

9

2017 (259)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

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

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

Головний редактор

Крупчан

Олександр

Дмитрович

Редакційна

колегія:

Беляневич О.А.

Бобрик В.І.

Бичкова С.С.

Вавженчук С.Я.

Галянтьєв М.К.

Долницький Б.

Дрозд О.Ю.

Коструба А.В.

Кубічек П.

Кузнецова Н.С.

Луць В.В.

Майданик Р.А.

Махінчук В.М.

Мельник М.І.

Торгашин О.М.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Анатолій Бабаскін

Шляхи вдосконалення правового регулювання дострокового повернення споживчого кредиту за законодавством України..... 5

Ганна Буяджи

Теоретичні та практичні проблеми визнання та кваліфікації інституту трасту10

Петро Гуйван

Значення темпоральних чинників у практиці Європейського суду з прав людини. Принцип правової визначеності як регулятор стабільності судочинства та незмінності остаточних рішень (частина 4).....16

Катерина Дюкарева

Особисті немайнові права інтелектуальної власності співавторів творів науки..... 22

Світлана Ленєх

Умови договору споживчого кредиту..... 29

Вікторія Орзіх

Прогалини в цивільному праві України та причини їх виникнення34

Лілія Радченко

Шлюбний договір в іноземних правопорядках: окремі засади правового регулювання..... 38

Надія Сампара

Особливості елементів субсидіарних цивільно-правових зобов'язань.....42

Олена Скорич

Особливості процесуального статусу перекладача в цивільному процесі України..... 47

Володимир Цікало

Здійснення та захист права акціонерів на обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета..... 51

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Антоніна Бобкова, Юлія Павлюченко

Учасники відносин у сфері екологічного підприємництва..... 56

Олена Гончаренко Саморегулювання та співрегулювання господарської діяльності.....	62
Ольга Квасніцька Теоретичні та практичні аспекти забудови територій: господарсько-правовий аспект.....	67
Руслан Колосов Корпоративне підприємство: поняття, ознаки та місце серед інших юридичних осіб.....	72
Ярослав Петруненко Цільове призначення застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів.....	77

ТРУДОВЕ ПРАВО

Аліна Головачова Зарубіжний досвід правового регулювання оплати праці державних службовців.....	82
Iryna Lagutina Part-time work.....	85
Орест Раневич Про використання термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» в нормативно-правових актах України.....	88

АГРАРНЕ ПРАВО

Артем Брінцов Принципи кодифікації аграрного законодавства України.....	93
Елліна Юрченко Правова доля земельних ділянок, наданих особам на праві постійного користування для створення та ведення фермерського господарства.....	99

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Наталія Басанська Нерезиденти як суб'єкти права власності на землю: проблеми та перспективи.....	104
Олена Літошенко Особливості земельної правосуб'єктності іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземних держав.....	107

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ольга Беззалова Правове забезпечення управління органами поліції України.....	111
Наталія Боженко Удосконалення адміністративно-правового забезпечення медіації в адміністративному судочинстві.....	116
Олена Глазун Право на належне управління: сутність та перспективи впровадження в контексті реформування інституту державної служби.....	120
Наталія Задирака Місце та призначення інституту публічного майна в системі загального адміністративного права.....	125
Сергій Кушнір Державний контроль у сфері вищої освіти: зарубіжний досвід правового регулювання та шляхи його запозичення для України.....	129
Олексій Навроцький Основні форми публічного адміністрування прав дитини.....	141

Олена Яра, Євген Шульга

Теоретико-правові підходи до визначення ролі й особливостей адміністративної відповідальності у виборчих відносинах.....146

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Марія Бондаренко

Місце податкового планування в системі категорій «право» та «законний інтерес».....150

Руслан Браславський

Система принципів податкового законодавства.....156

Сергій Лук'янець

Ознаки податку: теоретичний та прикладний аспект.....160

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Ольга-Марія Бачинська

Співвідношення принципів недискримінації та рівності у праві.....165

Надія Левицька

Юридичні конструкції та система права: співвідношення понять.....169

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Олена Євдокімова

Щодо визначення базової одиниці обчислення розміру штрафу у Кримінальному кодексі України.....174

Максим Желік

Співвідношення понять «прийняття пропозиції» та «прийняття обіцянки» за кримінальним правом України.....179

Юрій Новосад

Про деякі змістовні елементи дослідження діяльності прокуратури як суб'єкта боротьби зі злочинністю в Україні.....183

Олександр Ободовський

Про караність злочинів, учинених неповнолітніми: від особливостей до самостійності.....187

КРИМІНОЛОГІЯ

Наталія Магас

Причини латентності корупційної злочинності.....192

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Олександр Винокуров

Запровадження інституту пенітенціарного судді як гарантії захисту прав ув'язнених у кримінальному судочинстві України.....197

Юліана Найдьон

Теоретико-правові засади визначення оперативної діяльності Служби безпеки України.....202

Михайло Панасюк

Проблеми застосування заходів забезпечення кримінального провадження до вагітних жінок і жінок, які мають дітей дошкільного віку.....207

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

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

- Микола Камчатний**
Заборонені засоби ведення кібервійни.....211
- Марія Михайлів**
Правові наслідки недотримання форми арбітражної угоди..... 218

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

- Юлія Івченко**
Громадянський патріотизм як основа національної єдності
(філософсько-правові аспекти)..... 223

РЕЦЕНЗІЇ

- Я. В. Лазур**
Рецензія на монографію Н. В. Коваленко
«Теорія адміністративно-правових режимів»..... 227

Співзасновники:

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

ISSN 2307-8049

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

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

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(Протокол № 8 від 27.09.2017 р.)

Офіційний сайт: pgr-journal.kiev.ua

Підписано до друку 29.09.2017. Формат 70x108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 26,73. Обл.-вид. арк. 27,28
Гираж – 255. Замовлення № 12-203
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2017.
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 347.23

Анатолій Бабаскін,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Інституту держави і права імені В.М. Корецького
Національної академії наук України

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОСТРОКОВОГО ПОВЕРНЕННЯ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У статті автором розглядаються проблеми правового регулювання права споживача на дострокове повернення споживчого кредиту. На підставі аналізу норм Закону України «Про споживче кредитування», Директиви Європейського парламенту та Ради 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 року «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102/ЄС», практики її імплементації в країнах ЄС автором сформульовані висновки щодо можливих напрямів удосконалення правового регулювання права споживача на дострокове повернення споживчого кредиту.

Ключові слова: кредит, споживчий кредит, кредитний договір, договір про споживчий кредит, право на дострокове повернення споживчого кредиту.

Постановка проблеми. Норми параграфів 1, 2 глави 71 Цивільного кодексу України не надають позичальнику за кредитним договором права на дострокове повернення кредиту. Стаття 1049 вказаного Кодексу надає позичальнику право на дострокове повернення лише безпроцентної позики, якщо інше не встановлено договором. Однак кредит відрізняється від позики, зокрема, тим, що він, як правило, завжди є оплатним та надається кредитором за рахунок залучених коштів. Останні залучаються кредитором на оплатній та строковій основі. За цих умов кредитор може бути не зацікавлений у достроковому поверненні кредиту позичальником. Останнє спричинене тим, що дострокове повернення кредиту зменшує розмір кредитної маржі кредитора від надання кредиту, оскільки за законом він не має права на дострокове повернення залучених коштів (наприклад, за договором банківського вкладу або договором міжбанківського кредиту). У зв'язку з вказаним у питанні щодо дострокового повернення кредиту або його частини сторонам кредитного договору слід керуватись нормами статті 525 Цивільного кодексу України, які встановлюють, що одностороння зміна зобов'язання не допускається, якщо інше не встановлено договором або законом. Прикладом, коли право на дострокове повернення кредиту встановлено законом, є стаття 16 Закону України «Про споживче кредитування». Згідно з нормами вказаного Закону споживач має право в будь-який час повністю або частково достроково повернути споживчий кредит у тому числі шляхом збільшення суми періодичних платежів. Якщо споживач скористався правом повернення споживчого кредиту шляхом збільшення суми періодичних платежів, кредитор зобов'язаний здійснити відпо-

відне коригування зобов'язань споживача у бік їх зменшення та на вимогу споживача надати йому новий графік платежів. У разі дострокового повернення споживчого кредиту споживач сплачує кредитором проценти за користування кредитом та вартість усіх послуг, пов'язаних з обслуговуванням та погашенням кредиту, за період фактичного користування кредитом. При цьому закон забороняє кредитором: а) відмовляти споживачу в прийнятті платежу у разі дострокового повернення споживчого кредиту; б) встановлювати споживачу будь-яку плату, пов'язану з достроковим поверненням споживчого кредиту. Умова договору про споживчий кредит, що передбачає сплату споживачем будь-якої плати у разі дострокового повернення споживчого кредиту, є нікчемною. На думку О. О. Вишневського, завдяки наявності у споживача такого права, кредиторам вдалося змусити за допомогою завищених штрафних санкцій або іншої комісії, зборів лишити споживача права на дострокове повернення кредиту [1, с. 150].

На думку К. Ю. Молодик, закріплення за споживачем вказаного права зумовлено тим, що для останнього, з огляду на дисконтування грошового потоку, дострокове повернення кредиту може бути більш вигідним, ніж виконання зобов'язань згідно з умовами укладеного договору [2]. У свою чергу, імперативна заборона на отримання кредитором додаткової плати за дострокове повернення споживчого кредиту зумовлена захистом інтересів споживача як більш слабкої сторони у договорі про споживчий кредит. Говорячи про вказану додаткову плату, слід зазначити, що Закон України «Про споживче кредитування» та Закон України «Про захист прав споживачів» не розкривають зміст вказаного поняття. На підставі аналізу норм

Закону України «Про споживче кредитування» [3] можна дійти висновку, що під вказаною додатковою платою слід розуміти будь-які збори, проценти, комісії, платежі тощо, з якими умови договору пов'язують реалізацію права споживача на дострокове повернення споживчого кредиту або його частини.

При цьому виникає й інше питання: наскільки зазначена заборона враховує майнові інтереси кредитодавця у ракурсі потреби збереження балансу прав та інтересів сторін договору. Зрозуміло, що кредитодавець, пропонуючи споживачу річну процентну ставку по кредиту, об'єктивно має враховувати не тільки собівартість власної фінансової послуги, а й рівень процентних ставок за споживчими кредитами в цілому на кредитному ринку, рівень кредитного ризику, наявне забезпечення тощо. Розраховуючи вартість власного кредитного продукту, кредитодавець має зробити це таким чином, щоб покрити свої витрати та отримати прибуток. Зрозуміло, що з огляду на строковість споживчого кредиту такий розрахунок кредитодавця має враховувати, зокрема, строк користування споживчим кредитом за договором. Як наслідок цього навіть обчислення кредитодавцем річної процентної ставки має базуватися на припущенні, що договір про споживчий кредит залишається дійсним протягом погодженого сторонами строку та що кредитодавець і споживач виконують свої обов'язки на умовах та у строки, визначені в договорі (ч. 3 ст. 9 Закону України «Про споживче кредитування»). Відповідно до цього операція з надання споживчого кредиту може бути прибутковою для кредитодавця за умови, якщо споживач буде користуватись споживчим кредитом протягом встановленого договором строку. Тому у разі дострокового повернення споживчого кредиту споживачем об'єктивно може виникнути ситуація, за якої кредитодавець не отримує прибутку від здійснення кредитної операції, на який він розраховував, або навіть буде отримано збиток. Зрозуміло, що вказана ситуація є неприпустимою для абсолютної більшості кредитних установ, які надають споживчі кредити за рахунок залучених коштів. У зв'язку із вказаним, задля дотримання вимог законодавства про захист прав споживачів та уникнення можливих збитків кредитодавці вимушені враховувати вказаний кредитний ризик та нейтралізувати його дію шляхом завищення річної процентної ставки за споживчим кредитом. Отже, надмірний захист прав споживача з боку законодавця може мати для споживача не тільки позитивні наслідки.

Стан наукового дослідження. До науковців, які досліджували правове регулювання відносин сторін кредитного договору у сфері споживчого кредитування, можна віднести І. А. Безлудого, В. В. Вітрянського, Л. Г. Єфімову, С. М. Лепех, О. Я. Курбатова, Л. П. Оплачко, В. Я. Погребняка, І. С. Сарнакова, Є. О. Суханова, С. К. Соломіна та багатьох інших. Однак абсолютна більшість наукових досліджень проводилася на підставі аналізу раніше чинних норм Закону України «Про захист прав споживачів»

та проекту Закону України «Про споживче кредитування» [4]. Зазначене свідчить про необхідність подальшої активізації наукових досліджень вищевказаної проблематики.

Метою цієї статті є наукове дослідження правового регулювання права споживача на дострокове повернення споживчого кредиту та формулювання на підставі цього пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Виклад основного матеріалу дослідження.

З огляду на норми Цивільного кодексу України, недоотримання кредитодавцем доходів у разі дострокового повернення споживачем кредитує таким різновидом збитків, як упущена вигода (ст. 22 ЦК України). Однак стягнення таких збитків можливе лише у результаті порушення цивільного зобов'язання, а воно в цьому разі відсутнє. У свою чергу, згідно з частиною 4 статті 1166 Цивільного кодексу України шкода, завдана правомірними діями, відшкодовується лише у випадках, встановлених вказаним Кодексом або іншим законом. Крім того, умови договору про споживчий кредит, які обмежують права споживача порівняно з правами, встановленими вказаним Законом, є нікчемними (частини 2 статті 12 Закону України «Про споживче кредитування»).

З огляду на це, для вирішення проблеми відшкодування втрат кредитодавців, які виникають у разі дострокового повернення споживчого кредиту, потрібно не тільки виключення із закону усіх імперативних норм, що забороняють встановлювати в договорі додаткову плату за дострокове повернення споживчого кредиту, а й внесення до Закону України «Про споживче кредитування» норм, які б дозволяли кредитодавцю отримувати таку додаткову плату. Зазначимо, що до аналогічного висновку, аналізуючи російське цивільне законодавство, дійшов О. Я. Курбатов [5].

Говорячи про можливість сплати компенсації за дострокове повернення споживчого кредиту, слід звернути увагу на те, яким чином зазначене питання вирішується у законодавстві ЄС та законодавстві європейських країн.

Інститут права на дострокове повернення споживчого кредиту (повного або часткового) отримав свій подальший розвиток у статті 16 Директиви Європейського парламенту та Ради Європейського союзу 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 року «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102 ЄС» (далі – Директива 2008/48/ЄС) [6], а його норми були імплементовані у законодавство багатьох європейських країн (наприклад, Німеччина, Португалія, Польща, Чехія, Швейцарія, Франція) [7]. Реалізація споживачем права на дострокове повернення споживчого кредиту за законодавством європейських країн здебільшого обумовлюється лише вимогою щодо завчасного надання кредитодавцю повідомлення споживача про дострокове повне або часткове повернення кредиту. Прикладом цього є законодавство Великобританії

(розділ 94 Закону «Про споживчий кредит», 1974р.) [8]. Максимальний строк такого повідомлення, як правило, обмежується законом. Наприклад, згідно із законодавством Німеччини такий строк не може перевищувати один місяць (абз. 2 пар. 500 ГЦУ) [9], а у Великобританії такий строк становить 28 календарних днів, якщо більший строк не вказаний у повідомленні споживача (розділ 94 Закону Великобританії «Про споживче кредитування» (1974р.) [10]. Наявність у законодавстві європейських країн вимог щодо вищевказаного строку зумовлена тим, що, надаючи споживчі кредити за рахунок залучених коштів, кредитор повинен мати змогу завчасно планувати повернення таких коштів власним кредитором або їх використання в інших фінансових операціях. На відміну від вищевказаного, в Україні обов'язок споживача щодо повідомлення кредитодавця про намір дострокового повернення споживчого кредиту може бути встановлений лише договором (ч. 1 ст. 16 Закону України «Про споживче кредитування»). В окремих країнах закон також встановлює мінімальну суму коштів, яка може бути повернута споживачем у разі дострокового повернення частини споживчого кредиту (наприклад, ст. L 311-29 Споживчого кодексу Франції) [11]. Встановлення такого обмеження, як правило, спрямоване на зменшення великої кількості дрібних платежів з боку споживача, які ускладнюють кредиторам облік заборгованості за договором та значно ускладнюють планування подальшого використання таких коштів.

Зазначимо, що Директива 2008/48/ЄС розглядає право споживача на дострокове повернення кредиту не просто як визнання певного права споживача, а як визнання права споживача на дострокове повернення з пропорційним зменшенням ціни кредиту. При цьому, коли встановлюється розмір пропорційного зменшення загальних витрат на кредит, таке зменшення стосується процентних платежів та витрат на залишкову тривалість угоди (ч. 1 ст. 16 Директиви 2008/48/ЄС).

Оскільки норми Директиви 2008/48/ЄС спрямовані на забезпечення збалансованого підходу щодо прав та обов'язків сторін, наскільки це можливе у відносинах споживчого кредитування, вищевказаному праву споживача кореспондує право кредитора на отримання справедливої та обґрунтованої компенсації можливих витрат, безпосередньо пов'язаних із достроковим погашенням кредиту, за умови якщо дострокове погашення проводиться стосовно періоду, для якого було зафіксовано позичкову ставку.

Слід зазначити, що в цьому разі: а) йдеться саме про компенсацію, а не про штрафні санкції, оскільки у разі дострокового повернення кредиту споживачем відсутнє порушення договірних зобов'язань з боку споживача; б) компенсація не стосується ситуації відмови споживача від договору споживчого кредиту (ст. 15 Закону України «Про споживче кредитування»).

Закріплюючи право кредитодавця на отримання справедливої та обґрунтованої компен-

сації, законодавство ЄС певним чином обмежує максимальні суми такої компенсації. Це робиться через встановлення залежності розміру компенсації від: а) тривалості часового періоду між достроковим погашенням та погодженим припиненням кредитної угоди – не більш 1% від суми достроково погашеного кредиту, якщо період часу між достроковим погашенням та погодженим припиненням кредитної угоди перевищує 1 рік, та 0,5% від суми достроково погашеного кредиту, якщо період часу між достроковим погашенням та погодженням припиненням кредитної угоди не перевищує 1 рік (ч. 2 ст. 16 Директиви 2008/48/ЄС); б) шляхом встановлення граничного розміру компенсації у вигляді суми відсотків, яку споживач мав би сплатити протягом періоду між достроковим погашенням та погодженою датою припинення кредитної угоди (ч. 2, 5 ст. 16 Директиви 2008/48/ЄС). Крім того, Директива 2008/48/ЄС встановлює випадки, коли вищевказана компенсація не сплачується (погашення було здійснено згідно зі страховою угодою, яка передбачає гарантію погашення кредиту; у разі кредиту у формі овердрафту; якщо погашення відбувається стосовно періоду, для якого не зафіксовано позичкову ставку), та надає право державам-членам встановити в законодавстві правило, згідно з яким компенсація може вимагатися лише у разі, якщо сума дострокового погашення перевищує граничний рівень, визначений національним законодавством. Такий рівень не перевищує 10 000 євро протягом будь-якого періоду у 12 місяців. У виняткових випадках кредитор може вимагати більшої суми компенсації, якщо зможе довести, що сума збитків, завданих йому достроковим погашенням, перевищує суму, встановлену в частині 2 вказаної Директиви. У такому разі збитки визначаються у вигляді різниці між узгодженою відсотковою ставкою та відсотковою ставкою, за якою кредитор може надати позику в сумі, яку було достроково погашено, на ринку на момент дострокового погашення з урахуванням впливу дострокового погашення на адміністративні витрати (ч. 3, 4 ст. 16 Директиви 2008/48/ЄС).

Прикладом імплементації норм статті 16 Директиви 2008/48/ЄС у законодавство європейських країн є стаття L 311-22 Споживчого кодексу Франції. Згідно з останньою, якщо сума дострокового погашення перевищує встановлений декретом поріг, кредитор може вимагати, щоб відшкодування не перевищувало 1% від суми кредиту, що підлягає достроковому погашенню, якщо час між достроковим погашенням і датою закінчення кредитного договору перевищує один рік. Якщо період не перевищує одного року, відшкодування не може перевищувати 0,5% від суми кредиту, що підлягає поверненню заздалегідь. У жодному разі можливе відшкодування не повинно перевищувати суми відсотків, які позичальник виплатив би в період між достроковим погашенням і датою припинення, що була узгоджена у кредитному договорі [12]. У свою чергу, стаття L 311-14 вказаного Кодексу визначає такий поріг

у розмірі 10 000 євро протягом дванадцяти місяців [13]. Іншими прикладами імплементації вищевказаних норм статті 16 Директиви 2008/48/ЄС є цивільне законодавство Німеччини (пар. 502 ГЦУ) [14] та законодавство про захист прав споживачів Великобританії. Розділ 95а Закону Великобританії «Про споживче кредитування (1974р.)» встановлює, що кредитор має право на отримання компенсації, якщо сума дострокового платежу споживача перевищує 8 000 фунтів стерлінгів або якщо більше одного такого платежу здійснюється за будь-який 12-місячний період, а загальна сума таких платежів перевищує 8 000 фунтів стерлінгів. Сума компенсації має бути справедливою, об'єктивно обґрунтованою та не повинна перевищувати того, що менше: а) відповідного відсотку від суми платежу – 1 %, коли період із дати, коли боржник здійснює згідно із законом дострокове повернення кредиту, до встановленої договором дати погашення заборгованості становить більше одного року або 0,5%, якщо цей період дорівнює або є меншим одного року; б) загальна сума відсотків, яка була би виплачена боржником за угодою в період із дати, коли боржник згідно із законом здійснить достроковий платіж, до дати, встановленої угодою, для погашення заборгованості [15].

Висновки

Підхід Директиви 2008/48/ЄС до права кредитодавця на отримання справедливої та обґрунтованої компенсації можливих витрат, безпосередньо пов'язаних із достроковим погашенням кредиту, в цілому є раціональним та таким, що може бути запозичений в українське законодавство. Однак таке запозичення має враховувати економічні реалії України, які істотно відрізняються від загальноєвропейських. Зазначене вимагає, перш за все, врахування рівня наявних в Україні процентних ставок за споживчими кредитами, що має істотне значення для встановлення розміру можливих компенсацій кредитодавцям. Задля дотримання балансу інтересів споживачів та кредитодавців вважаємо за доцільне запропонувати такі зміни до Закону України «Про споживче кредитування»: а) встановити обмеження розміру мінімальної суми часткового дострокового повернення споживачем споживчого кредиту, встановивши його у сумі не менше 5 процентів від розміру отриманого споживчого кредиту. Інше може бути встановлено договором. Запровадження цієї пропозиції також вимагає внесення відповідних змін до абзацу 1 частини 3 статті 16 Закону України «Про споживче кредитування», яка на цей час імперативно забороняє кредитором відмовляти споживачу в прийнятті платежу у разі дострокового повернення споживчого кредиту незалежно від розміру суми, що достроково повертається; б) встановити в частині 1 статті 16 Закону України «Про споживче кредитування», що споживач має право повернути повністю або частково споживчий кредит за умови попереднього надання кредитодавцю повідомлення про дострокове повне

або часткове повернення споживчого кредиту. Форма та порядок надання вказаного повідомлення визначається договором. Повідомлення споживача має бути надано кредитодавцю не пізніше ніж за 15 календарних днів до дати дострокового повного або часткового повернення споживчого кредиту. Інше може бути встановлено договором або законом; в) встановити право кредитодавця на отримання справедливої та обґрунтованої компенсації можливих витрат, безпосередньо пов'язаних із достроковим поверненням кредиту, за умови якщо дострокове повернення проводиться стосовно періоду, в який діяла фіксована річна процентна ставка за споживчим кредитом. Компенсація може вимагатися кредитодавцем за умови, якщо сума дострокового погашення кредиту споживачем перевищує еквівалент 5 000 євро за офіційним курсом Національного банку України на дату погашення протягом будь-якого періоду у 12 місяців. Розмір компенсації становить двадцять процентів від суми процентів, яку споживач мав би сплатити протягом періоду часу між достроковим поверненням кредиту або його частини та датою повернення кредиту або його частини згідно з договором про споживчий кредит. Зазначена компенсація не стягується у разі відмови споживача від договору про споживчий кредит, за кредитами овердрафт, за відновлювальними (револьверними) кредитами, а також у інших випадках, встановлених договором. З огляду на вказане, а також на високий для України грошовий поріг для отримання права на вищевказану компенсацію, більшість дрібних за сумою споживчих кредитів не будуть взагалі підпадати під дію запропонованих норм; г) внести зміни до частини 3 статті 16 Закону України «Про споживче кредитування», виключивши з тексту закону абзац 2 частини 3 вказаної статті Закону, норми якого імперативно забороняють встановлювати плату, пов'язану з достроковим поверненням споживчого кредиту, та встановлюють нікчемність відповідної умови договору про споживчий кредит; д) внести зміни до статті 9 Закону України «Про споживче кредитування» щодо встановлення обов'язку кредитодавця надавати споживачеві інформацію про право кредитора на компенсацію та спосіб, у який така компенсація буде встановлена, а також внесення інформації щодо права кредитодавця на отримання вищевказаної компенсації до розділу 3 Додатку 1 Закону України «Про споживче кредитування» «Паспорт споживчого кредиту. Інформація, яка надається споживачу до укладення договору про споживчий кредит (Стандартизована форма).

