанції, унормуванню порядку подачі апеляційної скарги прокурорами різного рівня, а також відомчому контролю за процесом оскарження незаконних судових рішень. Підкреслено, що в окремих кримінальних провадженнях лише прокурор як державний обвинувач може подати апеляційну скаргу на невмотивоване рішення суду першої інстанції у зв'язку з тим, що потерпілого у таких справах немає, а сторона захисту не зацікавлена у перегляді такого судового рішення.

Ключові слова: прокурор, рішення суду, апеляційна скарга, апеляційне провадження, Генеральний прокурор.

Постановка проблеми. Чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) вніс кардинальні зміни до розуміння ролі та завдань органів прокуратури як учасника процесу доказування у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим визначення процесуального становища прокурора як суб'єкта доказування в кримінальному судочинстві є, вочевидь, найбільш актуальним питанням сучасної доктрини доказового права. Особливо це питання актуалізується у разі визначення ролі прокурора у стадії кримінального процесу під час перегляду судових рішень.

Законне та справедливе вирішення кримінально-правового конфлікту ставить перед юридичною наукою завдання щодо зменшення кількості помилок під час досудового провадження та судового розгляду матеріалів кримінальних проваджень, а також пошуку шляхів їх виправлення. На практиці іноді трапляються випадки, коли судові рішення ухвалюються з порушенням матеріального або процесуального закону.

Найпоширенішим у сучасному кримінальному судочинстві способом виправлення таких помилок є оскарження будь-якого судового рішення, що не набрало чинності, в суді вищої інстанції – апеляційному суді. Саме суд апеляційної інстанції має забезпечити постановлення законних, обґрунтованих та вмотивованих судових

© І. Курбатова, 2020

рішень, а також вжиття своєчасних заходів, спрямованих на виправлення помилок, допущених на попередніх стадіях кримінального судочинства.

Відповідно до п. 8 ст. 129 Конституції України [1] однією із фундаментальних засад судочинства є право на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень, окрім випадків, встановлених законом. Аналогічні норми містяться також у ст. 14 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», процесуальних кодексах України. Поряд із національним законодавством це право проголошено і у міжнародних актах, зокрема: відповідно до п. 5 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р. кожен, кого засуджено за будь-який злочин, має право на те, щоб його засудження і вирок були переглянуті вищестоящою судовою інстанцією згідно із законом та ч. 2 ст. 2 Протоколу № 7 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд вищою судовою інстанцією винесеного йому вироку або призначеної міри покарання.

Отже, можливість перевірки законності, обґрунтованості та вмотивованості судових рішень в апеляційному провадженні за апеляційною скаргою зацікавлених осіб вважається конституційною гарантією правосуддя, що забезпечує право особи оскаржити судове рішення шляхом внесення апеляції учасниками судового процесу. Серед таких учасників особливе місце посідає прокурор.

Аналіз останніх досліджень. Проблеми законодавчого регулювання участі прокурора на стадії перегляду судових рішень досліджували у своїх працях В. Бесчасний, Л. Богословська, Т. Варфаломеєва, Ю. Грошевий, П. Каркач, О. Костюченко, Є. Коваленко, М. Косюта, Л. Лобойко, В. Маляренко, О. Михайленко, М. Михеєнко, В. Шибіко та інші, праці яких мають суттєве наукове й практичне значення і є підґрунтям подальших наукових досліджень.

Цілями статті є дослідження основних проблемних питань, пов'язаних з участю прокурора в перегляді судових рішень у кримінальних справах, формування та наукове обґрунтування висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення процедури участі прокурора у стадії перегляду судових рішень.

Виклад основного матеріалу. Особливе становище прокурора у цій стадії зумовлене тим, що провадження справ у апеляційній інстанції може виникнути тільки за наявності апеляційної скарги, а оскарження в касаційному порядку можливе лише тільки після апеляційного перегляду, подача прокурором апеляції має досить вагоме, а іноді вирішальне значення, адже засуджений чи його захисник і навіть інші суб'єкти апеляційного оскарження, передбачені ст. 393 КПК України [2], не завжди зацікавлені в оскарженні вироку або ухвали суду.

Так, без апеляції на безпідставне виправдання особи, незаконне звільнення особи від відбування призначеного покарання з випробуванням, м'якість призначеного покарання, безпідставне закриття провадження чи необхідності застосування норми закону про більш тяжкий злочин апеляційна та касаційна інстанції не можуть переглянути незаконне судове рішення. У подібних випадках сторона захисту не зацікавлена у перегляді судового рішення, а тому роль прокурора за таких умов має надзвичайно велике значення. Водночас є кримінальні провадження, у яких немає потерпілих та інших зацікавлених осіб, як наприклад, злочини проти основ національної безпеки України (розділ I Особливої частини КК України), злочини проти довкілля (розділ VIII) та інші. На незаконність, необґрунтованість, невмотивованість чи несправедливість судових рішень у таких справах, крім прокурора, майже ніхто не реагує.

Стадія апеляційного провадження є гарантією забезпечення постановлення законного, обґрунтованого та справедливого судового рішення. Водночас перегляд судових рішень апеляційною інстанцією передбачає формування єдиного підходу до застосування кримінального та кримінального процесуального законодавства України, що закріплює низку важливих положень, які регламентують повноваження прокурора саме на цій стадії кримінального судочинства.

Відповідно до ч. 4 ст. 36 КПК України та ч. 5 ст. 24 Закону України «Про прокуратуру»[3] правом внесення апеляційної (касаційної) скарги на судові рішення у кримінальних справах наділені службові особи органів прокуратури, які брали участь у судовому розгляді як прокурори, а також незалежно від їхньої участі в розгляді справи прокурори вищого рівня – Генеральний прокурор та його заступники, керівники обласних прокуратур і прирівняні до них та їх заступники, крім випадків, коли йдеться про рішення у кримінальних провадженнях, розслідування в яких здійснювалося Національним антикорупційним бюро України, – у таких випадках відповідне право надається прокурору, який брав участь у судовому розгляді, а також незалежно від його участі в розгляді справи – керівнику Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, його заступни-

кам. Водночас статтями 393, 425 та 446 КПК України визначено коло осіб, які мають право подати апеляційну, касаційну та скаргу до Верховного Суду України, однак, ці статті містять лише згадку про прокурора як про суб'єкта апеляційного чи касаційного оскарження, не уточнюючи при цьому, який саме прокурор має право на подання апеляційної чи касаційної скарги. Разом із тим змінити, доповнити, відкликати, відмовитися від апеляційної, касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення Верховним Судом України має право прокурор, який її подав, або прокурор вищого рівня.

Отже, в разі порушення норм матеріального чи процесуального права прокурор зобов'язаний своєчасно реагувати на незаконні судові рішення шляхом внесення апеляції з метою виконання покладеної на нього законом правозахисної функції, зміст якої полягає у захисті й відновленні порушених прав громадянина та людини, інтересів держави і суспільства. Механізм реалізації цієї функції полягає в тому, що прокурор протягом строків, відведених на оскарження судових рішень, які не набрали законної сили, має ознайомитись із ними та матеріалами судового розгляду, апеляціями інших учасників процесу, подати письмові заперечення щодо них, своєчасно внести апеляцію на кожне незаконне судове рішення та взяти участь у розгляді кримінальної справи в апеляційному суді. Крім того, має право вносити зміни, доповнювати і навіть відкликати апеляційну скаргу.

Однак у юридичній літературі висловлюється думка, що відкликання апеляції вищестоящим прокурором поставить прокурора, який подав апеляцію, в нерівне становище з іншими учасниками судового розгляду справи. Таку ж думку висловили В. Маляренко та І. Вернидубов, які зазначають, що право на відкликання апеляції мусить мати лише той прокурор, який брав участь як державний обвинувач у розгляді справи судом першої інстанції та подав апеляційну скаргу [4, с. 208]. Зрозуміло, це положення не стосується апеляційної скарги, поданої вищестоящим прокурором.

Звертає на себе увагу й інша думка: правом на внесення змін і доповнень до апеляції прокурора може бути наділений вищестоящий прокурор, але в межах позиції, зазначеної в апеляції. Вказане необхідно закріпити у відповідних положеннях процесуального законодавства. Право на відкликання апеляції має залишитися лише за тією особою, яка її внесла. В іншому разі це може призвести до зловживань службовим становищем з боку вищестоящих прокурорів.

Водночас в апеляційному провадженні є засада неможливості погіршення правового становища обвинуваченого, тобто не допускається подання таких апеляційних скарг, задоволення яких призведе до погіршення правового становища цього учасника кримінального процесу. Однак, на думку В.І. Маринів, винятки із зазначеного вище правила зводяться до виконання умови, що апеляція подається чітко визначеним суб'єктом – прокурором, потерпілим або його представником [5, с. 116].

Зокрема, відповідно до ст. 421 КПК України виключно прокурор, потерпілий та його представник мають право подавати апеляційні скарги з такими вимогами: 1) скасувати обвинувальний вирок у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке кримінальне правопорушення чи суворіше покарання, скасувати неправильне звільнення обвинуваченого від відбування покарання, збільшити суми, які підлягають стягненню, або в інших випадках, коли це погіршує становище обвинуваченого; 2) скасувати виправдувальний вирок (змінити такий вирок можна лише, коли змінюються мотиви виправдання, а резолютивна частина залишається); 3) скасувати ухвалу про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру у зв'язку з необхідністю застосувати закон про більш тяжке діяння або суворіший вид примусових заходів медичного чи виховного характеру; 4) скасувати ухвалу про відмову у застосуванні примусових заходів медичного чи виховного характеру та закриття кримінального провадження щодо неосудного або неповнолітнього, винесену з мотивів, що не вчинили кримінально караного діяння.

Аналіз ч. 1 ст. 420 КПК України щодо підстав для скасування вироку судом апеляційної інстанції та ухвалення свого вироку дає змогу дійти висновку про те, що прокурор є одним з небагатьох (поряд з потерпілим та його представником) суб'єктів, а у провадженнях, в яких відсутній потерпілий, – єдиним суб'єктом, якому дозволено в апеляційній скарзі вимагати скасування вироку. Водночас норми КПК України та Закону України «Про прокуратуру» не містять жодних обмежень щодо права прокурора подавати апеляційну скаргу, задоволення якої може покращити правове становище обвинуваченого. Виняток встановлено лише статтею 394 КПК України, яка встановлює обмеження щодо апеляційного оскарження окремих судових рішень (вироків, ухвалених у порядку спрощеного провадження; оскарження ніким не оспорюваних у суді першої інстанції обставин і дослідження яких було

визнано судом недоцільним; вироків, ухвалених на підставі угод). Однак вирок, ухвалений на підставі угоди про визнання винуватості, може бути оскаржений прокурором виключно з підстав призначення судом покарання, менш суворого, ніж узгоджене сторонами угоди, а також затвердження судом угоди, яка не могла бути укладена [2].

Разом із тим прокурор здебільшого не є самостійним у прийнятті рішень, а діє за погодженням з керівником органу прокуратури або вищестоящими прокурорами, подання апеляційної скарги також вимагає дотримання певних адміністративних процедур, які не передбачені КПК України, однак унормовані відомчим Порядком організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні (далі – Порядок), затвердженим наказом ГПУ від 28.03.2019 р. № 51 [6].

Згаданий вище Порядок вимагає від прокурора у провадженні (старшого групи прокурорів), прокурора, який брав участь у суді апеляційної інстанції, під час перегляду судового рішення упродовж п'яти діб після ухвалення судом рішення скласти висновок з правовою позицією щодо його законності і наявності підстав для подальшого оскарження цього рішення в апеляційному чи касаційному порядку, який упродовж трьох діб погоджується керівником відповідного структурного підрозділу та керівником прокуратури відповідного рівня, його першим заступником або заступником згідно з розподілом обов'язків. Керівники прокуратур обласного рівня, окружних прокуратур та військових прокуратур гарнізонів, їх перші заступники та заступники надсилають до уповноважених структурних підрозділів прокуратури вищого рівня висновок із правовою позицією щодо законності ухваленого судом першої або апеляційної інстанції рішення і наявності підстав для його перегляду – не пізніше наступної доби після його погодження.

Крім того, відповідно до ст. 36 КПК України та п. 15 Порядку структурні підрозділи нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування прокуратур обласного рівня забезпечують перевірку висновків окружних прокуратур про законність ухвалених судами першої інстанції рішень та відсутність підстав для їх оскарження в апеляційному порядку.

У разі встановлення підрозділами підтримання обвинувачення в суді обласних прокуратур та Офісу Генерального прокурора України підстав для подання апеляційної чи касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, доповнення, зміни або відмови від скарги, заяви, внесених ними або прокурорами нижчого рівня, вони письмово повідомляють про це заступника керівника обласної прокуратури, відповідального за стан організації наглядової роботи згідно з розподілом обов'язків [6].

Водночас може виникнути різна позиція прокурорів щодо оскарження судових рішень, у такому разі питання вирішується на відповідному рівні керівником обласної прокуратури чи Генеральним прокурором.

Під час підготовки апеляційної скарги прокурор мусить урахувати те, що апеляційний суд перевіряє законність рішення суду першої інстанції тільки щодо оскарженої частини рішення, і навпаки, не має перевіряти ті висновки суду, які не були предметом оскарження. У разі оскарження вироку суду першої інстанції прокурору необхідно звернути особливу увагу на вимоги ст. 420 КПК України щодо можливості скасування вироку суду першої інстанції і постановлення апеляційним судом свого вироку. Водночас згідно з вимогами ст. 404 КПК України суд апеляційної інстанції не має права розглядати обвинувачення, що не було висунуте в суді першої інстанції. Ця та інші норми сприяють економії часу і грошових ресурсів під час вирішення кримінальних справ, адже в такому разі справи не повертаються на новий судовий розгляд у повному обсязі. Разом із тим прокурору необхідно врахувати, що апеляційний суд не має права постановити свій вирок, якщо в апеляційній скарзі прокурора не ставилось питання про скасування вироку суду першої інстанції та постановлення нового вироку, подання апеляції саме з такими вимогами є досить важливим і відповідальним завданням прокурора. Якщо прокурор дійде висновку про необхідність скасування вироку суду першої інстанції і постановлення апеляційним судом свого вироку стосовно одного засудженого, а щодо інших засуджених – про необхідність зміни вироку, все це викладається в одній апеляційній скарзі. Задовольняючи таку апеляційну скаргу прокурора, апеляційний суд відповідно до ст. 418 КПК України скасовує повністю чи частково вирок суду першої інстанції і постановляє свій вирок щодо одного засудженого, а щодо зміни вироку стосовно інших засуджених – ухвалу.

Крім вироків, прокурор також може ставити в апеляційній скарзі питання про скасування ували місцевого суду щодо застосування до обвинуваченого примусових заходів виховного чи медичного характеру і постановлення апеляційним судом своєї ухвали. Прокурор в апеляційній скарзі мусить посилатись тільки на ті докази і обставини, які

підтверджують апеляційні вимоги, виділяти головне й уникати зайвої інформації, що не має суттєвого значення для вирішення справи. Не можна посилатися на ті докази (обставини), що не були предметом судового розгляду.

Під час апеляційного провадження прокурори, виконуючи свої повноваження, висловлюють мотивовану позицію щодо законності оскарженого судового рішення в межах вимог, викладених в апеляційній скарзі, а за наявності підстав для прийняття рішення на користь осіб, в інтересах яких апеляція не надійшла, ініціюють прийняття судом відповідного рішення. Виступають з ініціативою повторного дослідження обставин кримінального провадження за умови, що вони досліджені судом першої інстанції неповністю або з порушеннями, а також ставлять питання про дослідження доказів, клопотання про дослідження яких судом першої інстанції відхилені або про які стало відомо після ухвалення судового рішення.

Висновки

Отже, узагальнюючи діяльність прокурора в апеляційному провадженні, слід зазначити, що прокурор у апеляційному провадженні є досить важливим учасником кримінального процесу і його діяльність здійснюється з метою, щоб: виносились у кожній кримінальній справі законні, обґрунтовані, вмотивовані вироки, ухвали суду; не допустити виконання незаконного, необґрунтованого судового рішення, своєчасно виправити допущені помилки й порушення закону; забезпечити реалізацію гарантованих Конституцією України прав громадян, інтересів держави та суспільства.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254/96-в.

2. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/4651–17.

3. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1789-12.

4. Маляренко В.Т., Вернидубов І.В. Прокурор у кримінальному судочинстві. Деякі проблеми та шляхи їх вирішення. Київ : Юрінком Інтер, 2001. С. 208.

5. Маринів В.І. Недопустимість повороту до гіршого як гарантія свободи апеляційного оскарження судових рішень у кримінальному провадженні. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 114–119.

6. Про затвердження Порядку організації діяльності прокурорів і слідчих органів прокуратури у кримінальному провадженні : Наказ Генерального прокурора України від 28.03.2019 р. № 51. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE33334.html.

The article provides a theoretical and regulatory analysis of the prosecutor's involvement in reviewing criminal cases by a court of appeal. The main purpose of the work is to investigate the problematic issues related to the prosecutor's participation in the review of court decisions in criminal proceedings, to formulate and scientifically substantiate the conclusions and proposals aimed at improving the procedure of the prosecutor's participation in the stage of judicial review.

It is established that the possibility of reviewing the legality, validity and motivation of court decisions in appeal proceedings on the appeal of interested persons is considered a constitutional guarantee of justice, which guarantees the right of a person to appeal a court decision by lodging an appeal by the participants of the trial. Among such participants, the prosecutor holds a special place.

It is stated that the stage of the appeal proceedings is a guarantee of securing a lawful, well-founded and fair judgment. At the same time, the review of court decisions by the appellate court provides for the formation of a unified approach to the application of criminal and criminal procedural legislation of Ukraine, which establishes a number of important provisions governing the prosecutor's powers at this stage of criminal proceedings.

It is proved that in case of violation of substantive or procedural law the prosecutor is obliged to respond in a timely manner to unlawful court decisions by filing an appeal with the purpose of fulfilling the human rights function entrusted to him, the content of which is to protect and restore the violated rights of the citizen and human, the interests of the state and human interests, society. The mechanism of exercising this function is that the prosecutor must within the time limits set aside for appealing court decisions that have not come into force, become acquainted with them and the materials of the court proceedings, appeals from other participants of the process, submit written objections to them, timely appeal every unlawful judgment and to participate in a criminal case in an appellate court.

Much attention is paid to the regulatory and legal regulation of the prosecutor's participation in the court of appeal, the standardization of the procedure for lodging an appeal by prosecutors of different levels, as well as the departmental control over the process of appealing against illegal court decisions. It is emphasized that in some criminal proceedings only the prosecutor, as a state prosecutor, can appeal against an unjustified decision of the court of first instance due to the absence of the victim in such cases and the defense party is not interested in reviewing this court decision.

Key words: prosecutor, court decision, appeal, appeal proceedings, Prosecutor General.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.55

Юлія Циганюк,
канд. юрид. наук,
завідувач кафедри права та правоохоронної діяльності
Хмельницького інституту
Міжрегіональної Академії управління персоналом,
адвокат, провідний юрисконсульт сектора юридичного забезпечення
Хмельницького науково-дослідного експертно-криміналістичного центру
Міністерства внутрішніх справ України

АНГЛО-АМЕРИКАНСЬКА СИСТЕМА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

Значний інтерес викликає аналіз нетипових для рідної країни прикладів правової практики закордонних країн, а особливий інтерес викликає юридична практика та джерела, на якій вона базується, що відмінні від вітчизняного кримінального процесу. Одним із таких для українського кримінального процесу є кримінальний процес англо-американської системи кримінального процесу. Саме тому у статті приділено увагу дослідженню англо-американської системи кримінального процесу. Автором на основі загальних, а також окремих досягнень кримінальної процесуальної науки, зокрема з використанням наукових джерел країн англо-американської правової системи, визначені особливості англо-американської системи кримінального процесу. За основу обрано дві «класичні» країни цієї системи: Англію та Сполучені Штати Америки.

Автором визначено, що з урахуванням сучасних реалій норм кримінального процесуального законодавства України та практики його застосування, а також за умови окремих встановлених правил кримінальна процесуальна доктрина могла би посісти своє місце у кримінальному процесі України. Також зазначено, що сьогодні відбувається процес поєднання різних кримінальних процесуальних систем світу, однак англо-американська система кримінального процесу має свої особливості, які порівняно з іншими системами кримінального процесу можна виокремити. Такими особливостями є те, що джерелами кримінального процесуального права є судовий прецедент, нормативно-правові акти та правова доктрина, водночас важко визначити пріоритет прецеденту над нормативно-правовими актами у Сполучених Штатах Америки, хоча він наявний в Англії. Також англо-американська система кримінального процесу є змагальною, або обвинувальною. І однією із засадничих ознак можна назвати те, що ця система заснована на справедливості, у ній беруть початок такі явища кримінального процесу, як угода про визнання вини, суд присяжних, концепція відновного правосуддя, дискреційність повноважень осіб, які ведуть кримінальне судочинство тощо.

Ключові слова: система кримінального процесу, англо-американська система, прецедент, доктрина, справедливість.

Постановка проблеми. Науковий та популярний інтерес до світових систем кримінального процесу має своє раціональне значення, адже детальне вивчення досвіду або хоча б його поверхневе споглядання цікаві для всіх суспільних сфер. Значний інтерес викликає аналіз нетипових для рідної країни прикладів правової практики закордонних країн. Особливий інтерес викликає юридична практика та джерела, на якій вона базується, що відмінні від вітчизняного кримінального процесу. Одним із таких є кримінальний процес англо-американської системи кримінального процесу.

Цей процес характеризується низкою системних особливостей, дослідження яких необхідно провести як для ознайомлення, так і з метою наукового аналізу, зокрема для запозичення позитивного досвіду для перспективного правового регулювання кримінального процесу України.

Серед науковців, що досліджували вказану тему, можна виокремити таких, як: К. Арушанян, В. Бєлєнький, Г. Власова, А. Долгополов, І. Єрпильов, П. Маланчук, А. Молдован, Н. Нестор, М. Хворостяний, а також багато інших. Але комплексного висвітлення англо-американської системи кримінального процесу немає.

Мета статті – зробити аналіз англо-американської системи кримінального процесу.

Виклад основного матеріалу. Усім очевидно, що велика відмінність розділяє дві системи кримінальної процедури (англо-американська та континентальна – *Ю. Ц.*),

© Ю. Циганюк, 2020

розроблені західною людиною протягом останніх восьми століть. Коли компаративіст переносить увагу з континенту на англомовний світ, він бачить настільки яскраві контрасти, що розмаїття, наявне в кожній юридичній культурі, набуває великого значення. Хоча легко зазначити різницю між двома системами, набагато складніше дослідити, наскільки детально ці відмінності можна простежити до більш фундаментальних відмінностей у тому, як розуміють ці дві системи характер справедливості, порядку та самого закону. Основний контраст між цими двома системами – це той, який вказує на змагальний (або обвинувачуючий) аспект англо-американського процесу та незмагальний (або інквізиційний) характер континентального способу провадження. Ця дихотомія, як би не була витончена, не враховує безлічі важливих варіацій між двома системами [1, с. 481].