Список використаних джерел:

1. Вишневикий А. А. Современное банковское право: банковско-клиентские отношения: Сравнительно-правовые очерки / А. А. Вишневикий. – М.: Статут, 2013. – 349с.
2. Молодыко К. Ю. О справедливом балансе интересов сторон в потребительском кредитовании / К. Ю. Молодыко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://отрасли-права.pdf/article/9209>.

3. Про споживче кредитування :Закон України від 15.11.2016 № 1734-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 1. – С. 6. – Ст. 2.

4. Про споживче кредитування : Проект Закону України від 23.03.2015 № 2455. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54521.

5. Курбатов А. Я. Правовые проблемы потребительского кредитования / А. Я. Курбатов // Банковское право. – 2007. – № 3. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pandia.ru/text/77/31/213.php>.

6. Директива Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу 2008/48/ЄС від 23 квітня 2008 року «Про кредитні угоди для споживачів та про скасування Директиви Ради 87/102ЄС». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_b19.

7. Митяй Е. Д. К вопросу о соответствии норм законодательства Украины, регулирующих потребительское кредитование, нормам банковского законодательства ЕС. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://intkonf.org/mityay-ed-k-voprosu-o-sootvetstvii-norm-zakonodatelstva-ukrainiyi-reguliruyuschih-potrebitelskoe-kreditovanie-normam-bankovskogo-zakonodatelstva-es/>.

8. Consumer Credit Act 1974. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/39/section/94>.
[uk/ukpga/1974/39/section/95A](http://ukpga/1974/39/section/95A).

9. Bürgerliches Gesetzbuch. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_500.html.

10. Consumer Credit Act 1974. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/39/section/94>.

11. Code de la consommation [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006292421&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20100215>.

12. Там саме. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000006292413>.

13. Там саме. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C43998756924D352FBFAA715494E1CF.tpdila20v_1?cidTexte=LEGITEXT000006069565&idArticle=LEGIARTI000023527596&dateTexte=20170831&categorieLien=cid.

14. Bürgerliches Gesetzbuch. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_502.html.

15. Consumer Credit Act 1974. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legislation.gov>.

В статье автором рассматриваются проблемы правового регулирования права потребителя на досрочный возврат потребительского кредита. На основании анализа норм Закона Украины «О потребительском кредитовании», Директивы Европейского парламента и Совета 2008/48/ЕС от 23 апреля 2008 года «О кредитных соглашениях для потребителей и об отмене Директивы Совета 87/102ЕС», практики ее имплементации в странах ЕС автором сформулированы выводы относительно возможных направлений совершенствования правового регулирования права потребителя на досрочный возврат потребительского кредита.

Ключевые слова: кредит, потребительский кредит, кредитный договор, договор о потребительском кредите, право на досрочный возврат потребительского кредита.

In the article the author considers the problems of the legal regulation of the consumer's right to early repayment of consumer credit. Based on the analysis of the provisions of the Law of Ukraine "On Consumer Crediting", Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of April 23, 2008 "On Credit Agreements for Consumers and on the Abolition of Council Directive 87/102EC", the implementation practices of its implementation in the EU countries, the author formulated conclusions regarding possible directions for improving the legal regulation of the consumer's right to early repayment of consumer credit.

Key words: credit, consumer credit, loan agreement, consumer loan agreement, right to early repayment of consumer credit.



УДК 347.23

Ганна Буяджи,канд. юрид. наук, Державний секретар
Міністерства юстиції України

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАННЯ ТА КВАЛІФІКАЦІЇ ІНСТИТУТУ ТРАСТУ

Стаття присвячена теоретичним та практичним проблемам визнання та кваліфікації трастів, створених за іноземним законодавством, у процесі розгляду судових справ у країнах, де відсутній даний інститут. Дані проблеми, загалом, є типовими, тому їх ґрунтовне дослідження, а також аналіз шляхів їх подолання є особливо цікавим та актуальним для України, якій ще належить виробити власні варіанти вирішення даного питання. Особливо увага у статті приділена аналізу напрямів міжнародної співпраці в галузі уніфікації та гармонізації підходів до розуміння трастів та формування загальних правових норм у частині їх регулювання.

Ключові слова: трасти, трастоподібні конструкції, кваліфікація трасту, визнання трасту, речові права, patrimony, суд.

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Сучасний траст уже не вважається надбанням лише країн загальної системи права та їх унікальною особливістю. Натепер є велика кількість видів як власне трастів, так і різноманітних трастоподібних конструкцій у країнах, які належать до різних правових систем. Взагалі, визнання та інкорпорація трасту у країнах континентального права та країнах, які наслідували правові системи останніх, проходила довго та не завжди безболісно. Дуже часто спроби уведення трасту у його тій чи іншій формі у право країн цивільного права стикалося з несприйняттям його суті. Він сприймався не просто як чужорідний організм, а як інститут, який суперечить публічному порядку, а тому його застосування взагалі не вбачалося можливим. І причиною цього були не лише історичні передумови та різні шляхи розвитку англійського та європейського права, але й багатолітнє незрозуміння суті самого інституту. Як зазначає Л. Сміт, «спільне неправильне розуміння є звичкою, поширеною юристами загального та континентального права, щодо описання трасту у загальному праві як структури, яка базується на розділеній власності. Це лише метафора, яка сама по собі веде багатьма невірними шляхами; вона стала єдиним та у той же час прийнятним способом для описання трасту у загальному праві, а також принциповою причиною, через яку такий траст ніколи не зможе бути повністю прийнятий цивільно-правовою власністю» [1, с. 259-260]. Але поступово підходи до суті трасту змінюються, все більше країн намагаються якщо не увести траст у власне право, то принаймні знайти можливі шляхи його використання або визнання. При цьому вони, звісно, стикаються з певними теоретичними та практичними проблемами, закладеними в їхньому національному законодавстві або навіть у традиційному правовому мисленні. Дані проблеми загалом є типовими, тому їх ґрунтовне дослідження, а також аналіз шляхів їх подолання є

особливо цікавим та актуальним і для України, якій ще належить випрацювати власні варіанти вирішення даної проблеми.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальними питаннями правової кваліфікації займалася ціла низка вчених, зокрема М. Вольф, Ф. Кан, Е. Барген, Е. Рабель, Л.А. Лунц, В.П. Звеків, Г.К. Дмитрієва та ін. При цьому питання кваліфікації саме трасту є предметом дослідження переважно вчених-компаративістів, які спеціалізуються на питаннях довірчої власності, зокрема: Л. Сміта (L. Smith), М. Граціадеї (M. Graziadei), Г. Коділіньї (G. Kodiliney), П. Леполя (P. Lepaulle). Серед українських дослідників дана проблема частково розкривалася у роботах Р.А. Майданика та Г.В. Онищенко.

Цілі та завдання статті. Вивчити підходи до визнання та кваліфікації інституту трасту у різних країнах, у яких не існувало інституту трасту, дослідити конкретні теоретичні та практичні проблеми, з якими вони стикалися у разі необхідності вирішення спорів, пов'язаних із довірчою власністю, та проаналізувати шляхи їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Перш за все, відсутність інституту трасту у праві конкретної країни свідчила і про відсутність спеціальних колізійних норм для розгляду відповідної категорії справ з іноземним елементом. Це, у свою чергу, означало, що у суду були відсутні достатні підстави для визначення права, що підлягає застосуванню, та, зрештою, для визнання та застосування трасту як специфічного інституту.

Крім того, окремою проблемою, з якою стикалися усі суди країн цивільного права, є проблема кваліфікації трасту. Як відомо, світова доктрина виробила кілька основних підходів до здійснення кваліфікації судом: 1) кваліфікація за *lexcausae*, тобто коли будь-яке поняття та відношення тлумачиться за правом статусу правовідношення, що регулює матеріальні правовідносини (М. Вольф); 2) кваліфікація за *lexfori* (за правом країни суду), тобто коли суд

оцінює обставини справи та юридичні категорії, виходячи з положень власного національного законодавства. Основним аргументом вказаного підходу є те, що суд може оперувати лише власним правом, оскільки інше право (яке регулюватиме відносини, ускладнені іноземним елементом) до застосування колізійної норми ще не було встановлено (Ф. Кан, Е. Бартен); 3) кваліфікація шляхом створення системи автономних понять, закріплених у міжнародних угодах або виокремлених під час здійснення досліджень у сфері порівняльного правознавства (Е. Рабель, Л.А. Лунц).

Проте в частині, що стосується трасту, кваліфікація ускладнювалася тим, що даний інститут відсутній у праві країн цивільного права, а тому кваліфікація за *lex fori* була проблематичною. У зв'язку із цим суди по-різному виходили із даної ситуації, хоча загалом М. Граціадеї називає кілька шляхів: «перший, коли траст був об'єктом процесу перенесення, коли різні аспекти розглядалися окремо, а потім «перекладалися» на відповідні терміни колізійного права країни суду до моменту обрання права. Другий, коли неможливість працювати з інститутом таким чином призводила до відмови у його ефективності відповідно до намірів установника» [2, с. 40-41].

Практично хрестоматійним прикладом першого шляху кваліфікації є справа *Piercy v. ETFAS* (1956 р.) [3, с. 656-657]. Слід наголосити, що дана справа розглядалася майже протягом 60 років – з 1894 р. та до винесення остаточного рішення Трибуналом Орістано (Італія) у 1956 р. У даній справі майор В. Х. Пірсі, доміцильований у Великобританії, на підставі заповіту передав усе належне йому майно, як реальне, так і персональне, у довірчу власність з метою його наступного продажу. Він призначив спільними довірчими власниками свою дружину та трьох дітей. Серед повноважень довірчих власників були, зокрема, право затримати продаж будь-якого майна та продовжувати його звичайне використання, право інвестувати грошові кошти на їх розсуд та інші. Зрештою, після продажу всього майна отримані кошти підлягали розподілу між його дітьми у трьох рівних частинах. Тобто діти мали бенефіціарний інтерес в отриманих під продажу майна коштах.

Серед майна, що належало спадкодавцю, були також сільськогосподарські землі у Сардинії. Після його смерті та до того моменту, як вказані землі були продані довірчими власниками, уряд Сардинії з метою підтримки аграрного сектору ухвалив декрет про реформування у сфері земельних наділів. Відповідно до вказаного декрету всі земельні наділи, площа яких перевищувала встановлений розмір, підлягали примусовому вилученню спеціальною урядовою комісією (ETFAS) з наступним поділом на менші частини та перепродажем фермерам. ETFAS ініціювала судовий позов проти вдови майора Пірсі як однієї з довірчих власників, яка проживала у маєтку на спірних землях. У справу вступили діти майора, які заперечували проти позову з тих підстав, що вдова не є власником цього майна та не має

жодного бенефіціарного інтересу у ньому, вона є виключно пасивним довірчим власником. За таких обставин декрет не міг її стосуватися. Перед судом постало питання про те, яким правом слід керуватися, визначаючи власника земельної ділянки. В італійському праві відсутній інститут трасту, через що виникла проблема кваліфікації. Найбільш тісним правом, яким мали регулюватися дані питання, були колізійні норми спадкового права Італії. Відповідно до італійського колізійного права до праводносин спадкування має застосовуватися право громадянства померлого на момент його смерті, якщо це не суперечитиме публічному порядку. За обставин справи таким правом було право Англії, що, звісно, визнавало інститут трасту. Проте, згідно з Цивільним кодексом Італії, перехід права власності, реєстрація землі та інші питання мали регулюватися за правом її місцезнаходження.

Суд, проаналізувавши конструкцію англійського трасту, дійшов висновку про те, що передача реального майна в Італії (що підпорядковується *lex loci situs*) у довірчу власність порушуватиме італійський публічний порядок та суперечитиме основним принципам права власності в Італії. Перед судом під час розгляду справи постали три варіанти її вирішення: 1) заповіт майора Пірсі у частині, що стосується передачі земель у траст, визнається недійсним, тому перехід права власності на реальне майно, розташоване в Італії, має відбуватися відповідно до законів Англії, які застосовуються за відсутності заповіту; 2) довірчі власники визнаються повними власниками на майно і 3) бенефіціари визнаються повними власниками на майно. Після аналізу всіх обставин справи суд зупинився на третьому варіанті, виходячи з правового принципу італійського права (*favor testamenti*), відповідно до якого суди повинні, наскільки це можливо, слідувати волі померлого, висловленій у заповіті. Оскільки італійське право не розрізняло довірчих власників та бенефіціаріїв, суд ототожнив вигодонабувачів за трастом із дійсними власниками майна. Таким чином, ETFAS, визначаючи розмір земель, які підлягали вилученню, мала враховувати не розмір всієї землі, яка належала майору, а пізніше перебувала у довірчій власності вдови, а розмір земельних ділянок кожного з його дітей.

Ця справа є яскравим прикладом нерозуміння та несприйняття самої суті трасту та намагання віднайти схожий аналог у власному праві. На нашу думку, у наведеній справі суд зрештою прийняв мудре і зважене рішення оскільки він намагався максимально виконувати волю установника (заповідача), тобто враховував, які правові наслідки хотів він досягнути. Проте далеко не всі рішення у справах, пов'язаних із трастами, були такими ж раціональними та успішними. Часто вони призводили до повного викривлення правової природи трасту, а отже, суперечили дійсним намірам установника, з якими він створював відповідний траст.

Загалом можна виділити кілька варіантів, які трасти кваліфікувалися, визнавалися або були уведені у право країн континентального права:

1. Як аналог речового права на майно, обтяжений обов'язком діяти в чужому інтересі. Дійсно, концепція речового права, що існує в континентальному праві, досить близька до концепції *resinrem*, що існує в загальному праві. Їх поєднує те, що в центрі стоїть майно, а не особа. Як правило, у трастоподібних конструкціях речовим правом наділений або установник (якщо право власності не переходить до довірчого власника), або довірчий власник. Бенефіціари мають переважно персональні або зобов'язальні права на майно.

2. Як аналог договору, тобто певного зобов'язального правовідношення, за яким довірчий власник, будучи юридично власником майна, зобов'язаний управляти майном або вчиняти інші дії на користь третіх осіб – бенефіціарів, які власниками майна не є. Це міг бути договір комісії, зберігання, агентський договір або інші варіанти договірних конструкцій, що існують у країнах континентального права. Ми не будемо зупинятися на всіх відмінностях трасту та договору, зазначимо лише, що кваліфікація трасту через поняття договору суперечить його суті, хоча за певних обставин дозволяє максимально досягнути цілей, поставлених установником.

3. Як аналог юридичної особи. До прикладу, відомий компаративіст П. Леполь вважав, що найкращий спосіб створити цивільничний траст – це наділити його правосуб'єктністю та зробити новим видом юридичної особи [Див. 4, с. 7]. Водночас попри те, що наявна значна схожість між юридичною особою та трастом, є й відмінність. Так, юридична особа є окремим утворенням зі своїми власними інтересами, правами та обов'язками, які можуть і не збігатися з інтересами вигодонабувачів. Водночас у трасті правами та обов'язками наділені сторони трасту, перш за все довірчі власники та бенефіціари. Як підкреслює Л. Сміт, персоніфікація трасту «не означає, що довірчі власники ігноруватимуть інтереси бенефіціарів, але бенефіціари будуть обов'язково понижені до заінтересованих третіх осіб у вирішальних відносинах між довірчим власником та персоніфікованим трастом, як акціонери у відносинах між директорами та їхньою компанією» [1, с. 262].

Цікава концепція знайшла своє відображення у квебекському трасті. Там траст розглядається як нова форма юридичного суб'єкта (*legalactor*), який не є ані юридичною особою, ані фізичною особою [4, с. 7].

4. Як аналог концепції *patrimony*. Ця концепція добре відома в континентальній Європі. Вона не має нічого спільного з концепцією *patrimonium*, що існувала у Римському праві, а була розвинута цивілістами наприкінці 19 століття [Див. 5, с. 608-609]. Загалом, термін *patrimony* можна перекласти як «власність», «право власності» або «майно» конкретної особи (*estate*) або фонд (*fund*). Проте такий переклад є досить приблизним та умовним, оскільки у різних країнах, а відповідно, і в різних мовах зміст цих термінів дещо відрізняється. Як наголошують компаративісти, порівнюючи

поняття *patrimony* та *estate*, «юристи країн загального права використовують ідею «майна» (*estate*). Проте, окрім нечастих випадків використання її як прямого перекладу міжнародних конвенцій, це абсолютно різні речі» [4, с. 69-70]. Основна відмінність між цивільничною ідеєю «*patrimony*» та «*estate*», що існує у загальному праві, полягає в тому, що перша включає негативну економічну вартість, тобто включає борги поряд з існуючим майном, а також майбутнє майно та зобов'язання. Водночас *estate* завжди мають позитивне значення та існують на даний момент [4, с. 71].

Класична теорія полягає в тому, що *patrimony* є невід'ємною частиною правосуб'єктності; кожна особа має *patrimony* і кожна *patrimony* належить особі. При цьому, як додає Г. Греттон, «ніхто не може мати більше ніж одну *patrimony*, хоча цивільнична традиція виробила застереження до цього принципу. Окрім звичайної *patrimony*, особа має право іноді мати «спеціальну *patrimony*... Майно спеціальної *patrimony* відмежоване від загальної *patrimony* і деякою мірою цивільнична традиція допускає відмежування також і обов'язків. Дійсне відмежування – це ключ до доктрини *patrimony*, а вона є ключем до трасту. Іншими словами, траст є спеціальною *patrimony*», – підсумовує він [5, с. 609-610].

Про те, наскільки вищенаведений висновок Г. Греттона є правильним або має право на існування, можна дискутувати довго, однак саме ця концепція поєдналася з концепцією трасту у законодавстві та науці країн цивільного права та змішаних юрисдикцій. Як підкреслює Р. Валсан, «вона дозволяє відмежувати трастове майно як від особистого майна довірчого власника, так і від кредиторів. Справжнє відмежування дозволяє робити зміни та нарахування на траст фонд, не впливаючи на існування фонду в цілому» [4, с. 9]. До прикладу, інститут *fiducie* у Франції передбачає відділення трастового майна від особистої *patrimony* фідучіарія. У шотландському праві трастове майно є *patrimony* установника, відділене від особистої *patrimony* останнього, а у праві Квебека довірчий власник управляє *patrimony*, яка не належить йому [Див. 1, с. 266].

5. Як аналог специфічних повноважень. Ще однією сучасною точкою зору на природу трасту, яка особливо поширена у Південній Африці, є те, що траст є повноваженнями (*office*). Її прихильником є М.Дж. Вааль. Відповідно до цієї теорії довірчий власник скоріше отримує повноваження (*occure an office*), аніж є стороною у договорі. Це пояснює, чому смерть, розмова недієздатність або відсутність трасті призводить просто до обрання нового довірчого власника, а не до припинення відносин трасту. З такої точки зору траст як повноваження уже не є суто приватноправним інститутом, він має публічно-правові елементи, серед яких – контроль судів за виконанням різних аспектів трасту, таких як нагляд за управлінням трастом та зміною трасту [Див. 4, с. 6-7].

Отже, можна підсумувати, що немає єдиного способу кваліфікації трасту у країнах

цивільного права та змішаних юрисдикцій. Кожен із них має свої плюси та мінуси, проте прийнятність вибраного способу кваліфікації може оцінюватися лише через призму рівня досягнення намірів установника. При цьому найбільшою проблемою як для суду, так і для сторін справ, пов'язаних із трастами, є *непередбачуваність* правових наслідків розгляду справи та *залежність* від суб'єктивності конкретного судді – його освіченості, професійності та компетентності у міжнародному приватному та компаративному праві, оскільки саме конкретний суддя, не знаючи та не розуміючи суті трасту, має на свій страх і ризик кваліфікувати іноземний інститут через категорії, що наявні у його власному праві.

З наведеного можна зробити ще один важливий висновок: недостатньо намагатися кваліфікувати кожен конкретний траст, виходячи з конкретних обставин справи. Враховуючи складність та неоднозначність питання, судова практика може значною мірою різнитися навіть у межах однієї країни (не кажучи вже про практику судів у різних країнах), що суперечить одному із фундаментальних принципів правосуддя щодо необхідності забезпечення однакового застосування закону.

За таких обставин на перший план виходить міжнародне співробітництво, що полягає у вивченні та взаємному дослідженні інституту трасту, трастоподібних конструкцій та практики їх застосування з метою уніфікації підходів до розуміння основних правових категорій та їх правової природи. Розуміючи важливість визнання трастів у країнах цивільного права, ще у 1937 році у Парижі, під час Міжнародного тижня права, присвяченого Всесвітній виставці, відбулося перше міжнародне обговорення наявних проблем. Із доповідями стосовно трасту виступили представники Бельгії, Бразилії, Канади, Франції, Японії, Польщі та Швейцарії [6, с. 19].

З того часу на міжнародному рівні систематично проходять обговорення доцільності й ефективності інституту трасту та перспектив його визнання та уведення у право країн, яким цей інститут невідомий. Одним із найбільших досягнень стало прийняття на **XV сесії Гаазької Конференції з міжнародного приватного права Конвенції про право, що застосовується до трастів та їх визнання, від 1 липня 1985 року** [7]. Зазначена Конвенція була ратифікована низкою країн, що класично належать до континентальної системи права. Конвенція містить низку колізійних норм, які дають підстави для визнання трастів.

У 1999 році групою відомих учених на чолі з Д.Дж. Хейтоном були розроблені **Принципи Європейського трастового права** [8], які визнані керівними доктринальними початками для розвитку трастового права в Європейських юрисдикціях. Крім того, у частині країн континентальної системи права траст або його близькі аналоги або фактично визнаються, або навіть уже введені у цивільне законодавство.

Слід зазначити, що початок нового тисячоліття, який знаменується загальносвітовими

інтеграційними процесами, дав поштовх новим дослідженням шляхів розвитку інституту трасту, переосмисленню його поняття, правової природи та основних концептуальних засад як в окремих країнах, зокрема і тих, що належать до загальної системи права та яким відомий цей інститут, так і на міжнародному рівні. До прикладу, у 2008 році свій багатосторінковий звіт щодо вдосконалення наявного трастового законодавства надала Комісія з реформування інституту трасту Ірландії [9], у 2013 – аналогічна Комісія Нової Зеландії [10]. Це свідчить про те, що розвиток цього інституту не лише не стоїть на місці, навпаки – він активно розвивається та змінюється навіть у рамках загальної системи права. Не стоять осторонь і ті країни, що традиційно дотримуються концепції неподільності права власності, які так само активно вивчають, порівнюють та по-новому аналізують конструкцію трасту. Це все говорить лише про те, що увага до трасту як специфічного інституту дедалі збільшується. І це можна просто пояснити. До прикладу, як слушно зауважує Т. П. Галланіс, країни континентальної Європи зацікавлені у трасті, перш за все, з комерційних причин, оскільки траст є механізмом для передачі сімейного майна, а також для досягнення низки комерційних та благодійних цілей [11, с. і]. Європейські дослідники також підтверджують, що у кількох європейських країнах різноманітні угоди вимагають використання трастів; постійно зростає кількість судових справ, пов'язаних із трастами; на Європейському рівні приймаються нормативні акти Європейського Союзу, які визнають існування трастів або регулюють правочини, які включають як трасти, так і інші інвестиційні механізми [12, с. 3].

Важливо зазначити, що у 2008 році Квебекський Дослідницький центр приватного та порівняльного права на факультеті права Університету МакГілла (*Quebec Research Centre of Private and Comparative Law at the Faculty of Law McGill University*), очолюваний професором Л. Смітом, започаткував амбітний проект стосовно трастів у країнах цивільних та змішаних юрисдикцій, маючи на меті дослідити шляхи, як трастові інститути були імплементовані та зрозумілі в контексті цивільного права власності. Цілі цієї програми, природно, включали вдосконалене розуміння різних шляхів, якими траст міг бути та був інкорпорований у цивільне право. Це, за словами Л. Сміта, «вимагало аналізу фундаментальних категорій цивілістичної юридичної думки, включаючи *«personality»*, *«patrimony»*, *«ownership»*, *«obligation»*. Для тих цивільних систем, які розглядають можливість імплементації інституту трасту, ці уроки з усього світу можуть бути неоціненними» [1, с. 1-2].

У 2009 р. дослідницька комісія з питань цивільного кодексу спільно з дослідницькою групою з приватного права ЄС (*Acquis Group*) підготувала остаточну версію **«Принципів, визначень та модельних правил європейського приватного права»** (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, далі – DCFR) [13]. DCFR мають особливо велике значення для всієї науки цивільного права Єв-

ропи, зокрема і для України, оскільки під час її підготовки автори аналізували та намагалися гармонізувати правові норми та практику їх застосування у країнах загального та континентального права. На думку Н.Ю. Рассказовой, «DCFR є важливим кроком на шляху примирення правових систем цивільного права та загального права» [14, с. 5]. Особливо це стосується розділу X, повною мірою присвяченому трастам.

Висновки

1. Не існує єдиного способу кваліфікації трасту у країнах цивільного права та змішаних юрисдикцій. Іноді, розглядаючи справи, суди кваліфікують траст як аналог: 1) речового права на майно, 2) юридичної особи, 3) договору, 4) концепції *patrimony* або 5) як специфічні повноваження на майно. Кожен із підходів до кваліфікації має свої плюси та мінуси, проте прийнятність обраного підходу може оцінюватися лише через призму рівня досягнення намірів установника.

2. Найбільшою проблемою для суду та для сторін при кваліфікації трастів є непередбачуваність правових наслідків розгляду справи та залежність від суб'єктивності судді, оскільки саме конкретний суддя, не знаючи та не розуміючи суті трасту, має кваліфікувати незнайомий йому іноземний інститут через категорії, що наявні у його власному праві. За таких обставин судова практика може значною мірою різнитися навіть у межах однієї країни (не кажучи вже про практику судів у різних країнах).

3. Процес визнання трасту частиною країн континентальної системи права пройшов складний і тривалий шлях. Для уніфікації, переосмислення та формування нових підходів як в окремих країнах, так і на міжнародному рівні протягом кількох десятиків років працювали групи досвідчених міжнародників-компаративістів, робота яких зрештою дала позитивний результат. І хоча кожна країна вибрала свій унікальний шлях уведення трасту (або його аналога, трастоподібної конструкції) у своє право, зараз можна впевнено говорити про те, що траст не суперечить публічному порядку країн цивільного права, він може абсолютно природно співіснувати з іншими більш традиційними інститутами, у тому числі з правом власності та правами на чуже майно.

Список використаних джерел:

1. Smith L. Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law // UK : Cambridge University Press, 2012. – 284 p.
2. Graziadei M. Recognition of Common Law Trusts // Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law, edited by Smith L. // UK : Cambridge University Press, 2012. – P. 29-82.
3. Kodilinye G. The Hague Convention on the Law Applicable to the Trust and on Their Recognition: Implementation in Italy // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 43. (July 1994). – P. 654-661.
4. Valsan R. Trusts and Patrimonies. Edinburgh Studies in Law. Volume 12 // Edinburgh University Press. – 2015. – 272 p.
5. Gretton G. L. Trusts Without Equity // International & Comparative Law Quarterly, – Volume 49, Issue 3, July 2000. – P. 599-620.
6. Наумова Т. Л. Институт доверительного управления имуществом в гражданском праве Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Т. Л. Наумова; Кубанский государственный аграрный университет, 2002. – 183 с.
7. Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.pdf&cid=59.
8. Principles of European Trust Law. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, H.L.E. Verhagen. Kluwer Law International. – 1999. – 215 p.
9. Report on Trust Law // Scottish Law Commission. – 2014. – 374 p. // http://www.scotlawcom.gov.uk/files/4014/0904/0426/Report_on_Trust_Law_SLC_239.pdf.
10. Review of the Law of Trusts. Preferred Approach – Issues Paper 31 // New Zealand. – Wellington. – 2012 // <http://ip31.publications.lawcom.govt.nz>.
11. Gallanis T. P. Trust in Continental Europe: A Brief Comment from a U.S. Observer / T. P. Gallanis // The Columbia Journal of European Law Online. Vol. 18, 2012. – Pp. i-iv.
12. Commercial Trusts in European Private Law (The Common Core of European Private Law) // Graziadei M., Mattei U. Smith L. Cambridge University Press. – 2009. – 584 p.
13. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) // http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf.
14. Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Рассказова Н. Ю. – М. : Статут, 2013. – 989 с.

Статья посвящена теоретическим и практическим проблемам признания и квалификации трастов, созданных по иностранному законодательству, при рассмотрении дел в странах, где отсутствует данный институт. Эти проблемы, в общем, являются типовыми, поэтому их изучение, а также анализ способов их решения являются особенно интересными для Украины, которой еще предстоит выработать собственные варианты решения этого вопроса. Отдельное внимание в статье посвящено анализу направлений международного сотрудничества в сфере унификации и гармонизации подходов к пониманию трастов и формированию общих правовых норм в части их регулирования.

Ключевые слова: трасты, трастоподобные конструкции, квалификация траста, признание траста, имущественные права, patrimony, суд.

The article is devoted to theoretical and practical problems of the recognition and qualification of trusts created under foreign law in court cases in countries where this institute is absent. These problems, in general, are typical, therefore their thorough research, as well as analysis of ways to overcome them, is particularly interesting and relevant for Ukraine, which still has to work out its own options for solving this issue. Particular attention is paid to the analysis of the directions of international cooperation in the field of unification and harmonization of approaches to the understanding of trusts and the formation of general legal norms in the part of their regulation.

Key words: trusts, trust-like constructions, qualification of trusts, recognition of trusts, patrimony, court.



УДК 347.4

Петро Гуйван,

канд. юрид. наук,
заслужений юрист України, професор
Полтавського інституту бізнесу
Міжнародного науково-технічного університету імені академіка Юрія Бугая

ЗНАЧЕННЯ ТЕМПОРАЛЬНИХ ЧИННИКІВ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ. ПРИНЦИП ПРАВОВОЇ ВИЗНАЧЕНОСТІ ЯК РЕГУЛЯТОР СТАБІЛЬНОСТІ СУДОЧИНСТВА ТА НЕЗМІННОСТІ ОСТАТОЧНИХ РІШЕНЬ (ЧАСТИНА 4)

*У статті здійснено аналіз доктринальних позицій та європейської правозастосовної практики стосовно змісту поняття «правова визначеність» та його ролі в забезпеченні ефективного темпорального регулювання під час здійснення правосуддя. Досліджено сутність визначальної ідеї *res judicata* та її роль для забезпечення незмінності судових вердиктів. У теоретичному та методологічному аспектах розглянуто питання неможливості застосування зворотної дії правової норми. Встановлено характерні ознаки інших темпоральних елементів принципу правової визначеності.*

Ключові слова: правова визначеність, зворотна дія норми права, остаточне судове рішення.

Принцип правової визначеності вважається одним із визначальних та конструктивних засад верховенства права. Він також є основоположним чинником міжнародного та національного права сучасних цивілізованих держав [1]. При цьому європейські юридичні інституції схильні кваліфікувати його як невід'ємний елемент верховенства права. Приміром, Європейська Комісія за демократію через право (Венеційська Комісія) у Доповіді щодо верховенства права зазначила, що одним зі складників верховенства права є правова визначеність: вона вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними [2, п. 46].

Принцип правової визначеності має ключове значення для європейського права і часто використовується у практиці Суду ЄС та Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Оскільки згідно зі ст. 17 Закону України від 23 лютого 2006 року «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачено застосування судами під час розгляду справ Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та практики Європейського суду з прав людини як джерел права, він також має застосовуватися у здійсненні правотворення та правосуддя на національному рівні. Дотримання вимог принципу правової визначеності наблизить українське законодавство до європейських правових стандартів, сприятиме вдосконаленню механізмів правотворчості й правореалізації, слугуватиме додатковою гарантією захищеності людини від свавілля державної влади [3, с. 73-84].

Зміст поняття «правова визначеність» можна встановити з аналізу прецедентної практики ЄСПЛ, в якій формулюються вимоги даного принципу. Зокрема, у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (рішення від 25 листопада 1999 р.) Суд вказав, що однією з вимог, яка впливає зі словосполучення «встановлений законом», є передбачуваність. Норму не можна вважати «законом», якщо вона не сформульована досить чітко, що дає особі можливість керуватися цією нормою у своїх діях. Ступінь чіткості, що мають забезпечувати формулювання національних законів і що в жодному разі не може охопити всі непередбачувані обставини, значною мірою залежить від змісту певного документа, сфери, на яку поширюється закон, а також від кількості та статусу тих, кому він адресований [4, п. 31].

Аналіз правової визначеності як принципу та її зв'язок з іншими визначальними чинниками справедливого судочинства та верховенства права проведений такими дослідниками, як О. Беляневич, Л. Богачова, С. Головатий, В. Кернз, М. Козюбра, Ю. Матвеева, С. Погребняк, А. Приймак, М. Сидоренко, Л. Ушакова, А. Хворостянкіна та інші. Втім наразі як у доктрині, так і в судовій практиці не досягнуто єдиноманітного розуміння правової визначеності, її зміст тлумачиться по-різному. Одні науковці надають йому занадто вузького значення – виключно як вимоги до визначеності правової норми, інші вважають даний принцип загальноправовим та універсальним. Але при цьому, навіть у межах останньої концепції, достатньої уваги темпоральним його проявам у літературі не приділено. Тож саме на дослідження цього аспекту і спрямована дана наукова праця.

У наукових публікаціях правова визначеність постулюється як один із важливих принципів правової системи, який включає низку вимог до прийняття, дії та застосування нормативно-правових актів. У темпоральному вимірі даний принцип включає в себе такі вимоги: непорушність та нескасовуваність набутих прав, сталість та незмінність судових рішень, що набули чинності, неприпустимість зворотної сили закону і неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування. Правова визначеність у вигляді стабільності відносин у часі найбільш наочно проявляється на рівні правозастосування, де вона забезпечує сталість та незмінність судових рішень. Іншими словами, принцип правової певності гарантує стабільність остаточних рішень судів.

У цьому сенсі він вимагає, крім іншого, щоб у разі винесення судами остаточного судового рішення воно не підлягало перегляду. Власне, сталість та незмінність остаточного судового рішення, що вступило в законну силу, забезпечується через реалізацію відомого принципу *res judicata* («вирішена справа» – лат.). Інакше кажучи, застосування поняття *res judicata* означає, що справа вирішена по суті, усунута спірність чи невизначеність ситуації і рішення є остаточним та незмінним. Керуючись цим ustalеним підходом, остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності. Він передбачає повагу до вирішеної справи і не припускає повторного її розгляду.

Неможливість скасування остаточного судового рішення, яке набрало чинності, є однією з головних гарантій стабільного правового становища особи, адже судові вердикти повинні бути зрозумілі, чіткі та стабільні в часі. Європейський суд з прав людини, розкриваючи принцип правової визначеності при перегляді остаточного рішення, неодноразово вказував, що вона передбачає повагу до принципу *res judicata*. Цей принцип підкреслює, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення лише з метою повторного слухання та нового вирішення справи. Повноваження судів вищої інстанції переглядати справи повинне використовуватись для виправлення судових помилок та неправильності у здійсненні правосуддя, а не для проведення нового розгляду справи. Перегляд справи не повинен розглядатися як замаскована апеляція, а сама лише можливість існування двох точок зору на предмет не є підставою для повторного розгляду справи. Відхилення від цього принципу виправдане лише в тому разі, коли воно здійснене як зумовлене обставинами значного та непереборного характеру. З урахуванням викладеного ЄСПЛ зафіксував порушення права заявника Васильєва на справедливий суд (справи «Васильєв проти України» [5, п. 61, 63], «Рябих проти Росії» [6, п. 52]).

При цьому Суд неодноразово вказував на неефективність та несправедливість правових систем окремих держав у частині скасування судових рішень, що набули статусу остаточних, у порядку нагляду за протестами прокурорів чи голів суду. Наприклад, під час розгляду справи «Васильєв проти України» було встановлено, що ухвалою Президії обласного суду від 27 червня 2001 року було скасовано рішення касаційної інстанції, винесене на користь заявника. У зв'язку з цим Суд зазначив, що коли мають місце спеціальні судові процедури, практика Суду, за дуже незначним винятком, оцінює їх з погляду сумісності з принципом юридичної визначеності. Не обмежене часовими рамками повноваження Генерального прокурора клопотати про скасування остаточного рішення та спосіб, у який Верховний Суд розглядав такі клопотання, порушували принцип юридичної визначеності. Ці висновки підтверджені практикою Суду з цього питання.

Оскільки в Україні вже скасовано можливість перегляду остаточних судових вердиктів у порядку нагляду, в контексті принципу правової певності чинником, що може суттєво впливати на тривалість судового розгляду спору, є перегляд рішення за нововиявленими обставинами. Європейський суд закликає країни – учасниці конвенції запровадити такий національний правовий підхід до цього питання, який би не дозволив безпідставний перегляд рішення, що набуло статусу остаточного. Тут треба бути дуже обережним та виваженим. Бо, насправді, демократична процедура скасування остаточного, що вступило у законну силу, судового рішення, якщо є переконливі докази, які раніше не були об'єктивно доступними і які можуть призвести до іншого результату судового розгляду, може перетворитися в інструмент невинного свавілля.

За своєю ідеєю стадія процесу стосовно перегляду рішення суду за нововиявленими обставинами спрямована на відновлення справедливості. Це досягається шляхом надання суб'єкту правової можливості вимагати скасування рішення з огляду не те, що під час вирішення справи суду не були відомі важливі обставини, які могли вплинути на його результат. Скасування рішення на цій стадії залежить від того, чи задовольняють фактори, на які посилається особа, що пред'являє відповідну вимогу, встановленим законодавством критеріям. Йдеться про те, що заявник мусить довести, що дійсно обставина є нововиявленою, що він не мав можливості подати доказ існування даної обставини до закінчення судового розгляду і що така обставина має важливе значення для вирішення справи.

Якраз з огляду на те, що реалізація процедури перегляду судового рішення за нововиявленими обставинами призводить до скасування рішення, що вступило в законну силу, досить актуальною видається проблема можливого її перебування в суперечності з принципом правової визначеності у тому контексті, як він обстоюється в тлумаченнях Європейського Суду. У низці своїх рішень ЄСПЛ розкриває зміст

цього принципу. Показовою у цьому сенсі прийнято вважати справу «Брумареску проти Румунії» (*Brumarescu v. Romania*), розглядаючи яку Суд підкреслив, що «право на справедливий судовий розгляд судом, яке гарантується пунктом 1 статті 6 Конвенції, повинно тлумачитися в світлі преамбули до Конвенції, яка у відповідній частині свідчить, що принцип верховенства права є спільною спадщиною Високих Договірних Сторін. Одним з основних аспектів принципу верховенства права є принцип правової визначеності, який вимагає, крім іншого, щоб у разі винесення судами остаточного судового рішення воно не підлягало перегляду» [7, п. 61]. Перегляд не повинен розглядатися як замасковане оскарження, і одна лише можливість двох поглядів у справі не може служити підставою для перегляду. Відхилення від цього принципу виправдано, тільки якщо це необхідно за наявності істотних і безперечних обставин [6, п. 51, 52]. Отже, скасування рішення суду, яке набрало чинності, в порядку його перегляду за нововиявленими обставинами цілком може бути предметом дослідження Європейським судом стосовно можливого порушення принципу *res judicata* – остаточності судового вердикту.

За великим рахунком, на переконання ЄСПЛ, процедура перегляду остаточного рішення сама по собі не суперечить принципу правової визначеності, якщо вона використовується для виправлення судових помилок. Юридичний механізм перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами застосовується у правових системах багатьох країн – членів Ради Європи. Але необхідною умовою при цьому повинно бути його застосування у спосіб, сумісний зі статтею 6 Конвенції. Як приклад неналежного застосування національними судами вказаної процедури, можемо навести таке. Скажімо, національні суди Росії як обставини, що мали статус нововиявлених, використали Роз'яснення Міністерства праці і соціального розвитку Російської Федерації від 29 грудня 1999 «Про застосування обмежень, установлених Федеральним законом «Про порядок обчислення і збільшення державних пенсій». Натомість Європейський суд із цим не погодився, визнавши, що заява Управління Пенсійного фонду від 21.08.2000 про перегляд справи за нововиявленими обставинами була, по суті, справою заново оскаржити результат судового розгляду у справі. При цьому було враховано, що Управління Пенсійного фонду могло поставити всі вказані питання під час розгляду справи в суді касаційної інстанції, але воно цього не зробило. З огляду на це ЄСПЛ визнав, що заява Управління Пенсійного фонду є «завуальованим оскарженням», а не добросовісною спробою виправити судову помилку. Тож задоволення національними судами заяви про скасування такого, що набуло законної сили, судового рішення порушило принцип правової визначеності та право заявника на «доступ до правосуддя», гарантованого пунктом 1 статті 6 Конвенції [8, п. 25, 26].

Інший приклад – справа «Желтяков проти України». 28 вересня 2007 року національний суд задовольнив заяву відповідача про перегляд рішення, винесеного 5 квітня 2000 року та призначив новий розгляд справи. Підставою для цього визначено той факт, що експерти Бюро, які готували висновок під час первинного розгляду спору, діяли як приватні особи, а не від імені Бюро. З цього приводу суд зазначив, що висновок не містив печатки і реєстраційного номеру Бюро. Таким чином, суд дійшов висновку, що вимоги його ухвали від 1 червня 1999 року не було дотримано, і вирішив, що це є «нововиявленою обставиною». Аналізуючи обставини даного процесу, ЄСПЛ дійшов висновку, що відновлення першого провадження та скасування остаточного рішення суду від 5 квітня 2000 року порушили принцип юридичної визначеності. Суд зазначає, що хоча саме національні суди оцінюють факти та надані їм докази (рішення у справі «Гарсія Руїс проти Іспанії» (*Garcia Ruiz v. Spain*) [9, п. 29], Суд вважає, що такий висновок є сумнівним. Зокрема, звертається увага на те, що відсутність у висновку від 5 серпня 1999 року печатки та реєстраційного номеру Бюро не приховувалась від суду або сторін протягом першого розгляду справи.

У будь-якому разі Суд зазначає, що ситуація не вимагала такого грубого втручання в остаточне рішення суду. Немає жодних підстав вважати, що воно стосувалося серйозного порушення процесуальних норм. Також не стверджувалось, що висновок був «свідомо неправильним». Навпаки, місцевий відділ міліції відмовив у порушенні кримінальної справи за заявою голови Асоціації щодо вчинення злочину експертами, які готували висновок, у зв'язку з її необґрунтованістю. Тому Суд вважає, що скасування судового рішення від 5 квітня 2000 року було не виправданим, а тому мало місце порушення пункту 1 статті 6 Конвенції [10, п. 46-48]. Отже, у подібних справах Суд має визначити, чи здійснювали органи влади свої повноваження порушити та провести екстраординарну процедуру перегляду судової постанови таким чином, щоб забезпечити, наскільки це можливо, справедливу рівновагу між інтересами відповідної особи та необхідністю підтримання ефективності системи судочинства [11, с. 10-11].

Українське законодавство та правозастосовне тлумачення не є надто послідовними у визначенні дефініції нововиявлених обставин, що часом ускладнює вирішення конкретних судових справ. Так, ст. 361 ЦПКУ, здавалося б, дає чіткий перелік обставин, які можуть визнаватися нововиявленими. Приблизно такою ж є позиція Верховного Суду України, викладена в постанові від 16.09.2014 у справі № 3-108гс14: «До нововиявлених обставин можуть бути віднесені матеріально-правові факти, на яких ґрунтуються вимоги і заперечення сторін, а також інші факти, які мають значення для правильного вирішення спору. Необхідними ознаками нововиявлених обставин є їх наявність на час розгляду справи та те, що ці

обставини не могли бути відомі заявнику на час розгляду справи» [12]. Але Пленум ВССУ від 30.03.2012 «Про застосування цивільного процесуального законодавства при перегляді судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами» дає дещо інше визначення цих факторів: нововиявлені обставини – це юридичні факти, які мають істотне значення для розгляду справи та існували на час розгляду справи, але не були і не могли бути відомі заявнику, а також обставини, які виникли після набрання судовим рішенням законної сили та віднесені законом до нововиявлених обставин [13, п. 3]. Тож виникає питання стосовно віднесення до таких чинників змін у чинному матеріальному законодавстві України.

Принцип правової визначеності найбільше вивчений як сукупність вимог до організації та функціонування правової системи з метою забезпечення перш за все стабільного правового становища індивіда шляхом вдосконалення процесів правотворчості та правозастосування [14, с. 54]. Разом із тим зміст принципу правової визначеності не обмежується вимогами до нормативно-правових актів. У юридичній науці він переважно розглядається у більш широкому аспекті й охоплює такі прояви, як непорушність і нескасовуваність набутих законних прав (vested rights); законність очікування (legitimate expectations) – право особи у своїх діях розраховувати на сталість наявного законодавства, а отже, незворотності закону й неможливість застосування закону до особи, яка не могла знати про його існування (non-retroactivity) [15, с. 128–129; 16, с. 41]. У даному контексті поняття принципу правової визначеності має вигляд принципів, згідно з якими закон не має зворотної сили та не діє перехідне право.

Більшість науковців наголошує на застосуванні часових критеріїв при реалізації принципу правової визначеності. Вони поділяють даний принцип на два субпринципи: 1) неможливість зворотної дії законодавства, окрім випадків, коли законодавчі цілі не можуть бути досягнуті іншим чином, за умови, що дотримано принцип захисту легітимних очікувань; 2) захист легітимних очікувань, при цьому очікування визнаються легітимними, якщо вони є розумними, тобто відповідають реальним сподіванням «обережної людини» [17, с. 42]

Саме через вказані елементи досліджуваного принципу проявляється на етапі правозастосування значення темпоральних чинників закріплення реального змісту правової визначеності. Інакше кажучи, ці вимоги стосуються визначеності законодавства, визначеності повноважень та визначеності судових рішень. Так, окремі процедурні вимоги стосуються обов'язкового оприлюднення нормативно-правових актів, заборони їх зворотної дії, послідовності правотворчості, забезпечення достатнього часу для змін у системі правовідносин у разі зміни закону чи прийняття нового, розумної стабільності права. У цьому сенсі термін «стабільність» означає «стійкість, сталість, незмінність».

За правилом, судове врегулювання спорів щодо прав та обов'язків суб'єктів цивільних від-

носин має відбуватися на основі матеріального законодавства, що існувало на час виникнення спору. Разом із тим ретроспективність цивільного законодавства категорично не заборонена нормами Конвенції і, в принципі, може бути застосована (рішення у справі Ей, Бі, Сі та Ді проти Сполученого королівства) [18, п. 23]. Тим не менше, коли питання стосується ефективного засобу правового захисту, цей засіб правового захисту має існувати з достатньою мірою певності (справа «Воробійова проти України») [19, п. 68]. Інакше кажучи, українське законодавство у цивільних провадженнях не забороняє застосування нових положень зі зворотною силою, але виключно тоді, коли зворотна дія даних актів, по-перше, встановлена в них самих, по-друге, якщо такий темпоральний прояв не суперечить принципу, вираженому у ст. 58 Основного Закону України: закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Отже, Стаття 6 Конвенції обмежує будь-яке втручання зміненого законодавства з метою вплинути на рішення суду у здійсненні правосуддя, за винятком випадків, коли таке втручання відбувається на «неспростовних підставах у загальних інтересах» (справа «Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France» (Зелінський і Прадель та Гонсалес і інші проти Франції) [20, п. 57, 59], справа «Scordino v. Italy» (Скордіно проти Італії) [21, п. 78]).

Особлива увага Суду в таких випадках приділяється тоді, коли наступна зміна нормативних приписів призводить до покращення правового становища держави чи органів владних повноважень як учасників процесу. Приміром, Суд виявив такі порушення Конвенції: втручання законодавства у випадку, коли провадження, у якому держава була стороною, розглядалося вже протягом дев'яти років і заявники вже мали остаточне рішення проти держави, з метою впливу на неминучий результат справи на користь держави (справа «Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece» (Стрен Грік Рифайнеріз і Стратіс Андреадіс проти Греції) [22, п. 48, 50], видання закону на останньому етапі розгляду справи перед судом касаційної інстанції, який на практиці вирішував важливі питання і робив подальший розгляд спору неважливим (справа «Papa-georgiou v. Greece» (Папагеоріу проти Греції) [23, п. 34-36]), рішення апеляційного суду, засноване, навіть другорядно, на законі, що був виданий у процесі розгляду справи та вплинув на її результат (справа «Anagnostopoulos and Others v. Greece» (Анагностопулос та інші проти Греції) [24, п. 20, 21]). У цьому разі, оскільки нова редакція закону мала істотний вплив на неминучий результат справи на користь держави, ЄСПЛ кваліфікував такі дії як недотримання національними судами права на справедливий суд.

У зв'язку з цим Суд дотримується думки, що застосування зворотного в часі цивільного процесуального законодавства порушуватиме принцип юридичної визначеності та буде несун-

місним із нормами закону, якщо це позбавляє особу доступу до засобів правового захисту, які мали би бути ефективними згідно з положеннями п. 1 статті 35 Конвенції. Як результат, Європейський суд з прав людини підкреслює: повага до принципу верховенства права та поняття справедливого судового розгляду вимагає, щоб усі підстави застосування зворотної сили закону аналізувалися з особливою пильністю. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ вказує, що не може вважатися нововиявленою обставина, яка ґрунтується на переоцінці тих доказів, які вже оцінювалися господарським судом у процесі розгляду справи [25, п. 2]. З урахуванням практики Європейського суду дане роз'яснення слід доповнити вказівкою на недопустимість не лише судової переоцінки доказів та інших обставин справи, а й використання правозастосовним органом актів законодавства у зворотному порядку, навіть якщо в подальшому вони по-іншому регулюють ті чи інші суспільні відносини.