Юристам під час дослідження норм права подобається наголошувати на відмінностях англо-американської (змагальної) системи кримінального правосуддя та континентальної, чи цивільної (інквізиційної) системи. Серед юристів Сполучених Штатів Америки (далі – США) спостерігається тенденція прославляти американську систему, яка, як стверджується, є більш захищеною свободами, більш демократичною і такою, що менше домінує над органами державної влади, ніж традиції системи цивільного права, завдяки ролі присяжних, формальній рівності між представниками влади та відповідачем, «нейтральної» незалежності судової влади. Однак усе частіше академічні експерти, а також публічні коментатори прагнуть робити такі ж різкі порівняння, навпаки, вихваляючи інквізиційну систему як більш раціональну, більш ефективну та ще більш обережну, з метою уникнення засудження невинних, завдяки домінуванню професійних суддів, що мають мандат для пошуку істини, зменшення значення впливу захисників і, що особливо важливо, за відсутності угоди про визнання вини [2, с. 2117–2118]. Тут необхідно звернути увагу на те, що джерело 1998 р., а в теперішньому кримінальному процесуальному законодавстві країн Європи угоди про визнання вини поширені.

Малкольм М. Філі зазначає, що формальним завданням системи кримінального правосуддя є розгляд арештів, визначення вини чи невинуватості, а в разі встановлення вини – визначення відповідної санкції (покарання – *Ю. Ц.*). Основними суб'єктами системи є підсудний, прокурор, захисник, суддя, офіцер, судовий діловод, різною мірою інші особи, як-от свідки, додатково поліція, діловоди, особи, що звільняють, дозволяють умовне звільнення, судові психіатри та соціальні працівники, сім'ї та друзі підсудних. Система здійснення правосуддя, будь то змагальна чи інквізиційна, має ключові елементи її організації, серед яких: інституціолізована взаємодія великої кількості суб'єктів, ролі яких чітко визначені, які зобов'язані дотримуватися правил, вони відповідальні за загальну мету – арешт особи [3, с. 407]. Уважаємо, що зазначена мета автора визначається тим, що система кримінального судочинства має бути спрямована на забезпечення дотримання прав особи під час обмеження чи позбавлення її свободи, а також призначення їй покарання.

В історії суспільства існували різні види, різновиди і форми кримінального судочинства. Більшість процесуалістів зводять їх до трьох типів кримінального процесу: обвинувального, розшукового (інквізиційного) та змішаного (слідчо-судового). Обвинувальний кримінальний процес характерний в основному для періодів рабовласницького ладу і раннього феодалізму. Автор визначила, що в цьому виді кримінального процесу значна роль належала обвинувачеві, яким була особа, що постраждала від злочину. Від волі обвинувача залежали виникнення, продовження або припинення кримінального процесу. Без його вимоги не могло початися провадження у справі. На обвинувача покладався обов'язок доказування, розшук обвинуваченого. Спір обвинувача і протилежної сторони проходив перед судом. Як докази використовувались відомості, отримані шляхом застосування насильства, у результаті поєдинку тощо. Судочинство проходило гласно й усно. Класичним зразком обвинувального (змагального) кримінального процесу є кримінальний процес Англії та США. Такий вигляд кримінальний процес мав і на території, де проживали слов'янські племена [4, с. 165].

Важливе також є дослідження кримінального процесуального досвіду США, оскільки ця держава досягла значних успіхів у розвитку державно-правових інститутів. Кримінальне процесуальне право США більш розвинене, тому більшою мірою, ніж англійське, наближене до континентальної правової системи [5, с. 36]. Коротко проаналізуємо особливості англо-американської системи кримінального процесу за зразком провідних країн цієї системи (США й Англія).

Фредерик Р. Кудера зазначив, що американські юристи, навчені традицією, уважають, що habeas corpus – це основа їхніх свобод, що Рим і Карфаген втратили своє лише тому, що вони не винайшли цього захо-

плюючого юридичного явища. Та ці юристи зазвичай відхиляють інквізиційну систему, ставляться до неї з недовірою або висловлюють негативні епітети [6, с. 327].

Правова система США є досить складною і своєрідною. У ній співіснують практично на «паритетних началах» федеральна правова система і система штатів (так званий «правовий дуалізм»). Федеральне кримінально-процесуальне, як і все американське, право становить сукупність норм як писаного, так і неписаного права [7, с. 241]. Ускладнює застосування будь-якої норми чи правила у США той факт, що кожний штат має своє кримінальне законодавство та кримінальний процес (процедура). У зв'язку із цим виникають суттєві розбіжності правового регулювання федерального кримінального процесу та кримінальної процедури штатів [8, с. 48].

За своєю формою кримінальний процес США є обвинувальним, або змагальним, як і в Англії, але, на відміну від неї, у США кримінально-процесуальне право частково кодифіковано, оскільки вироблені й ухвалені Конституція США і конституції штатів. У штатах (Іллінойс, Каліфорнія, Нью-Йорк та ін.) діють кримінально-процесуальні кодекси [9, с. 74].

Неписане право, яке створюють і застосовують федеральні суди, дуже поширене і має високий авторитет. Із питань тлумачення Конституції США і встановлених нею гарантій прав особи, зокрема й у кримінальному судочинстві, федеральні прецеденти мають пріоритетне значення. Найвідоміші прецеденти такі: про вилучення з числа доказів визнання своєї вини обвинуваченим, яке він зробив після відмови йому в побаченні із захисником (таким прецедентом стала справа Ескобедо, 1964 р.); про недопустимість використання доказів, отриманих із порушенням установлених Конституцією США гарантій законності проведення обшуку і виїмки (прецедентом стала справа Менна, 1961 р.); про надання матеріально незабезпеченим засудженим судами штатів копій необхідних документів безоплатно, якщо засуджені мають намір оскаржити вирок (прецедент – справа Гріффіна, 1956 р.); про недопустимість використання в суді заяв обвинуваченого, якщо йому під час перебування під вартою не було роз'яснено право не відповідати на запитання, оскільки отримана інформація в подальшому може бути використана проти нього; право мати захисника і право мати безоплатного захисника, якщо він не може оплатити витрати, пов'язані із запрошенням захисника; водночас тягар доказування того, що обвинувачений відмовився від права не відповідати на запитання, покладено на сторону обвинувачення (найвідоміший прецедент – справа Міранди, 1966 р.) [7, с. 242].

Одним із джерел, що формує систему кримінального процесу США, є кримінальна процесуальна доктрина. Є. Полянський зазначив, що кримінально-правова доктрина США існує на концептуальному рівні і має широке функціональне призначення, зважаючи на недостатність регулятивних можливостей законодавства, яке є фрагментарним, крім того, саме правова доктрина є тією інтегруючою силою, яка здатна утримувати разом щонайменше 53 окремі системи кримінального законодавства США [10, с. 9]. Ураховуючи сучасні реалії норм кримінального процесуального законодавства України та практики його застосування, необхідно зазначити, що за умови запровадження деяких правил кримінальна процесуальна доктрина могла би посісти своє місце у кримінальному процесі України. Але, наприклад, експертиза у сфері права прямо заборонена чинним Кримінальним процесуальним кодексом України. Хоча, на думку автора, це не є прямим відображенням заборони використання доктрини кримінального процесу, однак є суттєвою перешкодою для цього. Р. Вайсберг зауважив, що доктрина менш важлива для досягнення своєї передбачуваної мети – належного здійснення кримінального правосуддя, ніж це могло здаватися колись [11, с. 854].

Окремі автори визначили, що можна передбачити неминучу загибель деяких видатних учень кримінального процесу. Ці доктрини, зокрема, конституційні стандарти, що використовуються для оцінки дискреційного правопорядку у громадах, пережили свою корисність. Настав час побудувати нову кримінальну процедуру, яка унікально підходила б до умов, що нині характеризують американське суспільно-політичне життя і, ймовірно, можуть охарактеризувати її в осяжному майбутньому [12].

Також звернемо увагу на те, що окремо автори зазначають, що саме процедура є визначальною характеристикою американського кримінального процесу, ключовим елементом якої є процесуальна справедливість. Її цінність, що виникає з поваги до прав людини, ставиться вище цінності ефективності судового рішення і навіть може суперечити останній [13, с. 9].

Що ж до Англії, то, на думку Н. Нестор, англійська модель правосуддя полягає в наявності вибору тільки між двома традиційними варіантами реакції держави на вчинений злочин, виходячи з його небезпеки для суспільства. Перший варіант – це офі-

ційне кримінальне переслідування особи, результатом якого має бути покарання як юридичний наслідок учинення злочину. Другий варіант – це відмова від кримінального переслідування особи, тобто фактично залишення порушення кримінально-правової норми без будь-якої реакції з боку держави [14, с. 145].

Г. Власова визначила, що англійський процес був суто приватно-змагальним до появи у XII ст. за Генріха II порядку розслідування через присяжних в особливо тяжких злочинах. Особливістю англійського приватно-змагального процесу був поєдинок. Авторка зазначила, що у країнах загального права приватне начало донині є вираженим і провадження має багато рис приватно-змагального типу, наприклад, угоди про визнання вини [4, с. 168].

А. Молдован визначив, що за формою англійський кримінальний процес є обвинувальним, або змагальним, тобто таким, у якому весь рух кримінального процесу спрямовується зусиллями обвинувача. Крім того, він будується на засадах змагальності, полягає в тому, що на всіх стадіях являє собою спір, боротьбу формально рівноправних сторін – обвинувача й обвинуваченого, суд же є лише арбітром у їхньому спорі (змаганні). Формально проти обвинуваченого виступає король (королева), обвинувач же, навіть якщо він є потерпілим від злочину, здійснює кримінальне переслідування від імені корони. Основна турбота про збирання доказів, на підставі яких вирішується справа, покладається на сторони – обвинувача й обвинуваченого [9, с. 65].

Англійське кримінальне процесуальне право – найстаріша процесуальна консервативна система, що зумовлено історичними традиціями. Водночас воно ніколи не мало єдиного кримінального процесуального закону, який би всебічно регламентував провадження у кримінальних справах. Винятком є Шотландія, для якої британський парламент у 1975 р. видав Закон про кримінальний процес. Натепер в Англії накопичилося понад 300 000 судових рішень, які мають силу прецеденту. Такі рішення є обов'язковими для всіх судів під час розгляду ними аналогічних справ, хоча практично нікому, крім професійних юристів, вони не відомі. Статутне право – це 300 парламентських актів і 99 томів так званого делегованого законодавства [15, с. 41; 5, с. 34–35]. Важливою ознакою загального права, за М. Хворостяним, виступає автономія судової влади від будь-якої іншої влади в державі, що проявляється у відсутності прокуратури й адміністративної юстиції. У даний час поряд із загальним правом у країнах англосаксонської правової сім'ї широко розвинено законодавство (статутне право), джерелом якого є акти представницьких органів, що свідчить про складні процеси еволюції цієї правової сім'ї. Однак вихідні принципи організації правова система, зокрема Англії, зберігає із XIII ст. дотепер [15, с. 203].

К. Аршунян визначила, що під час розгляду кримінальних проваджень, зважаючи на їхній великий авторитет, також беруться до уваги наукові дослідження і підручники англійських юристів, які формально не мають обов'язкової сили. Отже, кримінальний процес Англії є громіздким, заплутаним і складним через архаїчність правил та інститутів, формальну дію старовинних законодавчих актів, відсутність кодифікації величезної кількості різних за обсягом і змістом джерел кримінального процесуального права [5, с. 35].

Англо-американський тип системи кримінального процесу характеризується також такими особливостями, як:

– існування суду коронера (США);

– доказове право має ознаки окремої галузі, що визначає специфіку доказування;

– система присяжних як величезного внеску у зміцнення думки людей про справедливість судів;

– інститут умовно-дострокового звільнення, коли таке звільнення надається в позасудовому порядку спеціальною комісією;

– акцент на концепції відновного правосуддя (Restorative Justice);

– широке використання угод про визнання вини;

– дискрейційність повноважень прокурора;

– спеціалізоване ювенальне судочинство тощо.

Висновки

Отже, можна дійти висновку, що сьогодні відбувається процес поєднання різних кримінальних процесуальних систем світу, однак англо-американська система кримінального процесу має свої особливості, а саме:

– джерелами кримінального процесуального права є судовий прецедент, нормативно-правові акти та правова доктрина, водночас важко визначити пріоритет прецеденту над нормативно-правовими актами у США, хоча він існує в Англії;

– англо-американська система кримінального процесу є змагальною, або обвинувальною;

– ця система заснована на справедливості, у ній беруть початок такі явища кримінального процесу, як угода про визнання

вини, суд присяжних, концепція відновного правосуддя, дискреційність повноважень осіб, які ведуть кримінальне судочинство тощо.

Список використаних джерел:

1. Damaška Mirjan. Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure. *The Yale Law Journal*. 1975. Vol. 84. № 3. P. 480–544. DOI: 10.2307/795463.

2. Lynch Gerard E. Our Administrative System of Criminal Justice. *Fordham Law Review*. 1998. Vol. 66. P. 2117–2151. URL: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss6/3.

3. Feeley Malcolm M. Two Models of the Criminal Justice System: An Organizational Perspective. *Law & Society Review*. 1973. Vol. 7. № 3. P. 407–426. DOI: 10.2307/3052922.

4. Власова Г. Види кримінального процесу: історично-правові аспекти. *Право і безпека*. 2010. № 5. С. 164–169. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2010_5_39.

5. Арушанян К. Виконання судових рішень у кримінальному провадженні: досвід Англії та США. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2017. № 1. С. 32–38.

6. Coudert Frederic R. French Criminal Procedure. *Yale L. J*. 1910. № 19. P. 326–340. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol19/iss5/2.

7. Долгополов А. Особливості джерел кримінального процесу Франції і США. *Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. Серія «Право»*. 2012. Вип. 173 (3). С. 239–244.

8. Стаценко А. «Правило Міранди» як елемент міжнародного права прав людини: український досвід. *Альманах міжнародного права*. 2015. Вип. 8. С. 47–54.

9. Молдован А. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США : навчальний посібник. 2-ге вид. Київ : Центр учбової літератури, 2010. 352 с.

10. Полянський Є. Кримінально-правова доктрина США: генезис, обґрунтування, перспективи : автореф. дис. ... докт.. юрид. наук: 12.00.08. Одеса, 2015. 36 с.

11. Weisberg Robert. Criminal Procedure Doctrine: Some Versions of the Skeptical. *Journal of Criminal Law & Criminology*. 1985. Vol. 76. Is. 4. P. 832–855. DOI: 0091-4169/85/7604-832.

12. Meares Tracey L., Kahan Dan M. The Coming Crisis of Criminal Procedure. *Faculty Scholarship Series*. 1998. URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/478/.

13. Стойко Н., Семухина О. Уголовный процесс в США: учебное пособие. Краснояр. гос. ун-т. Красноярск, 2000. 315 с.

14. Нестор Н. Медіація у кримінальному процесі Сполученого Королівства Великої Британії. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 12. С. 144–148.

15. Загурський О. Судові дебати в кримінальному процесі: правові та психологічні проблеми : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Івано-Франківськ, 2003. 215 с.

16. Хворостяный М. Австралийская правовая система и её отличие от правовых систем других стран англосаксонской правовой семьи. *Правова держава*. 2009. № 11. С. 203–207. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prav_2009_11_41С. 203.

Great interest is of the analysis of atypical examples of jurisprudence contained in the jurisprudence of foreign countries, and of particular interest is the case law and sources on which it is based, which are different from the domestic criminal process. One of those for the Ukrainian criminal trial is the criminal process of the Anglo-American criminal trial system. That is why the article focuses on the investigation of the Anglo-American criminal process. The author, based on the general as well as individual achievements of criminal procedural science, including the use of scientific sources of the countries of the Anglo-American legal system, identifies the features of the Anglo-American criminal process. Two "classic" countries of this system were chosen as the basis: England and the United States of America.

The author determines that, given the current realities of the rules of criminal procedure legislation of Ukraine and the practice of its application, and subject to certain established rules, criminal procedural doctrine could take its place in the criminal process of Ukraine. It is also noted that today there is a process of combining different criminal procedural systems of the world, but the Anglo-American criminal process system has its own peculiarities that can be distinguished in comparison with other criminal process systems. Such peculiarities are that the sources of criminal procedural law are judicial precedent, regulations and legal doctrine, while it is difficult to determine the precedent of precedent over legal acts in the United States of America, while it exists in England. Also, the Anglo-American criminal trial system is competitive or indictable. And one of the basic features is that this system is based on justice and it initiates such phenomena of the criminal process as plea agreement, jury trial, concept of restorative justice, discretionary powers of the persons conducting criminal proceedings and so on.

Key words: criminal process system, Anglo-American system, precedent, doctrine, justice.

УДК 343.98.001.36
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.56

Руслан Комісарчук,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДІЯЛЬНІСТЬ ІЗ ВИЯВЛЕННЯ, РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПОПЕРЕДЖЕННЯ ЗЛОЧИНІВ ЯК ОБ'ЄКТ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ ТЕХНОЛОГІЇ

У статті зазначені окремі складники вчення про криміналістичну технологію, на основі якого можливо виробити комплекс науково обґрунтованих практичних рекомендацій щодо підвищення ефективності забезпечення діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів у сфері кримінального провадження.

Діяльність правоохоронних органів усіх без винятку держав здійснюється у формі застосування, дотримання, виконання і використання ними права для боротьби зі злочинністю. Але для ефективної реалізації їхніх завдань необхідна певна система, своєрідний звід засобів, правил, принципів, прийомів, способів і методів, механізмів, які об'єднуються в одному системному утворенні. Таким системним утворенням, сформованим у процесі накопичення криміналістичних знань, криміналістичних засобів і їх наростаючого використання в практиці боротьби зі злочинністю, повинна стати криміналістична технологія, під якою ми розуміємо сучасну криміналістику як технологію, яка формує криміналістичні засоби, забезпечуючи цим предметну сферу боротьби зі злочинністю. Тобто криміналістика – технологія боротьби зі злочинністю. Для зручності позначимо її терміном «криміналістична технологія». При цьому закономірні тенденції розвитку різних наук (природничих, гуманітарних, соціальних, когнітивних, різних технологій і т. п.) у різних країнах світу, а на їх основі – різних парадигм свідчать про інтеграцію різних галузей наукових знань у криміналістику, що вимагає багатоаспектного пізнання її проблем у глобальних масштабах як цілісної теорії й практики. Саме в умовах інтеграційних міжнародних процесів, пов'язаних із посиленням боротьби зі злочинністю, до вітчизняної криміналістики пред'являються нові вимоги, що зумовлюють: необхідність її інтеграції в міжнародне криміналістичне співтовариство; об'єднання й координацію наукової криміналістичної роботи; гармонізацію методів виявлення й доказування злочинної діяльності на міжнародному рівні. Але для того, щоб цим вимогам відповідати, потрібно подолати методологічну кризу сучасної криміналістики, що можна здійснити за допомогою переходу до нової парадигми, або її мультипарадигмальності, здатної пояснювати проблеми, що виникають, і визначати шляхи їх вирішення. Відповідно, потрібна оновлена гносеологія – це епістемологія криміналістики, як вчення про криміналістичне знання, і її методологія, що зумовлює її технологічну природу як практики пізнання й форми раціональності цього знання.

Ключові слова: загальна теорія криміналістики, вчення про криміналістичну технологію, технологічна парадигма, об'єкт криміналістики, завдання та функції криміналістики.

Постановка проблеми. Поняття об'єкта криміналістики – це основа, база, на якій виникла криміналістика. Та реальність, яку сформував дослідник-криміналіст у своїй пізнавальній діяльності, в принципі, була окреслена з моменту зародження криміналістичної науки і відбивалася у формульованих визначеннях. Вже саме визначення криміналістики як науки про розкриття і розслідування злочинів пов'язано з визначенням цілком певної об'єктивної сфери. Але криміналістика складається із самостійних компонентів різного знання, внаслідок чого вона займає особливе місце в науковому світовому ландшафті: на стику різних наук вона технологізує їх знання та власні з метою їх формування та подальшої реалізації як засобів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів.

В умовах глобалізації українська модель криміналістики має багато перспектив, що дає підставу для відстоювання її як самостійної комплексної науки та практики, що займається розробкою прийомів, методів й засобів розкриття, розслідування та попередження злочинів. Тому саме з цих позицій необхідно переглянути історію вітчизняної криміналістики в аспекті її зближення зі світовим баченням криміналістичних зв'язків з німецькою криміналістикою кінця XIX –

© Р. Комісарчук, 2020

початку XX століття, що дасть можливість розробити нову концепцію, нове визначення криміналістики як технології боротьби зі злочинністю (криміналістичної технології) з подальшим її визначенням як науки, навчальної дисципліни, практики.

Суть проблеми нині полягає не стільки в необхідності окреслення якогось нового кола цих реалій, скільки в дослідженні їх із наукових позицій, формуванні комплексу теоретичних положень щодо об'єкта криміналістики в «оновленому аспекті», як технології боротьби зі злочинністю (криміналістичної технології).

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Об'єкт науки є первинним стосовно її предмета, системи, методів, принципів й інших категорій. Наявність певного об'єкта дослідження є онтологічною підставою існування окремої науки, її відокремлення від інших галузей знання.

Тому думки з приводу окремих питань, пов'язаних із поняттям та змістом об'єкта криміналістики, висловлювалися Р. С. Бєлкіним, І. А. Возгріним, В. В. Клочковим, В. Я. Колдіним, В. І. Корноуховим, Л. Д. Самигіною, М. П. Яболоковим s деякими іншими вченими. Склалися навіть певні підходи, які поєднують споріднені думки щодо кола реалій об'єктивної дійсності, що вивчаються криміналістикою.

Однак дискусії в цьому напрямі велися слабко, адже авторами висловлювались власні точки зору. Крім цього, сформовані теоретичні положення про об'єкт дослідження обмежуються перерахуванням і в кращому випадку короткою характеристикою явищ і процесів об'єктивної реальності, що входять у коло інтересів науки. Комплексного дослідження проблем об'єкта криміналістики, що включало би поняття, зміст, структуру, взаємозв'язок і співвідношення з іншими категоріями, не проводилося.

Тому **основна мета статті** полягає у визначенні поняття об'єкта дослідження в криміналістичній технології з подальшим її визначенням як науки, навчальної дисципліни, практики боротьби зі злочинністю в тому числі у міжнародному масштабі.

Розглядаючи проблем, пов'язані з об'єктом і предметом криміналістики, вважаємо, слід використовувати «миследіяльнісний підхід», який у межах епістемології дає можливість говорити про криміналістику в новому ракурсі – як про технологію боротьби зі злочинністю – криміналістичну технологію (далі – КТ).

Річ у тому, що головним джерелом формування криміналістики як науки XIX століття була техніка, «ідея техніки». Але подальше ускладнення складових елементів техніки в XX-XXI століттях призвело до виникнення у XX столітті технологічної парадигми, яка сьогодні, в XXI сторіччі, набуває статус науково-практичного застосування, що в сукупності формує моделі різних наукових парадигм (техніко-економічна; організаційно-управлінська; інформаційно-технологічна; аналітична; антропологічна; інтелектуальна і т. п.).