Висновки

З проведеного дослідження можемо зробити певні висновки. Правова визначеність під час здійснення правотворення і правосуддя полягає в тому, що застосування права та судові рішення у кожній конкретній ситуації має бути передбачуваним. Цей принцип передбачає, що норми, які приймаються і використовуються в суді, не можуть бути застосовані до непоінформованих про них осіб. Отже, слід на законодавчому рівні у відповідних процесуальних кодексах запровадити правило про обов'язковість встановлення національними судами моменту офіційного оприлюднення актів та відповідності способу такого оприлюднення встановленому законом. Із цього приводу необхідно провести відповідні навчання суддів та закріпити правило в Постанові Пленуму Верховного Суду. Також слід не допускати застосування правових актів «заднім числом», посилити контроль за виконанням даної вимоги принципу правової визначеності. Для досягнення більшої ефективності у цьому питанні слід нормативно встановити компенсаційні виплати особам, що потерпіли від нехтування національними судами принципом правової визначеності під час справляння правосуддя.

Список використаних джерел:

1. Доповідь Генерального секретаря ООН: Панування права и правосуддя перехідного періоду в конфліктних та пост-конфліктних суспільствах (S/2004/616). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/31/PDF/N0439531.pdf>.
2. Доповідь № 512/2009 Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) «Верховенство права» (Доповідь схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року), [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr).

3. Гультай М. Правова визначеність у рішеннях Конституційного Суду України / М. Гультай, І. Кияниця // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 5. – С. 83–93.

4. Рішення ЄСПЛ від 25 листопада 1999 року у справі «Гешмен і Герруп проти Сполученого Королівства» (Hashman and Harrup v United Kingdom), заява N 25594/94. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/hashman-and-harrup-v-the-united-kingdom-echr-25-nov-1999/>.

5. Рішення ЄСПЛ від 21 червня 2007 року у справі «Васильєв проти України» (заява № 11370/02). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_258.

6. Рішення ЄСПЛ від 24 липня 2003 року у справі «Рябих проти Росії» (заява № 52854/99). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.echr.ru/documents/doc/new/003.htm>.

7. Рішення ЄСПЛ від 28 жовтня 1999 року у справі «Брумареску проти Румунії» (заява № N 28342/95). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=307>.

8. Рішення ЄСПЛ від 18 листопада 2004 року у справі «Праведная проти РФ» (заява № 69529/01) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-sudana-russkom-yazyke/pravednaya-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.

9. Рішення ЄСПЛ від 21 січня 1999 року у справі «Гарсія Руїс проти Іспанії» (заява № 30544/96). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13642989908406832?journalCode=fjhr20>.

10. Рішення ЄСПЛ у справі «Желтяков проти України» (заява № 994/04), остаточне рішення від 09.09.2011. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_708.

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

12. Постанова судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 16 вересня 2014 року у справі № 3-108гс14. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40731216>

13. Постанова № 4 Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 30.03.2012 «Про застосування цивільного процесуального законодавства при перегляді судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-12>.

14. Приймак А. М. Принцип правової визначеності: поняття та окремі аспекти / А. М. Приймак // Наук. записки нац. ун-ту «Києво-Могилянська академія». – К., 2010. – Т. 103: Юридичні науки. – С. 53–55.

15. Магрело М. Концепт «законних очікувань» і принцип юридичної визначеності: причинно-наслідковий чи симбіотичний зв'язок? / М. Магрело // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – С. 127–135.

16. Цесар І. Принцип правової визначеності у діяльності органів державної влади / І. Цесар // Юридична Україна. – 2011. – № 1. – С. 41–47.

17. Право Європейського Союзу : навч. посіб. / за ред. Р. А. Петрова. – К. : Істина, 2011. – 376 с.

18. Рішення від 10 березня 1981 року у справі «Ей, Бі, Сі та Ді проти Сполученого королівства» (заява № 8531/79). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://taxlink.ua/ua/court/sprava-ej-bi-si-ta-di-proti-spoluchеноgo-korolivstva/>.

19. Рішення від 16 жовтня 2014 року у справі «Воробйова проти України» (заява № 28242/10). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://khpq.org/ru/index.php?id=1415654102>.

20. Рішення від 8 червня 2011 року у справі «Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France» (заяви № 34173/96, 24846/94, 34165/96). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/zielinski-pradal-gonzalez-and-others-v-france-echr-8-jun-2011/>.

21. Рішення від 29 березня 2006 року у справі «Scordino v. Italy» (заява № 36813/96). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: \[«001-61973»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: [«001-61973»]}).

22. Рішення ЄСПЛ від 9 грудня 1994 року у справі «Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece» (заява № 13427/87). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: \[«001-57913»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: [«001-57913»]}).

23. Рішення ЄСПЛ від 9 травня 2003 року у справі «Parageorgiou v. Greece» (заява № 59506/00). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.legal-tools.org/doc/2e4980/pdf/>.

24. Рішення ЄСПЛ від 7 листопада 2000 року у справі «Anagnostopoulos and Others v. Greece» (заява № 39374/98). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: \[«001-58924»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«itemid»: [«001-58924»]}).

25. Постанова Пленуму Вишого господарського суду України від 26.12.2011 № 17 «Про деякі питання практики перегляду рішень, ухвал, постанов за нововиявленими обставинами». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0017600-11>.

В статтє осуцтвєн аналїз доктрїнальнїх позїцїй и європейської правоприменительної практики относительно содержания понятия «правовая определенность» и его роли в обеспечении эффективного темпорального регулирования при осуществлении правосудия. Исследована сущность определяющей идеи res judicata и ее роль для обеспечения неизменности судебных вердиктов. В теоретическом и методологическом аспектах рассмотрены вопросы невозможности применения обратной силы правовой нормы. Установлены характерные признаки других темпоральных элементов принципа правовой определенности.

Ключевые слова: правовая определенность, обратное действие нормы права, окончательное судебное решение.

The article analyzes the doctrinal positions and European law enforcement practice regarding the content of the concept of «legal certainty» and its role in ensuring effective temporal regulation in the administration of justice. Investigation is the essence of the decisive idea of res judicata and its role in ensuring the unchanged judicial verdicts. In the theoretical and methodological aspects, questions of the impossibility of applying the retroactive force of the legal norm are considered. The characteristic features of other temporal elements of the principle of legal certainty are established.

Key words: legal certainty, inverse action of the rule of law, final judicial decision.



УДК 347.788

Катерина Дюкарева,*асистент кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ СПІВАВТОРІВ ТВОРІВ НАУКИ

Статтю присвячено дослідженню питань правової природи та здійснення особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки. Зокрема, надано характеристику особистим немайновим правам співавторів. Зроблено висновки щодо їх характерних особливостей. Визначено перелік особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки. З'ясовано питання здійснення співавторами творів науки права авторства, права на ім'я та права на недоторканність твору. Досліджено судову практику та позиції вищих судових інстанцій. Проаналізовано чинне законодавство України та запропоновано низку змін та доповнень з метою удосконалення правового регулювання.

Ключові слова: співавтор, особисті немайнові права, право авторства, право на ім'я, право на недоторканність твору.

Постановка проблеми. Особисті немайнові права інтелектуальної власності у сфері авторського права завжди перебували у центрі уваги науковців. Дослідження їх правової природи, особливостей набуття, здійснення, правової охорони здійснюються постійно на різних рівнях (монографічні, дисертаційні дослідження, навчальні видання).

Правове регулювання особистих немайнових прав інтелектуальної власності здійснюється як загальними нормами ЦК України, так і нормами спеціального законодавства. У рамках дослідження різних аспектів співавторства на твори науки виникає низка питань щодо набуття, здійснення та захисту особистих немайнових прав кожним зі співавторів.

Законодавець установив, що відносини між співавторами визначаються угодою, укладеною між ними. Однак угода між співавторами визначає їхні відносини, але не встановлює та не регулює особисті немайнові права співавторів. Отже, неабияке значення має дослідження особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. У науковій літературі відсутні комплексні цивільні дослідження особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки. Їх дослідження здійснювалося у межах ширшого кола питань, пов'язаних зі співавторством загалом. Це, зокрема, наукові праці Р. Б. Шишки, О. В. Зайця, Г. О. Ульянової, О. І. Харитонові, О. П. Орлюк, О. С. Яворської, О. О. Ізбаш. Отже, комплексне дослідження особистих немайнових прав інтелектуальної власності є актуальним та відповідає практичним потребам.

Метою статті є дослідження правової природи та здійснення особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки.

Виклад основного матеріалу. Особистим немайновим правам загалом притаманна певна специфіка. Їх правовому регулюванню присвячена окрема Книга 2 ЦК України. Так, у ст. 269 ЦК України [1] зазначено, що: 1) Особисті немайнові права належать кожній фізичній особі від народження або за законом; 2) Особисті немайнові права фізичної особи не мають економічного змісту; 3) Особисті немайнові права тісно пов'язані з фізичною особою. Фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав; 4) Особистими немайновими правами фізична особа володіє довічно.

Суб'єктивне особисте немайнове право, на думку І. А. Бірюкова, характеризується певними ознаками. Його носій може: використовувати його на свій розсуд без застосування будь-яких додаткових юридичних актів (правочинів, дозволів та ін.); вимагати від інших осіб припинення дій, спрямованих на обмеження його особистих немайнових прав; мати свободу поведінки, вчинків у межах, установлених законом; звертатись до компетентних державних органів за захистом порушеного його особистого немайнового права [2, с. 273].

Стаття 270 ЦК України встановлює невичерпний перелік особистих немайнових прав особи, серед яких є право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості. Сутнісний зміст цього права розкривається через низку засадничих положень ст. 309 ЦК України: 1) фізична особа має право на свободу літературної, художньої, наукової і технічної творчості; 2) фізична особа має право на вільний вибір сфер, змісту та форм (способів, прийомів) творчості. Цензура процесу творчості та результатів творчої діяльності не допускається.

Зміст та здійснення особистих немайнових прав інтелектуальної власності конкретизуються нормами Книги 4 ЦК України та нормами

спеціального законодавства. Так, відповідно до ст. 423 ЦК України особистими немайновими правами інтелектуальної власності є: 1) право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності; 2) право перешкодити будь-якому посяганням на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творця; 3) інші особисті немайнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Особисті немайнові права інтелектуальної власності належать творцеві об'єкта права інтелектуальної власності. У випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності. Вони не можуть відчужуватися (передаватися), за винятками, встановленими законом.

У ст. 438 ЦК України закріплені особисті немайнові права автора, які деталізуються у статті 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» [3]. Згідно зі ст. 438 ЦК України, окрім особистих немайнових прав інтелектуальної власності, закріплених у ст. 423 ЦК України, автору твору належать також право: 1) вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо; 2) заборонити зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; 3) обирати псевдонім у зв'язку з використанням твору; 4) на недоторканність твору.

Водночас статтею 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права» передбачено, що автору належать такі особисті немайнові права: 1) вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі і його примірниках і за будь-якого публічного використання твору, якщо це практично можливо; 2) заборонити під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо він як автор твору бажає залишитись анонімом; 3) вибрати псевдонім, зазначити і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі і його примірниках і під час будь-якого його публічного використання; 4) вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганням на твір, що може зашкодити честі і репутації автора. Також положеннями статті встановлено, що особисті немайнові права автора не можуть бути передані (відчужені) іншим особам.

Із комплексного аналізу вищенаведених норм вбачається, що для особистих немайнових прав автора характерні ті ж особливості, що і для особистих немайнових прав загалом, проте з урахуванням специфіки окресленої сфери їх виникнення та існування. Так, особисті немайнові права автора мають особистісний, нематеріальний, абсолютний характер. Тобто 1) вони є тісно пов'язаними з особою автора; 2) творець не отримує будь-якої економічної вигоди від їх здійснення; 3) кожна інша особа зобов'язана утримуватись від їх порушення.

Разом із тим особисті немайнові права авторів не залежать від їхніх майнових прав. Окрім ЦК України, характер незалежності особистих немайнових прав автора від його майнових закріплений Бернською конвенцією. Відповідно до ст. 6bis Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів [4] незалежно від майнових прав автора і навіть після відступлення від цих прав він має право вимагати визнання свого авторства на твір і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні цього твору, а також будь-якому іншому посяганням на твір, здатному завдати шкоди честі або репутації автора.

Верховний Суд України у п. 21 своєї постанови від 04. 06. 2010 № 5 «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» [5] теж зазначає, що особисті немайнові права автора не залежать від майнових прав, а тому в разі передавання виключних майнових прав на твір особисті немайнові права належать автору твору, крім випадків, встановлених ст. 423, 439 ЦК України. Вказані винятки розглянуті та проаналізовані далі.

При цьому зрозумілим є те, що майнові та особисті немайнові права автора перебувають у тісній взаємодії, проте не залежать одне від одного. Їх тісний взаємозв'язок можна проілюструвати таким прикладом. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 438 ЦК України автору твору належить право вимагати зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо. Тобто творець у разі використання результату творчості може здійснювати своє право на зазначення імені. Право на зазначення імені є особистим немайновим правом, а право на використання твору – майновим. Отже, у разі використання твору простежується взаємодія у здійсненні як майнових, так і особистих немайнових прав інтелектуальної власності.

У ч. 1 ст. 13 Закону «Про авторське право і суміжні права» зазначено, що авторське право на твір, створений у співавторстві, належить

усім співавторам незалежно від того, чи утворює такий твір одне нерозривне ціле або складається з частин, кожна з яких має самостійне значення. Аналогічне положення містить ст. 436 ЦК України. Тобто сукупністю майнових та, зокрема, досліджуваних, особистих немайнових прав щодо спільно створеного твору володіє кожен співавтор.

Положеннями цих же статей передбачено, що відносини між співавторами визначаються угодою (термінологія Закону), укладеною між ними. Варто зауважити, що незалежно від змісту такої угоди особисті немайнові права кожен зі співавторів здійснює самостійно.

Є певні винятки, коли особисті немайнові права автора здійснюються іншими особами. Так, згідно з ч. 2 ст. 423 ЦК України у випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. Відповідно до ч. 2 ст. 439 ЦК України у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповнова-

женою на це автором, а за відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами. Однак, як впливає зі змісту вказаних законодавчих норм, випадки, коли особисті немайнові права автора здійснюються іншими особами, встановлюються виключно законом.

Отже, угодою між співавторами не може бути передбачено, що особисті немайнові права одного зі співавторів здійснює інший чи інші автори спільного твору. Такі права набуваються кожним співавтором із факту створення твору на підставі прямої законодавчої вказівки. Це очевидно, оскільки всім особистим немайновим правам, і авторським особистим немайновим правам зокрема, властиві такі ознаки, як тісний зв'язок з особою-носієм, невідчужуваність та їх непередаваність.

Разом із тим кожен зі співавторів здійснює особисті немайнові права самостійно, незалежно від домовленості щодо здійснення та розпорядження майновими правами, оскільки ст. 423 ЦК України встановлює незалежність таких прав.

У разі створення у співавторстві твору науки у його співавторів виникають такі ж особисті немайнові права, як і в разі створення будь-якого об'єкта правової охорони авторським правом. Такими правами є: 1) право на визнання авторства (право авторства); 2) право на авторське ім'я, яке реалізовується такимиспособами: вимагати зазначення імені чи заборонити його зазначати у зв'язку з використанням твору, а також обирати псевдонім при використанні результату творчості; 3) право на недоторканність твору.

У науковій літературі наявна думка, що право авторства є основним особистим немайновим правом, вихідною точкою усіх інших прав автора. Таке право закріплене у п. 1 ч. 1 ст. 423 ЦК України та впливає зі змісту п. 1 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Так, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 423 ЦК України особистим немайновим правом інтелектуальної власності є право на визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником тощо) об'єкта права інтелектуальної власності. За своїм змістом право авторства – це право особи визнаватися автором твору та вимагати такого визнання з боку невизначеного кола інших осіб.

Пропоную розглянути судову практику [6], яка показує яскравий приклад визнання права авторства співавторів твору науки. Так, до Подільського районного суду м. Києва звернулася Особа 1 та Особа 2 з позовом про стягнення компенсації та моральної шкоди за порушення авторського права. Відповідачами у цій справі були Особа 3 та ТзОВ «Центр учбової літератури», а третіми особами – ТзОВ «Видавництво «Істина» та Особа 4. Суть спору, зокрема, полягала у такому. 01. 09. 2005 між Особою 1 та ТзОВ «Видавництво «Істина» був укладений видавничий договір, відповідно до якого автор передав видавництву твір «Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України». У серпні 2006 року

ТзОВ «Видавництво «Істина» випустило видання вказаного твору під спільним авторством Особа 1 та Особа 2. Уже в січні 2011 року співавторам стало відомо, що ТзОВ «Центр учбової літератури» здійснив видання твору під авторством Особи 3 та редакцією Особа 4. Автори спільного твору зауважили, що вказане видання повністю відповідає тексту науково-практичного коментаря, співавторами якого вони є. Внесені лише дрібні виправлення, які не суттєво впливають на наукову думку та практичне значення видання. На підставі викладеного співавтори вважали, що їхні, зокрема особисті немайнові, права є порушеними. У зв'язку з викладеним автори спільного твору просили заборонити Особі 3 та ТзОВ «Центр учбової літератури» видавати «Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України» під авторством Особа 3 та за редакцією Особа 4 та припинити видання і розповсюдження вказаного твору за авторством та редакцією зазначених осіб. Окрім цього, співавтори просили здійснити публікацію в номері газет «Закон і Бізнес» та «Юридична практика» повідомлення про неправомірне використання Особа 3 та ТзОВ «Центр учбової літератури» «Науково-практичного коментаря Цивільного процесуального кодексу України» під авторством співавторів.

Із зазначених позовних вимог співавторів вбачається, що для них, як авторів спільного твору науки, важливим є доведення до невизначеного кола осіб, що авторами твору є саме вони. Тобто головним та визначальним для них є визнання їхнього авторства наукових ідей та концепцій, закладених в оспорюваному творі науки.

Вважаю за необхідне зазначити, що спір стосується не особистого немайнового права на ім'я Особа 1 та Особа 2, а саме їхнього права авторства. Як вбачається з формулювання позовних вимог, співавтори просять не зазначення їхніх імен на примірниках твору, а припинення видання твору, у якому відображені певні наукові думки, під авторством інших осіб та публікацію повідомлення про неправомірне використання такого твору.

Подільський районний суд м. Києва встановив такі обставини справи. Твір «Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України» під авторством Особа 1 та Особа 2 є результатом творчої праці позивачів. Вказане суд першої інстанції встановив на підставі того, що на титульному аркуші примірника твору зазначені прізвища та ініціали позивачів, а на другому аркуші, поруч з їхніми іменами, міститься знак охорони авторського права.

Також суд встановив, що вказаний твір науки під авторством Особа 1 та Особа 2 вийшов друком у 2006 році. Водночас видання «Науково-практичного коментаря Цивільного процесуального кодексу України» під авторством Особа 3 та за редакцією Особа 4 здійснено у 2011 році.

Окрім цього, ухвалою суду було призначено експертизу об'єкта інтелектуальної власності. Експертним дослідженням встановлено, що

«Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України» під авторством Особа 3 є плагіатом «Науково-практичного коментаря Цивільного процесуального кодексу України» під авторством Особа 1 та Особа 2.

На підставі наведеного суд першої інстанції встановив, що право авторства Особа 1 та Особа 2 було порушене, та задовольнив вищевказані позовні вимоги.

Разом із тим вважаю за необхідне звернути увагу на те, що співавтори в частині обґрунтування відшкодування моральної шкоди зазначили таке. Особа 1 та Особа 2 повсякденно повинні були доводити іншим людям, що вказаний твір науки належить саме їм. Позивачам важко було усвідомлювати те, що твір, який вони довго писали, погоджували, редагували, перечитували та у який вклали свій багаторічний досвід та знання, повністю переписаний та виданий від імені іншої особи із зазначенням її як автора усіх тих думок та ідей, які насправді належать Особа 1 та Особа 2.

Тобто наведене ще раз підтверджує те, що право авторства є чи не найважливішим особистим немайновим правом для автора. Для творця визнання його авторства певних наукових думок та ідей іншими особами є запорукою подальшої творчої діяльності та джерелом натхнення. Наведене, власне, і становить зміст права авторства.

Тісно пов'язаним із правом авторства є право на авторське ім'я. У ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» ім'я автора визначається як сукупність слів чи знаків, що ідентифікують автора: прізвище та ім'я автора; прізвище, ім'я та по батькові автора; ініціали автора; псевдонім автора; прийнятий автором знак (сукупність знаків) тощо.

Воля особи творця щодо зазначення (не зазначення) свого справжнього імені на творі охороняється законом. Тобто особа може вимагати зазначення свого імені на примірниках твору; може вимагати або заборонити згадування свого імені під час публічного використання твору.

Для авторів творів науки такий аспект права на авторське ім'я, як заборона згадування свого імені під час публічного використання твору, не характерна. «Незгадування» імені автора може пов'язуватися з тією обставиною, що твір науки містить відомості, що належать до державної таємниці.

Суспільні відносини, пов'язані з віднесенням інформації до державної таємниці, засекречуванням, розсекречуванням її матеріальних носіїв та охороною державної таємниці з метою захисту національної безпеки України, урегульовані Законом України від 21 січня 1994 року «Про державну таємницю» [7]. Відповідно до ст. 8 цього Закону до державної таємниці у сфері науки належить інформація про наукові, науково-дослідні, дослідно-конструкторські та проектні роботи, на базі яких можуть бути створені прогресивні технології, нові види виробництва, продукції та технологічних процесів, що мають велике оборонне чи економічне значення або суттєво впливають на

зовнішньоекономічну діяльність та національну безпеку України.

Ні Закони «Про інформацію», «Про державну таємницю», ні спеціальне законодавство у сфері авторського права не містять безпосередніх приписів щодо особливостей здійснення прав інтелектуальної власності у разі створення творів, зміст яких може бути віднесеним до інформації з обмеженим доступом чи до державної таємниці. Адже у такому разі автор (автори) не може розголошувати своє ім'я. Відповідно, він не може здійснювати й інших особистих немайнових прав, що встановлені законодавством.

У ст. 30 Закону України «Про державну таємницю» встановлено, що у разі, коли за умовами своєї професійної діяльності громадянин постійно працює з відомостями, що становлять державну таємницю, йому повинна надаватися відповідна компенсація за роботу в умовах режимних обмежень, види, розміри та порядок надання якої встановлюються Кабінетом Міністрів України. Але ця норма не може бути застосована для врегулювання відносин інтелектуальної власності у разі створення твору науки, що може бути віднесеним до державної таємниці чи до інформації з обмеженим доступом.

З метою усунення прогалин законодавчого регулювання пропонуємо у Законі «Про авторське право і суміжні права» закріпити відсилочну норму такого змісту: «Особисті немайнові права авторів у зв'язку зі створенням твору, зміст якого може бути віднесеним до державної таємниці чи до інформації з обмеженим доступом, здійснюються у порядку, встановленому законом». Нормою такого змісту може бути доповнена ст. 14 Закону «Про авторське право і суміжні права» – новою частиною третьою. Аналогічна норма необхідна і щодо майнових прав інтелектуальної власності.

У спеціальному законодавстві, що регулює відносини щодо інформації з обмеженим доступом, державної таємниці, необхідно передбачити окремі норми про особливості здійснення як особистих немайнових, так і майнових прав інтелектуальної власності на такі твори. Зокрема, Закон України «Про державну таємницю» може бути доповнений нормою такого змісту: «У разі створення твору, зміст якого може бути віднесеним до державної таємниці, особисті немайнові та майнові права його автора (авторів) здійснюються з урахуванням обмежень та заборон, встановлених цим законом».

Автор (автори) можуть обирати псевдонім та вимагати його зазначення як на примірниках твору, так і під час будь-якого публічного його використання. Для авторів (співавторів) творів науки обрання псевдоніму нехарактерне. Більше того, у разі створення наукових робіт на здобуття наукових ступенів автор повинен персоналізувати себе, зазначивши власний (авторський) науковий доробок.

Зокрема, відповідно до Порядку присвоєння вчених звань науковим і науково-педагогічним працівникам [8] однією з умов присвоєння вченого звання професора є наявність навчально-методичних та наукових праць, які

опубліковані після захисту докторської дисертації у вітчизняних та/або іноземних (міжнародних) рецензованих фахових виданнях, з яких не менше двох публікацій у періодичних виданнях, включених до наукометричних баз Scopus або WebofScience, та не є перекладами з інших мов. Аналогічна умова встановлена для присвоєння вченого звання доцента, лише з тією відмінністю, що з числа навчально-методичних та наукових праць, які опубліковані після захисту дисертації у вітчизняних та/або іноземних (міжнародних) рецензованих фахових виданнях, має бути не менше однієї публікації у періодичних виданнях, включених до наукометричних баз Scopus або WebofScience. Хоча у зазначеному нормативному акті не містяться прямі приписи щодо зазначення авторства, але йдеться саме про особистий доробок. Якщо такі праці створені у співавторстві, то обов'язково зазначається особистий внесок здобувача. Відповідно до п. 14 Порядку присудження наукових ступенів [9], якщо у дисертації використано ідеї або розробки, що належать співавторам, разом з якими опубліковані наукові праці, здобувач повинен відзначити цей факт у дисертації та в авторефераті з обов'язковим зазначенням конкретного особистого внеску в такі праці або розробки.

Таким чином, не може йтися про анонімність чи опублікування під псевдонімом конкретних наукових праць на виконання вимог зазначених нормативних актів.

Твір може бути опубліковано анонімно, без зазначення імені автора. Відповідно до ч. 4 ст. 11 Закону «Про авторське право і суміжні права», якщо твір опубліковано анонімно чи під псевдонімом (за винятком випадку, коли псевдонім однозначно ідентифікує автора), видавець твору (його ім'я чи назва мають бути зазначені на творі) вважається представником автора і має право захищати права останнього. Це положення діє до того часу, поки автор твору не розкриє своє ім'я і не заявить про своє авторство.

Опублікування твору науки анонімно не зустрічається. Анонімність мала місце у певні історичні періоди, коли наукові розробки у певних сферах, пов'язаних насамперед із науковими дослідженнями природних явищ, людини, Сонячної системи, планети Земля тощо, переслідувалися. Наприклад, праця відомого польсько-німецького астронома і математика, фізика, правника, дипломата, економіста, каноніка та лікаря Миколая Коперника – автора геліоцентричної теорії побудови Сонячної системи – була заборонена. За наукові погляди переслідувався і Галілео Галілей, який підтримував теорію Миколая Коперника та під страхом торгів мусив зрестися своїх поглядів, висловлених наобґрунтування геліоцентричної теорії будови Сонячної системи. Тут не йдеться про анонімність у буквальному розумінні. Під впливом конкретних історичних та суспільних поглядів і обставин відомі вчені змушені були приховувати результати своїх досліджень, а то й зрікатися авторства на них.

Ще одним особистим немайновим правом автора є право на недоторканність твору. Відпо-

відно до ч. 1 ст. 439 ЦК України автор має право протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню або іншій зміні твору чи будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі та репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо.

Пленум ВГС України у п. 38 своєї постанови від 17 жовтня 2012 року № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» [10] право на недоторканність твору трактує як право, яке полягає у недопущенні без згоди автора внесення будь-яких змін до твору, в тому числі додаткових текстів (включаючи коментарі, передмови, пояснення), ілюстрацій, редакторської та іншої правки тощо. Також у вказаній постанові зазначено, що право на недоторканність твору стосується таких змін твору, які не пов'язані зі створенням нового твору на основі наявного. Відповідна зміна може мати місце виключно зі згоди автора (іншої особи, якій належить право), що повинна бути ясно виражена. За відсутності доказів того, що згода була ясно виражена, вона не може вважатися одержаною.

Варто зазначити, що відповідно до чинного законодавства України особисті немайнові права автора не успадковуються через їх особистісний характер, тісний зв'язок із носієм, невіддільність від нього. Однак право на недоторканність твору охороняється і після смерті автора на підставі прямої законодавчої вказівки. Так, згідно з ч. 2 ст. 439 ЦК України у разі смерті автора недоторканність твору охороняється особою, уповноваженою на це автором, а за відсутності такого уповноваження недоторканність твору охороняється спадкоємцями автора, а також іншими заінтересованими особами.

При цьому вважаю за необхідне звернути увагу на положення ст. 423 ЦК України, яке встановлює, що у випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть належати іншим особам. У науковій літературі загальноприйнятою є думка, що таким випадком є той, який зазначений у вищевказаній ч. 2 ст. 439 ЦК України. Однак положення ст. 439 ЦК України не передбачають, що право на недоторканність твору належить уповноваженій автором особі чи за відсутності такої спадкоємцям та іншим заінтересованим особам. Натомість норма встановлює, що таке право автора після його смерті підлягає охороні зазначеними особами. Тобто право на недоторканність твору не належить, а здійснюється іншими особами. Такому праву автора, як і будь-якому особистому немайновому праву загалом, властивий особистісний характер, тісний зв'язок з особою творця, невіддільність та непередаваність, а тому воно не може належати будь-кому іншому.

На підставі викладеного вказану наукову думку вважаю помилковою. Разом із цим зазначаю, що жодне положення чинного законодавства України не передбачає випадків, коли особисті немайнові права автора чи іншого суб'єкта права інтелектуальної власнос-

ті належать іншим особам. Отже, законодавчу норму, що міститься у реченні 2 ч. 2 ст. 423 ЦК України, вважаю такою, що не має практичного застосування, та водночас пропоную викласти її у такій редакції: «У випадках, передбачених законом, особисті немайнові права інтелектуальної власності можуть здійснюватися іншими особам».

Окрім цього, вважаю за необхідне зазначити таке. Із положення ч. 2 ст. 439 ЦК України випливає, що після смерті автора у разі відсутності уповноваженої ним особи право на недоторканність твору, окрім спадкоємців, охороняється іншими заінтересованими особами. Однак, кого варто розуміти під такими заінтересованими особами, законодавець не встановлює. На моє переконання, до переліку таких заінтересованих осіб можна віднести іншого (-их) співавтора (-ів) твору. Звичайно, вказане стосується того випадку, коли твір створений у співавторстві.

Висновки

Отже, на підставі викладеного дослідження щодо особистих немайнових прав інтелектуальної власності співавторів творів науки можна зазначити таке:

1. Для особистих немайнових прав співавтора автора характерні ті ж особливості, що і для особистих немайнових прав загалом, проте з урахуванням специфіки окресленої сфери їх виникнення та існування.

2. Для співавторів творів науки такий аспект права на авторське ім'я, як заборона згадування свого імені під час публічного використання твору, не характерна. «Незгадування» імені автора може пов'язуватися з тією обставиною, що твір науки містить відомості, що належать до державної таємниці чи до інформації з обмеженим доступом. При цьому для вдосконалення законодавства та усунення прогалин необхідно внести певні зміни до Законів України «Про авторське право і суміжні права» та «Про державну таємницю».

3. Для співавторів творів науки обрання псевдоніму нехарактерне. Більше того, у разі створення наукових робіт на здобуття наукових ступенів автор повинен персоналізувати себе, зазначивши власний (авторський) науковий доробок.

4. Опублікування твору науки анонімно у сучасному світі не трапляється. Наведене мало

місце у давні часи, коли науковців через їхні ідеї та погляди переслідували. 5. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не можуть належати іншим особам. У випадках, передбачених законодавством, вони можуть здійснюватися іншими особами. Зокрема, у разі смерті автора охорона недоторканності твору здійснюється іншими особами. До таких осіб можна віднести іншого (-их) співавтора (-ів) твору.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – С. 356.
2. Цивільне право України: загальна частина / за редакцією професорів І. А. Бірюкова, Ю. С. Заїки. – К., Алерта. 2014. – С. 273.
3. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23. 12. 1993 // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 13. – С. 64.
4. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів // Офіційний вісник України. – 2007. – № 75. – С. 2809.
5. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: постанова Пленуму Верховного Суду України від 04. 06. 2010 № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10>.
6. Рішення Подільського районного суду м. Києва від 28. 05. 2012 у справі № 2-2900/11 // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25098988>.
7. Про державну таємницю: Закон України від 21. 01. 1994 // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 16. – С. 93.
8. Порядок присвоєння вчених звань науковим і науково-педагогічним працівникам: затверджено наказом МОН України від 14. 01. 2016 № 13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0183-16/page>.
9. Порядок присудження наукових ступенів: затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 24. 07. 2013 № 567 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/567-2013-%D0%BF>.
10. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17. 10. 2012 № 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12>.

Статья посвящена исследованию вопросов правовой природы и осуществления личных неимущественных прав интеллектуальной собственности соавторов произведений науки. В частности, охарактеризованы личные неимущественные права соавторов. Сделаны выводы относительно их характерных особенностей. Определен перечень личных неимущественных прав интеллектуальной собственности соавторов произведений науки. Выяснен вопрос осуществления соавторами произведений науки права авторства, права на имя и права на неприкосновенность произведения. Исследованы судебная практика и позиции высших судебных инстанций. Проанализировано действующее законодательство Украины и предложен ряд изменений и дополнений с целью усовершенствования правового регулирования.

Ключевые слова: соавтор, личные неимущественные права, право авторства, право на имя, право на неприкосновенность произведения.

The article deals with the issues of legal nature and the realization of personal non-proprietary intellectual property rights of co-authors of scientific works. In particular, the description of the personal non-property rights of co-authors has been given. The conclusions about their characteristic features have been made. The list of personal non-property rights of intellectual property of co-authors of scientific works has been determined. The issue of the realization of the right of authorship, right to the name and right to the inviolability of the work by co-authors of scientific works has been defined. The jurisprudence and positions of the higher courts have been investigated. The applicable law of Ukraine has been analyzed and the number of changes and additions have been proposed in order to improve the legal regulation.

Key words: co-author, personal non-property rights, right of authorship, right to the name, right to the inviolability of the work.



УДК 347.457

Світлана Лепех,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка*

УМОВИ ДОГОВОРУ СПОЖИВЧОГО КРЕДИТУ

Стаття присвячена характеристиці умов договору споживчого кредиту, аналізу законодавчих новел у цій сфері. Автор досліджує питання надання інформації споживачу про умови кредитування, розкриває сутність умов про предмет, плату та строк кредиту. На основі аналізу останніх змін законодавстві, проблем судової практики по кредитних спорах, тлумачень у науковій доктрині автор формулює висновки щодо вдосконалення правового регулювання споживчого кредитування.

Ключові слова: споживчий кредит, споживач, кредитна послуга, проценти, комісійні платежі, дострокове повернення.

Постановка проблеми. Споживче кредитування в Україні до фінансової кризи набуло значного поширення, було досить затребуваним. Зі зниженням рівня платоспроможності споживачів кредитних послуг професійні кредитодавці зіткнулися з проблемами масового невиконання зобов'язань позичальниками. У свою чергу, загострилися питання кабальності умов уже наданих кредитних послуг, а також ускладнення процедури отримання їх у період девальвації національної валюти, зниження рівня доходів населення, масового відтоку депозитів і, як наслідок, удорожчання кредитних ресурсів. На тлі відсутності належної правової бази споживчого кредитування більш очевидними стали диспропорції правового статусу кредитодавців та позичальників, встановлені домовленостями між ними. Вирішення цих проблем базується на концепції захисту слабкої сторони – споживача кредитної послуги, оскільки він взаємодіє з професійним кредитодавцем на запропонованих ним умовах і йому складно оцінити свої ризики. Так, у процесі гармонізації національного законодавства з вимогами ЄС було розроблено цілу низку законодавчих змін національного законодавства у сфері споживчого кредиту.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання правового регулювання відносин споживчого кредиту досліджувались, зокрема, такими вітчизняними науковцями як А. Ю. Бабаскін, М. С. Муляр, В. Я. Погребняк, однак низка питань у цій сфері залишаються дискусійними, а з останніми законодавчими змінами з'явилися нові норми, які потребують тлумачення та наукової оцінки.

Метою статті аналіз законодавчих новел щодо визначення умов договору споживчого кредиту, а також формулювання пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання досліджуваних зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. Питання договірної регулювання відносин споживчого кредитування, окрім § 2 глави 71 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)[1], який містить норми про кредитування в цілому,

врегульовано Законом України від 15.11.2016 № 1734-VIII «Про споживче кредитування» [2], який набрав чинності 10.06.2017 (далі – Закон про споживче кредитування). Прийняття цього нормативного акта стало довгоочікуваною подією в Україні, законопроект був розроблений з урахуванням положень Директиви 2008/48/ЄС Європейського парламенту та Ради від 23.04.2008 про кредитні договори зі споживачами та відміну Директиви 87/102/ЄЕС (далі – Директива ЄС) [3], а також значного практичного досвіду, вітчизняного та зарубіжного, отриманого під час фінансових криз. Особливості іпотечного споживчого кредитування визначені Директивою 2014/17/ЄС Європейського парламенту та Ради від 04.02.2014 про договори споживчого кредиту на придбання нерухомості. Аналогічний підхід закладений і в національному законодавстві – особливості іпотечного споживчого кредитування врегульовані також Законом України № 979-IV від 19.06.2003 «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати».

Споживче кредитування визначено в законодавстві як правовідносини щодо надання, обслуговування та повернення споживчого кредиту [2]. Терміни, які відображені в назві цього зобов'язання, в теорії та законодавстві мають різне змістове навантаження. Так, термін «кредит» (з лат. *credo* – довіряю) вживається для позначення суми коштів, які позичаються (кредитних коштів), фінансової послуги, яка надається кредитодавцем позичальнику (кредитної послуги), а також самих зобов'язань, які виникають на підставі такої домовленості (кредитного зобов'язання). Щодо характеристики споживчого характеру такої кредитної послуги, то увага акцентується на цільовому використанні кредитних коштів – на придбанні товарів (робіт, послуг) для задоволення потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника, тобто для задоволення особистих, побутових потреб, які можуть існувати лише у фізичних осіб. У Директиві ЄС (ст. 3) вказано, що фізична особа як

споживач має діяти в цілях поза її діяльністю, бізнесом або професією [3].

Для оформлення відповідної домовленості між кредитором та позичальником законодавець використовує конструкцію договору споживчого кредиту. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону «Про споживче кредитування» договір про споживчий кредит – це вид кредитного договору, за яким кредитор зобов'язується надати споживчий кредит у розмірі та на умовах, встановлених договором, а споживач (позичальник) зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти за користування кредитом на умовах, встановлених договором. Таке законодавче визначення цього правочину в цілому відповідає поняттю кредитного договору, яке міститься в статті 1054 ЦК України, уточнюючи при цьому специфічні ознаки договору споживчого кредиту (цільове використання та суб'єктний склад).

З метою забезпечення належної інформованості, обізнаності споживача кредитної послуги щодо майбутньої домовленості до її укладення кредитор або кредитний посередник надає споживачу інформацію, необхідну для порівняння різних пропозицій кредитора з метою прийняття споживачем обґрунтованого рішення. Зазначена інформація безоплатно надається кредитором споживачу за спеціальною формою (паспорт споживчого кредиту) у письмовій формі (у паперовому або електронному вигляді) із зазначенням дати надання такої інформації та терміну її актуальності. Споживач, який внаслідок ненадання йому такої інформації або надання її в неповному обсязі чи надання недостовірної інформації, уклав договір на менш сприятливих для себе умовах, ніж ті, що містяться в цій інформації, має право вимагати приведення укладеного договору у відповідність до зазначеної інформації шляхом надіслання кредитором відповідного письмового повідомлення. Кредитор зобов'язаний привести договір у відповідність до умов, зазначених у наданій інформації, протягом 14 днів з дати отримання такого повідомлення.

Щодо умов домовленості між кредитором та позичальником законодавством окремо встановлені вимоги. Стаття 12 Закону «Про споживче кредитування» не містить переліку істотних умов, але передбачає, які умови в досліджуваній домовленості зазначаються. Таке законодавче положення не є вдалим, оскільки не є зрозумілими наслідки недотримання цієї вимоги. Наступним недоліком законодавчої термінології в цій статті є розкриття умов договору через економічні категорії, оперування якими не притаманне цивільно-правовому регулюванню. Так, умова про предмет визначена через такі поняття, як тип кредиту (кредит, кредитна лінія, кредитування рахунку, ін.) та загальний розмір наданого кредиту. Зважаючи на те, що договір споживчого кредиту належить за чинним законодавством до групи договорів про надання послуг, умова про його предмет має не лише містити характеристику фінансових активів, щодо яких сторони домовляються, але й розкривати суть самої послуги,

тобто дій із надання цих активів. Кредитна послуга є різновидом фінансової послуги. У договорах про надання послуг, якими водночас опосередковується переміщення матеріальних благ, для повноти характеристики умови про предмет доцільно акцентувати увагу на обох складових частинах цієї умови договору, тобто характеризувати правову сутність самої послуги та конкретизувати майно, яке передається в процесі надання такої послуги. Так, за договором споживчого кредиту надається такий вид фінансової послуги, що полягає в передачі кредитором позичальнику (фізичній особі) національної валюти на умовах використання її для задоволення його особистих потреб споживчого характеру, а також повернення зі спливом обумовленого строку такої ж суми коштів і оплатою наданої послуги; відповідно, даним договором може опосередковуватись кредитування лише національної валюти України. Заборона споживчого кредитування в іноземній валюті на території України на даному етапі становлення національної економіки видається доцільною. Якщо кошти надаються позичальникові готівкою, то він набуває права власності на них, а не права користування (як зазначено у дефініції досліджуваного договору в статті 1 Закону «Про споживче кредитування»), а якщо безготівковим шляхом, то права вимоги зобов'язального характеру.

Умова про плату в договорах споживчого кредиту теж у законодавстві визначається неоднозначно, оскільки статті 1054, 1056-1 ЦК України згадують лише про проценти в якості плати, а в Законі «Про споживче кредитування» серед умов договору згадуються умови про процентну ставку за кредитом, її тип (фіксована чи змінювана), порядок її обчислення, у тому числі порядок зміни, та сплати процентів; реальну річну процентну ставку та загальну вартість кредиту для споживача на дату укладення договору про споживчий кредит. Загальні витрати по кредиту включають усі платежі кредитором та посереднику, але не третім особам. До внесених змін управове регулювання цих відносин витрати щодо третіх осіб включали в сукупну вартість кредиту.

Основними складниками плати є проценти та комісії. Процентна ставка за кредитом може бути фіксованою або змінюваною. Тип процентної ставки визначається кредитним договором. Фіксована процентна ставка є незмінною протягом усього строку кредитного договору. Встановлений договором розмір фіксованої процентної ставки не може бути збільшено банком в односторонньому порядку. Умова договору щодо права банку змінювати розмір фіксованої процентної ставки в односторонньому порядку є нікчемною. У разі застосування змінюваної процентної ставки кредитор самостійно, з визначеною у кредитному договорі періодичністю, має право збільшувати та зобов'язаний зменшувати процентну ставку відповідно до умов і в порядку, встановлених домовленістю сторін. Кредитор зобов'язаний письмово повідомити позичальника, поручителя та інших зобов'язаних за договором осіб про зміну про-

центної ставки не пізніше як за 15 календарних днів до дати, з якої застосовуватиметься нова ставка. У разі застосування змінюваної процентної ставки у кредитному договорі повинен визначатися максимальний розмір її збільшення.

В умовах досліджуваних договорів, крім процентів, сторони передбачають сплату позичальником різних комісійних платежів. Вони значно здорожчують кредит. Умови кредитних договорів щодо прав банку на стягнення комісій різних видів останнім часом дедалі частіше стають предметом уваги судових органів. Однак саме суперечливе, недосконале правове регулювання цього питання створює для банків можливість отримувати комісійні платежі не лише за фактично надані послуги, але й іноді без реального зустрічного надання послуги. Проблема законності встановлення та стягнення комісійних платежів має кілька складників. Насамперед, законодавство України не містить вичерпного чи приблизного переліку комісійних платежів, які можуть застосовуватися в процесі здійснення кредитної діяльності банком чи іншою фінансовою організацією. У визначенні поняття кредитного договору за ч. 1 ст. 1054 ЦКУ України для позичальника в кредитному зобов'язанні встановлено обов'язки щодо повернення позичених ним коштів та сплати нарахованих відсотків. Стаття 1056-1 ЦК України «Проценти за кредитним договором» досить чітко визначає суть такої плати на надану кредитну послугу і про жодні комісії не згадує. Комісії встановлюються за одноразові або періодичні дії. Значна частина комісійних платежів стягується за дії, які за своєю сутністю мають охоплюватися професійною діяльністю кредитодавця в процесі надання кредитної послуги і не є додатковими послугами. Стосовно стягнення плати за використання кредитних коштів важливим є правило про те, що споживач не зобов'язаний сплачувати кредитодавцю будь-які платежі, не зазначені у договорі про споживчий кредит.

Узгоджуючи умови про плату, сторони мають визначити можливі способи погашення заборгованості за кредитним договором. Сторонами обов'язково повинен розроблятися графік погашення кредиту, що є невід'ємною частиною договору споживчого кредиту. Найбільш поширеними є диференційований та ануїтетний способи. Диференційовані платежі, коли вся сума боргу ділиться на певні частини і щомісяця виплачується його чергова частина та проценти, нараховані на залишок основного боргу. Ануїтетними є регулярні рівні щомісячні або щоквартальні платежі, які спрямовуються на погашення основного боргу, процентів, комісійних платежів і розраховуються таким чином, що вкінці перебігу строку дії договору за умови виконання зобов'язання позичальником заборгованість повністю погашається. Особливістю застосування ануїтетних платежів є також те, що законом не визначено, яка саме формула для їх розрахунку має використовуватися, а тому кредитодавець самостійно наперед розробляє правила щодо того чи іншого виду такого платежу, що, безперечно, не завжди сприяє забез-

печенню оптимальних умов реалізації інтересів позичальником.

Умова про строк є втіленням принципу строковості кредитних правовідносин. За критерієм функціонального призначення в процесі виконання зобов'язань за договором споживчого кредиту строки є основні (строки дії договору, реалізації основних прав та обов'язків) та допоміжні (строки пролонгації договору, відстрочення платежів, надання нової інформації, наприклад, стосовно зміни місця проживання сторони, пропозиції щодо зміни умов договору, ін.).

Досить часто на практиці позичальники реалізують право на дострокове повернення кредитних коштів, передбачене статтею 16 Закону про споживче кредитування. Споживач має право в будь-який час повністю або частково достроково повернути споживчий кредит у тому числі шляхом збільшення суми періодичних платежів. Договором про споживчий кредит може бути передбачено обов'язок повідомлення кредитодавця про намір дострокового повернення споживчого кредиту з оформленням відповідного документа.

Якщо споживач скористався правом повернення споживчого кредиту шляхом збільшення суми періодичних платежів, кредитодавець зобов'язаний здійснити відповідне коригування зобов'язань споживача у бік їх зменшення та на вимогу споживача надати йому новий графік платежів, а споживач сплачує кредитодавцю проценти за користування кредитом та вартість усіх послуг, пов'язаних з обслуговуванням та погашенням кредиту, за період фактичного користування кредитом. Кредитодавцю забороняється відмовляти споживачу в прийнятті платежу у разі дострокового повернення споживчого кредиту; встановлювати споживачу будь-яку плату, пов'язану з достроковим поверненням споживчого кредиту. Умова договору про споживчий кредит, що передбачає сплату споживачем будь-якої плати у разі дострокового повернення споживчого кредиту, є нікчемною. У разі затримання споживачем сплати частини споживчого кредиту та/або процентів щонайменше на 1 календарний місяць, а за споживчим кредитом, забезпеченим іпотекою, та за споживчим кредитом на придбання житла – щонайменше на 3 календарні місяці, кредитодавець має право вимагати повернення споживчого кредиту, строк виплати якого ще не настав, у повному обсязі, якщо таке право передбачене договором про споживчий кредит.

Кредитодавець зобов'язаний у письмовій формі повідомити споживача із зазначенням дій, необхідних для усунення порушення, та строку, протягом якого вони мають бути здійснені. Якщо кредитодавець відповідно до умов договору про споживчий кредит вимагає здійснення платежів, строк сплати яких не настав, або повернення споживчого кредиту, такі платежі або повернення споживчого кредиту здійснюються споживачем протягом 30 календарних днів, а за споживчим кредитом, забезпеченим іпотекою, та за споживчим кредитом на придбання житла – 60 календарних днів з дня одержання від кредитодавця повідомлення про

таку вимогу. Якщо протягом цього періоду споживач усуне порушення умов договору про споживчий кредит, вимога кредитодавця втрачає чинність.

Верховний Суд України у Постанові № 6-190цс14 від 21.01.2015 висловив правову позицію про те, що «пред'явивши вимогу про повне дострокове погашення заборгованості за кредитом, сплати відсотків за користування кредитом та пені, кредитор відповідно до частини другої статті 1050 ЦКУ змінив строк виконання основного зобов'язання...» [4]. Позиція щодо визначення правової сутності вимоги кредитодавця про дострокове повернення суми кредиту у разі порушення позичальником умов договору як зміни умов договору (зміни строку виконання зобов'язку позичальником) є спірною, зважаючи на те, що правовим наслідком зміни умов договору, зокрема і зміни строку виконання зобов'язку позичальником, є продовження дії самого зобов'язання, а не його припинення. Натомість у разі пред'явлення кредитодавцем такої вимоги у зв'язку з неналежним виконанням позичальником зобов'язку він має на меті припинити кредитне зобов'язання. Пред'явлення такої вимоги кредитодавцем не залежить від волі позичальника, такий односторонній правочин спрямований на припинення відповідних договірних відносин. Відповідно, більш обґрунтованим є тлумачення реалізації права кредитодавця на дострокове повернення суми кредиту як односторонньої відмови від договору/зобов'язання, а не зміни його умов. Викладені дискусійні тлумачення зумовлені тим, що в разі розірвання договору, яке матиме місце також і в разі односторонньої відмови від нього, згідно з ч. 2 ст. 653 ЦК України зобов'язання сторін припиняються, а відповідно, припиняються і забезпечувальні зобов'язання як акцесорні. Саме цим зумовлені спроби науковців та практиків вбачати у праві кредитодавця про дострокове повернення суми кредиту самостійну вимогу, не пов'язану з розірванням кредитного договору. Вирішення цієї проблеми є уточнення положень статті 653 ЦК України. Зокрема, доцільно частину 2 викласти в такій редакції: «У разі розірвання договору зобов'язання сторін припиняються, крім тих, які пов'язані із захистом порушених прав сторін та третіх осіб».