У правозастосуванні однією з таких парадигм є інформаційно-технологічна парадигма криміналістики, що вимагає її виділення у відносно самостійну сферу знань, предметом якої є системна взаємодія нового різновиду явищ – криміналістичних засобів (політичних, стратегічних, організаційно-управлінських, технічних, тактичних, методичних) боротьби зі злочинністю, склад та взаємодія яких і є, власне, змістом і формою криміналістичної технології.

Слід визнати незворотнім процес становлення нової криміналістичної парадигми, глибоких концептуальних змін у змісті криміналістики як технології боротьби зі злочинністю, що призведе до оновлення змісту основних наукових категорій, мети і цінностей міжнародного криміналістичного наукового співтовариства.

Інтерес до проблеми зумовлений об'єктивними причинами, такими як розвиток кримінальної процесуальної пошуково-пізнавальної діяльності осіб й органів, уповноважених на її здійснення, що вимагає більш розвинених форм криміналістичного забезпечення, і кількісне зростання технічних, тактичних, методичних засобів, що є наслідком якісного розвитку діяльності правоохоронних органів і, відповідно, відображенням зростаючої соціальної потреби в більш детальній розробці прикладних питань здійснення різних її видів.

Наприклад, якщо на етапі оформлення криміналістики вона виступала як «кримінальна техніка», «мистецтво розслідування», то на сучасному етапі вчені включають до її складу поряд із технікою максимально широкий інструментальний набір теоретичних, тактичних, психологічних, методичних, стратегічних, філософських, логічних й інших елементів, які все менше і менше належать тільки до криміналістичної діяльності, як це було у період зародження криміналістики в XIX столітті. Таке значне розширення обсягу змісту криміналістики зумовлено посиленням сьогодні інтересу вчених до дослідження проблем діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів, що проявляється в поглибленій

розробці ними загальної теорії та методології криміналістики, об'єкта і предмета криміналістичної науки, її суб'єктного складу, змісту, форми, видів.

На цій підставі в криміналістиці як науці орієнтація повинна бути на створення впорядкованої системи знань, засобів, способів, прийомів кримінальної процесуальної діяльності правоохоронних органів для досягнення правової мети та вирішення завдань у конкретних правових ситуаціях під час здійснення юридично значимих дій у боротьбі зі злочинністю.

Найбільш наочним результатом цього процесу є кількісне збільшення структурних елементів криміналістичної техніки, тактики і методики, що об'єктивно породжує потребу в їх ефективному системному використанні, без якого в умовах ускладнення соціальних відносин суб'єкти доказування не зможуть належним чином здійснювати свої інтереси, визначати і реалізовувати свою правову мету в боротьбі зі злочинністю. Прямим наслідком цього процесу логічного розвитку технологізації криміналістики є науковий інтерес до криміналістичної технології як до утворення, здатного консолідувати на системній основі розрізнені знання в «криміналістичні» – про засоби, правила, прийоми, способи, методи ефективної кримінальної процесуальної пошуково-пізнавальної діяльності правоохоронних органів.

Таким чином, ґрунтуючись на викладеному аналізі особливостей наукового дослідження різних аспектів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів, можна зробити висновок про те, що її розвиток пов'язаний з ускладненням суспільного життя, яке вимагає більш розвинутої форми її криміналістичного забезпечення, логічно призводить до виникнення криміналістичної технології. Причому вважаємо, що ті уявлення, які склалися в науковій літературі про співвідношення криміналістичної техніки, тактики і методики як родових утворень, вивчають і забезпечують своїм інструментарієм лише слідознавчий аспект, не є переконливими, адже не відповідають сучасним потребам криміналістичної теорії й практики. Зрозуміло, їх розмежування в рамках діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів обґрунтоване й необхідне, але це розмежування існує як їх діалектична взаємозалежність, взаємопроникнення.

Потрібна концепція, що охоплює всю сферу боротьби зі злочинністю. З цих позицій головне в криміналістиці – це те, що безпосередньо затребуване і використовується практикою, тобто криміналістичні знання, методи, прийоми й засоби. При цьому має йтися не тільки про їх розробку, але й про забезпечення їх впровадження у практичну діяльність правоохоронних органів. Теоретичні криміналістичні знання повинні розглядатися не як основа, а як засіб забезпечення подальшого вирішення прикладних проблем практики. Адже криміналістичне знання забезпечує розробку та вдосконалення криміналістичного арсеналу засобів боротьби зі злочинністю. Тільки за такої умови предметно-технологічної орієнтації криміналістика може стати джерелом ефективних змін у практиці виявлення, розслідування і попередження злочинів. Для цього потрібне технологічне вирішення практичних криміналістичних завдань, що виникають у повсякденній криміналістичній діяльності. Тому криміналістичні знання через методи, прийоми і засоби набувають статусу фундаментального знання, безпосереднє використання якого здатне цілеспрямовано змінювати зміст практичної діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів.

Окремі засоби, правила, способи і прийоми діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів вивчаються в рамках галузевої процесуальної науки – кримінального процесу, проте ним охоплюється тільки юрисдикційний спосіб здійснення правозастосовної діяльності. Крім того, в рамках кримінальної процесуальної науки сконцентровані тільки ті інструментальні складники технології застосування права в тому числі судами, що нормативно регламентовані, а це значно обмежує технологічний інструментарій діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів. На наше переконання, саме за допомогою концепції КТ можна звести воєдино натепер фрагментарні і роз'єднані науково-практичні концепції, присвячені окремим питанням діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів (в тому числі і концепції криміналістичної стратегії, криміналістичної політики, криміналістичної безпеки).

Розглянувши питання про становлення концепції криміналістичної технології, звернемося до питання про її місце в системі юридичного знання, співвідношення з наукою права та іншими науками, а також встановимо її об'єкт, предмет, мету, завдання та співвідношення з юридичною діяльністю.

Криміналістичну технологію не можна зводити тільки до практики або тільки до науки. Виходячи із сутності загального визначення технології, до її сфери має належати як використання, так і саме формування науково-технологічних знань. Відповідно, якщо юридична наука дає узагальнені, принципові знання про боротьбу зі злочинністю (норми

належного й дозволеного і реакція на протиправну поведінку в процесі виявлення, розслідування та попередження злочинів), то криміналістична технологія включає в себе знання про те, яким чином і за допомогою яких криміналістичних засобів слід здійснювати діяльність із боротьби зі злочинністю, що може служити підставою для вироблення криміналістичною наукою нових знань.

Тому в силу своєї специфіки криміналістична технологія є спеціальною прикладною юридичною наукою, яка пристосовує для своєї мети дані інших наук для боротьби зі злочинністю, що застосовуються не безпосередньо, а тільки після їх перетворення в специфічне криміналістичне знання, на підставі якого можливо точно встановити, які конкретно криміналістичні засоби необхідно використовувати в реальній діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів з метою досягнення бажаного результату. Сукупність технологічних знань такого роду і заснованих на них технічних, тактичних, методичних, стратегічних, політичних засобів, засобів криміналістичної безпеки й становить зміст криміналістичної технології як прикладної юридичної науки.

Звісно ж, сутнісний характер криміналістичної технології полягає у тому, що вона насамперед є системним утворенням, а тому має складний, об'ємний склад. У зв'язку з цим вона повинна розглядатися в двох аспектах; у зовнішньому – по відношенню до об'єкта, який її впорядковує і перетворює, і внутрішньому – по відношенню до складових частин і механізму самої криміналістичної технології як системи. Відповідно, залежно від того, в якому аспекті вона виступає, змінюється і її початок. Так, стосовно об'єкта, який її впорядковує і перетворює за допомогою її структурних елементів суспільних відносин (у зовнішній сфері), вона являє собою сукупність (систему) криміналістично-технологічних засобів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів, в ході якої перетворюються відповідні суспільні відносини для боротьби зі злочинністю.

Тобто в цьому сенсі криміналістика є технологією, яка визначає, що саме необхідно зробити для того, щоб досягти поставленої правової мети в боротьбі зі злочинністю, яким чином необхідно здійснювати ту чи іншу активно перетворюючу діяльність із виявлення, розслідування та попередження злочинів. У цьому своєму аспекті вона статична і, відповідно, не тотожна діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів в цілому або якоїсь її сторони, частини, зрозуміло, як система цілеспрямованих дій і операцій, спрямованих на вирішення криміналістичного завдання; спосіб забезпечення правових основ у суспільстві; вид більш загальної людської діяльності, яка часто визначається як спосіб існування людини, як система матеріально-практичних, інтелектуальних і духовних операцій.

Вважаємо, що криміналістична технологія у своєму прикладному значенні є одним із «діяльнісних елементів» діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів як юридичної діяльності. Вона фактично створена для здійснення діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів своїми криміналістично-технологічними засобами.

Якщо ж розглядати криміналістичну технологію у внутрішньому аспекті, то вона набуває діяльнісного начала, проявляється у формуванні криміналістично-технологічних засобів здійснення діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів найбільш оптимальним чином, що сприяють досягненню бажаного для суб'єкта цієї діяльності правового результату в процесуальні терміни і з мінімальними матеріальними, часовими і правовими витратами. Відповідно, виходячи з такого розуміння характеру криміналістичної технології, в цьому своєму аспекті вона також не тотожна діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів та її окремим складникам, оскільки спрямована на отримання криміналістично-технологічного знання про способи здійснення діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів.

Беручи до уваги епістемологічний характер криміналістичної технології та її аналітичну парадигму, зазначимо, що одним з основних складників її діяльнісного начала є інтелектуально-вольова діяльність зі створення нових і вдосконалення вже наявних прийомів, правил, способів, методів, складників її структури в тому числі шляхом дослідження даних (через криміналістичний моніторинг) про результати застосування цих правил і методів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів, а також пристосування їх до нагальних потреб активно-перетворювального епістемологічного знання криміналістичної технології як науки.

Саме завдяки цьому діяльнісному характеру внутрішнього аспекту, криміналістична технологія є не просто сукупністю різних структурних елементів, а системою, що саморозвивається. Ця особливість криміналістичної технології дозволяє визначити її як автономну систему, яка, рухаючись з власною динамікою через внутрішні зміни, іманентно розвивається на власній основі –

знаннях про засоби діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів. Відповідно, цей дуалістичний характер криміналістичної технології має визначальний вплив на її внутрішній зміст, відбивається на її об'єкті і предметі.

Так, якщо у своєму науковому (пізнавальному) аспекті криміналістична технологія як наука спрямована на з'ясування суті явищ навколишнього світу, що потрапляють у сферу її впливу, опис їх структури, визначення їх функцій, пояснення причин і механізму їх виникнення та подальшого розвитку, то у своєму практичному (прикладному) аспекті вона спрямована на впорядковане, системне застосування наукових знань у реальній діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів.

Відповідно, такий дуалізм позначається на характері впливу криміналістичної технології на об'єкт. Таквона впливає на об'єкт його практичного перетворення, з одного боку, з метою діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів, а з іншого – з метою його пізнання для подальшого вдосконалення діяльності правоохоронних органів.

Тому предметом впливу криміналістичної технології як у пізнавальному, так і в перетворювальному сенсі виступає діяльність з виявлення, розслідування та попередження злочинів. Криміналістична технологія виступає тут як засіб оптимізуючого перетворення криміналістично-правової дійсності. Цей дуалістичний характер криміналістичної технології визначає її мету й завдання. Метою криміналістичної технології повинно бути, з одного боку, забезпечення суб'єктів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів відповідними криміналістично-технологічними засобами боротьби зі злочинністю, а з іншого – отримання знання про сутність засобів, прийомів, методів і правил створення та їх реалізація в діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів; пристосування даних різних наук для боротьби зі злочинністю; розробка на цій базі правил поведінки, стандартних алгоритмів, шаблонів поведінки суб'єктів діяльності правоохоронних органів з метою досягнення ними оптимального бажаного правового результату; систематизація діяльності правоохоронних органів і вироблення засобів її здійснення в рамках цих шаблонів, розробка інструкцій, рекомендацій, методик та інших зовнішніх форм вираження криміналістично-технологічного знання щодо здійснення різних видів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів і т. д.

Специфіка об'єкта криміналістичної технології проявляється у тому, що метою, з епістемологічної позиції, є вивчення практики застосування її інструментарію в діяльності прокурора, слідчого, працівника оперативного підрозділу, спеціаліста, експерта, слідчого судді з виявлення, розслідування та попередження злочинів з точки зору його ефективності та подальшого вдосконалення.

Отже, КТ має своїм об'єктом криміналістичне пізнання діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів як специфічної логіко-методологічної процедури. Завдяки своїй властивості, КТ має право називатися самодостатньою, «автономною» науковою системою, а не прикладною, синтетичною і т. п.

Висновки

Таким чином, сутність КТ полягає в єдності і взаємодії пізнавального, перетворювального і впорядковуючого впливу суб'єкта на суспільні відносини, що підлягають перетворенню і складаються з приводу формування та реалізації криміналістичних засобів у боротьбі зі злочинністю.

У КТ здійснюється опанування і пристосування знань різних наук до конкретної мети – створення і використання технічних, тактичних, методичних, стратегічних, політичних засобів, засобів криміналістичної безпеки для розробки на цій основі алгоритмів поведінки суб'єктів діяльності з виявлення, розслідування та попередження злочинів з метою отримання ними ефективних криміналістичних засобів для боротьби зі злочинністю.

Резюмуючи вищевикладене, можна сформулювати таке визначення криміналістичної технології: це науково обґрунтована система засобів (техніка), способів і методів (тактика, методика), принципів, планів і прогнозів (стратегія) у практичній діяльності компетентних суб'єктів й учасників, спрямована на виявлення, розслідування та попередження злочинів та інших явищ, що їх породжують.

The article identifies some components of the doctrine of forensic technology, on the basis of which it is possible to develop a set of scientifically substantiated practical recommendations for improving the effectiveness of ensuring activities in the detection, investigation and prevention of criminal offenses.

The activities of law enforcement agencies of all states, without exception, are carried out in the form of application, observance, enforcement and use of their right to fight crime. But for the effective realization of their tasks, a certain system, a peculiar set of tools, rules, principles, techniques, methods and methods, mechanisms that unite in one systemic formation, is needed. Such a systemic formation, formed in the process of accumulation of forensic knowledge, forensic means and their increasing use in the practice of combating crime, should become the forensic technology, by which we understand modern forensics, as a technology that shapes forensic means, preventing the crime . That is, forensics is a technology to fight crime. For convenience, let's call it "forensic technology." The natural tendencies of development of different sciences (natural sciences, humanities, social, cognitive, different technologies, etc.) in different countries of the world, and on the basis of different paradigms, testify to the integration of different branches of scientific knowledge in criminalistics, which requires multidimensional cognition. its problems globally, as a coherent theory and practice. It is in the context of international integration processes related to the intensification of the fight against crime that new requirements are imposed on domestic forensics, which stipulates: the need for its integration into the international forensic community; integration and coordination of scientific forensic work; harmonization of methods for detecting and proving criminal activity at the international level. But in order to meet these requirements, we need to overcome the methodological crisis of modern forensics, which can be accomplished through the transition to a new paradigm, or its multiparadigmality, capable of explaining emerging problems and determining ways to solve them. Accordingly, an updated epistemology is needed – this is the epistemology of forensics, as the doctrine of forensic knowledge, and its methodology, which determines its technological nature, as the practices of cognition and the forms of rationality of that knowledge.

Key words: general forensics theory, doctrine of forensic technology, technological paradigm, object of forensics, tasks and functions of forensic science.

УДК 343.985
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.57

Владислав Негребецький,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри криміналістики
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВИКОРИСТАННЯ РЕФЛЕКСИВНОГО МИСЛЕННЯ ТА УПРАВЛІННЯ ПІД ЧАС СЛІДЧОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ

У роботі розглянуто можливості рефлексивної взаємодії між слідчим і особою, показання якої перевіряються під час слідчого експерименту. Досліджуються можливості використання методів рефлексивного мислення та управління. Зокрема, рефлексивне управління під час слідчого експерименту може використовуватися слідчим для вирішення таких завдань: 1) управління поведінкою підозрюваного; 2) прогнозування цієї поведінки; 3) побудови слідчим мисленої моделі поведінки підозрюваного у перебігу досліджуваної події; 4) планування майбутньої слідчої дії; 5) обрання тактичних прийомів, найбільш ефективних і доцільних у конкретній ситуації; 6) визначення мотивів участі підозрюваного у проведенні такої слідчої дії; 7) викриття неправди в показаннях; 8) запобігання відмови підозрюваного від продовження участі у перевірці показань на місці.

Рефлексивне управління передбачає застосування слідчим засобів психологічного впливу на особу, показання якої перевіряються. У роботі сформульовані критерії допустимості засобів психологічного впливу стосовно перевірки показань на місці: 1) такий вплив не може бути спрямований на примушування особи, показання якої перевіряються, до участі в перевірці її показань на місці; 2) вплив не має обмежувати самостійність дій цієї особи у разі демонстрації обстановки й окремих дій; 3) не допускається передача їй інформації навідного характеру.

Під час перевірки показань на місці ефективність рефлексивного мислення залежить від таких чинників: а) наявності у слідчого відомостей про особу, показання якої перевіряються; б) знання психології цієї особи; в) повноти інформації про досліджувані обставини. У роботі виділяються такі стадії використання рефлексивного мислення й управління під час перевірки показань на місці, як: а) прийняття рішення про проведення слідчої дії; б) підготовка до проведення перевірки показань на місці; в) проведення зазначеної слідчої дії. Стосовно кожного з етапів визначені конкретні завдання використання рефлексії. Зроблено висновок про доцільність застосування слідчим прийомів, заснованих на рефлексивному мисленні й управлінні під час перевірки показань підозрюваного на місці.

Ключові слова: слідча дія, перевірка показань на місці, криміналістичне прогнозування, психологічний вплив, навідна дія.

Постановка проблеми. У криміналістиці не досить досліджувалися проблеми використання рефлексивного мислення під час проведення слідчого експерименту з метою перевірки показань підозрюваного на місці події. Разом із тим існували спроби вивчення особливостей використання такого мислення й управління стосовно допиту й обшуку [1, с. 48–55; 2, с. 17–20; 3, с. 32–42; 5, с. 185–197]. У науковій літературі справедливо відзначається, що сфера застосування рефлексивного мислення має поширюватися на різні слідчі дії [2, с. 20].

Мета цієї статті – встановлення особливостей рефлексивної взаємодії між слідчим і особою, показання якої перевіряються, та розробка на цій основі практичних рекомендацій щодо використання методів рефлексивного мислення й управління під час перевірки показань на місці.

У сучасній криміналістичній теорії термін «рефлексія» розглядається як процес самопізнання суб'єктом внутрішніх психічних актів і станів. Він являє собою процес подвоєного, дзеркального взаємовідбиття суб'єктами один одного, змістом якого є відтворення особливостей один одного [6, с. 838]. Рефлексія включає такі процеси, як проникнення людини в явище чужої свідомості, пізнання його людиною й уявлення, моделювання цих явищ у своєму внутрішньому світі.

Виклад основного матеріалу. Застосування рефлексивного мислення і управління пов'язують в основному із ситуацією конфлікту, коли слідчому протистоїть особа з протилежними інтересами. Необхідно відзначити, що використання рефлексивного мислення й управління під час перевірки показань на місці може характеризуватися як

© В. Негребецький, 2020

конфліктністю, так і безконфліктністю ситуації. Рефлексивне мислення й управління під час цієї слідчої дії можуть використовуватися як у ситуації, коли допитана особа протидіє розслідуванню внесенням свідомо помилкових відомостей у показання, так і в ситуації надання допомоги слідству. Так, використання такого мислення є доцільним у разі усунення суперечностей або перекручень у показаннях.

Рефлексивне мислення і управління під час перевірки показань на місці тісно пов'язані з прогностичною діяльністю слідчого. Рефлексивне управління являє собою конкретне перетворення слідчим напрямів прогнозування [7, с. 21]. Визначивши перспективи і можливості перевірки показань на місці на етапі підготовки до неї, слідчий здійснює управління поведінкою особи, показання якої перевіряються, під час її проведення. Тому він має уміти передбачати можливі ситуації слідчої дії, поведінку підозрюваного і розраховувати на конкретні результати перевірки. Така діяльність слідчого охоплюється поняттям «криміналістичне прогнозування» [4, с. 663]. Об'єктом прогнозу у цьому разі є діяльність з розкриття і розслідування злочину [8, с. 118].

Прогностична діяльність має велике значення для цієї слідчої дії. Так, прогнозування ситуацій майбутньої перевірки показань на місці визначає обрання слідчим власної лінії поведінки, відповідних тактичних прийомів та їх систем. У психологічній літературі відзначається необхідність прогнозування мотивів участі підозрюваного у перевірці показань на місці [9, с. 310]. На нашу думку, воно дає змогу слідчому передбачати небажані мотиви (приміром, бажання підозрюваного заплутати слідство, переконатися в тому, що докази, які мають значення для розслідування, не були виявлені під час огляду місця злочину, втекти під час проведення слідчої дії та ін.)

Роль криміналістичного прогнозування простежується в тих випадках, коли допитана особа погано запам'ятала обстановку. Слідчому треба передбачити, чи зможе вона згадати шлях пересування до місця події і вказати його. Таким чином, прогнозування допомагає слідчому оцінити можливість проведення перевірки показань на місці. Як видається, у цьому разі важливо враховувати індивідуальні психологічні особливості особи, показання якої перевірятимуться, зокрема, здатність сприймати і запам'ятовувати обстановку.

Рефлексивне управління – це двосторонній акт керуючого впливу, заснований на імітації мислення і дій супротивників у конфлікті [6 с. 838]. Сторони обирають позиції у відповідь на дії протилежної сторони. Процес прийняття рішення включає імітацію мислення і дій останньої, побудову моделей її поведінки на підставі даних, що є в розпорядженні сторін [7, с. 17]. Така діяльність слідчого охоплюється поняттям «рефлексивне управління». Мета рефлексивного управління полягає в переграванні супротивника. Рефлексивна взаємодія між слідчим та особою, показання якої перевіряються, виявляється в конкретних результатах – викритті неправди в показаннях, відмові цієї особи від попередніх показань і повідомленні нею нових даних. Однак у разі невмілого використання слідчим рефлексивного управління можливі і негативні результати – відмова підозрюваного від продовження участі у проведенні перевірки показань на місці.

Розглядувана слідча дія служить ефективним засобом викриття неправди в показаннях саме завдяки можливостям рефлексивного управління. У криміналістичній літературі зазначені різноманітні способи обману з боку злочинців: а) інсценування одного злочину для приховання іншого; б) інсценування незлочинної події для приховання вчиненого злочинного діяння; в) фальсифікація окремих доказів та ін. [10, с. 251–253]. Одним із таких способів є повідомлення на допиті неправдивих показань. Отже, завданням слідчого є не тільки передбачення мислення і дій підозрюваного, а й здійснення рефлексивного управління його поведінкою з метою викриття неправди в його показаннях. В.О. Коновалова справедливо стверджує, що імітація мислення і дій злочинця поширюється не тільки на сам факт скоєного злочину, а й дає змогу припускати його наступні дії, зокрема, приховання слідів, створення неправдивого алібі, фальсифікацію доказів з метою вказати як на злочинця на іншу особу тощо [11, с. 98].

Рефлексивне управління передбачає використання слідчим засобів психологічного впливу, оскільки такий вплив здійснюється на процес міркування і поведінку протилежної сторони. Під час перевірки показань на місці стосовно засобів психологічного впливу є певні обмеження, пов'язані з особливостями пізнавального процесу цієї слідчої дії. Проблема допустимості засобів психологічного впливу натепер є надзвичайно актуальною. Критерії допустимості засобів психологічного впливу розроблялися в основному стосовно допиту. Вбачаємо доцільним визначити такі критерії для перевірки показань на місці. На нашу думку, вони полягають у такому: 1) такий вплив не може бути спрямований на примушу-

вання особи, показання якої перевіряються, до участі в перевірці її показань на місці; 2) вплив не має обмежувати самостійність дій цієї особи у разі демонстрації обстановки і окремих дій; 3) не допускається передача їй інформації навідного характеру. Наведені критерії визначають тактичну схему взаємодії слідчого і особи, показання якої перевіряються. Основним тактичним правилом має бути самостійність дій останньої у виборі маршруту руху і показі об'єктів, якими вона супроводжує свої пояснення. Після прибуття учасників слідчої дії в намічений пункт слідчий пропонує цій особі вказати шлях до місця події, після чого учасники слідують зазначеним нею маршрутом. При цьому особа, показання якої перевіряються, має рухатися попереду слідчої групи, показувати місця й об'єкти, пов'язані з досліджуваними обставинами, й давати пояснення з приводу злочинної події, що тут відбулася. Ця особа мусить вказати межі місця події, обстановку, предмети, пояснити їх зв'язок з обставинами, що перевіряються, а також повідомити по можливості все, що вона згадала, перебуваючи безпосередньо на зазначеному нею місці.

Ефективність у рефлексії тієї або іншої сторони визначається «рангом рефлексії», відповідним її рівнем, що дає змогу перегравати супротивника. На наш погляд, під час перевірки показань на місці ефективність рефлексивного мислення залежить від таких чинників: а) наявності у слідчого відомостей про особу, показання якої перевіряються; б) знання психології цієї особи; в) повноти інформації про досліджувані обставини. Як справедливо відзначається у криміналістичній літературі, ефективність рефлексії залежить від наявності даних про особу злочинця, характер злочину, об'єкт посягання тощо [12, с. 146–147]. Так, В.О. Коновалова і В.Ю. Шепітько підкреслюють, що рефлексивне мислення відрізняється переважно розумовою характеристикою і протікає за схемою імітації розумового процесу супротивника, що ґрунтується на отриманій інформації про особистісні показники [3, с. 38]. Вибір слідчим правильної лінії поведінки під час проведення перевірки показань на місці значною мірою зумовлений особистістю того, чиї показання перевіряються.

Для здійснення рефлексивного управління в перебігу цієї слідчої дії мають значення дві основні групи відомостей про особу підозрюваного: а) інформація про здібність цієї особи сприймати, запам'ятовувати й орієнтуватися в обстановці і б) дані про її психологію. В.Л. Васильєв відзначає, що знання психології підозрюваного допомагає слідчому в налагодженні психологічного контакту, дає можливості уникнути непотрібних конфліктів і одержати під час перевірки показань максимум необхідних доказів [13, с. 472]. Таке знання дає змогу слідчому за допомогою рефлексії контролювати процеси міркування особи, показання якої перевіряються, і запобігати відмови її від участі в цій слідчій дії.

Істотним елементом характеристики рефлексивного управління під час перевірки показань на місці виступає ступінь визначеності рефлексії, що залежить від обсягу доказів по досліджуваних обставинах події, якими володіє слідчий. Так, якщо під час допиту слідчий не отримав інформації про обстановку на передбачуваному місці, то можливості рефлексивного управління з його боку досить обмежені. Цим пояснюється певний ступінь невизначеності рефлексії слідчого [3, с. 39]. Останній займає позицію, що полягає в одержанні від підозрюваного максимально деталізованих відомостей про обстановку і пов'язані з нею обставини злочинної події.

Можливості рефлексивного управління під час перевірки показань на місці суттєво розширюються, якщо слідчий володіє поряд з показаннями, що перевіряються, інформацією з інших джерел: результатами огляду місця події, допитів інших очевидців чи учасників події, перевірок їх показань на місці. Зіставлення отриманих показань з такою інформацією дає змогу слідчому заздалегідь намітити слабкі місця в позиції особи, показання якої перевіряються, власну лінію поведінки, тактичні прийоми і їх системи.

Ступінь визначеності рефлексії характеризує рефлексивне управління не тільки з боку слідчого, а й з боку підозрюваного. Можливості цього управління для підозрюваного відчутно збільшуються, якщо він має відомості про обстановку на місці майбутньої слідчої дії. Тому до проведення перевірки показань на місці слідчий мусить вжити необхідних заходів, що виключають будь-яку можливість одержання підозрюваним інформації про обстановку на місці події з інших джерел.

Слід враховувати, що рефлексивна взаємодія між слідчим і підозрюваним має місце ще у процесі допиту, який передує перевірці показань, зокрема, ще до того, як слідчий прийме рішення про проведення цієї слідчої дії. Можна вирізнити такі стадії використання рефлексивного мислення під час перевірки показань на місці, як: а) прийняття рішення про проведення слідчої дії; б) підготовка до проведення перевірки показань на місці; в) проведення зазначеної слідчої дії. На стадії прийняття рішення про проведення перевірки показань на місці можли-

вості застосування рефлексивного мислення слідчим спрямовані на з'ясування обставин, що служать підставою для прийняття такого рішення. Вважаємо, що рефлексивне мислення на цій стадії використовується для: 1) визначення наявності конфлікту у взаємодії з підозрюваним; 2) з'ясування можливості одержання його згоди на участь у перевірці показань на місці; 3) установлення ступеня і джерел поінформованості підозрюваного про обстановку на місці злочинної події; 4) з'ясування поінформованості цієї особи про докази, якими володіє слідство.

У підготовці до проведення перевірки показань на місці рефлексивне мислення сприяє обранню того чи іншого напряму проведення слідчої дії. Такий вибір залежить від низки чинників, зокрема, від: 1) позиції підозрюваного стосовно слідства; 2) повноти показань в описанні обставин, пов'язаних з обстановкою місця події; 3) тактичних прийомів, які передбачається використовувати; 4) наявності результатів огляду місця події, показань інших осіб, інших доказів, з якими можна зіставити показання; 5) суперечностей (якщо такі є) між показаннями і результатами огляду, іншими доказами; 6) припущень слідчого про місця, де можливо виявити речові докази; 7) часу, що минув з моменту допиту, оскільки є ризик відмови підозрюваного від участі в перевірці його показань на місці; 8) можливості настання надзвичайних обставин (утечі підозрюваного, нападу на слідчу групу тощо). На стадії підготовки до проведення зазначеної слідчої дії рефлексивне управління здійснюється слідчим за такими напрямами, як: 1) переконання підозрюваного в необхідності його участі в перевірці показань на місці; 2) перевірка наявності інших джерел поінформованості цієї особи про обстановку на місці злочинної події; 3) перевірка можливості настання надзвичайних обставин під час проведення слідчої дії.

Під час допиту особа, показання якої перевірятимуться, прогнозує можливості слідчого щодо викриття неправди в її показаннях, імітує його мислення. При цьому можливі різні ситуації, а саме: а) підозрюваний не знає про те, що його показання будуть перевірятися на місці, де відбулась подія злочину; б) йому це відомо; в) підозрюваний знає, що на зазначеному місці проводився огляд. В усіх ситуаціях, намагаючись ввести слідство в оману, він будує помилкову модель події, рефлексивно припускаючи, якою інформацією і з яких джерел може володіти слідчий. Якщо підозрюваному відомо, що його показання будуть перевірятися на місці або що там проводився огляд, то він прагне створити помилкову модель події з використанням тієї інформації про обстановку, яка йому відома. При цьому можливі різні ситуації: 1) підозрюваний є учасником події; 2) він не є учасником події (має місце самообмова), однак знає обстановку, оскільки побував на цьому місці іншим часом; 3) підозрюваному відомо про обстановку зі слів інших очевидців злочинної події; 4) він взагалі не обізнаний з обстановкою на місці, де відбулася подія. В усіх цих ситуаціях підозрювана особа прагне побудувати помилкову модель події таким чином, щоб уникнути можливих, з її погляду, суперечностей між власними показаннями й обстановкою. Якщо ж підозрюваному невідомо про майбутню перевірку показань на місці або про те, що там проводився огляд, можна припустити, що його модель події злочину буде містити суперечності з наявною обстановкою. Ось чому, як видається, доцільно доводити до відома підозрюваного про майбутню перевірку його показань на місці лише після того, як від нього вже будуть отримані докладні свідчення про досліджувані обставини.

Під час проведення цієї слідчої дії застосування рефлексивного управління дає змогу слідчому ефективно контролювати поведінку особи, показання якої перевіряються. У криміналістичній літературі відзначається необхідність здійснення слідчим такого контролю [14, с. 235]. Надання підозрюваному самостійності у виборі маршруту руху, в порядку розповіді відомих йому відомостей і демонстрації окремих дій зовсім не означає, що слідчий не вправі втручатися в перебіг слідчої дії. Практиці розслідування злочинів відомі випадки, коли допитані особи, заявивши про згоду взяти участь у перевірці показань на місці, під час цієї слідчої дії показують зовсім інші місця, які не мають нічого спільного зі скоєним злочином. Саме в такий спосіб вони розраховують послабити, а то й розхитати зібрані слідчим докази, створити можливості для відмови від своїх даних раніше показань у процесі судового розгляду.

У зв'язку з цим необхідним елементом рефлексивного управління під час перевірки показань на місці виступає спостереження за поведінкою особи, показання якої перевіряються. Необхідність такого спостереження була відзначена у криміналістичній літературі [14, с. 233]. Рефлексивне управління поведінкою особи, показання якої перевіряються, під час проведення досліджуваної слідчої дії вирізняється тим, що воно опосередковане психологічним впливом обстановки. Слід якомога уважніше спостерігати за тим, як ця особа пересувається, на які об'єкти і як реагує в цій обстановці.

Угледівши непослідовність в її діях, спроби ввести слідство в оману або знищити виявлені сліди, слідчий мусить вжити відповідних заходів. За допомогою рефлексивного управління він може впливати на поведінку особи, показання якої перевіряються.

Висновки

Рефлексивне управління під час слідчого експерименту з метою перевірки показань підозрюваного може використовуватися для вирішення таких завдань: 1) управління слідчим поведінкою особи, показання якої перевіряються; 2) прогнозування ним поведінки цієї особи; 3) побудови слідчим уявної моделі її поведінки у перебігу досліджуваної події; 4) планування ним майбутньої слідчої дії; 5) обрання слідчим тактичних прийомів, найбільш ефективних і доцільних у конкретній ситуації; 6) визначення ним мотивів участі підозрюваного у проведенні цієї слідчої дії; 7) викриття неправди в показаннях; 8) запобігання відмови підозрюваного від продовження участі у перевірці показань на місці.

Список використаних джерел:

1. Денисюк С.Ф., Шепитько В.Ю. Обыск в системе следственных действий (Тактико-криминалистический анализ) : научно-практическое пособие. Харьков : Консум, 1999. 160 с.
2. Коновалова В.Е. Допрос: тактика и психология. Харьков : Консум, 1999. 157 с.
3. Коновалова В.Е., Шепитько В.Ю. Обыск: тактика и психология : учебное пособие. Харьков : Гриф, 1997. 80 с.
4. Шепітько В.Ю. Криміналістика. Енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український) / За ред. акад. НАН України В.Я. Тація. Харків : Право, 2001. 560 с.
5. Ратинов А.Р. Теория рефлексивных игр в приложении к следственной практике. *Правовая кибернетика*. Москва, 1970. С. 185–197.
6. Велика українська юридична енциклопедія: У 20 т. Харків : Право, 2018. Т. 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія / редкол. В.Ю. Шепітько та ін. 952 с.
7. Богинский В.Е. Рефлексивное управление при допросе : учебное пособие. Харьков, 1983. 41 с.
8. Журавель В.А. Криминалистическое прогнозирование в следственно-судебной и оперативно-розыскной практике. Избранные произведения. Харьков : Апостіль, 2016. С. 118–124.
9. Андросюк В.Г. Інформаційно-комунікативні слідчі дії. Юридична психологія : підручник / За ред. Я.Ю. Кондратьєва. Київ : Ін Юре, 2000. С. 298–311.
10. Ратинов А.Р. Судебная психология для следователей. Москва : НИ и РИО ВШ МООП СССР, 1967. 289 с.
11. Коновалова В.Е. Организационные и психологические основы деятельности следователя. Киев : РИО МВД УССР, 1973. 122 с.
12. Коновалова В.Е., Шепитько В.Ю. Криминалистическая тактика: теории и тенденции : учебное пособие. Харьков : Гриф, 1997. 255 с.
13. Васильев В.Л. Юридическая психология. 3-е изд. Санкт-Петербург : Питер, 2000. 624 с.
14. Следственные действия (процессуальная характеристика, тактические и психологические особенности) : учебное пособие / А.К. Гаврилов, Ф.В. Глазырин, С.П. Ефимичев и др. Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1984. 240 с.

The article is devoted to the research of possibility of reflexive interaction between the investigator and the person whose testimony is checked during the investigative experiment. The possibilities of using the methods of reflexive thinking and management are examined. In particular, reflexive control during an investigative experiment can be used by the investigator to solve the following tasks: 1) control the behavior of the suspect; 2) forecasting this behavior; 3) building the investigator's model of the suspect's behavior during the investigated event; 4) planning the future investigative action; 5) the selection of tactics that are most effective and appropriate in a particular situation; 6) determining the motives of the suspect's participation in the conduct of this investigative action; 7) exposing lies in the testimony; 8) preventing the suspect from continuing to participate in the verification of testimony at the crime scene.

Reflexive management involves the use of the investigator means of psychological influence on the person whose testimony is checked. The publication sets out the criteria for the admissibility of psychological impact related to the verification of testimony at the crime scene: 1) such an effect cannot be aimed at the coercion of the person whose testimony is verified, to participate in the verification of her testimony at the crime scene; 2) the effect should not limit the autonomy of action of that person in the demonstration situation and individual actions; 3) may not transfer the information of a leading character.

When verifying testimony at the crime scene, the effectiveness of reflexive thinking depends on the following factors: a) whether the investigator has information about the person whose testimony is being checked; b) knowledge of the psychology of this person; c) completeness of information about the investigated circumstances. The paper highlights the following stages of using reflexive thinking and management when checking evidence at the crime scene: 1) making a decision to conduct an investigative action; 2) preparing for the verification of evidence at the crime scene; 3) conducting the specified investigative action. In relation to each of the stages, specific tasks of using reflection are defined. The conclusion is made about the expediency of using investigative techniques based on reflexive thinking and management when verifying testimony at the crime scene.

Key words: investigative action, verifying testimony at the crime scene, forensic forecasting, psychological impact, suggestive action.

УДК 347.97/99
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.58

Ольга Саленко,
канд. юрид. наук,
науковий консультант Верховного Суду України

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЕТИЗАЦІЇ СУДОВОЇ ВЛАДИ: ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ, МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД, НАЦІОНАЛЬНІ РЕАЛІЇ

У багатьох країнах світу природними є ситуації, коли громадяни втрачають довіру до своїх судових систем, оцінюючи їх як корумповані чи іншим чином заангажовані. Ураховуючи це, особливим завданням держави є гарантування справедливого судочинства, що потребує комплексного підходу. Одним із конститутивних напрямів цього є забезпечення належної поведінки кожного окремого судді та кожного працівника судової системи.

Найвищі стандарти моральності і доброчесності суддів, а також інших представників судової влади проголошуються як обов'язкові норми абсолютно в усіх традиційних правових системах і в усіх великих світових релігіях.

Етичні вимоги, що висуваються до суддів у різних країнах світу, випливають із міжнародних і національних документів. Особливої уваги потребують міжнародні стандарти, що закріплені в Бангалорських принципах поведінки суддів, Європейській хартії про Закон «Про статус суддів», Загальній (універсальній) хартії судді тощо. Такі стандарти закріплюють ключові цінності та є дороговказом на шляху встановлення стандартів етичної поведінки суддів у кожній державі.

Щодо особливостей регламентації етики судді в Україні слід зауважити, що стандарти поведінки українських суддів випливають із конституційних принципів, норм національного законодавства та положень міжнародно-правових актів. Такі стандарти закріплені в Кодексі суддівської етики. Національний Кодекс суддівської етики складається із преамбули, трьох розділів, двадцяти статей, що регулюють питання поведінки судді під час здійснення правосуддя та позасудову поведінку судді.

Важливо зауважити, що репутація судової влади залежить не лише від поведінки суддів, а й від поведінки інших представників судової влади, зокрема від державних службовців органів судової влади (працівників апаратів судів). Стандарти відповідної поведінки працівників суду ґрунтуються на дотриманні особистої, професійної й організаційної етики та спрямовані на підтримання авторитету, незалежності й ефективності судової влади, підвищення рівня довіри громадськості до суду. Дані стандарти закріплено як на міжнародному рівні, так і в межах національних правових систем.

В Україні стандарти поведінки працівників апаратів судів (державних службовців за своїм правовим статусом) закріплено в Конституції України, Законі України «Про державну службу», Загальних правила етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, а також у Правилах поведінки працівника суду.

Зважаючи на те, що судова влада є потужним укріпленням верховенства права, зауважимо, що гарантування справедливого судочинства шляхом забезпечення належної поведінки представників судової влади (суддів і працівників апаратів судів) є важливим завданням кожного суспільства та держави.

Ключові слова: суддівська етика, Кодекс суддівської етики, Правила поведінки працівника суду, моніторинг способу життя судді, міжнародні стандарти.

Постановка проблеми. Судова влада – потужне укріплення верховенства права в усьому світі, тому гарантування справедливого судочинства є важливим завданням, що потребує комплексного підходу. Одним із конститутивних напрямів у гарантуванні справедливого судочинства як на локальному державному рівні, так і у світовому масштабі є забезпечення належної поведінки кожного окремого судді та кожного працівника судової системи.

Ураховуючи те, що в багатьох країнах світу природними є ситуації, коли громадяни втрачають довіру до своїх судових систем і сприймають їх як корумповані чи іншим чином заангажовані, питання етичної поведінки представників судової влади мають вагоме значення.

© О. Саленко, 2020

Метою статті є аналіз питань етичної поведінки представників судової влади (суддів та працівників апаратів судів) крізь призму історичних аспектів, міжнародного досвіду та національних реалій.

Виклад основного матеріалу. Етизація судової влади передбачає гармонію між ідеальними цілями та припустимими засобами їх досягнення, такими, які не суперечать моральним принципам. Вихідною позицією прибічників цього підходу є те, що для людей характерне оцінювання всіх подій з погляду моралі. Судова влада не є винятком щодо застосування такого підходу. Одним із найвизначніших представників даного підходу був Ісайя Берлін, який виступав за розгляд політики (влади) крізь призму цінностей. Важливим моментом для розуміння концепції І. Берліна є те, що саму політику (владу) він розглядав не з інституціонального погляду, а як діяльність індивідів, яку оцінюють за допомогою відповідних категорій (добро і зло, найкраще та найгірше тощо). Відповідно, особі доводиться вибирати з усього розмаїття цінностей, що є складною моральною драмою, оскільки за обрання чогось одного ігнорується інше, тому цінності не завжди є сумісними і деколи конфліктують одна з одною [1].

Аксіологічний вимір політичного життя втілюється в повсякденній необхідності робити вибір між цінностями та нести за це відповідальність. Тому принципово важлива здатність людей адекватно ставитися до вибору інших, розуміти його, незважаючи на відмінності, що свідчить про розвиненість суспільства, його здатність до діалогу [2].

Ураховуючи те, що етика судової влади тісно пов'язана із соціальною структурою конкретного суспільства і чітко визначається нею, зауважимо, що ступінь етизації судової влади в кожній країні різний. Це зазвичай не залежить від розходжень у національних матеріальному та процесуальному праві, а пов'язано із традиційними уявленнями суб'єктів тієї або іншої спільноти про статус свого суспільства загалом, про перевагу своєї цивілізації, а також зумовлено історичним досвідом, національними чинниками, оцінками тощо.

Найвищі стандарти моральності і доброчесності суддів, а також інших представників судової влади проголошуються як обов'язкові норми абсолютно в усіх традиційних правових системах і в усіх великих світових релігіях.

З найдавніших часів у всіх культурних і релігійних традиціях суддю сприймали як людину з високими моральними якостями, на яку покладаються відповідні обмеження щодо способу та стилю життя порівняно з іншими членами суспільства. Наприклад, суддям стародавнього Близького Сходу наголошувалось: «<...> Не слід дослухатися до чиновників та радників, намагатися зробити своїми прибічниками всіх людей <...>, слід турбуватися про закон та справедливість <...>, бути неупередженим <...>» [3]. Індуїстське правосуддя ґрунтувалось на «Законах Ману»: «<...> Члени царського суду повинні знати священний закон і дотримуватися правил поміркованості, благородства, чесності, правдивості та об'єктивності як щодо друга, так і щодо ворога <...>» [4]. Ману вимагав від суддів «не бути ласолюбними», оскільки покарання не може за справедливістю накладати той, «хто схильний до чуттєвих насолод» [5]. Згідно з буддійською філософією, суддя під час вирішення справи повинен дотримуватися невід'ємного принципу буддизму «благородного восьмиступеневого шляху» – правильних думок, бачення, мови, вчинків, способу життя, спроб, усвідомлення, зосередженості, а також уникати «чотирьох стежин до несправедливості» – упередженості, ненависті, страху і неуцтва [6]. У юдейському праві зазначається, що «<...> Божественною присутністю проникнутий будь-який компетентний юдейський суд. Суддям заборонено поводити себе легковажно, жартувати чи розмовляти про неважливе. Вони повинні повністю зосередитися на питаннях мудрості» [7]. Конститутивним правилом християнства стосовно аналізованих питань є: «Усе, чого бажаєте, щоб вам робили люди, так і ви робіть їм, – бо в цьому є Закон і Пророки».

А. Коні зауважував, що доцільно вивчати не лише судову техніку і судову практику, а й судову етику, як учення про моральність судової діяльності.

У виробленні норм і принципів професійної суддівської етики істотну роль відіграють міжнародні стандарти поведінки судді, що містяться в численних міжнародно-правових актах, які ухвалені уповноваженими органами та інституціями міжнародних універсальних (Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН)) або регіональних (передусім Рада Європи, Європейський Союз) організацій, а також міжнародними професійними асоціаціями суддів тощо. До основних універсальних міжнародних стандартів діяльності суддів належать: Основні принципи незалежності судових органів, ухвалені ООН у 1985 р.; Європейський статут судді від 20 березня 1993 р.; Європейська хартія про Закон «Про статус суддів» від 10 липня 1998 р., Загальна (універсальна) хартія судді,

схвалена Міжнародною асоціацією суддів 17 листопада 1999 р.; Висновок № 3 Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи від 19 листопада 2002 р. щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема питання етики, несумісної поведінки та безсторонності; Бангалорські принципи поведінки суддів, схвалені резолюцією 2006/23 Економічної та соціальної ради ООН від 27 липня 2006 р.; численні висновки Консультативної ради європейських суддів та інші міжнародні документи. Зауважимо, що на європейському рівні не розроблено базового Кодексу професійної етики суддів, на відміну від Модельного кодексу поведінки для державних службовців (додаток до Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи від 11 травня 2000 № R (2000) 10) [8].