Щодо цільового спрямування, то кредитні кошти можуть бути використані для придбан-

ня, замовлення будь-якого виробу (товару), роботи чи послуги для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням зобов'язку найманого працівника. Саме ця умова є визначальною при виділенні договору споживчого кредиту як окремого різновиду кредитних договорів і має обов'язково узгоджуватися сторонами. У процесі кредитування здійснюється контроль за цільовим використанням позичальниками наданих кредитів шляхом перевірки документів, представлених для оформлення кредиту, звітів про використання коштів та інших документів, а також шляхом перевірок на місцях.

Крім умов, передбачених статтею 12 Закону «Про споживче кредитування», у досліджуваному договорі можуть бути зазначені інші умови, визначені законом та домовленістю сторін.

Висновки

Довгоочікувані законодавчі зміни у сфері споживчого кредитування мали значний позитивний ефект, однак окремі з них викликали нові дискусії. Для договору споживчого кредиту умови про предмет, плату, строк та цільове використання позичених коштів слід виокремити як істотні. При цьому характеристика таких умов у законодавстві має розкриватись через правові, а не лише економічні категорії. Вагомим важелем для усунення диспропорцій в правовому статусі споживача кредитної послуги як слабшої сторони та кредитодавця, який виступає професійним учасником ринку фінансових послуг, є встановлення певних обмежень свободи договору щодо окремих умов домовленості у сфері споживчого кредитування.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Про споживче кредитування : Закон України № 1734-VIII від 15.11.2016 // Відомості Верховної Ради України. – 2017. – № 1. – Ст. 2.
3. Директива 2008/48/ЄС Європейського парламенту та Ради від 23.04.2008 про кредитні договори зі споживачами та відміну Директиви 87/102/ЄЕС// [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.rada.gov.ua.
4. Постанова Верховного Суду України № 6-190цс14 від 21.01.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.scourt.gov.ua.

Статья посвящена характеристике условий договора потребительского кредита, анализу законодательных нововведений в этой сфере. Автор исследует вопросы предоставления информации потребителю об условиях кредитования, раскрывает сущность условий о предмете, плате и сроке кредита. На основании анализа последних изменений в законодательстве, проблем судебной практики по кредитным спорам, толкований в научной доктрине автор формулирует выводы по поводу усовершенствования правового регулирования потребительского кредитования.

Ключевые слова: потребительский кредит, потребитель, кредитная услуга, проценты, комиссионные платежи, досрочное возвращение.

The article is devoted to characteristic of the conditions of consumer creditcontract, analysis of legislative novels in this sphere. Author analyses questions of providing information to consumer about conditions of crediting, discloses conditions essence about object, fee and term. On the analyzing base of last legislative changes, problems of court practice about credit disputes, explications of scientific doctrine author formulates the conclusions about improvement of legal regulation of consumer crediting.

Key words: consumer credit, consumer, credit service, percents, fee, preschedule repayment.



УДК 347.1

Вікторія Орзіх,приватний нотаріус
Одеського міського нотаріального округу

ПРОГАЛИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ПРИЧИНИ ЇХ ВИНИКНЕННЯ

Стаття присвячена дослідженню визначення прогалин в цивільному праві України та причин їх виникнення. На підставі проведеного аналізу наукових джерел запропоноване авторське визначення прогалини в цивільному праві України та причин їх виникнення з позиції різних типів праворозуміння.

Ключові слова: прогалина в праві, прогалини в законодавстві, цивільне право України, аналогія права, аналогія закону, природне право, позитивне право.

Постановка проблеми. Будь-який законодавець під час регулювання відносин у сфері приватного права, як правило, установлює лише імперативні норми, визначаючи межі свободи дій та/або встановлюючи заборони на вчинення дій. Усе інше залишається на розсуд учасників самих відносин. Така ситуація є цілком логічною з урахуванням обсягу сфери приватноправових відносин і різноманіття ситуацій, що в ній виникають. Незважаючи на те, що в нашому «радянському спадку правосвідомості» залишилося «намагання все врегулювати» (хоча б на рівні підзаконного нормативного акта), слід визначити, чи існують насправді прогалини в цивільному праві України як соціально-праве явище й чи потребують вони усунення (за наявності) на законодавчому рівні.

Метою статті є визначення прогалин у цивільному праві України, дослідження їх характерних ознак, а також визначення причин їх виникнення.

Виклад основного матеріалу. Питання прогалин у праві та законодавстві завжди привертало увагу дослідників. Ці питання традиційно досліджувалися теоретиками права, і серед останніх спеціалізованих досліджень слід відзначити дисертації Ю. Матата («Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці») [1], О. Колотової («Прогалини в праві та шляхи їх подолання») [2]. Проблеми прогалин у цивільному праві та засоби їх подолання у вигляді аналогії права та закону вивчалися на рівні дисертаційних досліджень С. Клім («Аналогія закону в цивільному праві України») [3], С. Завальнюка («Аналогія права за цивільним законодавством України») [4]. Крім того, на рівні окремих публікацій до проблем застосування аналогії звертались Р. Майданик («Застосування цивільного законодавства за аналогією») [5, с. 56–51], А. Дрішлюк («Аналогія закону й аналогія права: динаміка наукового дослідження (радянський період)», «Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (дореволюційний період)», «Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період)») [6, с. 265–268; 7, с. 295–298;

8, с. 9–14], Є. Харитонов («Прогалини» у цивільному законодавстві: хибі правотворчості чи прийом законодавчої техніки) [9, с. 72–81], А. Довгерт («Юридична аналогія в цивільному кодексі та судовій практиці України») [10, с. 159–165], О. Печений («Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві») [11, с. 108–119], С. Погрібний («Аналогія закону й аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин») [12, с. 14–21], І. Спасибо-Фатєєва («Трансцендентна судова мімікрія» або про принципи права, аналогія закону та права в судовій практиці») [13, с. 142] та ін.

Незважаючи на таку увагу дослідників, питання прогалин у цивільному праві, причини їх виникнення залишаються дискусійними, а судова практика, яка не відрізняється стабільністю, свідчить про потребу вивчення шляхів усунення колізій і прогалин закону, який підлягає застосуванню під час вирішення цивільних спорів.

За радянських часів у теорії держави й права прогалина визначалась як повна чи часткова відсутність нормативних настанов, необхідність яких зумовлена розвитком суспільних відносин і потребами практичного вирішення справ, основними принципами, політикою, сенсом і змістом чинного законодавства [14, с. 37].

Відсутність прямої регламентації суспільних відносин О. Красавчиков визнавав прогалиною в законодавстві, у зв'язку з чим виникла необхідність застосування закону за аналогією або вирішення відповідного спору виходячи із загальних начал цивільного законодавства (аналогія права) [15, с. 63–65].

На законодавчому рівні визначити прогалину намагалося визначити Міністерство юстиції України. Надаючи роз'яснення, воно вказало, що прогалини в праві – це повна або часткова відсутність у діючих нормативно-правових актах необхідних юридичних норм, а прогалини в законі – це повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у законі [16].

Українські теоретики визначають прогалину в праві як відсутність у праві нормативних настанов щодо тих чи інших життєвих обставин, які перебувають у сфері правового

регулювання. Вони також указують, що прогалина в праві може існувати у вигляді повної відсутності будь-якого регулювання відносин та у вигляді неповного регулювання. Крім того, вони звертають увагу на необхідність відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ, таких, як недосконалість норми закону, кваліфікована мовчанка законодавця та ситуація на розсуд правозастосовувача [17, с. 319]. Щодо «кваліфікованої мовчанки», то Ю. Матат звертає увагу на те, що у цьому разі має місце небажання законодавця регулювати певні відносини за посередництвом норм права. Зазначене явище досить поширене, зокрема, в цивільному праві (ідеться, наприклад, про звичай ділового обороту тощо). Однак ситуації, що визначаються як кваліфіковане мовчання законодавця, на відміну від прогалин у законодавстві, не знаходять свого закріплення в останньому за прямим розсудом законодавця, тоді як прогалини свідчать про недостатність нормативної регламентації [18].

На думку П. Рабіновича, відсутність нормативно-правової регламентації певної групи суспільних відносин у сфері правового регулювання, окресленій основними принципами права, свідчить про наявність прогалини в законодавстві [19, с. 140]. Як указує О. Скакун, прогалина в законі – повна або часткова відсутність необхідних юридичних норм у чинних законодавчих актах. Прогалина в праві – пропуск у правовому регулюванні конкретного виду суспільних відносин [20, с. 594]. О. Колотова вважає, що прогалини в праві – це повна або часткова відсутність правового регулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері правового впливу та потребують правового регулювання за оцінкою суб'єкта правозастосування [2]. При цьому в теорії права пропонують термін «прогалина» використовувати, поперше, на позначення навмисно незаповненого простору, по-друге, на позначення недоліку, упущення у формуванні закону [21, с. 300]. Водночас упущення характеризується як те, що не зроблено, не виконано вчасно, а пропуск – як відсутність чого-небудь унаслідок витрати часу [22, с. 965]. Таким чином, цей термін має два смислових значення. Так, прогалину в першому значенні слід розглядати як невід'ємну властивість самого предмета, оскільки позбувшись цієї властивості, предмет перестає бути тим, яким він був із самого початку, стає якісно іншим або ж повністю припиняє своє існування. Іншою буде ситуація, якщо виходить з другого значення терміна «прогалина», у цьому разі слід погодитися з необхідністю усунення наявних недоліків предмета [18, с. 20–21].

Сучасні дослідники в галузі цивільного права прогалиною вважають відсутність конкретної законодавчої норми, необхідної для регулювання колізійної ситуації [23, с. 46–48]. Ю. Заїка пропонує під прогалиною в праві розуміти випадки, коли певні суспільні відносини потребують правового регулювання, але воно не передбачене конкретним законом, правовою нормою. [24, с. 29–30]. І. Спасибо-Фатеева вказує, що коли для конкретного випадку не-

має норми або коли наявні декілька норм, які суперечать одна одній, або коли діюча норма є неповною, тобто не враховує повністю всіх конкретних особливостей цього випадку, ідеться про прогалини в праві [25].

С. Завальнюк зазначав, що прогалини в законі – це невід'ємний атрибут правового регулювання, якого неможливо позбутися. Специфіка цивільно-правового регулювання визначає особливе ставлення законодавця до подолання прогалин у цивільному законодавстві. Саме цим продиктоване закріплення у ст. 8 чинного Цивільного кодексу України можливості оперативного подолання прогалин законодавства без втручання законодавця [26, с. 158].

Є. Харитонов вважає наявність прогалин у цивільному законодавстві нормальним явищем для цієї галузі, визначає їх як неповноту у вираженні цивільного права стосовно фактів суспільного життя, котрі знаходяться у сфері цивільно-правового регулювання [27, с. 77, 78]. Він також звертає увагу на те, що в сучасних умовах, попри зростаючу кількість законодавчих актів, законів і навіть кодексів, усе більш очевидною стає неможливість і недоцільність усеохоплюючого регулювання суспільних відносин, надто у сфері цивільного обігу [28]. З останньою позицією ми повністю погоджуємось. Визнаючи цивільне право найбільш динамічною галуззю права та законодавства України, вважаємо, що така ситуація є природною для сфери приватного права. Ми також підтримуємо позицію С. Погрібного, який вважає, що прогалини можуть бути лише в законодавстві [29, с. 256]. Такий погляд є цілком логічним з погляду природно-правової теорії права, оскільки право виникає, існує об'єктивно й опосередковує потреби суспільства в регулюванні тих чи інших суспільних відносин. Зауважимо, що в контексті ст. 6 на регуляторне значення договору щодо прогалин у законодавстві звертає увагу і Є. Харитонов [28].

Як писав Ю. Матат, наявність більшості прогалин устанавлюється в процесі правозастосування, оскільки правозастосовувач має певні труднощі у вирішенні конкретної справи через відсутність юридичних інструментів, що давали б відповідь на поставлені запитання [21, с. 305].

Щодо причин виникнення прогалин слід зазначити таке. У радянській теорії держави й права Л. Явич до причин прогалин відносив недогляд законодавця; відсилання до актів, які не були прийняті; неврегульованість порядку застосування закону; навмисні спрощення; неминуче відставання законодавства від суспільних відносин, що розвиваються більш динамічно; помилки й спрощення самого законодавця; низький рівень його законотворчої культури [30, с. 143].

О. Скакун в якості причин прогалин у законодавстві та праві вказує такі: 1) невміння законодавця відобразити в нормативних актах усе різноманіття сучасних життєвих ситуацій, що вимагають правового регулювання (первісна прогалинність); 2) невміння законодавця передбачити появу нових життєвих ситуацій у

результати постійного розвитку суспільних відносин, здійснити щодо них певні законодавчі дії (подальша прогалинність); 3) технічні прорахунки законодавця, допущені під час розроблення законів та у використанні прийомів юридичної техніки [20, с. 594]. А. Поляков у якості причин появи прогалин визначає прорахунки законодавця під час прийняття відповідного акта (первісні прогалини), еволюційні зміни в самих суспільних відносинах, які неможливо було передбачити під час прийняття акта законодавства (подальші прогалини) [31, с. 777].

Причинами виникнення прогалин В. Труба й Р. Притченко називають недоліки законодавчої техніки, динамічність трансформації суспільних відносин тощо [17, с. 219].

Висновки

Нині цивільне законодавство України не може та й не повинне повністю охоплювати все різноманіття наявних у суспільстві цивільних відносин. Кожен день, кожну годину з'являються нові відносини, змінюються суб'єкти й об'єкти, форми, і все це, на перший погляд, вимагає законодавчого регулювання. Причиною появи прогалин, як правило, є відставання законодавця від розвитку суспільних відносин, які на той момент, коли виникає спірна ситуація, уже фактично набули характеру правових. Від вирішення питання про наявність прогалин у законодавстві залежить не тільки констатація цього факту, але й можливість подолання цієї проблеми правозастосовними органами. Відсутність норми, яка прямо регламентує спірні правовідносини, свідчить про прогалину в законодавстві. Щодо прогалини в праві, то вона може існувати тільки в межах позитивістського підходу до права. У рамках природно-правового підходу до права аналогія права набуває характеру техніко-юридичного прийому для видалення дефектів законодавчого регулювання та джерела права.

Список використаних джерел:

1. Матат Ю. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / Ю. Матат ; НУ ЮАУ. – Х. : [б. в.], 2013. – 20 с.
2. Колотова О. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. Колотова ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. – К., 2010. – 19 с.
3. Клім С. Аналогія закону в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Клім ; Міжнародний гуманітарний університет. – Одеса : Б. в., 2012. – 20 с.
4. Завальнюк С. Аналогія права за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Завальнюк ; Міжнар. гуманітар. ун-т. – Одеса, 2015. – 22 с.
5. Майданик Р. Застосування цивільного законодавства за аналогією / Р. Майданик // Юридична Україна. – 2009. – № 7. – С. 56–61.
6. Дрішлюк А. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (радянський період) /

А. Дрішлюк // Південноукраїнський правничий часопис. – № 2. – 2012. – С. 265–268.

7. Дрішлюк А. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (дореволюційний період) / А. Дрішлюк // Південноукраїнський правничий часопис. – № 4. – 2011. – С. 295–298.

8. Дрішлюк А. Аналогія закону та аналогія права: динаміка наукового дослідження (сучасний період) / А. Дрішлюк // Право. Науковий вісник Ужгородського національного університету. – № 17. – 2011. – С. 9–14.

9. Харитонов Є. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки / Є. Харитонов // Юридичний вісник. – 2013. – № 1. – С. 72–81.

10. Довгерт А. Юридична аналогія в Цивільному кодексі та судовій практиці України / А. Довгерт // Приватне право. – 2013. – № 1. – С. 159–165.

11. Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві / О. Печений // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 2(49). – С. 108–119.

12. Погрібний С. Аналогія закону та аналогія права як засоби регулювання договірних цивільних відносин / С. Погрібний // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2010. – № 5. – С. 14–21.

13. Спасибо-Фатєєва І. Трансцендентна судова мімікрія або про принципи права, аналогію закону та права в судовій практиці / І. Спасибо-Фатєєва // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2003. – № 4(35). – С. 142.

14. Лазарев В. Пробелы в праве и пути их устранения : [монография] / В. Лазарев. – М. : Юридическая литература, 1974. – 184 с.

15. Красавчиков О. Советское гражданское право. Том I : [учебник : в 2 т.] / О. Красавчиков, Т. Илларионова, М. Кириллова ; под ред. О. Красавчиков. – 3-е изд. испр. и доп. – М. : «Высшая школа», 1985. – 544 с.

16. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами / Лист Міністерства юстиції від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09>.

17. Труба В. Теорія держави і права : [підручник] / В. Труба, А. Васильєв, І. Борщевський, В. Іванов, І. Кантазарова. – Х. : Одисей, 2007. – 448 с.

18. Матат Ю. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в правозастосовній діяльності : [монографія] / Ю. Матат. – Х. : Право, 2015. – 176 с.

19. Рабінович П. Основи загальної теорії права та держави : [навч. посібник] / П. Рабінович. – К. : Атіка, 2001. – 368 с.

20. Скакун О. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : [підручник] / О. Скакун. – Харків : Еспада, 2006. – 776 с.

21. Общая теория права и государства : [учебник] / В. Афанасьев, А. Герасимов, В. Гойман. – М. : Юрисп, 1999. – С. 300.

22. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Бусел. – К. : Перун, 2001. – С. 965.

23. Борісова В. Цивільне право України : [підручник] / Л. Баранова, І. Жилінкова. – Київ : Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с.

24. Заїка Ю. Українське цивільне право : [навчальний посібник] / Ю. Заїка. – К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. – 368 с.

25. Спасибо-Фатеева И. Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : [монография] / И. Спасибо-Фатеева. – Х. : Право, 2011. – 296 с.

26. Завальнюк С. Аналогія права за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. Завальнюк ; Міжнар. гуманітар. ун-т. – Одеса, 2015. – 220 с.

27. Харитонов Є. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепції) : [монографія] / Є. Харитонов. – О. : Фенікс, 2008. – 346 с.

28. Харитонов Є. «Прогалини» у цивільному законодавстві: хиби правотворчості чи прийом законодавчої техніки / Є. Харитонов // Юридичний вісник. – 2013. – № 1. – С. 72–81.

29. Погрібний С. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. докт. юрид. наук : 12.00.03. / С. Погрібний. – К., 2009. – 374 с.

30. Явич Л. Общая теория права / Л. Явич. – Л. : Изд-во ЛГУ, 1976. – 298 с.

31. Поляков А. Общая теория права: Феноменолого-коммуникативный подход : курс лекций / А. Поляков. – СПб : Юридический центр Пресс, 2003. – 932 с.

Статья посвящена исследованию определения пробелов в гражданском праве Украины и причин их возникновения. На основании проведенного анализа научных источников предложено авторское определение пробела в гражданском праве Украины и причин их возникновения с позиции разных типов правопонимания.

Ключевые слова: пробел в праве, пробелы в законодательстве, гражданское право Украины, аналогия права, аналогия закона, естественное право, позитивное право.

In the article is devoted researching to determination of blanks in the civil law of Ukraine and reason of their origin. On the basis of the conducted analysis of scientific sources authorial determination of blank offers in the civil law of Ukraine and reasons of their origin from position of different types of law understanding.

Key words: blank in a law, blanks in a legislation, civil law of Ukraine, analogy of legislation, analogy of law, natural law, positive law.



УДК 341.41; 341.96.

Лілія Радченко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ШЛЮБНИЙ ДОГОВІР В ІНОЗЕМНИХ ПРАВОПОРЯДКАХ: ОКРЕМІ ЗАСАДИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Стаття присвячена розгляду проблематики правового регулювання шлюбних відносин у міжнародному сімейному праві, оцінці сучасного розуміння категорії «шлюбний договір» і вимог до його укладання за законодавством окремих зарубіжних держав, аналізу особливостей регламентації майнових прав і обов'язків подружжя в іноземних правопорядках. У статті з позиції юридичної доктрини аналізуються положення нормативно-правових актів у сфері сімейних відносин окремих зарубіжних держав, визначаються тенденції та перспективи правового регулювання шлюбно-сімейних відносин у законодавстві України.

Ключові слова: шлюб, сім'я, шлюбні відносини, міжнародне сімейне право, шлюбний договір, обов'язок по утриманню.

Постановка проблеми. Сучасні сімейні правовідносини не обмежуються територією однієї держави, вони можуть виникати, змінюватися або припинятися в різних державах. Загальнолюдська цінність сімейних правовідносин, їх міжнародний характер зумовлюють необхідність детального розгляду таких відносин як у теоретичній, так і в практичній площині, причому не лише з погляду внутрішньонаціональних підходів, а й міжнародних стандартів. Слід також ураховувати, що на регулювання сімейних відносин істотно впливають національні особливості, традиції, релігія та культура. Ці обставини зумовлюють суттєві відмінності в регулюванні сімейних правовідносин різними національними правовими системами.

Шлюбному договору як важливому регулятору правовідносин між подружжям приділяється значна увага як в іноземному, так і в українському законодавстві, зокрема у сфері міжнародного приватного права. На підставі шлюбного договору, як правило, регулюються майнові права й обов'язки подружжя, порядок розподілу майна, набутого під час шлюбу, взаємне утримання подружжям один одного. Такий договір може також містити положення щодо регулювання особистих відносин між подружжям, якщо інше не передбачено відповідним компетентним правопорядком. Проте в Україні шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між подружжям і дітьми (ч. 3 ст. 92 Сімейного кодексу України (далі – СК України [1])). При цьому слід підкреслити, що шлюбно-сімейні правовідносини між подружжям виникають лише тоді, коли шлюб оформлено належним чином, відповідно до вимог національного законодавства. Унаслідок такого шлюбу чоловік і жінка набувають правового та соціального статусу подружжя з відповідним комплексом подружніх прав і обов'язків.

Розгляд теоретичних і практичних аспектів регулювання сімейно-шлюбних відносин у сучасних умовах має також важливе значення з огляду на євроінтеграційні процеси, що наразі відбуваються в Україні, імплементацію та деталізацію на рівні чинного законодавства концепції й загальних підходів, визначених нормами Угоди про асоціацію, укладеної між Україною та Європейським Союзом.

Зазначені фактори зумовлюють актуальність звернення до розгляду проблематики правового регулювання шлюбних сімейних відносин у міжнародному сімейному праві, оцінки сучасного розуміння категорії «шлюбний договір» і вимог до його укладання за законодавством окремих зарубіжних держав, аналізу особливостей регламентації майнових прав і обов'язків подружжя в іноземних правопорядках.

Наведені питання були предметом наукового дослідження представників різних галузей юридичної науки, зокрема А.С. Довгерта, О.В. Дзери, В.Я. Калакури, В.І. Кисіля, Г.С. Фединяк, Л.С. Фединяк та інших науковців. Дослідженню проблематики шлюбного договору присвячені наукові роботи І.В. Жилінкової [2], О.С. Олійник [3], О.О. Ульяненко [4] та інших учених. Під час написання статті використовувалися як загальнонаукові, так і спеціальні юридичні методи дослідження правових явищ і юридичних категорій, зокрема порівняльно-правовий, історичний, формально-логічний та інші методи.

Метою статті є дослідження категорії «шлюбний договір» у міжнародному сімейному праві, розгляд істотних умов і вимог до його укладання в законодавстві окремих зарубіжних держав, визначення специфіки регламентації майнових прав і обов'язків подружжя в іноземних правопорядках, окреслення тенденцій і перспектив правового регулювання шлюбно-сімейних відносин у законодавстві України.

Виклад основного матеріалу. Законодавство більшості іноземних держав містить основні обов'язки подружжя. Зокрема, подружжя зобов'язане дотримуватися взаємної вірності, допомоги, підтримки. Вони разом забезпечують моральний і матеріальний розвиток сім'ї, вони допомагають дітям отримати освіту й забезпечують їхнє майбутнє (ст.ст. 212–213 Цивільного кодексу Франції) [5]. Правове регулювання майнових відносин подружжя в міжнародному сімейному праві може передбачати договірний або легальний правовий режим майна подружжя.

Договірний правовий режим майна подружжя виникає внаслідок укладення подружжям шлюбного договору (marital contract, Ehevertrag, contrat de mariage). Як наголошується в літературі, практика оформлення шлюбних договорів наявна, як правило, у дуже заможних сім'ях. Зокрема, у договорі встановлюються положення щодо права власності на майно чоловіка й дружини, що належало їм до шлюбу, майно, нажите в шлюбі, а також іноді передбачаються майнові санкції на випадок розірвання шлюбу. У разі виникнення спору між подружжям суд буде виходити не з приписів закону, а з положень шлюбного договору.

У загальному вигляді до порядку укладення шлюбного договору в зарубіжних країнах установлюються такі вимоги:

а) договір укладається в письмовій формі;
б) договір укладається в присутності обох сторін (подружжя);

в) у деяких країнах є особливості, пов'язані з реєстрацією шлюбного договору. Так, у Франції шлюбний договір повинен бути зареєстрований нотаріально. Законодавство Італії передбачає обов'язкову реєстрацію договору в місцевих органах влади. При цьому, якщо в шлюбному договорі містяться умови про нерухоме майно, реєстрація повинна бути проведена в тому органі, що здійснює реєстрацію правочинів із нерухомим майном.