Водночас у контексті суддівської етики особливої уваги потребують Бангалорські принципи поведінки суддів, які закріплюють такі ключові цінності, як незалежність, неупередженість, доброчесність і непідкупність, дотримання етичних норм, рівність, компетентність і старанність, що є дороговказом на шляху встановлення стандартів етичної поведінки суддів у кожній державі. Вони адресовані суддям для використання як інструкції, а також судовим органам для використання як базових принципів регламентації поведінки суддів. Бангалорські принципи покликані сприяти кращому розумінню та підтримці здійснення правосуддя з боку представників виконавчої та законодавчої влади, адвокатів та суспільства загалом. Ці принципи передбачають, що судді у своїй поведінці підзвітні відповідним органам, що засновані для підтримки суддівських стандартів, діють об'єктивно та незалежно і мають на меті посилення ролі правових норм і правил поведінки суддів. Бангалорські принципи є вираженням визнаних традицій функціонування правосуддя, наявних у всіх культурах та судових системах.

Етичні вимоги, що висуваються до суддів у різних країнах, випливають із міжнародних і національних документів. У деяких країнах, наприклад, у Німеччині та Франції, немає спеціального кодифікованого зводу деонтологічних правил. Вимоги щодо належної поведінки суддів сформульовані в загальному вигляді та зафіксовані в Законі Німеччини «Про суддів» і частково в нормах, що регулюють правове становище державних службовців у Німеччині, а також у положеннях Статуту Магістратури у Франції [9; 10]. В інших країнах, наприклад, у Сполучених Штатах Америки (далі – США), Італії, Росії, функціонують спеціальні кодекси суддівської етики (честі) [11; 12].

Щодо особливостей регламентації етики судді в Україні варто зауважити, що стандарти поведінки українських суддів випливають із конституційних принципів, норм національного законодавства та положень міжнародно-правових актів і закріплені у відповідному правовому акті.

Так, X позачерговий з'їзд суддів України, який відбувся 16 вересня 2010 р., доручив Раді суддів України розробити пропозиції до Кодексу професійної етики судді. На виконання цього рішення Рада суддів України створила експертну групу з вироблення пропозицій до Кодексу професійної етики судді. Розроблений експертною групою проєкт Кодексу суддівської етики був обговорений за участю суддів з усіх областей України та затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013 р. Кодекс суддівської етики та порядок його ухвалення відповідають міжнародним стандартам. Зокрема, як зауважують міжнародні експерти, бажано, щоб будь-який кодекс поведінки чи інший подібний документ про принципи для суддів розробляли самі судді. Це відповідало б принципу незалежності судової системи та розподілу влади.

Національний Кодекс суддівської етики складається із преамбули, трьох розділів, двадцяти статей, що регулюють питання поведінки судді під час здійснення правосуддя та позасудову поведінку судді.

Конститутивними положеннями Кодексу суддівської етики є те, що суддя повинен бути прикладом додержання вимог закону, принципів та стандартів; уникати будь-якого незаконного впливу на його діяльність; бути незалежним; не використовувати своє посадове становище в особистих інтересах, в інтересах інших осіб та не дозволяти цього іншим; проявляти бездоганну поведінку; старанно й неупереджено виконувати свої обов'язки; здійснювати судочинство в межах і в порядку, визначених процесуальним законом; виявляти тактовність, ввічливість, витримку й повагу до учасників судового процесу й інших осіб; не допускати проявів неповаги до будь-кого; уникати позапроцесуальних взаємин з учасниками процесу; дотримуватися вимог щодо несумісності; вести належний спосіб життя, який відповідає наявному в нього та членів його сім'ї майну й одержаним ними доходам; розміщувати, коментувати лише інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету судді та судової влади тощо.

Для належного розуміння правил суддівської етики, закріплених Кодексом суддів-

ської етики, рішенням Ради суддів України від 4 лютого 2016 р. № 1 затверджено Коментар до Кодексу суддівської етики. Окрім того, з метою забезпечення дотримання суддями правил суддівської етики Радою суддів України створено Комітет етики, врегулювання конфлікту інтересів та професійного розвитку суддів. Комітет уповноважений сприяти підвищенню рівня обізнаності суддів та дотриманню правил суддівської етики. Рішенням Ради суддів України від 4 лютого 2016 р. № 3 затверджено Положення про комітет етики, врегулювання конфлікту інтересів та професійного розвитку суддів Ради суддів України. Цим Положенням урегульовано питання щодо діяльності Комітету етики, врегулювання конфлікту інтересів та професійного розвитку суддів. Зокрема, визначено мету та завдання діяльності цього Комітету, урегульовано порядок подання звернень до нього, визначено організацію та порядок його діяльності, проведення засідань, порядок ухвалення відповідних рішень тощо.

Важливо наголосити, що принципи поведінки судді повинні діяти незалежно від дисциплінарних правил. Недотримання одного з таких принципів не означає вчинення дисциплінарного порушення або вчинення цивільного чи кримінального правопорушення. Для забезпечення наведеного зауважимо, що ст. 4 Кодексу суддівської етики передбачено, що порушення правил етичної поведінки, установлених цим Кодексом, не можуть застосовуватися як підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності та визначати ступінь їхньої вини. Водночас п. 3 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження з підстави допущення суддею поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя, зокрема в питаннях дотримання норм суддівської етики та стандартів поведінки [13].

Європейські експерти зауважують, що з наведеного незрозуміло, на що дається посилання: на чинний Кодекс суддівської етики чи на загальні, неписані правила. У низці своїх висновків Венеціанська комісія критикувала загальну пеналізацію порушень кодексів етики як занадто загальну та нечітку й наполягала на тому, що для застосування дисциплінарної відповідальності мають існувати чіткі законодавчі положення.

Здійснення права кожного на судовий захист на основі принципу верховенства права, здійснення правосуддя від імені держави Україна виключно на підставі Конституції та законів України, міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, висувають високі вимоги до моральних якостей кожного судді. Належна поведінка кожного окремого судді формує загальний авторитет судової влади. А тому, усвідомлюючи значущість своєї місії, з метою зміцнення та підтримки довіри суспільства до судової влади судді України вважають, що зобов'язані демонструвати і пропагувати високі стандарти поведінки, у зв'язку із чим добровільно беруть на себе більш істотні обмеження, пов'язані з дотриманням етичних норм як у поведінці під час здійснення правосуддя, так і в позасудовій діяльності. Дотримання етичних норм є невід'ємною частиною діяльності суддів.

Зауважимо, що для оцінки дотримання суддею правил суддівської етики можуть використовуватися результати моніторингу способу життя судді. Під таким моніторингом варто розуміти діяльність щодо збору, обробки, систематизації й аналізу інформації про поведінку судді, членів його сім'ї, що відображають рівень їхнього життя та дотримання суддею правил суддівської етики тощо.

У контексті аналізу інституту моніторингу способу життя судді як інструменту контролю за дотриманням правил суддівської етики окремої уваги потребують міжнародні стандарти із цього питання. Так, п. 4.2 Бангалорських принципів поведінки суддів закріплено, що постійна увага з боку суспільства покладає на суддю обов'язок прийняти на себе низку обмежень, незважаючи на те, що пересічному громадянину ці обов'язки могли б здатися обтяжливими, суддя приймає їх добровільно й охоче. Поведінка судді має відповідати високому статусу його посади [14].

У Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо принципів і правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема питання етики, несумісної поведінки та безсторонності, 2002 р. передбачено, що судді не повинні бути ізольовані від суспільства, у якому вони живуть, оскільки судова система може функціонувати належним чином тільки тоді, коли судді не втрачають відчуття реальності. Навіть більше, судді, будучи громадянами, мають основоположні права та свободи, які захищаються, зокрема Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (свобода думки, релігії тощо). Судді мають право вільно займатися позапрофесійною діяльністю на власний розсуд. Водночас варто враховувати, що певна діяльність може становити загрозу їхній неупередженості та незалежності. А тому необхідно знайти розумний баланс між ступенем

участі суддів у житті суспільства та безсторонністю і незалежністю суддів під час виконання своїх функцій. Судді повинні гідно поводити себе у приватному житті [15].

Вимога щодо проведення моніторингу способу життя судді може ґрунтуватися на підставі інформації, отриманої від фізичних і юридичних осіб, а також із засобів масової інформації й інших відкритих джерел інформації, яка містить відомості про порушення суддею правил суддівської етики тощо. Інформація про порушення суддею правил суддівської етики від фізичних і юридичних осіб може бути передана без зазначення авторства (анонімно). Анонімне повідомлення підлягає розгляду, якщо наведена в ньому інформація стосується конкретної особи і містить фактичні дані, які можуть бути перевірені. Під «іншими відкритими джерелами інформації» слід розуміти відкриті реєстри, будь-які соціальні мережі (наприклад, Facebook, Instagram) тощо.

Моніторинг способу життя суб'єктів декларування, отже, і способу життя судді, має здійснюватися з додержанням законодавства про захист персональних даних, не повинен передбачати надмірного втручання у право на недоторканність особистого і сімейного життя особи, що гарантоване ст. 32 Конституції України та ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Як зауважувалось вище, репутація судової влади залежить не лише від поведінки суддів, а й від поведінки інших представників судової влади, зокрема від державних службовців органів судової влади.

Правила етики та поведінки державних службовців детально опрацьовані в положеннях Модельного кодексу поведінки для державних службовців (додаток до Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи від 11 травня 2000 № R (2000) 10) [8]. Цей акт сприяє не лише ухваленню національних кодексів, а й створенню спеціальних державних інституцій із проблем етики, упровадженню етичної освіти тощо.

Незважаючи на відмінності в підходах різних країн до формування організаційної культури державних службовців, незмінною є її мета – забезпечити професійну діяльність службовців в інтересах суспільства, а також запобігти можливим зловживанням владою та порушенням закону.

У країнах Європейського Союзу стандарти поведінки державних службовців містяться у спеціальних актах, які мають загальну назву – кодекси поведінки державних службовців. Залежно від країни, ці кодекси можуть мати різні назви (Етичний кодекс, Правила етичної поведінки, Стандарти поведінки державних службовців тощо).

Наприклад, поведінка державних службовців Великобританії регламентується Етичним кодексом державного службовця. Дослідники Британської державної служби відзначають, що їй притаманні висока корпоративна етика та сувора відповідність кодексу адміністративної моралі. Існує думка, що високі моральні якості державних службовців завжди були предметом особливої гордості британців. Британського державного службовця характеризують висока самодисципліна, чесність, моральність, професійна честь, прагнення завжди знайти найкраще рішення [16].

У Франції, як і в більшості країн Європи, етика державного службовця означає насамперед повагу до закону. Як і у Великобританії, вирішальною в успішному реформуванні державної служби визнано моральну мотивацію. У Франції етичні правила поведінки державних службовців закріплені в Законі «Про етику, права та обов'язки державних службовців» [17].

Необхідність регулювання етичної поведінки державних службовців у США з'явилася у процесі боротьби з корупцією. Перша спроба представити зазначені норми у сконцентрованому вигляді була зроблена в 1958 р., коли у вигляді резолюції Конгресу ухвалено Кодекс етики урядової служби США (Code of Ethics for Government Service) [18]. Варто зазначити, що цей Кодекс поширював свій вплив на службовців лише однієї гілки влади – виконавчої. Пізніше ухвалені закони «Про етику службовців державних органів» (1978 р.) та «Про реформу закону про етику» (1989 р.) [19]. У 1993 р. розроблено «Стандарти етичної поведінки для державних службовців» [20].

У Норвегії Етичні принципи державних службовців ухвалені у 2012 р. [21]. У 2012 р. в Чеській Республіці також ухвалений Кодекс етики посадових осіб та державних службовців, який згодом був розкритикований [22]. У Литовській Республіці також діють Етичні правила для державних службовців [23]. Суттєвою особливістю сучасної державної служби Нідерландів є функціонування Бюро забезпечення етики та доброчесності у сфері державного управління, яке було засновано як структурний підрозділ Міністерства внутрішніх справ у 2006 р. для надання допомоги державним органам у зміцненні своїх стратегій доброчесності.

В Україні публічна, професійна, політично неупереджена діяльність із практичного виконання завдань і функцій держави регулюється Законом України «Про дер-

жавну службу» від 10 грудня 2015 р. № 889–VIII. Вказаний Закон визначає принципи, правові й організаційні засади забезпечення публічної, професійної, політично неупередженої, ефективної, орієнтованої на громадян державної служби, яка функціонує в інтересах держави і суспільства, а також порядок реалізації громадянами України права рівного доступу до державної служби, що базується на їхніх особистих якостях та досягненнях.

Окрім того, наказом Національного агентства України з питань державної служби від 5 серпня 2016 р. № 158, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 31 серпня 2016 р. за № 1203/29333, затверджено Загальні правила етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування. Ці Загальні правила є узагальненням стандартів етичної поведінки державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування, якими вони зобов'язані керуватися під час виконання своїх посадових обов'язків. Вказані Загальні правила ґрунтуються на положеннях Конституції України, законодавства про державну службу, службу в органах місцевого самоврядування, у сфері запобігання корупції і спрямовані на зміцнення авторитету державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, репутації державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування, а також на забезпечення інформування громадян про норми поведінки державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування стосовно них.

Працівники апаратів судів (державні службовці за своїм правовим статусом) покликані допомагати суддям здійснювати повноваження щодо відправлення правосуддя, тому мають підвищену відповідальність з огляду на особливий статус і природу діяльності судді. Така відповідальність має бути усвідомлена і прийнята кожним працівником суду будь-якого рівня і юрисдикції. Найефективніший спосіб досягти цього – це виробити й ухвалити правила корпоративної поведінки, а також забезпечити їх однакове тлумачення та застосування.

Саме тому рішенням Ради суддів України від 6 лютого 2009 р. № 33 затверджено Правила поведінки працівника суду [24]. Метою цих правил є встановлення стандартів моральної цілісності та відповідної поведінки працівників суду, які ґрунтуються на дотриманні особистої, професійної та організаційної етики для підтримання авторитету, незалежності й ефективності судової влади, підвищення довіри громадськості до суду. Правила поведінки працівника суду встановлюють загальні вимоги до поведінки працівника суду, якими вони мають керуватися під час та поза виконанням своїх службових обов'язків. Такі правила є складовою частиною умов праці, невід'ємною частиною посадових інструкцій, положень і угод, що регулюють роботу працівників суду.

Крім того, зауважимо, що в рамках співпраці Проєкту Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Україна: верховенство права» з Державною судовою адміністрацією України та Радою суддів України у 2010 р. підготовлено видання «Правила поведінки працівника суду та Коментар» [25].

Правила поведінки працівника суду та Коментар до них покликані стати орієнтиром для працівників суду та механізмом, що гарантуватиме відповідність поведінки працівників суду цінностям, притаманним незалежній і неупередженій судовій владі.

Крім того, Правила мають на меті посприяти кращому розумінню та підтримці судового корпусу з боку широкого загалу, а також демонструвати громадянам поведінку, якої вони мають право очікувати від працівників суду.

Інститут служби в судовій системі ґрунтується на довірі громадськості. Працівники суду повинні намагатися зміцнювати цю довіру, завжди діяти згідно з ідеалами та цінностями судової системи, зокрема чесністю, моральною цілісністю, неупередженістю, об'єктивністю, доступністю, підзвітністю, ефективністю та чуйністю. У разі «конфлікту підпорядкування» працівники суду повинні намагатися передусім виправдати довіру громадськості.

Поведінка працівника суду становить особисту та професійну обіцянку відданості служінню суспільству й ідеї збереження незалежної судової влади [24].

Ураховуючи зміну національного законодавства та проведення судової реформи у 2016 р., необхідна адаптація нормативних положень про етизацію судової влади України до нових законодавчих вимог, оскільки положення Кодексу суддівської етики діють із 2013 р., а відповідні Правила поведінки працівника суду – ще із 2009 р.

Зміна системи судоустрою України у 2016 р. передбачає діяльність нових судових установ, зокрема Верховного Суду як найвищого судового органу в системі судоустрою, вищих спеціалізованих суддів (Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду), що, імовірно, визначає необхідність перегляду правил поведінки суддів і працівників відповідних судів. У контексті наведеного зауважимо, що 15 червня 2018 р. Рада суддів

України створила робочі групи для оновлення положень Кодексу суддівської етики та підготовки нового коментаря до Кодексу суддівської етики, а також оновлення Правил поведінки працівника апарату суду.

Також варто зауважити необхідність узгодження окремих положень згаданих вище актів із вимогам Закону України «Про запобігання корупції» № 1700–VII від 14 жовтня 2014 р, з положеннями Закону України «Про державну службу» № 89–VIII від 10 грудня 2015 р., а також з іншими положеннями законодавства про судоустрій і статус суддів тощо.

Висновки

Для України, яка переживає період серйозних суспільних трансформацій, важливо сформувати судову владу на засадах справедливості, соціального партнерства, гуманізму, прозорості, а тому важливі теоретичні розробки із проблем етизції судової влади. Етика і висока кваліфікація повинні бути підґрунтям професіоналізму представників судової влади України. Конститутивною ідеєю етизації судової влади в Україні доречно вважати актуалізацію її людського потенціалу шляхом забезпечення культурно-гуманістичної основи організації професійної діяльності представників судової влади.

Список використаних джерел:

1. Берлин И. Стремление к идеалу. *Философия свободы. Европа* / И. Берлин. Москва : Новое литературное обозрение, 2001. 448 с.

2. Міщенко А. Етизація політики як засіб вирішення протиріч між політикою і мораллю в концепції Ісайї Берліна. *Гілея: науковий вісник :* збірник наукових праць. Вип. 124. С. 320–324.

3. Брістед Дж. Давні записи Єгипту (Breasted J. Ancient Records of Egypt). Т. II : Вісімнадцята династія. University of Chicago Press, 1906. С. 268–270. Цитата за : Вірамантрі К. Вступ до права (Weeramantry C. An Invitation to тяhe Law). Melbourne, Australia : Butterworths, 1982. С. 239–240.

4. Священні книги Сходу (Sacred Books of the East) / ред. : Макс Мюллер (Motilal Banarsidass, 1965). Т. XXXIII : Другорядний кодекс. Ст. ст. 2–3, 5, 16, 37–40. Цитата за : Вірамантрі К. Вступ до права (Weeramantry C. An Invitation to the Law). Melbourne, Australia : Butterworths, 1982. С. 244–245.

5. Закони Ману. Священні книги Сходу : у 50-ти т. / за ред. Ф. Макса Мюллера. 3-є вид. Т. XXV, VII. Делі : Motilal Banarsidass. С. 26, 30. Цитата за : Амерасінгхе. Поведінка суддів (Amerasinghe. Judicial Conduct). С. 50.

6. Права людини та релігії у Шрі-Ланці / Фонд Шрі-Ланки (Human Rights and Religions in Sri Lanka / Sri Lanka Foundation). Коломбо, 1988. С. 67.

7. Читач Маймоніда / за ред. І. Тверскі (A Maimonides Reader / I. Twersky (ed.)). Behram House Inc., 1972. С. 193–194. Цитата за : Вірамантрі К. Вступ до права (Weeramantry C. An Invitation to the Law). Australia, Melbourne : Butterworths, 1982. С. 257–258.

8. Model Code of Conduct for Public Officials. URL: http://workspace.unpan.org/sites/internet/Documents/UNPAN038306.pdf.

9. Штаатс Й.-Ф. Судейская этика в Германии. Этика судьи. Москва : Рос. акад. правосудия, 2002. С. 131–165.

10. Эррера Р. Дисциплинарный режим магистратов и ответственность государства за государственную службу правосудия во Франции. *Этика судьи*. Москва : Рос. акад. правосудия, 2002. С. 117–130.

11. ABA Code of Judicial Conduct (1972). Selected statutes, rules and standards on the legal profession. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1992. P. 823–838 ; ABA Model Code of Judicial Conduct (1990). Selected statutes, rules and standards on the legal profession. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1992. P. 788–822.

12. Оберто Д. Права и обязанности судей, их дисциплинарная ответственность. *Этика судьи*. Москва : Рос. акад. правосудия, 2002. С. 187–211.

13. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402–VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1402-19.

14. Бангалорські принципи поведінки суддів, схвалені резолюцією 2006/23 Економічної і Соціальної ради ООН від 27 липня 2006 р. *Міжнародні стандарти у сфері судочинства*. Київ : Істина, 2010. С. 35.

15. Висновок № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи щодо принципів та правил, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема, питання етики, несумісної поведінки та безсторонності: ухвалений Комітетом міністрів Ради Європи 19 листопада 2002 р. *Міжнародні стандарти у сфері судочинства*. Київ : Істина, 2010. С. 41–55.

16. Правила етичної поведінки державних службовців (досвід країн Європейського Союзу та США) : інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит Комітету Верховної Ради України. URL: http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29069.pdf/.

17. Loirelative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. URL: http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl15-041.html/.

18. Code of Ethics for Government Service. URL: http://www.lexrex.com/enlightened/laws/ethics.htm/.

19. Ethics Reform Act of 1989. URL: https://www.congress.gov/bill/101st-congress/house-bill/3660/.

20. Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch. URL: https://www.oge.gov/Web/oge.nsf/Resources/Standards+of+Ethical+

Conduct+for+Employees+of+the+Executive+Branch.

21. Etiske retningslinjer for statstjenesten. URL: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/etiske-retningslinjer-for-statstjenesten/id88164/.

22. Etický kodex úředníků a zaměstnanců veřejné správy. URL: https://cs.wikipedia.org/wiki/Etick%C3%BD_kodex_%C3%BA%C5%99ednn%C3%ADka.

23. Valstybės tarnautojų veiklos etikos taisyklės. URL: https://www.e-tar.lt/portal/lt/legalAct/TAR.59D1FFDA35ED.

24. Правила поведінки працівника суду, затвердженні рішенням Ради суддів України № 33 від 6 лютого 2009 р. URL: https://court.gov.ua/userfiles/PravPovPracSudu.pdf.

25. Правила поведінки працівника суду та Коментар. Підготовлено в рамках співпраці Проєкту Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) «Україна: верховенство права» з Державною судовою адміністрацією України та Радою суддів України. URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2018/05/Rules-of-Conduct-for-Court-Staff.pdf.pdf.

It is natural when citizens lose confidence in their judicial system and consider it as corrupt or biased in other way. Given that, guarantee of a fair trial is a special task for a state which requires a comprehensive approach. One of the fundamental areas of it is ensuring the diligent conduct of each judge and employee of a judiciary.

The highest standards of morality and integrity for judges and other judiciary representatives are proclaimed mandatory in absolutely all traditional legal systems and in all major religions in the world.

Ethical requirements for judges in different countries stem from international and national documents. Particular attention should be paid to the international standards enshrined in the Bangalore Principles of Judicial Conduct, the European Charter on the Law on the Status of Judges, the General (Universal) Charter of Judges etc. These standards provide key values and guidelines for establishing of ethical conduct standards for judges in every country.

Regarding the peculiarities of judges ethics regulation in Ukraine, it should be noted that the standards of Ukrainian judges conduct follow from the constitutional principles, rules of national law and provisions of international acts. These standards are enshrined in the Code of Judicial Ethics. The National Code of Judicial Ethics consists of a preamble, three sections and twenty articles that regulate the conduct of a judge within administration of justice and the judge conduct outside of a court.

It is important to note that the reputation of the judiciary depends not only on the behavior of the judges, but also on the behavior of other representatives of the judiciary, in particular civil servants within the judiciary (court staff). Standards for the appropriate conduct of court staff are based on personal, professional and organizational ethics and aimed at sustaining of the authority, independence and efficiency of the judiciary and increase of public confidence in the court. These standards are enshrined both internationally and within national legal systems.

In Ukraine the standards of court staff conduct (civil servants by their legal status) are set out in the Constitution of Ukraine, the Civil Service Law, the General Rules of Ethical Conduct for Civil Servants and Officials of Local Self-Government, and the Rules of Conduct for the Court Employee.

Given that the judiciary is a powerful stronghold of the rule of law, it is important for every society and the state to guarantee fair trial by ensuring the proper conduct of the judiciary (judges and court staff).

Key words: judicial ethics, Code of Judicial Ethics, Rules of Conduct for Court Employee, judge lifestyle monitoring, international standards.

УДК 342.95:656.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.59

Олена Банчук-Петросова,
канд. наук з держ. упр.,
доцент кафедри державного управління і права
Київського національного університету культури

ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНИХ АВІАЦІЙНИХ ПЕРЕВЕЗЕНЬ ПАСАЖИРІВ ТА ШЛЯХИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА

У статті досліджено проблеми регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів та шляхи удосконалення законодавства. Зокрема, встановлено, що нині негайного розгляду і вирішення потребують проблеми недосконалості нормативно-правового регулювання механізму забезпечення безпеки польотів, а також невідповідності інформаційного забезпечення безпеки польотів сучасним умовам, що ускладнює своєчасне прийняття рішень для запобігання надзвичайним ситуаціям.

З метою удосконалення захисту прав пасажирів та екіпажів повітряних суден вітчизняних авіаційних компаній запропоновано внести відповідні зміни до Кримінального кодексу України. Зокрема, запропоновано доповнити норми цього кодексу ст. 416-1, виклавши її у такій редакції: «невиконання або неналежне виконання уповноваженими органами чи посадовими особами своїх професійних обов'язків у сфері забезпечення безпеки пасажирів та персоналу повітряного судна, що спричинило тяжкі наслідки, – карається позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років».

Наголошується на необхідності якнайшвидшого ухвалення проєкту Авіаційної транспортної стратегії на період до 2030 року, згідно з положеннями якої «шляхами розв'язання існуючих проблем у сфері безпеки авіаційного транспорту є реалізація державної політики в сфері авіаційної безпеки з урахуванням Державної програми авіаційної безпеки цивільної авіації, затвердженої Законом України від 21 березня 2017 р. № 1965-VIII, забезпечення нагляду за станом її реалізації суб'єктами авіаційної діяльності відповідно до додатка 17 до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію, а також утворення єдиного центру збору та аналізу подій в цивільній авіації для прийняття оптимального рішення у разі інциденту чи акту незаконного втручання». З огляду на зазначене, національне законодавство України, що забезпечує нормативно-правове регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів наразі все ще потребує удосконалення.

Ключові слова: проблеми регулювання, міжнародні авіаційні перевезення пасажирів, безпека пасажирів, безпека авіаційного персоналу повітряних суден, національне законодавство.

Постановка проблеми. Світова система транспорту немислима без авіації. Нині спостерігається позитивна динаміка авіаційних перевезень, а роль авіації у світовому масштабі складно переоцінити.

Значний потенціал розвитку авіаційного ринку сьогодні має й наша держава. Ринок пасажирських авіаперевезень має найшвидші з-поміж всіх видів транспорту України темпи зростання. Такі перспективи зумовлені насамперед значним відкладеним попитом на авіаперевезення, а також сприятливим географічним розташуванням для розвитку транзитних перевезень.

Сьогодні, коли наша країна перебуває в умовах масштабного реформування, є усі шанси для створення повноцінного конкурентоспроможного авіаційного ринку та розвитку в Україні європейського логістичного вузла.

Однак на шляху до даної мети натепер стоїть чимало перешкод, усунення яких потребує відповідних наукових напрацювань. Це зумовлює актуальність дослідження.

Одним із аспектів нормативно-правового регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів є безпека пасажирів, авіаційного персоналу та персоналу, який задіяний в авіаційній діяльності, повітряних суден.

Нині в законодавстві України наявні нормативно-правові акти, покликані забезпечувати безпеку використання повітряних суден в Україні, а також пасажирів, авіаційного персоналу та персоналу, який задіяний в авіаційній діяльності. Проте, попри нормативно-правове регулювання даного питання, існує чимало проблем щодо забезпечення безпеки використання повітряних суден, які потребують негайного розгляду і вирішення. Серед них – недосконалість нормативно-правового регулювання механізму забезпечення безпеки польотів, а також невідповідність інформаційного забезпечення безпеки польотів сучасним умовам, що ускладнює

© О. Банчук-Петросова, 2020

своєчасне прийняття рішень для запобігання надзвичайним ситуаціям.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правового регулювання міжнародних пасажирських авіаперевезень неодноразово привертало увагу науковців. Зокрема, окремі аспекти цієї теми вивчали: О. П. Радчук, Д. Ю. Маркуш, І. В. Островська, О. А. Радченко, Н. В. Моісеєва та ін.

Однак, попри внесок вітчизняних науковців у розробку цієї теми, маловивченими залишаються окремі проблеми правового регулювання міжнародних перевезень пасажирів авіаційним транспортом. Зокрема, поза увагою науковців залишається питання удосконалення вітчизняного законодавства, що забезпечує нормативно-правове регулювання міжнародних пасажирських авіаперевезень, які здійснюються вітчизняними авіакомпаніями. Це, своєю чергою, зумовлює потребу відповідних наукових напрацювань.

Мета статті – на основі аналізу результатів загальнотеоретичних та галузевих досліджень, нормативно-правової бази з теми дослідження визначити проблеми регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів та шляхи удосконалення законодавства.

Виклад основного матеріалу. Практика діяльності українських та іноземних авіаперевізників свідчить про те, що авіація є сучасним безпечним та затребуваним способом пасажирських перевезень. Загалом розвиток національного регулювання перевезень авіаційним транспортом відповідає міжнародному законодавству, а також сприяє збільшенню кількості таких перевезень [11, с. 150].

Так, зокрема, за січень-лютий 2018 року кількість пасажирських перевезень авіакомпаніями України зросла порівняно з відповідним періодом минулого року на 8,8% та становила 1 344,4 тис. осіб, у т. ч. міжнародні – на 8,3%, що становили 1 197,4 тис. осіб.

2016 рік відзначився відновленням ринку пасажирських перевезень після спаду у 2014–2015 рр. У результаті цього обсяги пасажирських перевезень вітчизняних авіакомпаній перевищили показник «докризового» 2013 року на 2,1%, а у 2017 році – вже на 30,1%.

Протягом 2017 року пасажирські перевезення здійснювали 18 вітчизняних авіакомпаній. Згідно зі статистичних даними за 2017 рік, 93% загальних обсягів пасажирських перевезень було здійснено п'ятьма провідними авіаперевізниками. Крім авіакомпанії «Міжнародні авіалінії України», лідерство зберігається за такими компаніями, як «Роза вітрів», «Азур Ейр Україна», «Атласджет Україна» та «Браво» [8]. При цьому авіакомпанією «Роза вітрів» було досягнуто зростання обсягів пасажирських перевезень порівняно з попереднім 2016 роком в 2,5 рази, авіакомпанями «Атласджет Україна» – на 73,8%, «Браво» – на 49,9%, «Азур Ейр Україна» – на 17,2% та «Міжнародні авіалінії України» – на 16,5% [8].

Найбільший темп приросту кількості перевезених пасажирів вітчизняними авіакомпаніями спостерігався в такому сегменті ринку авіаперевезень, як міжнародні польоти на нерегулярній основі: 49,2% за звітний рік, 15 українських авіакомпаній перевезли 3 777,0 тис. пасажирів. При цьому 85% таких перевезень було здійснено чотирма авіакомпаніями, такими як «Роза вітрів», «Міжнародні авіалінії України», «Азур Ейр Україна», «Браво» [6, с.24].

За прогнозами, до 2030 року пасажиропотік через аеропорти України зросте в 4,3 рази проти показника 2017 року – до 71,2 млн. із 16,5 млн. осіб [7].

Однак нещодавня трагічна подія – авіакатастрофа боїнгу 737[1] – дає підстави стверджувати, що, на жаль, у сфері міжнародних повітряних пасажирських перевезень, що здійснюються українськими авіакомпаніями, не все так бездоганно.

На нашу думку, цієї трагедії можна було б уникнути, якби не такі дві основні проблеми, як недосконалість нормативно-правового регулювання механізму забезпечення безпеки польотів, а також невідповідність інформаційного забезпечення безпеки польотів сучасним умовам, що ускладнює своєчасне прийняття рішень для запобігання надзвичайним ситуаціям. Обґрунтування цих припущень таке.

Як відомо, джерелами правового регулювання міжнародних перевезень, порівняно з внутрішніми, є не лише міжнародно-правові акти, а й національне законодавство [5, с. 389] окремих країн. Українське законодавство у цій сфері потребує перегляду з огляду на низьку ефективність законодавчих положень.

Так, 21 березня 2017 року була прийнята Державна програма авіаційної безпеки цивільної авіації (далі – Програма) [9], роз-

[1] Boeing 737 авіакомпанії «Міжнародні авіалінії України» розбився незабаром після вильоту з аеропорту Імама Хомейні в Тегерані 8 січня 2020 року. Літак регулярного рейсу PS 752 Тегеран–Київ мав прибути до Міжнародного аеропорту «Бориспіль». 11 січня Іран визнав, що випадково збив український літак ракетою. До того про причетність до авіакатастрофи іранських військових заявляли прем'єр-міністри Великобританії, Канади та Австралії, а також американські ЗМІ з посиланням на Пентагон.

роблена відповідно до стандартів та рекомендованої практики Конвенції про міжнародну цивільну авіацію (Чикаго, 7 грудня 1944 року) та зобов'язань, що випливають з участі України у Конвенції про злочини та деякі інші акти, що вчинюються на борту повітряних суден (Токіо, 14 вересня 1963 року), Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден (Гаага, 16 грудня 1970 року), Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації (Монреаль, 23 вересня 1971 року), з Протоколу про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію (Монреаль, 24 лютого 1988 року), Конвенції про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення (Монреаль, 1 березня 1991 року), Додатка 17 до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію «Безпека. Захист міжнародної цивільної авіації від актів незаконного втручання», Керівництва з авіаційної безпеки (Doc 8973), а також інших міжнародних актів та актів законодавства України. Тобто, Державна програма авіаційної безпеки цивільної авіації розроблена відповідно до міжнародних стандартів.

Однак вітчизняний механізм її реалізації є недосконалим та недієвим. Зокрема, метою цієї Програми є розподіл обов'язків, встановлення правил впровадження та здійснення заходів забезпечення авіаційної безпеки пасажирів, авіаційного персоналу та персоналу, який задіяний в авіаційній діяльності, повітряних суден, майна, яке перевозиться повітряними суднами, об'єктів суб'єктів авіаційної діяльності незалежно від форми власності та підпорядкування.

Відповідно до положень Розділу 5 Програми [9], уповноваженим органом у сфері авіаційної безпеки цивільної авіації є центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику в галузі цивільної авіації (далі – уповноважений орган з питань цивільної авіації). Звідси випливає, що саме до повноважень цього органу належить розроблення, впровадження та забезпечення виконання Державної програми авіаційної безпеки цивільної авіації, зокрема, й у частині забезпечення авіаційної безпеки цивільної авіації України.

Відповідний обов'язок щодо забезпечення авіаційної безпеки опосередковано на органи державної влади покладається й Розділом 10 Правил повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу, де зазначається, що «авіаперевізник має право відмовити в перевезенні на будь-якому етапі повітряного перевезення, анулювати бронювання або зняти пасажира з борту повітряного судна:

- у зв'язку з необхідністю виконання вимог законодавства країни місця відправлення, місця прибуття або транзиту;
- на вимогу уповноважених органів державної влади України» [10].

Проте, за словами президента компанії «Міжнародних авіаліній України», на момент вильоту літака із аеропорту «Бориспіль» жодної інформації про можливі загрози в авіакомпанії не було, як і під час виконання рейсу з аеропорту Тегерана [12]. Тоді як закордонні міжнародні авіакомпанії почали перенаправляти рейси з повітряного простору Ірану після того, як країна запустила кілька ракет по американській військовій базі «Аін Аль-Асад» на заході Іраку [1].

З огляду на вказане, дещо дискусійною видається ситуація щодо повного перекладання відповідальності за катастрофу українського Boeing 737 на владу Ірану. Маємо на увазі схвалену Верховною Радою України заяву, якою «українські парламентарі поклали повну відповідальність за катастрофу українського Boeing 737 на владу Ірану» [3]. І хоча український парламент закликав Міжнародну організацію цивільної авіації (далі – ІКАО) вжити заходів щодо своєчасної оцінки ризиків польотів цивільної авіації задля запобігання подібним трагедіям у майбутньому, а також звернувся до міжнародних партнерів з пропозицією спільно розробити для цього дієві політичні й технічні механізми, що, безперечно, є вагомим кроком уперед на шляху до вирішення проблеми забезпечення авіаційної безпеки пасажирів, авіаційного персоналу та персоналу, який задіяний в авіаційній діяльності, повітряних суден, у діяльності уповноважених органів та осіб у сфері авіаційної безпеки вітчизняної цивільної авіації присутня недбалість, що призвела до численних людських жертв.

Однак це поки лише наші припущення. Слід зазначити, що факт повідомлення/не повідомлення такої інформації уповноваженим особам Міжнародних авіаліній України з боку органів державної влади України має бути предметом відповідних розслідувань. У разі ж встановлення факту такого роду службової недбалості винних осіб має бути притягнуто до кримінальної відповідальності. З цією метою доцільно було б внести відповідні зміни до Кримінального кодексу України. Зокрема, пропонуємо доповнити норми цього кодексу ст. 416-1, виклавши її у такій редакції: «невиконання або неналежне виконання уповноваженими органами чи посадовими особами своїх професійних

обов'язків у сфері забезпечення безпеки пасажирів та персоналу повітряного судна, що спричинило тяжкі наслідки, – карається позбавленням волі на строк від п'яти до п'ятнадцяти років». На нашу думку, запровадження кримінальної відповідальності у цій сфері буде дієвим стимулом та допоможе у майбутньому запобігти трагічним подіям, подібним до авіакатастрофи боїнгу 737.

Крім того, якнайшвидшого ухвалення потребує проєкт Авіаційної транспортної стратегії на період до 2030 року, згідно з положеннями якої «шляхами розв'язання існуючих проблем у сфері безпеки авіаційного транспорту є:

- реалізація державної політики в сфері авіаційної безпеки з урахуванням Державної програми авіаційної безпеки цивільної авіації, затвердженої Законом України від 21 березня 2017 р. № 1965-VIII, забезпечення нагляду за станом її реалізації суб'єктами авіаційної діяльності відповідно до додатка 17 до Конвенції про міжнародну цивільну авіацію;

- утворення єдиного центру збору та аналізу подій в цивільній авіації для прийняття оптимального рішення у разі інциденту чи акту незаконного втручання» [2].

На нашу думку, такі заходи допоможуть значно покращити ситуацію стосовно забезпечення безпеки польотів, що сприятиме більш ефективному захисту прав пасажирів міжнародних авіаційних перевезень, здійснюваних вітчизняними авіакомпаніями, а також персоналу таких повітряних суден.

Висновки

Загалом, підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновок, що національне законодавство України, що забезпечує нормативно-правове регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів наразі все ще потребує удосконалення. Зокрема, вирішення на законодавчому рівні потребують проблеми недосконалості нормативно-правового регулювання механізму забезпечення безпеки польотів, а також невідповідності інформаційного забезпечення безпеки польотів сучасним умовам, що ускладнює своєчасне прийняття рішень для запобігання надзвичайним ситуаціям.

Необхідно насамперед утворити єдиний центр збору та аналізу подій в цивільній авіації, що дасть змогу приймати оптимальне рішення у разі інциденту чи акту незаконного втручання.

Крім того, доцільно встановити відповідальність за невиконання або неналежне виконання уповноваженими органами чи посадовими особами своїх професійних обов'язків у сфері забезпечення безпеки пасажирів та персоналу повітряного судна.

До того ж на часі ухвалення Авіаційної транспортної стратегії. Тим паче з огляду на те, що нині вже існує досить вдала редакція проєкту Авіаційної транспортної стратегії до 2030 року.

Насамкінець, слід зауважити, що проблеми регулювання міжнародних авіаційних перевезень пасажирів потребують подальшого наукового дослідження щодо пошуку шляхів удосконалення національного законодавства у цій сфері з метою покращення захисту прав пасажирів та авіаційного персоналу повітряного судна.

Список використаних джерел:

1. Авіакомпанії перенаправляють рейси з повітряного простору Ірану. URL: https://espreso.tv/news/2020/01/08/aviakompaniyi_perenapravlyayut_reysy_z_povitryanogo_prostoru_iranu (дата звернення: 26.01.2020).

2. Авіаційна транспортна стратегія на період до 2030 року : проєкт. URL: www.mtu.gov.ua (дата звернення: 26.01.2020).

3. Верховна Рада схвалила заяву щодо відповідальності Ірану за збиття літака МАУ. URL: https://zaxid.net/verhovna_rada_poklala_povnu_vidpovidalnist_za_katastrofu_ukrayinskogo_boeing_737_na_iran_n1495997 (дата звернення: 26.01.2020).

4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 26.01.2020).

5. Маркуш Д. Ю. Особливості сучасного міжнародно-правового регулювання повітряних перевезень вантажів. *Порівняльно-аналітичне право.* 2017. № 5. С. 389-391.

6. Островська І. В., Радченко О. А., Моісеєва Н. В. Проблеми та напрями розвитку ринку авіаційних перевезень України. Економіка та управлінням національним господарством. 2018. № 4. С. 21-26.

7. Офіційний сайт Міністерства інфраструктури України. URL: http://www.mtu.gov.ua/ (дата звернення: 26.01.2020).

8. Підсумки діяльності авіаційної галузі України за 2017 рік. URL: URL: http://www.avia.gov.ua/ (дата звернення: 26.01.2020).

9. Про Державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації : Закон України від 21.03.2017 № 1965-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1965-19 (дата звернення: 26.01.2020).

10. Про затвердження Авіаційних правил України «Правила повітряних перевезень та обслуговування пасажирів і багажу» : наказ Державної авіаційної служби України від 26.11.2018 № 1239. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0141-19 (дата звернення: 26.01.2020).

11. Радчук О. П. Міжнародно-правове регулювання авіаційних перевезень. *Форум права.* 2015. № 2. С. 144-151.

12. У «МАУ» пояснили, чому не скасували польоти в Іран до катастрофи. URL: https://zik.ua/news/2020/01/11/u_mau_ne_bulo_informatsii_pro_mozhlyvi_zahrozy_na_moment_vylotu_z_aeroporta_teheranu_prezydent_mau_954214 (дата звернення: 26.01.2020).

The article deals with the problems of regulation of international air transportation of passengers and ways of improving the legislation. In particular, it has been established that the problems of regulatory imperfection of the flight safety mechanism, as well as the inadequacy of the information security of the flight safety to the current conditions, which complicates timely decision making to prevent emergencies, currently require immediate consideration and resolution.

In order to improve the protection of the rights of passengers and crews of aircrafts of domestic airlines, it is proposed to amend the Criminal Code of Ukraine accordingly. In particular, it is proposed to supplement the provisions of Article 416-1 of this Code to have the following version: "Failure to perform or improper performance by the authorities or officials of their professional duties to ensure safety of passengers and aircraft personnel which have caused grave consequences shall be punishable by imprisonment for a term of five to fifteen years."

The need for the early adoption of the draft Aviation Transport Strategy for the period until 2030 is emphasized, according to the provisions of which "the ways of solving existing problems in the field of aviation safety are the implementation of the state aviation security policy, taking into account the State Aviation Security Program for Civil Aviation, approved by Law of Ukraine No. 1965-VIII dated March 21, 2017, ensuring oversight of its implementation by air entities in accordance with Annex 17 to the Convention on International Civil Aviation, as well as the creation of a single center for the collection and analysis of events in civil aviation to make the best decision in the event of an incident or act of unlawful interference." The national legislation of Ukraine that provides for the regulation of international air passenger transportation still needs to be improved. In particular, the problems of imperfection of the regulatory framework of the flight safety mechanism, as well as the inadequacy of the information security of the flight safety to modern conditions, which complicates timely decision-making to prevent emergencies, require solutions at the legislative level.

Key words: regulatory issues, international passenger air transportation, passenger safety, aircraft personnel safety, national legislation.

УДК 341.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.60

Катерина Буряк,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри європейського та міжнародного права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ОСОБЛИВОСТІ АНТИКОРУПЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Статтю присвячено дослідженню основних корупційних факторів країн ЄС. З'ясовано, що країни ЄС дуже відрізняються як за станом корупції, так і за методами боротьби з нею, основною проблемою корупції у країнах ЄС є: різнорідність законодавства, що регулює відносини у цій сфері, яке, як правило, зумовлене національними традиціями та історією; наявність високого рівня зобов'язуючого соціального капіталу у південних католицьких країнах; пошук нелегальних джерел фінансування політичних партій, що призвів до зростання корупційного складника лобі; зміна в міжнародному економічному середовищі; зменшення ролі держави та державного сектора внаслідок приватизації. Визначено: ефективність антикорупційних механізмів боротьби з корупцією, яка залежить, передусім, від системності, обґрунтованості та прозорості базових положень; специфіку антикорупційної діяльності у країнах ЄС; моделі антикорупційних інституцій, які відрізняються за формою, функціями і завданнями та мають певні національні ознаки (багатоцільові органи, спеціалізовані служби, управління, інституції із запобігання корупції). Проаналізовано позитивний досвід антикорупційної діяльності Данії, Фінляндії, Франції, Естонії, Норвегії, Болгарії, Хорватії, Словаччини, Румунії. З'ясовано, що основними корупційними факторами країн ЄС є розширення можливостей для відмивання грошей внаслідок зростання свободи руху товарів, капіталу та робочої сили; ускладнення регулювання та контролю через їх багаторівневість; збільшення ресурсної бази корупції внаслідок акумуляції ресурсів у рамках різноманітних фондів; розширення дискреційних повноважень внаслідок зростання бюрократичного апарату та розширення повноважень ЄС. Теоретично обґрунтовано, що: корупція у країнах ЄС сприймається як серйозна проблема національної безпеки і розглядається як внутрішня та зовнішня загроза; успіх боротьби з корупцією у країнах ЄС залежить не стільки від наявності чи відсутності в державі антикорупційної інфраструктури, скільки від економічних, історичних, культурних та багатьох інших факторів, що лежать зазвичай за межами правового поля.