Загалом сучасне шлюбно-сімейне законодавство іноземних держав детально врегулює суттєві умови шлюбного договору та можливі варіанти їх вибору сторонами, таким чином дотримуючись основоположного принципу приватного права – принципу автономії волі сторін (наприклад, ЦК Франції встановлює як мінімум шість варіантів правового режиму майна подружжя (ст. 1497), різні варіанти управління майном подружжя, передбачаючи також певні обмеження свободи шлюбного договору (ст. 1389 і т. д.) [5]). Загалом положення шлюбного договору за французьким законодавством не повинні суперечити принципам і нормам цивільного та сімейного права.

Інші європейські країни дотримуються аналогічних підходів, що спрямовані на непорушність рівноправності подружжя, на збереження обов'язків взаємної вірності, допомоги та підтримки, на неможливість обмеження положеннями шлюбного договору їхніх особистих прав і обов'язків щодо виховання й утримання дітей.

Англо-американська правова система має певні особливості. Так, наприклад, в американ-

ському праві наявний інститут «дошлюбних угод» осіб, що одружуються. Такі угоди повинні будуватися на принципах розумності й справедливості, причому їхнім змістом може бути регулювання як майнових відносин, так і відносин, що пов'язані з вихованням і утриманням дітей. Якщо особи, одружуючись, не укладають шлюбного договору, їхні майнові відносини підпорядковуються приписам закону, тобто встановлюється легальний правовий режим майна подружжя.

Легальний режим майна подружжя може бути трьох видів: режим спільності подружнього майна (наприклад, у Франції, Швейцарії, Нідерландах, Італії, у восьми штатах США), режим роздільності (наприклад, в Англії, більшості штатів США, ФРН) і режим відкладеної спільності (наприклад, у Швеції, Норвегії, Данії). Проте слід наголосити, що в Німеччині застосовується термін «режим спільності майна подружжя», хоча він має умовний характер, оскільки подружжя й у шлюбі зберігає кожен у власності своє майно. Так, у § 1363 (1) Німецького Цивільного уложення є положення, що до відносин подружжя застосовується режим спільності майна, нажитого кожним із подружжя під час шлюбу, якщо в шлюбному договорі вони не домовилися про інше [6].

Порядок управління майном подружжя наразі сформований унаслідок суттєвих реформ сімейного права, зокрема визнання заміжньої жінки дієздатною. Проте навіть сьогодні для сімейного права певних держав характерним є верховенство чоловіка; у багатьох країнах донині зберігається нерівноправне положення чоловіка й дружини в сім'ї. Цивільні кодекси таких держав передбачають шлюбний договір, який укладається до шлюбу й закріплює насамперед права чоловіка на майно дружини, тобто йдеться про збереження, хоч і у звуженому вигляді, значних переваг у управлінні майном і вирішенні матеріальних питань шлюбу за чоловіком. Як зазначено в літературі [7, с. 540–541], ці переваги продовжують зберігатися й донині в Аргентині, Бразилії, Іспанії, де чоловік вирішує основні питання управління майном. Право Франції також передбачає одноосібне управління спільним майном подружжя, але з певними особливостями; чоловік здійснює управління загальною частиною майна, але найбільш важливі угоди він може вчинити тільки за згодою дружини, а дружина управляє своєю (резервною) частиною майна, яка набута нею на свою заробітну плату.

У ЦК Франції передбачено, що один із подружжя не може без згоди іншого розпоряджатися правами, що стосуються оселі, сім'ї та предметів побуту. Той із подружжя, який не дав своєї згоди на здійснення такої угоди, має право вимагати її анулювання (ст. 215). Водночас будь-яке договірне зобов'язання, укладене одним із подружжя щодо обтяження спільного майна, будь-яке відчуження спільного майна, здійснене одним із них у межах своїх повноважень після першої заяви про розлучення, буде визнане недійсним, якщо буде доведено, що мало місце порушення прав іншого з по-

дружжя (ст. 262-2). Однак кожен із подружжя може одноосібно управляти й розпоряджатися спільним майном за умови, що він відповідає за помилки, допущені в управлінні. Один із подружжя, зайнятий певною професією, має одноосібне право вчиняти акти управління й розпорядження майном, необхідним для цієї професії. Подружжя не може незалежно одне від одного шляхом укладення безоплатних угод розпоряджатися їхнім спільним майном (ст. ст. 1421–1422) [5].

Натомість законодавство інших держав обмежує чоловіка в праві одноосібного управління подружнім майном. При цьому найбільш важливі для подружжя правочини мають здійснюватися за взаємною згодою обох із подружжя, хоча вони й наділені рівними правами щодо управління майном. Найбільш яскравим прикладом такого легального підходу до вирішення питань позбавлення одноосібного права на управління майном подружжя є законодавство Німеччини. Зокрема, положення Німецького цивільного уложення містять певні правила. Кожен із подружжя має право здійснювати угоди, необхідні для забезпечення життєвих потреб сім'ї, зокрема в інтересах іншого з подружжя. Права й обов'язки за такими угодами набуватимуться обома з подружжя, за винятком випадків, якщо інше не випливає з обставин справи. Подружжя може обмежити або виключити правомочність іншого з подружжя укладати угоди, що встановлюють для нього правові наслідки, але якщо для такого обмеження немає серйозної причини, то за клопотанням іншого з подружжя опікунський суд зобов'язаний скасувати обмеження (пп. 1, 2 § 1357). Загалом кожен із подружжя має право самостійно розпорядитися своїм майном, але з певними обмеженнями (§ 1364). Так, подружжя може взяти на себе зобов'язання щодо розпорядження своїм майном у цілому лише за згодою іншого з подружжя. Якщо один із них взяв на себе зобов'язання без згоди іншого з подружжя, то він має право виконати це зобов'язання тільки після отримання згоди іншого з подружжя (пп. 1, 2 § 1365). Крім того, подружжя має під час виконання обов'язків, що випливають із сімейно-правових відносин, проявляти таку обачність, яку вони проявляють у веденні власних справ (§ 1359) [6].

Відносини подружжя щодо надання утримання одне одному за законодавством різних країн урегульовані по-різному. Одна група країн законодавчо передбачає обов'язок чоловіка утримувати дружину (наприклад, в Англії, США, Франції, Швейцарії). При цьому чоловік може зажадати від дружини надання утримання лише у випадках, установлених законом (хвороба, нещасний випадок у побуті або на виробництві, досягнення певного віку) [7, с. 541].

Інша група країн має інші вимоги до взаємного утримання. Наприклад, у Німеччині подружжя зобов'язане взаємно утримувати одне одного. Зокрема, Німецьким цивільним уложенням встановлено, що подружжя взаємно зобов'язані своєю працею й майном утримувати сім'ю належним чином. Якщо одному з подруж-

жя передане ведення домашнього господарства, то він виконує свій обов'язок робити трудовий внесок в утримання сім'ї, як правило, шляхом ведення домашнього господарства (§ 1360). Крім того, утримання слід надавати таким способом, який сформувався в процесі спільного подружнього життя. Подружжя взаємно зобов'язане надавати заздалегідь на розумний період часу кошти, необхідні для утримання сім'ї (п. 2 § 1360a) [2]. Подібне за змістом положення відносно взаємного подружнього обов'язку щодо допомоги та підтримки також передбачене Цивільним кодексом Голландії від 01.01.1992 р. (у розділі 6 «Подружні права й обов'язки») [8].

В юридичній літературі справедливо звертається увага на те, що введення юридичного обов'язку утримання (виплата аліментів) об'єктивно зумовлене нужденністю одержувача та соціальною потребою в його забезпеченні, але водночас обмежується можливістю особи, яка сплачує аліменти [7, с. 541–542]. Така соціальна справедливість знайшла своє відображення в Німецькому цивільному уложенні (§§ 1581, 1601, 1602, 1603). При цьому особливості аліментного німецького законодавства, як і французького, є те, що там діє таке правило: смерть зобов'язаної особи не припиняє права на аліменти, оскільки її аліментні зобов'язання переходять у спадщину в якості боргового зобов'язання (§ 1586b Німецького цивільного уложення [6], ст. 284 Цивільного кодексу Франції [5]).

Що стосується інших держав, то питання утримання можуть залежати безпосередньо від інших важливих факторів. Наприклад, в Італії суд, приймаючи рішення про розірвання шлюбу, під час покладання обов'язку щодо сплати аліментів на одного з подружжя бере до уваги тривалість шлюбу, причини розлучення, розміри доходів кожного з подружжя тощо. Такого ж принципу дотримується право Швейцарії, що передбачає можливість присудити аліменти невинному в розлученні нужденному подружжю з урахуванням матеріальних можливостей іншого з подружжя [7, с. 542]. У США регулювання аліментних обов'язків є компетенцією законодавчих органів кожного штату. Така особливість зумовлена тим, що аліментні зобов'язання щодо дружин і дітей установлені тільки в тих штатах, в яких регулювання майнових відносин подружжя здійснюється нормами загального права. Такий підхід базується на тому, що обов'язок чоловіка щодо утримання колишньої дружини після розірвання шлюбу не обмежений строком. Єдиною підставою для припинення цього обов'язку є нове заміжжя жінки. При цьому суд має право, незважаючи на приписи норм загального права, відмовити в призначенні утримання, якщо обставини справи та матеріальний стан кожної зі сторін дають для цього підставу.

Загалом законодавство більшості країн у питаннях взаємного утримання виходить із того, що право на це утримання припиняється у зв'язку з настанням таких обставин, як укладення нового шлюбу або смерть особи, на користь якої сплачувались аліменти.

На розвиток українського законодавства, зокрема у сфері регулювання шлюбно-сімейних відносин, беззаперечно, впливають процеси євроінтеграції, що реалізуються державою, причому завдяки імплементації певних правових принципів в українське законодавство окремі інституції (наприклад, конкубінат, утримання тощо) із прийняттям Сімейного кодексу України нині не просто закріплені або вдосконалені вітчизняним законодавством, а й свідомо прийняті суспільством, яке користується ними на практиці. У той же час, на наш погляд, інтеграція до європейського правового простору потребує подальшої системної деталізації, а можливо, і певних змін чинного законодавства. Видається, що серед таких тенденцій і перспектив окремої уваги законодавця заслуговує предмет і умови шлюбного договору, які можна поширити й на регулювання особистих немайнових прав подружжя. Як свідчить практика іноземних держав, регулювання шлюбно-сімейних відносин шлюбним договором успішно здійснюється як у сфері майнових, так і особистих немайнових відносин. Крім того, таке розширення предмета шлюбного договору позитивно сприймається в шлюбно-сімейних відносинах з іноземним елементом, коли сторони застосовують автономію волі сторін для врегулювання правовідносин.

Висновки

Шлюбним договором в іноземних правових порядках, зокрема в міжнародному приватному праві, регулюються, насамперед, майнові права й обов'язки подружжя, порядок розподілу майна, набутого під час шлюбу, їхні права й обов'язки зі взаємного утримання. При цьому слід ураховувати, що за умов наявності іноземного елемента в шлюбному договорі подружжя може здійснити вибір права, що буде застосовуватися до такого договору (така можливість передбачена ст. 59 Закону України «Про міжнародне приватне право» [9]), а тому можливі різні варіанти його правової регламентації відповідно до обраного компетент-

ного правопорядку. Сучасний етап розвитку суспільства зумовив трансформацію традиційних сімейних відносин, що має наслідком зміну акцентів правового регулювання сімейних відносин у законодавстві зарубіжних держав і необхідність проведення глибоких наукових досліджень відносин у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. // Відомості Верховної Ради України, 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
2. Жилинкова І.В. Брачний контракт / І.В. Жилинкова. – Харьков, 1995. – 172 с.
3. Ульяненко О.О. Шлюбний договір у сімейному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.О. Ульяненко ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2003. – 193 с.
4. Олійник О.С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О.С. Олійник ; Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПР України. – Київ, 2009. – 20 с.
5. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21 марта 1804 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://sudru.com/нормативная-база/исторические-нормативные-акты/471383-гражданский-кодекс-франции-кодекс-наполеона-21-марта-1804-года>.
6. Германское гражданское уложение [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.twirpx.com/file/250517/33>.
7. Гражданское и торговое право зарубежных государств : [учебник] / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – В 2-х т. – Т. II. – М. : Междунар. отношения, 2008. – 640 с.
8. Dutch Civil Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle771010.htm>.
9. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. // Відомості Верховної Ради України. – № 32. – С. 1278. – Ст. 422.

Статья посвящена рассмотрению проблематики правового регулирования брачных отношений в международном семейном праве, оценке современного понимания категории «брачный договор» и требований к его заключению по законодательству отдельных зарубежных государств, анализу особенностей регламентации имущественных прав и обязанностей супругов в иностранных правовых порядках. В статье с позиции юридической доктрины анализируются положения нормативно-правовых актов в сфере семейных отношений отдельных зарубежных государств, определяются тенденции и перспективы правового регулирования брачно-семейных отношений в законодательстве Украины.

Ключевые слова: брак, семья, брачные отношения, международное семейное право, брачный договор, обязанность по содержанию.

The article is devoted to the problems of legal regulation of marital relations in international family law, assessment of the modern understanding of the category of “marital contract” and the requirements for its conclusion under the legislation of some foreign states, analysis of the specifics of the regulation of property rights and duties in foreign law and order. The article analyzes the provisions of normative legal acts in the sphere of family relations of certain foreign states, determines trends and prospects for the legal regulation of marriage and family relations in the legislation of Ukraine.

Key words: marriage, family, marital relations, international family law, marital contract, duty of maintenance.

УДК 347.412

Надія Сампара,*аспірант кафедри цивільного права й процесу
Тернопільського національного економічного університету,
адвокат*

ОСОБЛИВОСТІ ЕЛЕМЕНТІВ СУБСИДАРНІХ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

У статті розглянуто елементи субсидіарних цивільно-правових зобов'язань. Проаналізовано сучасний стан розвитку цивільного права та законодавства щодо визначення специфіки елементів субсидіарних зобов'язань. Досліджено особливості суб'єктів, об'єкта й змісту субсидіарних цивільно-правових зобов'язань.

Ключові слова: цивільне законодавство, субсидіарне зобов'язання, суб'єкт, об'єкт, зміст.

Постановка проблеми. Належне виконання субсидіарного зобов'язання містить дві взаємозумовлені стадії. По-перше, це особливий (фактичний) склад, що за своєю сутністю є систематизованою сукупністю юридичних фактів, необхідних для настання правових наслідків – виникнення, зміни чи припинення правовідношення. По-друге, це взаємозумовленість і необхідність виконання обов'язку перед кредитором. Субсидіарне зобов'язання є цивільним правовідношенням, тому складається з тих же елементів, що й інші цивільні правовідносини.

Стрімкий розвиток ринкових відносин, відновлення дієвості приватних засад у господарюванні й формування підприємництва зумовили необхідність дослідження особливостей елементів субсидіарних цивільно-правових зобов'язань.

Проблематиці елементів цивільно-правового зобов'язання присвячували увагу такі науковці, як Т. Жагарнікова, Н. Кузнецов, Р. Майданик, М. Панченко, Є. Харитонов, О. Чернілевська, К. Сінянський, Н. Голубева, Н. Майданик та ін. Більшість учених у цивілістичній доктрині притримуються позиції про те, що зобов'язальне правовідношення складається з класичних елементів: суб'єкта, об'єкта й змісту [1, с. 468]. О. Чернілевська зауважила, що хоча цивільно-правове зобов'язання й складається з трьох таких елементів, як суб'єкт, об'єкт і зміст, проте на сучасному етапі розвитку ринкових відносин ці елементи характеризуються ускладненнями [2, с. 296].

Означені ускладнення в контексті дослідження субсидіарних цивільно-правових зобов'язань слід іменувати їх особливостями, за допомогою яких останні набувають своєї персоніфікації. Правове регулювання субсидіарних зобов'язань здійснюється цивільним законодавством України на засадах добровільності, розумності та справедливості, що й зумовлює специфіку їх елементів. Елементи субсидіарного зобов'язання впливають на механізм його виконання, що є прямо залежним від зміни сторін, їхніх прав і обов'язків, об'єкта, основних і додаткових чи функціональних правовідносин. Тож належне виконання субсидіарного

зобов'язання залежить від його елементів, що потребують детального дослідження.

Метою статті є встановлення особливостей елементів субсидіарних цивільно-правових зобов'язань.

Виклад основного матеріалу. Узявши за основу зміст ч. 1 ст. 510 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), слід констатувати той факт, що суб'єктами, тобто сторонами субсидіарного зобов'язання, є кредитор і субсидіарний боржник [3]. При цьому кредитор є активною стороною та наділений правом вимагати виконання зобов'язання, а субсидіарний боржник – це пасивна сторона, що зобов'язана задовольнити вимогу кредитора шляхом учинення певної дії, що визначена в змісті зобов'язання, або утриматися від учинення певних дій.

У зобов'язанні на боці боржника або кредитора може бути одна або одночасно кілька осіб. Що ж до субсидіарного зобов'язання, то саме на цій підставі деякі науковці (зокрема Д. Трут, С. Сарбаш, О. Чернілевська) відносять субсидіарні зобов'язання до зобов'язань із множинністю осіб, обґрунтовуючи свою позицію тим, що на боці боржника є як мінімум дві особи: основний і додатковий боржники. На протипагу позиції науковців про віднесення субсидіарних зобов'язань до групи зобов'язань із множинністю осіб слід навести думку Г. Грищенко. Учена, досліджуючи множинність осіб як правове явище в цивільно-правовому зобов'язанні, дійшла висновку про те, що «субсидіарне зобов'язання не відповідає ні критерію множинності осіб у зобов'язанні, ні меті (призначенню) норм про множинність осіб» [4, с. 46]. З означеною позицією слід погодитися, адже хоча однією з підстав виникнення субсидіарного зобов'язання є юридичний факт – стан субсидіарності, проте для основного й субсидіарного боржників є окремі зобов'язання з одним і тим же кредитором. Прихильники цієї позиції вказують на той факт, що основний і субсидіарний боржники є учасниками різних правовідношень. Натомість інші науковці стверджують, що субсидіарні зобов'язання є лише засобом забезпе-

чення виконання основних зобов'язань. Із цим твердженням не можна погодитися, оскільки класифікація зобов'язань за підставами їх виникнення дозволяє виокремлювати, окрім субсидіарних зобов'язань як форми забезпечення виконання зобов'язання, ще й інші договірні та недоговірні зобов'язання.

Субсидіарним боржником може бути будь-який суб'єкт цивільного права. До таких суб'єктів відповідно до чинного цивільного законодавства України належать фізичні особи, юридичні особи, публічно-правові утворення, як-то органи публічної влади (державної та комунальної форми власності). Фізичні особи можуть набувати статус субсидіарного боржника в разі їхньої участі в окремих видах підприємницьких товариств; юридичного факту створення й передачі майна товариству після його державної реєстрації тощо. Для фізичної особи, яка може бути учасником підприємницького товариства, існує низка обмежень. Так, відповідно до ст. 30 ЦК України фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, наділяється цивільною дієздатністю. Остання є здатністю особи своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатністю своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Тож для того, щоб фізична особа могла бути учасником підприємницького товариства й набувати можливість бути потенційним субсидіарним боржником за зобов'язаннями юридичної особи, учасником якої вона є, існує низка вікових обмежень. Згідно зі ст. 34 ЦК України повний обсяг цивільної дієздатності може мати лише та фізична особа, яка досягла вісімнадцяти років, тобто субсидіарним боржником може бути лише повнолітня фізична особа. Однак є й винятки із цих правил, зокрема ст. 10 Закону України «Про кооперацію» передбачає, що членом кооперативу може бути фізична особа, яка досягла шістнадцятирічного віку й виявила бажання брати участь у його діяльності [5]. Частина 1 ст. 98 Господарського кодексу України (далі – ГК України) передбачає, що членом виробничого кооперативу можуть бути громадяни, які досягли шістнадцятирічного віку, визнають статус кооперативу та дотримуються його вимог, беруть майнову й трудову участь у діяльності кооперативу [6]. Аналіз цивільного законодавства дає підстави констатувати той факт, що для участі фізичної особи в окремих товариствах, зокрема в повному товаристві, передбачена вимога про необхідність здійснення ними підприємницької діяльності. У цьому контексті ч. 3 ст. 35 ЦК України забезпечує можливість наділення фізичної особи повною цивільною дієздатністю не з моменту досягнення нею вісімнадцяти років, а із шістнадцяти років, за наявності в неї бажання займатися підприємницькою діяльністю.

Наведене дає підстави для висновку про те, що за загальним правилом фізична особа може бути субсидіарним боржником із моменту досягнення нею повноліття, тобто вісімнадця-

ти років, а винятки з правил чітко передбачені в чинному законодавстві.

Юридичні особи також можуть бути субсидіарними боржниками. Така їхня участь у субсидіарних зобов'язаннях зумовлена їхньою участю в інших підприємницьких товариствах або ж їх створенні, причому в одних випадках субсидіарними боржниками можуть бути лише комерційні підприємства, а в інших може не мати значення форма діяльності юридичної особи (комерційна або некомерційна). Аналізуючи положення чинного законодавства щодо можливості виникнення субсидіарного зобов'язання, слід виокремити право власності органів публічної влади на майно основного боржника. Це твердження безпосередньо стосується власника майна казенного підприємства, адже відповідно до ч. 2 ст. 76 ГК України казенне підприємство створюється за рішенням Кабінету Міністрів України. У рішенні про створення казенного підприємства визначаються обсяг і характер основної діяльності підприємства, а також орган, до сфери управління якого входить підприємство, що створюється. Частина 7 ст. 77 цього ж кодексу наголошує, що в разі недостатності в казенного підприємства коштів для виконання свого зобов'язання держава в особі органу, до сфери управління якого входить підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями казенного підприємства.

У правовідносинах, що виникають на підставі укладеного між кредитором і субсидіарним боржником договору, зокрема й на підставі договору поруки, особа субсидіарного боржника визначається безпосередньо кредитором [7, с. 539]. Означена позиція вказує на те, що субсидіарним боржником у цих правовідносинах може бути будь-який суб'єкт цивільного права. Чинне цивільне законодавство України передбачає лише одну вимогу до фізичних осіб, що мають бажання бути поручителями: умова набуття повної цивільної дієздатності, яка за загальним правилом набувається людиною з досягненням нею повноліття (вісімнадцяти років). Що стосується інших видів договірних субсидіарних зобов'язань, особа субсидіарного боржника як обов'язкового елемента зобов'язання визначається в самому договорі. Зокрема, при відчуженні майна, переданого платником ренти під виплату ренти, потенційним субсидіарним боржником за цим договором буде покупець майна (ч. 2 ст. 735 ЦК України), а при укладенні договору комерційної концесії потенційним субсидіарним боржником виступатиме праволоділець (ч. 1 ст. 1123 ЦК України) та ін.

У недоговірних субсидіарних зобов'язаннях, що виникають унаслідок учинення основним боржником правопорушення й зумовлюють відшкодування субсидіарним боржником шкоди, завданої кредитору основним боржником, коло суб'єктів, які можуть бути субсидіарними боржниками, є доволі широким.

У правовідносинах, що виникають у ході визнання юридичної особи банкрутом, субсидіарними боржниками відповідно до чинного

законодавства можуть бути засновники, учасники, акціонери, а також інші особи, зокрема керівник боржника. Для уточнення висловленого слід звернутися до постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про банкрутство» № 15 від 18.12.2009 р. У ній зазначено, що Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом» містить спеціальні норми, що мають пріоритет у застосуванні під час розгляду справ про банкрутство щодо інших законодавчих актів України [8]. Проте норми низки законів містять положення, що не суперечать цьому нормативно-правовому акту, а навпаки, доповнюють його. Зокрема, ч. 6 ст. 126 ГК України передбачає, що якщо корпоративне підприємство через дії або бездіяльність холдингової компанії стає неплатоспроможним і визнається банкрутом, то холдингова компанія несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями корпоративного підприємства.

Субсидіарними боржниками відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» за умови подання недостовірних відомостей, наведених у документах, що подаються для реєстрації випуску та проспекту емісії цінних паперів, є особи, які підписали ці документи [9].

Субсидіарними боржниками в недоговірних субсидіарних зобов'язаннях також можуть бути батьки (усиновлювачі, піклувальники) неповнолітніх осіб віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, що завдали шкоду іншим особам (ст. 1179 ЦК України).

Іншою стороною субсидіарного зобов'язання є кредитор. Кредитором може бути будь-який суб'єкт цивільного права: фізична особа, юридична особа, держава, АР Крим, територіальні громади в особі їхніх органів. Фізичні і юридичні особи вступають у зобов'язальні правовідносини з потенційними субсидіарними боржниками на підставі закону або укладення договору, незалежно від змісту правовідносин, а також у разі завдання їм шкоди основним боржником. Держава, АР Крим, територіальні громади не лише відповідають за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб як субсидіарні боржники, а й можуть виступати на стороні кредитора, якщо субсидіарний боржник зобов'язується повернути за основного боржника кошти щодо сплати податків і зборів у державний чи місцевий бюджети.