Ключові слова: корупційні фактори, правова політика, механізми протидії корупції, внутрішня та зовнішня загроза, антикорупційна стратегія, моделі антикорупційних інституцій, превентивні заходи.

Постановка проблеми. Нині одним з основних питань порядку денного світової спільноти є формування глобальної антикорупційної стратегії, поєднання зусиль всіх міжнародних факторів на глобальному, регіональному і локальному рівнях [1, с. 184]. Перед набуттям членства в Європейському Союзі будь-яка держава бере на себе зобов'язання здійснити гармонізацію національного антикорупційного законодавства з правом ЄС. Країни ЄС дуже відрізняються як за станом корупції, так і за методами боротьби з нею. Масштаб проблеми у всіх країнах Євросоюзу «вражає уяву»: корупція обходиться економіці ЄС щорічно в 120 млрд. Корупція у країнах-членах ЄС зумовлюється, по-перше, історичною спадковістю радянського режиму, який характеризувався заміщенням державою громадянського суспільства та ринку, що призвело до проблеми вакууму інститутів на момент початку трансформаційних процесів, та, по-друге, особливостями власне перехідних процесів.

Світовий досвід формування та реалізації антикорупційної політики показує, що ефективність будь-яких антикорупційних механізмів залежить, передусім, від системності, обґрунтованості та прозорості базових положень. Зважаючи на це, основна проблема корупції у країнах ЄС – різнорідність законодавства, що регулює відносини у цій сфері, яке, як правило, зумовлене національними традиціями та історією. V. Pujas та M. Rhodes поділяють країни ЄС за рівнем корупції на 3 групи: «корупційний Південь» (південні католицькі країни) – Італія, Іспанія, Греція, Бельгія, Португалія, Франція та ін.; «Чиста

© К. Буряк, 2020

Північ» (північні протестантські країни) – Данія, Швеція, Нідерланди, Фінляндія та ін.; країни, що знаходяться за рівнем корупції між двома попередніми групами, – Велика Британія, Німеччина, Австрія, Люксембург, Ірландія та ін. [2].

У пункті 8 Рекомендацій щодо міжнародного співробітництва у галузі запобігання злочинності та кримінального правосуддя, прийнятих Резолюцією 45/107 Генеральної Асамблеї ООН на 68-му пленарному засіданні, йдеться про те, що корупція серед державних службовців може звести нанівець потенційну ефективність усіх видів урядових програм, створити реальну загрозу для країн. А тому досить важливо, щоб усі держави проаналізували своє кримінальне законодавство, включаючи процесуальні норми, з метою дієвого реагування на всі види корупції та вжиття відповідних заходів щодо запобігання їй; розробили регулятивні механізми для запобігання корупції або зловживання владою; встановили процедури виявлення, розслідування та притягнення до відповідальності корумпованих службових осіб; розробили правові положення щодо конфіскації майна, набутого корупційним шляхом.

Також, як показує світовий досвід, там, де зусилля влади щодо боротьби з корупцією не дають очікуваного результату, як правило, відсутній один складник цієї боротьби – участь у ній громадянського суспільства. Країни, де громадянське суспільство перебуває на високому рівні розвитку, захищені від корупційних проявів (в тому числі від політичної і державної корупції), і будь-яка корупційна поведінка вважається неприйнятною у всіх відносинах [1, с. 184].

Стан дослідження. Практика тих країн, які сформували на державному рівні ефективну антикорупційну модель і тим самим створили передумови для успішного економічного зростання, викликає постійний інтерес у науковців і політиків. Так, окремі аспекти проблеми корупції країн ЄС у своїх працях досліджували І. Сікора, Є. Невмержицький, О. Новікова, А. Сафоненко, С. Телешун, Ю. Таран, О. Рудик, Є. Перегуда, І. Рейтерович, В. Щербань та інші. Проблеми корупції в державах перехідного типу, у тому числі пострадянського простору, розглядали зарубіжні правознавці, серед яких – Д. Дела Порта, А. Ванучі, В. Пуяс, К. Уоллес, К. Херфер, К. Педерсен, Л. Йохансен, М. Родес, Р. Хислоп та інші, проте питання, пов'язані з особливостями досвіду боротьби з корупцією в ЄС в контексті запровадження відповідних практик в Україні, залишаються не досить дослідженими.

Метою статті є з'ясування основних причин корупції в країнах ЄС, визначення специфіки їхньої антикорупційної діяльності, аналіз позитивного досвіду в частині, що стосується ефективних механізмів боротьби з корупцією.

Виклад основного матеріалу. Антикорупційне законодавство у більшості країн досить нове, окремі положення у країнах Євросоюзу закріплені на конституційному рівні, інші – в законодавчих актах, що свідчить про різноманітні підходи держав до реалізації вказаного механізму. Одним із найважливіших і найзмістовніших договорів у сфері запобігання корупції є Конвенція ООН проти корупції від 31 жовтня 2003 року. Н. Задирака та Р. Кабанець наголошують, що важливість Конвенції ООН проти корупції полягає у створенні теоретичної основи для адаптації національного законодавства та визначенні фундаментальних засад антикорупційної політики держав-учасниць цього міжнародного договору [3, с. 28]. Так, норми Конвенції ООН проти корупції передбачають створення профільної інституції – спеціального органу (органів), діяльність якого спрямовується на запобігання й протидію корупції, на залучення до співпраці представників громадського суспільства під час здійснення заходів, спрямованих на запобігання та протидію корупції, на розробку кодексів поведінки службових осіб і зміцнення незалежності судової влади, на закріплення кримінальної відповідальності за корупційні правопорушення та окреслення корупційних злочинів, на встановлення відповідальності юридичних осіб.

Зазначимо, що серед вітчизняних правознавців існує два протилежні погляди щодо застосування того чи іншого методу боротьби з корупцією. Прихильники першої позиції стверджують, що боротися з корупцією необхідно насамперед через втілення в життя економічних і соціальних реформ, тобто створити умови, за яких особи, які є потенційними корупціонерами, стримуються від учинення діянь через те, що вони більш зацікавлені не вчиняти протиправне діяння, ніж вчиняти його, оскільки розмір благ, які вони можуть отримати, є значно меншим, ніж те, що вони отримують від держави за виконання покладених на них завдань. Прихильники другої позиції схиляються до необхідності здійснення суворого контролю та застосування жорстких методів покарання за корупційні дії [4, с. 26, 30].

Б. В. Романюк зазначає, що у країнах ЄС нині існує декілька моделей антикорупційних інституцій, які відрізняються за формою,

функціями і завданнями, мають певні національні ознаки й особливості:

– багатоцільові органи, які мають повноваження правоохоронних органів, а також здійснюють превентивні функції;

– спеціалізовані служби, управління та/або відділи з боротьби проти корупції у системі правоохоронних органів;

– інституції із запобігання корупції, розроблення відповідної політики і координації [5, с. 11].

Основні корупційні фактори країн ЄС – розширення можливостей для відмивання грошей внаслідок зростання свободи руху товарів, капіталу та робочої сили; ускладнення регулювання та контролю через їх багаторівневість; збільшення ресурсної бази корупції внаслідок акумуляції ресурсів у рамках різноманітних фондів; розширення дискреційних повноважень внаслідок зростання бюрократичного апарату та розширення повноважень ЄС. Окрім того, на думку зарубіжних правознавців, один з основних каналів корупції країн ЄС – фінансування партій, виборчих кампаній партій та окремих політиків [6, с. 54].

А. М. Копистира до основних причин корупції в країнах ЄС відносить:

– наявність високого рівня зобов'язуючого соціального капіталу у південних католицьких країнах, який зумовив наявність інтегрованих стимулів для підтримання фаворитизму, непотизму, покровительства та клієнтелізму, що завадило розвинути систему контролю і розподілу влади в умовах політизації державного управління;

– пошук нелегальних джерел фінансування політичних партій, що призвів до зростання корупційного складника лобі;

– зміни в міжнародному економічному середовищі (зміна характеру та розташування виробництва, поява нових послуг, інтернаціоналізація торгівлі та глобалізація фінансових ринків);

– зменшення ролі держави та державного сектора внаслідок приватизації [7].

Як ми зазначали, країни ЄС дуже відрізняються як за станом корупції, так і за методами боротьби з нею. Останніми роками щорічний рейтинг як одна з найменш корумпованих країн очолює Данія. Їй притаманна інформаційна прозорість діяльності державних структур і свобода доступу преси до документів, на яких ці рішення ґрунтуються. Тут немає спеціалізованого органу, який очолює діяльність щодо протидії корупції, лише запроваджено ключові державні та приватні антикорупційні ініціативи, пов'язані з веденням бізнесу, який контролюють громадські організації [8, с. 305-306]. Антикорупційну діяльність у Данії спрямовано на превентивні заходи. Зокрема, Данське агентство міжнародного розвитку Danida, що реалізує програми розвитку та передбачає надання безвідсоткових позик для фінансування проектів, розвиває політику абсолютної нетерпимості в межах компанії та під час співпраці із зовнішніми партнерами. Усі контракти Danida містять антикорупційні положення, що стосуються всіх умов контракту, тобто компанії повинні підписувати декларацію про заборону хабарництва як прояву корупції. Порушення відповідного положення призводить до розірвання контракту й відмови від подальшого партнерства [9, с. 233-246].

Згідно з відомостями Міжнародної неурядової організації з боротьби з корупцією «Трансперенсі Інтернешнл», однією із найменш корумпованих країн є і Фінляндія, яка є учасником усіх нормативно-розпорядчих документів Євросоюзу з питань боротьби з корупцією [10]. У цій країні відсутні як спеціальна стратегія щодо протидії політичній корупції, так і спеціальні антикорупційні закони. Натомість у Фінляндії діють запобіжні антикорупційні норми, закріплені у низці правових актів. Відсутні тут і спеціальні антикорупційні органи, їхню роль виконують Канцлер юстиції та Парламентський Омбудсмен. Незважаючи на відсутність спеціальних антикорупційних органів та законів, низку доволі непрозорих норм у законодавстві, які провокують ризик виникнення корупції, загальні принципи відкритості, транспарентності й гласності державного управління вважаються головними в діяльності публічних служб у Фінляндії [11]. Характерною особливістю протидії корупції у Фінляндії є формування високого рівня правової культури і правосвідомості громадян, який не дозволяє на моральному рівні давати і брати хабарі, відповідно, корупційні відносини є неприйнятними для вирішення будь-яких питань.

Франція також є однією з найменш корумпованих країн, якій притаманна превентивна модель. Зазначимо, що Франція – країна з глибокою традицією щодо протидії політичній корупції в державному управлінні. Сучасна історія Франції, як і інших країн Західної Європи, свідчить про низку гучних корупційних скандалів у сфері політики. Так, наприкінці 1980-х – на початку 1990-х рр. у країні розгорілася серія скандалів з приводу незаконного фінансування політичних партій і передвиборчих кампаній. Окремим політичним лідерам було пред'явлено обвинувачення. Найвідомішою є справа колишнього президента Жака Ширака, якого звинувачували в отриманні хабарів і незаконному

фінансуванні своєї партії під час перебування на посаді мера Парижа в 1977–1995 рр., проте зазначені обвинувачення не мали продовження в суді у зв'язку з конституційним імунітетом президента [12].

Сучасна правова політика Франції спрямована на боротьбу з посадовими злочинами державних чиновників, які безпосередньо приймають політичні рішення, а також протидію незаконній діяльності політичних партій, які використовують незаконні методи фінансування і проведення виборчих кампаній. Проте антикорупційне французьке законодавство акцентує увагу в основному на адміністративних, а не кримінальних заходах покарання. При цьому ставиться головна мета – запобігання «неправомірному поєднанню особистих фінансових інтересів і виконання посадових функцій державного службовця» [13].

Відсутні спеціальні антикорупційні органи і в Естонії, проте вона, на думку данських правознавців Ларс Йоханнсена та Карін Хілмер Педерсена, є одним із найуспішніших прикладів боротьби з корупцією, оскільки в цій країні політична воля політиків – викорінити хабарництво. Прихід до влади молоді повністю зруйнував радянські корумповані мережі, а швидке відновлення економіки дозволило дати держслужбовцям високі зарплати [14].

Що стосується Норвегії, то у цій країні боротьбою з корупцією займаються два органи: спеціалізована поліція та спеціалізована прокуратура, до повноважень яких входять лише серйозні та важливі справи, все інше розслідує поліція.

У Болгарії антикорупційна реформа стала можливою завдяки тиску ЄС: місцевий антикорупційний орган отримав повноваження проводити розслідування, лише коли ЄС відмовило надавати фінансування.

У Хорватії з кінця 2001 року функціонує Офіс протидії корупції та організованій злочинності, корупція прирівнюється до тяжких злочинів. Також, у липні 2015 року створена Рада протидії корупції хорватського уряду, до якої, окрім згаданого Офісу, увійшли представники міністерств юстиції, закордонних і європейських справ, державного управління та економіки, Державного офісу управління державним майном, Верховного суду, Офісу неурядових організацій, інших державних агенцій та неурядових організацій. Проте, незважаючи на досягнення Хорватії у сфері боротьби з корупцією, проблемою все ще залишається адекватність покарань за корупційні дії (лише четверта частина судових рішень стали дійсними правовими покараннями за заподіяну шкоду в результаті вчинених корупційних дій).

Досить корисним і показовим з точки зору успіхів та невдач є досвід деяких нових членів Євросоюзу зі Східної Європи, які мали багато в чому схожі з Україною проблеми, проте спромоглися створити в цілому ефективні механізми протидії корупції в системі державного управління. Так, на початку 2000-х рр. корупція стала серйозною проблемою для демократичного розвитку Словаччини. До сфер із найвищим рівнем корупції належали судова система, міністерства й інші органи центрального державного апарату. Основними заходами боротьби з корупцією стали: постійне надання інформації про власність високопосадовців; законодавчі санкції за порушення фінансового законодавства політичних партій; створення умов для прозорого фінансування політичних партій з державного бюджету; постійний нагляд за фінансуванням політичних партій, особливо шляхом прийняття ними зобов'язань оголошувати перелік отриманих подарунків і спонсорських пожертвувань; загальнодоступність регулярних звітів про фінансове становище усіх політичних партій; інформація про причини зловживання владою політиками або представниками державної адміністрації [15, с. 107].

Аналогічна ситуація простежується і в Румунії. Зокрема, Національна прокурорська служба з боротьби проти корупції постійно зазнавала критики за небажання розпочинати розслідування справ стосовно високопосадовців, викритих у корупції. Вказана служба не мала повноважень щодо розслідування справ проти корупції, якщо злочин був вчинений членом парламенту. Лише з 2006 року, початком дії Національного антикорупційного директорату (аналог українського НАБУ), процедура відбору і призначення Головного прокурора та слідчих стала прозорішою. На законодавчому рівні було вжито додаткових заходів щодо посилення незалежності прокурорів. Нині частка підтвердження обвинувачень Національного антикорупційного директорату в судах сягає 90 % [16].

Висновки

Як бачимо, успіх боротьби з корупцією у країнах ЄС залежить не стільки від наявності чи відсутності в державі антикорупційної інфраструктури, скільки від економічних, історичних, культурних та багатьох інших факторів, що лежать зазвичай за межами правового поля. У громадській свідомості образ високопосадовця ототожнюється з людиною, яка виконує важливі функції – проводить політику держави й обслуговує населення. Корупція сприймається урядами цих країн

як серйозна проблема національної безпеки. При цьому корупція розглядається як внутрішня та зовнішня загроза. Досить важливо, що зусилля щодо обмеження корупції в цих країнах, як правило, інституціолізовані і вражають своїми масштабами.

Список використаних джерел:

1. Суханов В. 10 лет конвенции ООН против коррупции: успехи и вызовы. *Миропорядок*. 2013. № 10. С. 181–184.

2. Pujas V., Rhodes M. Corruption and the ethics of administration in Western Europe. *Parliamentary affairs*. 1999. № 52 (4). P. 688–702.

3. Задирака Н., Кабанець Р. Світовий досвід запобігання та протидії корупції: до питання про інтеграцію законодавства України до права Європейського Союзу. *Віче*. 2014. № 10. С. 27–29.

4. Андрианов В. Опыт зарубежных стран по борьбе с коррупцией. *Общество и экономика*. 2011. № 1. С. 22–65.

5. Романюк Б.В. Світовий досвід створення та функціонування інституцій з попередження та боротьби з корупцією. *Науково-практичний журнал*. 2009. № 21. С. 9–16.

6. Money, politics, power: corruption risks in Europe. *Transparency International*. 2011. 61 p.

7. Копистира А.М. Причини корупції в країнах Європейського союзу. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2014. Вип. 119. Ч. 1. С. 118–123.

8. Бусол О.Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період : монографія. Київ : Ін Юре, 2014. 564 с.

9. Трепак В.М. Міжнародний досвід запровадження системи заходів антикорупційної спрямованості. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2015. № 2. С. 233–246.

10. Семынин А.С. Противодействие политической коррупции политико-правовыми средствами в государствах Евросоюза (опыт Финляндии и Эстонии) : дис. ... канд. юрид. наук: 23.00.02. Воронеж, 2009. 216 с.

11. The Finnish legal system edited by Jaakko Uotila. Helsinki: Finnish lawyers pub. Co., 2000. 254 p.

12. Тіньков А.Л. Особливості протидії політичній корупції в ЄС. URL: http://www.academy.gov.ua/ej/ej14/txts/Tinkov.pdf. (дата звернення: 20.12.2019).

13. Рубинский Ю. Франция: коррупция и борьба с ней. URL: www.ieras-library.ru/documenti/soveurope/2010/rubinskii.doc. (дата звернення: 20.12.2019).

14. Ларс Йохансен, Карін Хілмер Педерсен. Задля суспільного блага: боротьба з корупцією у нових державах-членах ЄС. URL: www.eurointegration.com.ua.articles (дата звернення: 19.12.2019).

15. Суворин Э.В. Коррупция в постсоциалистических странах: сущность, особенности, стратегии противодействия (политологический анализ) : дис. ... канд. полит. наук: 23.00.02. Москва, 2008. 255 с.

16. Спеціалізовані інституції з боротьби проти корупції: огляд моделей (організація економічного співробітництва і розвитку; мережа боротьби проти корупції для країн Східної Європи і Центральної Азії). URL: http://www.oecd.org/dataoecd/7/51/39972270.pdf. (дата звернення: 19.12.2019).

The article is devoted to the study of the main corruption factors in the EU. It is found that EU countries differ considerably from each other as the state of corruption and methods to combat it, the main problem of corruption in the EU are: the diversity of legislation regulating relations in this sphere, which, as a rule, due to national traditions and history; the presence of a high level binding social capital in the southern Catholic countries; a finding of illegal sources of financing of political parties, which led to growth of corruption component of the lobby; the change in the international economic environment; the decreasing role of the state and the public sector as a result of privatization. Defined: the effectiveness of anti-corruption mechanisms to fight corruption, which depends primarily on the consistency, reasonableness and transparency of underlying positions; the specifics of their anti-corruption activities; models of anti-corruption institutions, which differ in the shape, functions and tasks and have certain national characteristics (multi-purpose bodies, specialized services, management, institutions for prevention of corruption). Analyzed the positive experience of anti-corruption activities of Denmark, Finland, France, Estonia, Norway, Bulgaria, Croatia, Slovakia, Romania. It is found that the main corruption factors in the EU is the expansion of opportunities for money laundering due to the increase of freedom of movement of goods, capital and labor; the increasing complexity of regulation and control for their multi-level; increasing the resource base corruption as a result of the accumulation of resources in the various funds; the expansion of discretionary powers as a result of the growth of bureaucracy and empowerment of the EU. It is theoretically proved that: corruption in the EU is perceived as a serious national security issue and is considered as an internal and external threat; the success of the fight against corruption in the EU depends not only on the presence or absence of the state anti-corruption infrastructure, but from economic, historical, cultural and many other factors that are usually outside the legal field.

Key words: corruption factors, legal policy, anti-corruption mechanisms, internal and external threat, the anti-corruption strategy, models of anticorruption institutions, preventive measures.

УДК 343.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.61

Юлия Панфилова,
канд. юрид. наук, доцент,
директор Учебно-научного юридического института
Киевского международного университета

РАЗВИТИЕ ПРАВОВЫХ ЭЛЕМЕНТОВ ПИРАТСТВА КАК МЕЖДУНАРОДНОГО ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Научная статья посвящена одной из наиболее актуальных проблем современного международного морского права. Внимание к проблеме морского пиратства основано на её влиянии на такие сферы деятельности, как международная экономика и мореплавание, морское и международное право, вопросы безопасности, геополитика и международные отношения. Проблема пиратов ещё больше притягивает к себе внимание в попытках осознать данный феномен в контексте современного мирового развития, найти должное определение этой проблеме, а также выработать какие-то соответствующие механизмы её решения. Мировой океан многим служил человеку во все времена и очень трудно представить нашу жизнь и эволюцию без него. Море всегда являлось естественной коммуникационной системой, которая с разными формами доступности, но всё же соединяет все без исключения народы мира, где абсолютно все могут соприкасаться абсолютно со всеми. Море всегда принадлежало и доступно абсолютно всему человечеству. Конечно, с увеличением численности населения планеты и следующей из этого конкуренции между народами, а также развитием и усовершенствованием мировой торговли, логичны попытки упорядочить использование моря и его ресурсов, но всё же море всегда останется достоянием всех живущих на Земле. Но также как все народы получают пользу от открытости моря, они в той же степени и делят риски, связанные с его эксплуатацией, в том числе и такие, как морское пиратство. Оперируя в такой огромной коммуникационной системе связей всех со всеми, морское пиратство всегда было и есть проблемным субъектом отношений всех народов и наций, в силу чего исторически наделено политической и общественной природой и всегда занимало и будет занимать одно из важнейших мест в международных отношениях. Даная статья посвящена развитию правовых элементов пиратства как преступления по общему международному праву. Проводятся ограничения в квалификации этого вида преступления международного характера; связь правовой квалификации с реальной международной обстановкой; даётся оценка существующей международной правовой базе о пиратстве.

Ключевые слова: пиратство, международное преступление, международное право, Мировой океан, универсальная юрисдикция.

Постановка проблемы. В настоящее время существует ряд преступлений, которые посягают как на национальный, так и на международный правопорядок. Одним из таких преступлений является пиратство. На сегодняшний день эта проблема требует объединения усилий всего мирового сообщества. Пиратство является международным преступлением, обладающим высокой степенью общественной опасности; опасность данного вида преступления определяется его широким распространением, а также использованием Мирового океана в качестве международной политической арены. В связи с этим уместным будет рассмотрение развития правовых элементов пиратства как международного преступления.

Анализ публикаций. Учитывая изначальную трансграничность природы пиратства, его исследованию уделялось большое внимание в работах и отечественных и зарубежных юристов-международников, среди которых труды Г.А. Анцелевича, А.О. Балобанова, А.Ф. Высоцкого, В.Ф. Антипенко, Л.Н. Галенской, В.В. Демиденко, В.М. Прусса, Н.А. Зелинской, А.Л. Колодкина, Ю.С. Ромашева, Т.Р. Короткого, Л.А. Маджорян, А.Н. Шемякина.

Цель статьи – проанализировать развитие правовых элементов пиратства как преступления по общему международному праву.

Изложение основного материала. Правовой аспект морского пиратства представляется одним из основных факторов, определяющих политическое и геополитическое влияние пиратства на международную среду.

Одной из основополагающих концепций международного права, касающихся Мирового океана и его использования как в мирных, так и в других целях, является принцип открытого моря.

© Ю. Панфилова, 2020

Ощущение, что море принадлежит всем народам, было у человека всегда в силу естественной природы самого человека. Человеческий разум с трудом может себе представить, как можно владеть чем-то, что постоянно течёт, изменяется и находится в вечном движении. Невозможно владеть ветром, морем и т.д. Это где-то сродни религиозному ощущению, что человек не может быть властелином своей жизни, так как она тоже «течёт» и никогда не статична. Человек осознаёт свою беспомощность перед столь могущественной стихией, хотя нужно признать, что человек не бросает попыток эту беспомощность преодолеть. Единственной более или менее статичной материей можно считать Землю, на владение которой человек всю свою историю претендует. Суша – наша среда обитания, предопределяющая наше миропонимание: нам важно на чем-то твёрдом стоять как в физическом, так и ментальном плане. Наш «приземлённый» разум всегда ищет логические конструкции и объяснения, чтобы обеспечить себе такое «твёрдое стояние». «Владение» Землёй всегда было частью нашего инстинкта самосохранения.

Принято считать, что первым, кто придал ощущению свободного моря формы правовой концепции, в рамках зарождающейся современной системы международного права, был голландский юрист Гуго Гроций (1583–1645 гг.). В своём труде "Mare Liberum" («Свободное море») 1609 г. Гуго Гроций защищал право на свободное плавание торговых флотов разных государств без ограничений и доказывал безосновательность претензий исключительного использования моря господствующими на тот момент Испании, Португалии и Англии [4, с. 480]. Гуго Гроций доказывал, что так как океан очень большой и подвижный, он не может быть под контролем одной державы или быть под защитой одной державы против другой, как это может быть в случае с сушей. Соответственно, все государства могут иметь равноправный доступ к использованию мирового океана [2]. Данная мысль говорит о некой зависимости между силой и возможностью владеть чем-либо. Такую же зависимость можно проследить и в одном из первых законов, регулирующих пиратство как феномен международного значения: английский закон "An Act for the Punishment of Pirates and Robbers of the Sea" 1536 года подразумевал, что водами, где акты пиратства должны быть пресечены, являются «все полезные в навигационном отношении воды», но только «где адмиралтейство имеет или претендует на силу, власть или юрисдикцию» [1, с. 96].

Европейские страны в жёсткой конкуренции между собой старались занять лидирующие места в освоении отдалённых земель, и их желание закрепить свои претензии в некой форме права выглядит логичным. Время Гуго Гроция – это время Тридцатилетней войны (1608–1648 гг.), следствием которой стала зарождающаяся система международного права, которая создавалась с целью определить правила игры для всё большего количества участников в системе международных отношений.

Можно предположить, что средневековые правовые концепции в какой-то мере субъективны и направлены на достижение и/или защиту определённых интересов. Но факт остаётся фактом – отсутствие у одной или нескольких даже самых сильных наций достаточной силы для более или менее продолжительного контроля над морем обуславливает на данный момент его открытость.

В соответствии с принципом открытого моря как ни одна нация не может иметь исключительной юрисдикции на использование моря и Мировой океан считается достоянием всех использующих его народов, так и любые неправовые действия, случающиеся на море, такие как пиратство, не могут быть в юрисдикции какой-то одной страны. Юрисдикция на противодействие насильственным актам на море распространяется на все страны в равной степени. По сути, данная концепция позволяет внутренним муниципальным механизмам права выходить за рамки своих юрисдикций в открытом море. Это довольно-таки уникальная концепция, имеющая актуальность и сегодня. Оперируя в правовой системе открытого моря, пират ставит себя вне защиты какой-либо отдельной страны и справедливо считается врагом всего человечества (*hostis humani generis*). Соответственно, одно государство может в интересах всех принимать меры по предотвращению актов пиратства. Можно предположить, что такая юридическая концепция была одной из первых привлекающих всех игроков международной системы к решению одной, заботивших всех, проблемы.

Однако вплоть до первой половины XX века в определении правовых аспектов пиратства оставалось очень много неясностей. Основной сложностью отсутствия однозначного определения пиратства в системе международного права была невозможность урегулировать концепции пиратства во внутренних законодательствах разных стран с концепциями, которые обсуждались в рамках международного права. В 1926 году комитет Лиги Наций разработал проект конвенции по борьбе с пиратством, с помощью

которой были сделаны попытки устранить такие несоответствия. Наряду с положениями, касающимися природы пиратства, комитет сделал вывод, что следует выработать более чёткое определение пиратству, которое может быть адаптировано всеми государствами для пользы международного права.

В начале тридцатых годов прошлого века была создана так называемая "The Harvard Group", которая объединила усилия ведущих юристов и учёных под руководством профессора Стэнфордского университета Дж. Бингхэма для дальнейшей разработки принципов международного права в отношении пиратства и насилия на море. Проект конвенции, разработанный данной группой, получил название «Гарвардский проект» и заложил основные принципы определения пиратства и насилия на море на последующие годы. «Гарвардский проект» стал базисом для работы над Конвенцией по открытому морю 1958 года, которая в свою очередь повлияла на разработку Конвенции ООН по морскому праву 1982 года.

Все упомянутые конвенции согласны с определением открытого моря: все части моря, которые не входят ни в территориальное море, ни во внутренние воды какого-либо государства [7]. И также с тем, что акт пиратства должен иметь место в открытом море (исключая внутренние воды, находящиеся под юрисдикцией государств). Данный принцип отражен в тексте современной международной конвенции, регулирующей все отношения, в том числе и пиратство на море, – Конвенции ООН по морскому праву 1982 (UNCLOS) [6].

В 1988 году в Риме была принята еще одна конвенция – Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (Римская конвенция, или SUA Convention 1988 года). Римская конвенция 1988 года расширила географию неправоправных и насильственных действий на море, среди которых могут быть и действия, которые можно было бы смело относить к пиратским, если бы применялась Конвенция ООН по морскому праву 1982 г. В соответствии со статьей 4 судно, подвергающееся нападению, может быть в открытом море, водах особых экономических зон и территориальных водах при условии, что данное судно находится в транзите в территориальных водах или планирует входить, или выходить из территориальных вод государства [5].

Однако Римская конвенция разрабатывалась не как направленная на пиратскую деятельность, а как антитеррористическая и просто включала в себя элементы пиратской деятельности в части определения видов насилия на море. Поэтому на данный момент в международном праве в рамках упомянутых выше конвенций сложился определённый правовой принцип: насильственные действия, которые могут классифицироваться как пиратские, должны иметь место в открытом море, то есть во всех частях моря, не входящих ни в территориальное море, ни во внутренние воды какого-либо государства. И так как море находится под всеобщей юрисдикцией, все государства должны и могут бороться с пиратством.

Идеально синхронизировать внутренние правовые нормы и практические возможности, направленные на борьбу с пиратством, отдельных государств с международными очень трудно. Юридическая культура, береговая линия и военно-морские силы у всех государств по большей степени разные. Даже беспрецедентный всплеск активности сомалийских пиратов не послужил облегчению такой ситуации. На конференции в Дубае в июне 2012 года представителем Сейшел было отмечено, что по истечению четырёх лет после принятия в Джибути резолюции по противодействию сомалийским пиратам (Djibouti Code), которая предполагала скорейшую синхронизацию внутренних законодательств и Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. и некоторых резолюций ООН, из восемнадцати государств только Сейшелы и Кения сделали конкретные шаги в этом направлении [3].

Конвенция по морскому праву 1982 года наделяет государства обязательством «сотрудничать в полной мере в подавлении пиратства в открытом море или любом другом месте за пределами юрисдикции <...> государства» [6]. В свою очередь Римская конвенция 1988 года обязывает государства «сделать преступление в статье 3 преступлением в рамках национальных законодательств, если совершены: а) против или на борту судов под их национальным флагом; б) на их территории, включая территориальные воды; или с) одним из их граждан». Любое государство может арестовывать пиратов и их имущество вне зависимости от юрисдикции такого государства и вне зависимости от национальности пиратов. Также пираты могут быть осуждены и наказаны по законам государства, арестовавшего их. Между этими двумя конвенциями есть одно конструктивное отличие: первая действует в открытом море, исключая территориальные и внутренние воды из своих границ применения, вторая была инициирована отчасти с целью включения особых экономических зон и прибрежных вод в границы противо-

действия актам пиратства. Конвенция по морскому праву и Римская Конвенция не приняты всеми государствами. Поэтому даже при наличии необходимых резолюций ООН многие внутренние законодательства стран могут запретить судебное преследование за преступления, совершенные в территориальных водах.

Сложившаяся ситуация побудила дискурс о возможном создании международного суда для преследования пиратов или расширения полномочий существующего Международного уголовного суда для тех же целей. Однако есть связанные с этим противоречия. Создание нового международного трибунала займет много времени и средств, но проблему пиратства нужно решать сейчас. Тем более, что необходимость в международном трибунале была бы оправдана, если бы не существовало никакой структуры вообще. Однако для преследования пиратов имеются все необходимые правовые нормы и механизмы, нужна только консолидация усилий мирового сообщества и желание этим заниматься.

Для успешного противостояния пиратству по крайней мере важно понимать такие отношения между юрисдикциями. Можно повториться, что в системе международного права на сегодняшний день есть всеобщее согласие с одним из основных элементов, определяющих акт насилия на море как акт пиратства, – местом совершения таких актов должно быть открытое море, то есть все части моря, не входящие ни в территориальное море, ни во внутренние воды какого-либо государства, с поправкой на Римскую конвенцию 1988 года, которая в определённых случаях может расширить действия актов насилия на море на территориальные воды государств.

Другим важным критерием в определении актов пиратства является природа действий, которые должны быть совершены для того, чтобы считаться пиратством. Гарвардский проект определил такие действия как: «любые акты насилия или грабежа, совершенные с намерением ограбления, изнасилования, ранения, порабощения, лишения свободы или убийства человека, или с намерением разворовывания или нанесения вреда имуществу». Конвенция про открытое море 1958 года и Конвенция ООН по морскому праву 1982 года справедливо добавили к грабежу и насилию задержку судна и/или его экипажа [6; 7]. Исследуя развитие юридической практики, можно видеть иногда конфликтующие мнения о грабеже на море как определяющей составляющей пиратства. Можно сказать, что это не конфликт разных точек зрения, а больше процесс эволюции как противоправных действий, так и правовых концепций.

Пиратство традиционно в истории было определено стремлением к обычной материальной наживе (данное положение отдельно поддерживает такой обязательный элемент пиратства, как определение мотивов, – «в частных целях»), и грабёж, как самая прямая дорога к этой наживе, выглядит более чем логично. Но ограничивать понятие пиратства одним грабежом было бы неправильно, так как считать, что в случае нападения на судно акты насилия, такие как убийство, изнасилование и/или другие, не считались бы пиратством, если бы не было украдено какой-то мелочи, не совсем справедливо. Такой аргумент также может быть поддержан тем, что если пиратство справедливо считается угрозой безопасности использования моря всеми народами, то нужно признать, что не только грабёж, а и другие акты насилия могут быть препятствием для такой безопасности. С развитием международного права к списку была добавлена задержка судна и/или людей на нём находящихся.

В контексте рассмотрения вопроса о составляющих элементах акта пиратства важно отметить Римскую Конвенцию 1988 года, которая разрабатывалась и принималась как «антитеррористическая», но может применяться в отношении пиратских действий. В статье 3 (1) (а) говорится, что «любое лицо совершает преступление если это лицо незаконно и намеренно... овладевает или осуществляет контроль над судном силой или угрозой силы, или любой другой формой запугивания». Римская Конвенция, будучи «антитеррористической», всё же не имеет чёткого требования, чтобы цели, которые преследуются при совершении преступления против судна или его экипажа, были политическими. Соответственно, действия обычных пиратов при «незаконном контроле над судном» подпадают под действие данной конвенции. В такой же мере в соответствии со статьёй 3 (2) «все попытки, соучастие и угрозы» в «незаконном контроле над судном» подпадают под действие Римской конвенции. Модель сомалийских пиратов, которая основана на захвате судна и требовании выкупа, даёт все основания считать Римскую Конвенцию 1988 года в полной мере применимой в их случае [5].

Немаловажным элементом, составляющим акт пиратства, является концепция нападения одного судна на другое. В общепринятом представлении о пиратстве и пиратах всегда присутствует образ судна, нападающего на другое, хотя в общеизвестном романе Стивенсона «Остров сокровищ» разбойники

захватили судно, на котором они работали как обычные моряки. Важен вопрос: какое судно должно осуществлять нападение, для того чтобы такой акт считался пиратством?

Конвенция про открытое море 1958 года, а также Конвенция ООН по морскому праву 1982 года предполагают, что актом пиратства является «незаконный акт насилия или захвата, или любой акт грабежа, совершённые в частных целях экипажем или пассажирами частного судна или частного самолёта и направленные в отрытом море против другого судна или самолёта, или против людей или имущества на борту такого судна или самолёта». Конвенция ООН по морскому праву 1982 года в статье 102 уточняет: «Пиратские действия, обусловленные в статье 101, совершённые военным кораблём, государственным судном или государственным летающим аппаратом, экипаж которого поднял мятеж и захватил контроль над этим кораблём, судном или летательным аппаратом, приравниваются к действиям, совершенным частным судном или частным летающим аппаратом» [7].

Эти статьи призваны определить два основных принципа, которые определяют пиратские действия в контексте использования плавсредств. Первый – в акте пиратства должны участвовать два судна, одно из которых осуществляет насильственные действие по отношению к другому. Нападение на судно пассажирами или экипажем этого же судна не попадает под определение пиратства в рамках данной конвенции. Это было бы уже другим преступлением по определению и у которого не было бы уже статуса преступления перед всем человечеством, как у пиратства. Все происходящее на судне под одним флагом является внутренним делом государства этого флага. Однако, если захватившие таким образом судно люди стали бы совершать насильственные действие против другого судна, эти действия уже классифицировались бы как пиратство.

Здесь важно отметить Римскую Конвенцию 1988 года, которая расширила юрисдикцию международного права на противоправные действия на море на людей, которые захватывают судно, находясь на нём, а не с помощью другого судна. Причиной для принятия более секьюритизированной нормы для международного права, касающегося мореплавания, послужил захват итальянского пассажирского судна “Achille Lauro” в Египетских территориальных водах в 1995 году боевиками Организации Освобождения Палестины. Террористы в момент захвата судна находились на его борту и после захвата, удерживая около 100 заложников, выдвинули требованиями к Израилю об освобождении 50 палестинских заключенных. Однако очень важно понимать, что Римская Конвенция 1988 года не покрывает в прямой форме акты пиратства и разрабатывалась как инструмент против актов насилия на море политического (террористического) характера. Она затрагивает некоторые элементы пиратства и поэтому может, а не должна применяться к некоторым насильственным действиям на море, которые могут пониматься как пиратские. Внутренний захват судна подпадает под действие Римской Конвенции, но она такой захват не будет классифицировать как пиратство. По сути, Римская Конвенция вообще не стремится такие действия каким-то образом классифицировать. Она просто нейтрально называет их преступлением.

Второй принцип – нападающее судно обязательно должно быть частным или любым другим, но находиться под контролем людей, которые представляют только свои частные интересы и в своих личных целях.

С беспрецедентным ростом пиратской активности судоходные компании стали использовать частные охранные фирмы для охраны своих судов. Правовая проблема с использованием таких частных компаний состоит в том, что они не имеют официального статуса в рамках международного права. Конвенция ООН по морскому праву 1982 года подразумевает, что только государства и их суда могут быть вовлечены в пресечение пиратской деятельности. По сути, охранный катер частного охранного агентства при нападении на другое судно может быть таким же пиратством в соответствии с Конвенцией ООН по морскому праву 1982 года. Частная американская охранная компания “Blackwater” в начале 2009 года предлагала на рынке услугу небольшого военного катера с несколькими десантными лодками на борту для охраны судов в Сомалийском бассейне, но вскоре свернула операцию. Перевоплощение из пиратов в простых заблудившихся рыбаков – дело нескольких минут.

Также не всё чётко в правовом отношении с наличием оружия на борту коммерческого судна. Пираты совсем не против вступать в перестрелку даже, если они решили не нападать на судно, которое идет с вооруженной охраной, что может эскалировать угрозу жизни и здоровью экипажа.

Вывод

Исследуя обычаи права, можно отметить, что для того чтобы пиратство всегда оставалось «чистым» в правовом поле, ему нужно всегда обладать «частным» наполнением.

Это касается как судна, которое используется для нападения, так и целей, преследуемых при таком нападении. Насильственные действия военных и/или государственных судов на море против мореплавания обычная практика. Однако это не может классифицироваться как пиратство, особенно в системе современного международного права. Не важно, какое судно используется для нападения – обычный рыбацкий баркас или хорошо вооружённый военный корабль, а важны намерения людей, которые контролируют нападающее судно. То есть «только физические особы, которые действуют по своему собственному усмотрению без каких-либо полномочий со стороны любого государства» и обязательно для достижения своих собственных частных целей [8, с. 41].

Такие конечные частные цели в действиях и намерениях определяют один из основополагающих факторов, который обязательно должен наполнять акт пиратства. Приведённый выше текст Конвенции ООН по морскому праву 1982 года определяет пиратство как: «незаконный акт насилия или захвата, или любой акт грабежа, совершенные в частных целях (*private ends*), экипажем или пассажирами частного судна или частного самолёта и направленное в отрытом море против другого судна или самолёта, или против людей или имущества на борту такого судна или самолёта».

Список использованных источников:

1. Bantekas I. International criminal law. 2nd ed. Routledge Cavendish, 2003.

2. Penny Campbell. A Modern History of the International Legal definition of Piracy. *Naval War Collage Papers*, No 35.

3. Selected Briefing Papers. Conference on: *A regional Response to Maritime Piracy*. June 27–28, 2012. United Arab Emirates.

4. Зінченко А.Л. Історія дипломатії: від давнини до нового часу: навчальний посібник. Вінниця : Нова книга, 2002. 433 с.

5. Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 года. *Офіційний вісник України* від 26.01.2007 р. № 3, стор. 297.

6. Конвенция ООН про морское право 1982 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057 (дата обращения: 04.01.2020 г.).

7. Конвенция про открытое море 1958 года. URL:https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_180 (дата обращения: 05.01.2020 г.).

8. Панфілова Ю.М. Міжнародно-правовий механізм протидії проявам актів насильства у водах Світового океану : монографія. Одеса : Фенікс, 2012. 216 с.

The scientific article is devoted to one of the most important problems of modern international law of the sea. Attention to the problem of maritime piracy is based on its impact on such areas of activity as the international economy and shipping, maritime and international law, security issues, geopolitics and international relations. The problem of pirates attracts even more attention in attempts to realize this phenomenon in the context of modern world development, to find a proper definition of this problem, and also to develop some appropriate mechanisms for its solution. The oceans have served many people at all times and it is very difficult to imagine our life and evolution without it. The sea has always been a natural communication system, which with different forms of availability, but still connects all the nations of the world without exception, where absolutely everyone can come into contact with absolutely everyone. The sea has always belonged and it is accessible to absolutely all mankind. Of course, with the increase in the world's population and the resulting competition between nations, as well as the development and improvement of world trade, attempts to streamline the use of the sea and its resources are logical, but, nevertheless, the sea will always remain the property of all living on Earth. But as all peoples get benefit from the openness of the sea, they share the risks associated with its exploitation to the same extent, including such as maritime piracy. Operating in such a huge communication system of relations of everyone with everyone, maritime piracy has always been, and is a problematic subject of relations between all peoples and nations, that's why it is historically endowed with a political and social nature and has always occupied and will occupy one of the most important places in international relations. This article is devoted to the development of the legal element of piracy, as a crime under general international law. There are restrictions on the qualifications of this type of crime of an international nature; the relationship of legal qualifications with the real international situation; assesses the existing international legal framework on piracy.

Key words: piracy, international crime, international law, oceans, universal jurisdiction.

DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.2.62

Наталія Оніщенко,
докт. юрид. наук, професор,
заслужений юрист України,
академік Національної академії правових наук України,
завідувач відділу теорії держави і права
Інституту держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ЛЮДМИЛИ МИХАЙЛІВНИ АНДРУСІВ «ТЕХНІКО-ЮРИДИЧНІ ТА МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ОПРИЛЮДНЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ»[1]

У період становлення правової держави та створення дієвих механізмів реалізації й захисту прав людини важливими є наукові дослідження, які відображають техніко-юридичні правила оприлюднення нормативно-правових актів. Вагома роль нормативно-правового акта в житті кожної особи та суспільства загалом передбачає знання правил поведінки, що містяться в нормативно-правовому акті як джерелі права. Без такого знання виключається будь-яка вдала й ефективна реалізація права та стабільність системи права.

Запровадження змін щодо форм оприлюднення нормативно-правових актів є неможливим без належного наукового забезпечення цього процесу. У державі склалася ситуація, за якої в частині доступу до нормативно-правових актів і створення умов для цього спостерігається фрагментарне правове регулювання, а на рівні оприлюднення нормативно-правових актів центральних органів виконавчої влади, місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування – ще й різні підходи, які не забезпечують ефективний доступ осіб до текстів нормативно-правових актів. Створення техніко-юридичної моделі оприлюднення нормативно-правових актів є вкрай необхідним для утвердження правової визначеності в державі, удосконалення оприлюднення нормативно-правових актів суб'єктом правотворчості та створення ним умов для доступу до текстів нормативно-правових актів.

Перший розділ рецензованої монографії розкриває методологічні засади дослідження нормативно-правових актів. Зміст другого розділу містить наукові напрацювання щодо оприлюднення нормативно-правових актів як складової частини правотворчості, а також стосовно поняття, змістових ознак і форм оприлюднення нормативно-правових актів, поняття й ознак офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та техніки оприлюднення нормативно-правових актів.

У третьому розділі монографії проаналізовано стан правової регламентації оприлюднення та особливості й проблемні аспекти нормативно-правових актів в Україні. Увагу зосереджено не тільки на законах, а й на підзаконних нормативно-правових актах.

У четвертому розділі автором сформовано теоретико-правову модель техніки оприлюднення нормативно-правових актів, а також техніко-юридичні правила оприлюднення законів та інших нормативно-правових актів Верховної Ради України, нормативно-правових актів Президента України, Кабінету Міністрів України та центральних органів виконавчої влади, місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування.

Заслуговує на увагу характеристика оприлюднення нормативно-правових актів у зарубіжних країнах, що зроблена в п'ятому розділі монографії.

Загалом монографія Л.М. Андрусів є корисним теоретичним і практичним дослідженням у сфері важливого складника сучасного правознавства – юридичної техніки та оприлюднення нормативно-правових актів. Підводячи підсумок, можна говорити про сумлінну та ґрунтовну роботу, здійснену автором, а також про значну теоретичну й практичну значимість викладеного в монографії матеріалу.

[1] Андрусів Л.М. Техніко-юридичні та методологічні засади оприлюднення нормативно-правових актів : монографія. Київ : Кушнір Г.М., 2020. 444 с.

© Н. Оніщенко, 2020

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.