Об'єкт субсидіарних зобов'язань. У чинному цивільному законодавстві об'єктам цивільних прав присвячено окремий розділ, а у ст. 177 ЦК України визначено, що об'єктами цивільних прав є речі, зокрема гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні й нематеріальні блага [10, с. 129]. На основі розуміння саме законодавцем об'єктів цивільного права вважаємо за доцільне дослідити об'єкт субсидіарного цивільно-правового зобов'язання.

У ст. 619 ЦК України закріплено загальний порядок і підстави виникнення субсиді-

арного зобов'язання. Окремі підстави й умови виникнення субсидіарних зобов'язань містяться і в інших проаналізованих статтях ЦК України та нормативно-правових актах. Аналіз чинного законодавства вказує на те, що в субсидіарних зобов'язаннях є специфічний об'єкт, яким можуть бути лише гроші. У ч. 3 ст. 619 ЦК України є положення, що містить застереження про те, що кредитор не вправі вимагати задоволення своєї вимоги від особи, яка несе субсидіарну відповідальність, якщо ця вимога може бути задоволена шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника. Частина 1 ст. 124 ЦК України передбачає, що учасники повного товариства солідарно несуть додаткову (субсидіарну) відповідальність усім своїм майном, а ч. 2 ст. 154 ЦК України містить припис про субсидіарну відповідальність учасників товариства з додатковою відповідальністю їх майном у розмірі, який установлюється статутом товариства. Частина 7 ст. 77 ГК України містить положення про те, що держава в особі органу, до сфери управління якого входить казенне підприємство, несе повну субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями цього підприємства в разі недостатності в нього коштів. Зважаючи на ці нормативні приписи, використовуючи логіко-правовий метод, слід зробити висновок про те, що субсидіарні зобов'язання виникають у зв'язку з наявністю в їх юридичному (фактичному) складі такого юридичного факту, як факт невиконання або неналежного виконання основним боржником свого зобов'язання перед кредитором. А оскільки субсидіарне зобов'язання є самостійним за своїм характером, то й субсидіарний боржник не є стороною за основним зобов'язанням. У зв'язку із цим кредитор не може пред'явити вимогу субсидіарному боржнику про виконання зобов'язання в натурі. Фактично субсидіарний боржник повертає кредитору в грошовому еквіваленті ті майнові втрати, які кредитор поніс унаслідок невиконання або неналежного виконання основним боржником свого зобов'язання.

У переважній більшості субсидіарних зобов'язань їх об'єктом є саме гроші, однак за чинним цивільним законодавством у договірних субсидіарних зобов'язаннях може мати місце й інший об'єкт. Таким об'єктом, якщо це передбачено укладеним договором між кредитором і субсидіарним боржником, може бути як майно, так і результати діяльності субсидіарного боржника, що вчиняються в інтересах кредитора (виконання робіт згідно із затвердженим наперед проектом і кошторисом, надання визначених у договорі послуг, результати інтелектуальної діяльності, що мають індивідуальні ознаки).

Зміст субсидіарних зобов'язань. Їхній зміст складається із суб'єктивних прав і юридичних обов'язків сторін і включає в себе право вимоги кредитора й обов'язок субсидіарного боржника. Деякі науковці, зокрема Н. Голубева, дотримуються позиції про те, що залежно від вимог до боржника слід розрізняти зобов'язання з позитивним і негативним змістом. Якщо

боржник зобов'язаний учинити на користь кредитора яку-небудь дію, то його слід іменувати зобов'язанням із позитивним змістом. Зобов'язання з негативним змістом характеризується зобов'язанням боржника утриматися від здійснення певних дій [1, с. 473]. Як показує практика, субсидіарні зобов'язання здебільшого мають позитивний зміст.

У субсидіарних зобов'язаннях право кредитора на пред'явлення вимоги до субсидіарного боржника про належне виконання ним свого обов'язку обмежене положеннями ст. 619 ЦК України. Ці обмеження полягають в обов'язку кредитора першочергово пред'явити вимогу до основного боржника, а також в обов'язку використати можливість задоволення своєї вимоги шляхом зарахування зустрічної вимоги до основного боржника. Принагідно потрібно відзначити й те, що пред'явлена вимога кредитора не є необмеженою. Характерним для субсидіарних зобов'язань є встановлення верхньої межі для вимоги кредитора, яка не може бути більшою за пред'явлену вимогу до основного боржника, оскільки кредитор має право пред'явити вимогу до субсидіарного боржника лише в частині невиконаної основним боржником вимоги. Така позиція вказує на зв'язок між основним і субсидіарним зобов'язанням, адже виникнення субсидіарного зобов'язання й розмір пред'явленої кредитором вимоги до субсидіарного боржника безпосередньо залежить від поведінки боржника за основним зобов'язанням. Так, якщо вимогу кредитора за основним зобов'язанням буде виконано в повному обсязі, то не виникне субсидіарне зобов'язання.

Субсидіарний обов'язок боржника може бути різний за своїм змістом залежно від правової природи субсидіарного зобов'язання. Субсидіарний обов'язок боржника слід розглядати в двох аспектах. По-перше, як майнову санкцію за власне правопорушення, наприклад, у разі подання емітентом недостовірної інформації про рух цінних паперів. По-друге, як обов'язок, що виникає незалежно від поведінки субсидіарного боржника й не є негативним наслідком для останнього. Прикладом може слугувати виконання особою свого субсидіарного обов'язку, який був передбачений під час укладення договору поруки.

Висновки

Суб'єктами субсидіарного зобов'язання є кредитор (сторона, що наділена правом вимоги) і субсидіарний боржник (пасивна сторона, що зобов'язана задовольнити вимогу кредитора). Здебільшого об'єктом субсидіарних зобов'язань є саме гроші, однак за чинним цивільним законодавством у договірних субсидіарних зобов'язаннях може мати місце й інший об'єкт. Таким об'єктом, якщо це передбачено укладеним договором між кредитором і субсидіарним боржником, може бути як майно, так і результати діяльності субсидіарного боржника, яка здійснюється в інтересах кредитора (виконання робіт згідно із затвердженим наперед

проектом і кошторисом, надання визначених у договорі послуг, результати інтелектуальної діяльності, що мають індивідуальні ознаки).

Кредитор і субсидіарний боржник вступають у правовідносини між собою на добровільних засадах, застосовуючи принцип цивільного права про самостійність у виборі своєї поведінки. Фактично цей принцип є основою договорів, що є однією з підстав виникнення субсидіарних зобов'язань. Це дає підстави для визначення сторонами субсидіарного зобов'язання своїх прав і обов'язків наперед, тобто дає можливість чітко сформулювати зміст субсидіарного зобов'язання. Ураховуючи те, що субсидіарне зобов'язання матиме місце на основі договору між кредитором і субсидіарним боржником, слід зробити висновок про те, що обсяг субсидіарного зобов'язання не буде обмежений обсягом зобов'язання основного боржника. У недоговірних субсидіарних зобов'язаннях зменшення розміру відповідальності субсидіарного боржника за погодженням сторін є неможливим, оскільки особа субсидіарного боржника, порядок і обсяг виконання ним його зобов'язання прямо визначені чинним цивільним законодавством і залежать від основного зобов'язання.

Список використаних джерел:

1. Голубева Н. Характеристика елементів зобов'язання / Н. Голубева // Актуальні проблеми держави і права, 2011. – С. 468–474.
2. Чернілевська О. Поняття та ознаки множинності осіб у цивільних зобов'язаннях / О. Чернілевська // Наук. вісн. Ужгород. націон. ун-ту. Серія «Право». Випуск 21. – Ч. 2. – Т. 1, 2013. – С. 296–299.
3. Цивільний кодекс України // Верховна Рада України. – К.: Парлам. вид-во, 2016. – 376 с.
4. Гриценко Г. Множинність осіб у цивільно-правових зобов'язаннях: дис. ... канд. юрид. наук. за спец. 12.00.03 // Г. Гриценко. – Х.: Вид-во Нац. юрид. ун-ту ім. Я. Мудрого. – 2015. – 234 с.
5. Про кооперацію: Закон від 10.07.2003 р. № 1087-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2004. – № 5. – Ст. 35.
6. Господарський кодекс України: Закон, Кодекс від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.
7. 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. І. Спасибо-Фатеевої. – Х.: ФОП Лисяк Л.С., 2012. – 736 с.
8. Про судову практику у справах про банкрутство: постанова від 18.12.2009 р. № 15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-09>.
9. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон від 23.02.2006 р. № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2006. – № 31. – Ст. 268.
10. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / За заг. ред. В. Бобрика. – К.: «Центр учбової літератури», 2016. – 784 с.

В статье рассмотрены элементы субсидиарных гражданско-правовых обязательств. Проанализировано современное состояние развития гражданского права и законодательства по определению специфики элементов субсидиарных обязательств. Исследованы особенности субъектов, объекта и содержания субсидиарных гражданско-правовых обязательств.

Ключевые слова: гражданское законодательство, субсидиарное обязательство, субъект, объект, содержание.

In the article the subsidiary elements of civil obligations. The current state of civil rights legislation and to identify the specific elements of subsidiary obligations. The features of subject, object and content of subsidiary civil obligations.

Key words: civil law, vicarious liability, object, content.



УДК 347.91/.95(477)

Олена Скорич,*аспірант кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ОСОБЛИВОСТІ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПЕРЕКЛАДАЧА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню цивільного процесуального статусу перекладача. Автором досліджується питання особливостей участі перекладача в цивільному процесі в контексті реалізації принципу мови судочинства. Акцентується увага на проблематиці правової природи знань, які застосовуються перекладачем під час реалізації своєї процесуальної функції.

Ключові слова: перекладач, спеціальні знання, принципи мови судочинства.

Постановка проблеми. Одним з основних принципів цивільного судочинства є принцип мови судочинства, передбачений ст. 7 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) і ст. 14 Закону України «Про засади державної мовної політики». Належний рівень дотримання цього принципу має важливе значення для забезпечення рівності всіх учасників процесу, незалежно від раси, кольору шкіри, національності, мовної належності. Саме тому питання розуміння мови, якою здійснюється судочинство, й усвідомлення всіма учасниками змісту процесуальних дій, які здійснюються в процесі розгляду справи по суті, є надзвичайно важливим аспектом реалізації особою права на судовий захист. Участь перекладача в цивільному процесі є гарантією дотримання права учасників цивільного процесу на справедливий судовий розгляд, ухвалення законного, обґрунтованого рішення суду. Для досягнення такої мети судочинства необхідно, щоб усі учасники цивільного процесу повною мірою володіли мовою судочинства. Саме тому проблематика участі перекладача в цивільному процесі гостро постає перед науковцями та практиками внаслідок недосконалості правового регулювання процесуального статусу перекладача в діючому ЦПК України, що призводить до труднощів у процесі допуску такого учасника в цивільний процес.

Питання участі перекладача в цивільному процесі досліджували такі вчені, як І.І. Бунова, Ж.В. Васильєва-Шаламова, О.П. Головінська, М.А. Джафаркулієв, О.Ю. Кузнецов, М.І. Леоненко, М.М. Ясинюк та інші. Однак варто зазначити, що досі не вирішеними є питання правової природи знань, які застосовує перекладач у ході реалізації своєї процесуальної функції, а також такі особливості процесуального статусу перекладача, що стосуються підтвердження кваліфікації перекладача, визначення законодавцем кола осіб, за ініціативою яких у процес може допускатися відповідний учасник цивільного процесу.

Метою статті є встановлення правової природи знань перекладача, визначення кола осіб, за клопотанням яких перекладач може допускатися в процес, дослідження питання кваліфікаційних вимог до перекладача як учасника цивільного процесу та формування власної наукової позиції із цього питання.

Виклад основного матеріалу. Цивільний процесуальний статус перекладача регламентується ч. 1 ст. 55 діючого ЦПК України, де зазначено дві основні ознаки перекладача як учасника цивільного процесу:

а) це особа, яка вільно володіє мовою, якою здійснюється цивільне судочинство, та іншою мовою, знання якої необхідне для усного чи письмового перекладу з однієї мови на іншу;

б) це особа, яка володіє технікою спілкування з глухими, німими чи глухонімими.

Варто звернути увагу на той факт, що процесуальний статус перекладача в цій нормі висвітлений надзвичайно обмежено, у зв'язку з чим виникає багато питань щодо участі перекладача в цивільному процесі.

Як слушно зазначає С.І. Степурко, саме участь у процесі перекладача врівноважує можливість для захисту прав та інтересів особи, яка володіє мовою судочинства, і яка не володіє нею [1, с. 80]. Треба підтримати позицію автора з приводу того, що перекладач забезпечує реалізацію принципу рівності сторін у цивільному процесі України. Як свідчить судова практика, процесуальна діяльність перекладача впливає також і на рівень реалізації принципу змагальності сторін.

На думку І.А. Балюк, перекладач не має власного інтересу до судової справи та не є самостійним учасником судочинства [2, с. 90]. Не можна погодитися з вищезазначеною позицією автора, адже перекладач не може мати юридичного інтересу, оскільки повинен залишатися об'єктивним і неупередженим, чітко та дослівно передавати учасникам і суду зміст інформації, що викладена іноземною мовою. Перекладач наділений низкою прав і обов'язків,

виконує конкретну процесуальну функцію, і тому є самостійним і незалежним у цивільному процесі.

Частиною 2 ст. 55 ЦПК України передбачено, що перекладач допускається ухвалою суду за заявою особи, яка бере участь у справі. Зміст статті не передбачає компетенції суду щодо залучення перекладача в процес за власною ініціативою. Однак, на нашу думку, така позиція законодавця може в подальшому призвести до зловживання учасниками цивільного процесу своїми процесуальними правами. Тому дотримуємося позиції, що можливість залучення перекладача за ініціативою суду є гарантією забезпечення процесуальних прав учасника процесу, який не володіє мовою судочинства. Важливо розуміти, що суд повинен гарантувати особі можливість повноцінно реалізувати право на судовий захист навіть у разі нерозуміння мови судочинства, а тому погоджуємося з позицією законодавця, відображеною в проекті Цивільного процесуального кодексу України (далі – Проект), відповідно до ч. 2 ст. 73 якого перекладач допускається ухвалою суду за заявою учасника справи або призначається з ініціативи суду [3]. Таким чином, вищевказаною нормою вирішується питання щодо права суду за власною ініціативою допускати в процес перекладача.

Вважаємо невинуватеною позицію законодавця щодо обмеження кола учасників цивільного процесу, за ініціативою яких може залучатися перекладач. Погоджуємося з І.М. Шевченко з приводу того, що перекладач може бути наданий не тільки особам, які беруть участь у справі, а й іншим учасникам, зокрема свідкам, експертам і представникам [4, с. 24]. Слід підтримати таку позицію, адже коли однією зі сторін процесу є особа, яка не розуміє мови судочинства, необхідність скористатися послугами перекладача може з'явитися й у інших учасників цивільного процесу в ході реалізації ними своєї процесуальної функції, наприклад, у експерта, спеціаліста та ін.

Як слушно зазначає О.А. Терещева, спеціальна правосуб'єктність перекладача полягає в тому, що він, по-перше, володіє знаннями мови, необхідними для перекладу в процесі розгляду справи; по-друге, перекладач повинен вільно володіти мовою, коли переклад здійснюється без використання словника й інших необхідних засобів. Іншими словами, у перекладача має бути висока професійна кваліфікація [5, с. 19].

У зв'язку із цим варто звернути увагу на відсутність як у діючому ЦПК, так і в Проекті вимог щодо підтвердження кваліфікації перекладача в суді, адже законодавцем не визначений процесуальний порядок перевірки рівня знання мови перекладача для оцінки можливості такого перекладача здійснювати належний переклад у ході розгляду справи по суті.

І.М. Шевченко дотримується позиції, що перекладачем може бути тільки особа, яка має відповідну філологічну освіту, оскільки суд у разі незнання іноземної мови не може перевірити кваліфікацію перекладача й правильність

перекладу. Крім того, слід надати перевагу перекладачам, які мають юридичну спеціалізацію [4, с. 24].

Вважаємо, що перекладач повинен бути не тільки фахівцем у галузі філології, але й розуміти основи юридичної термінології, адже перед ним стоїть завдання здійснити не тільки дослівний, а й юридично правильний і точний переклад. У процесі здійснення перекладу з однієї мови на іншу мають бути враховані термінологічні особливості, які є визначальними для правильного розуміння змісту конкретної інформації. Тому, на нашу думку, рівень професійних знань перекладача повинен бути підтверджений не тільки дипломом про вищу філологічну освіту, а й свідоцтвом Міністерства юстиції про те, що відповідний перекладач здав кваліфікаційний іспит і вільно володіє не тільки розмовною, а й діловою та юридичною мовою. У зв'язку із цим виникає необхідність у започаткуванні та проведенні Міністерством юстиції підготовки судових перекладачів для сприяння здійсненню правосуддя фахівцями належного рівня. Для того, щоб забезпечити учасникам процесу вільний доступ до інформації про фахівців із перекладу на конкретну мову, необхідну для повноцінної участі особи в судовому розгляді справи, необхідно створити реєстр судових перекладачів. Якщо учасник цивільного процесу володіє виключно якоюсь рідкісною мовою, відповідний реєстр допоможе оперативно визначитися з особою перекладача, який здійснюватиме переклад у ході розгляду справи по суті, що сприятиме своєчасному розгляду справи. Тому слушною є позиція О.В. Ванярхо з приводу того, що введення регулювання діяльності судових перекладачів, які мають виключне право здійснювати переклад у судовому засіданні, а також переклад процесуальних документів, дало б особам, які беруть участь у справі й не володіють мовою судочинства, право на правильний переклад [6, с. 27].

У контексті дослідження окремих особливостей процесуального статусу перекладача важливим є визначення правової природи знань, які застосовуються перекладачем у ході реалізації своєї процесуальної функції. Питання віднесення перекладача до суб'єктів використання спеціальних знань є надзвичайно спірним. У діючому ЦПК такий учасник, як перекладач, зазначений у числі інших осіб або осіб, які сприяють здійсненню правосуддя (поряд з експертом і спеціалістом). У Проекті Цивільного процесуального кодексу перекладач віднесений до інших учасників судового процесу. Однак, аналізуючи положення діючого ЦПК і Проекту, можна дійти висновку про те, що в розумінні законодавця перекладач не є суб'єктом використання спеціальних знань.

Як зазначає Ж.В. Васильєва-Шаламова, у цивільному процесі перекладач надає технічну допомогу, застосовуючи при цьому спеціальні знання. Хоча перекладач є фахівцем у галузі лінгвістичних знань, його участь і знання використовуються для забезпечення принципів рівності й змагальності сторін [7, с. 64]. Позицію віднесення перекладача до суб'єктів

використання спеціальних знань підтримує М.А. Родіонова, яка пропонує виділити такі форми участі обізнаних осіб у процесі залежно від їхнього процесуального статусу: 1) експерт; 2) спеціаліст; 3) перекладач; 4) педагог, психолог [8, с. 7].

Для вирішення питання віднесення перекладача до суб'єкта використання спеціальних знань необхідно звернутися до поняття спеціальних знань. Так, М.К. Треушников вважає, що під спеціальними знаннями в цивільному процесі розуміються знання, які знаходяться за межами правових знань, загальновідомих узагальнень, що витікають із досвіду людей. Спеціальні знання не належать до загальновідомих, загальнодоступних, тих, що мають масове розповсюдження, тобто це такі знання, якими професійно володіє тільки вузьке коло спеціалістів [9, с. 197]. Аналізуючи це визначення, звертаємо увагу на те, що спеціальні знання не є загальновідомими та загальнодоступними, чого не можна сказати про знання перекладача. Знання мови не є тими знаннями, які відповідають критеріям спеціальних знань, адже вони характеризуються такими ознаками, як доступність і загальновідомість, поширення серед великого кола осіб. Особа незалежно від її освіти може володіти декількома мовами. Знання мови не є тією галуззю знань, що потребує наявності відповідної освіти та навичок застосування, адже це є повсякденний засіб спілкування.

Проте не можна зробити однозначний висновок про те, що перекладач не є суб'єктом використання спеціальних знань. Коли йдеться про необхідність перекладу документа, написаного стародавньою мовою або рідкісним діалектом, необхідна допомога не просто лінгвіста, а філолога, який досліджує особливості мови конкретного історичного періоду чи конкретного регіону. У цьому разі, на нашу думку, такі знання мови є спеціальними, адже вони явно виходять за межі загальновідомих і загальнодоступних. Ураховуючи вищезазначене, можна зробити висновок про те, що такий учасник процесу, як перекладач, може бути суб'єктом використання спеціальних знань лише в конкретних випадках, що зумовлюють необхідність глибинних знань певних аспектів мови та культури конкретної нації.

Також варто акцентувати увагу на природі знань осіб, які володіють технікою спілкування з глухими, німими чи глухоніми. Вважаємо, що ці знання слід віднести до сфери спеціальних. Як слушно зазначає М.М. Ясинок, глухонімі, які є стороною в цивільній справі, третіми особами, свідками, як правило, доводять до відома суду інформацію за допомогою міміки та різних жестів. Міміка глухонімих, незважаючи на деякі її особливості, як правило, є однаковою. Але в частині глухонімих є індивідуальний словник, зрозумілий лише вузькому колу осіб, тому що їхня мова все ж є унікальною. Незважаючи на те, що кількість жестів і мімічних виразів є значною, усе ж вони не можуть зрівнятися з лексикою української мови. Проте глухонімі спілкуються між собою не лише за допомогою жестів – дактильної мови (ручної

азбуки), але й «читають по губах». Якщо для них це є повсякденний засіб спілкування, яким вони добре володіють, то прихід таких осіб у судові засідання потребує послуг перекладача [10, с. 107]. Аналізуючи цю наукову позицію, можна зробити висновок про те, що техніка спілкування з глухонімими належить до спеціальних знань, оскільки потребує наявності в особи спеціальних навичок для здійснення перекладу в такій ситуації. Саме тому в такому разі перекладач виступає суб'єктом використання спеціальних знань.

Висновки

Отже, ураховуючи вищезазначене, можна зробити висновок про те, що основним завданням перекладача є здійснення точного та правильного перекладу з метою розуміння учасниками процесу, які не володіють мовою судочинства, суті та змісту процесуальних дій під час розгляду справи в суді. Перекладач є самостійним і незалежним учасником цивільного процесу, який сприяє здійсненню правосуддя, він наділений низкою прав і обов'язків, спрямованих на забезпечення належного виконання ним своєї процесуальної функції. Особливістю процесуального статусу перекладача є також застосування ним знань різної правової природи. Тому іноді перекладача слід відносити до суб'єктів використання спеціальних знань.

Список використаних джерел:

1. Степурко С.І. Процесуальні гарантії принципу рівноправності сторін у цивільному судочинстві / С.І. Степурко // Науковий вісник Чернівецького університету. – Вип. 559. – 2011. – С. 79–82.
2. Балюк І.А. Перекладач у господарському та інших судових процесах України / І.А. Балюк // Порівняльно-аналітичне право. – № 3. – 2016. – С. 89–92.
3. Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23.03.2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.
4. Шевченко И.М. Проблемы рассмотрения дел с участием иностранных лиц в российском арбитражном процессе: международная подсудность, судебные извещения, средства доказывания : автореферат дис. ... кандидата юридических наук : 12.00.15 / И.М. Шевченко ; Санкт-Петербург, 2012. – 25 с.
5. Терещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса : автореферат дис. ... доктора юридических наук : 12.00.15 / Е.А. Терещева. – Москва, 2009. – 47 с.
6. Ванярхо А.В. Лица, содействующие осуществлению правосудия, – участники арбитражного процесса Российской Федерации : автореферат дис. ... кандидата юридических наук : 12.00.15 / А.В. Ванярхо. – Москва, 2011. – 30 с.

7. Васильєва-Шаламова Ж.В. Роль і місце перекладача в реалізації принципу мови судочинства в цивільному процесі України / Ж.В. Васильєва-Шаламова // Вісник Академії адвокатури України. – Т. 12. – № 1(32). – 2015. – С. 61–69.

8. Радионова М.А. Формы использования знаний сведущих лиц на стадии предварительного расследования : автореферат дис. ... канди-

дата юридических наук : 12.00.09 / М.А. Радионова. – Челябинск, 2010. – 26 с.

9. Гражданский процесс. Учебник для вузов / Под ред. М.К. Треушникова. – М. : Издательство «Спарк», Юридическое бюро «Городец», 1998. – 544 с.

10. Ясинок М.М. Участь глухонемых у цивільному процесі / М.М. Ясинок // Право і безпека. – № 5(3). – 2006. – С. 107–109.

Статья посвящена исследованию гражданского процессуального статуса переводчика. Автором рассматривается вопрос особенностей участия переводчика в гражданском процессе в контексте реализации принципа языка судопроизводства. Акцентируется внимание на проблематике правовой природы знаний, которые применяются переводчиком при реализации своей процессуальной функции.

Ключевые слова: переводчик, специальные знания, принцип языка судопроизводства.

The article is devoted to the study of the civil procedural status of the translator. The author studies the peculiarities of the translator's participation in the civil process in the context of implementing the principle of the language of proceedings. The emphasis is on the problems of the legal nature of knowledge used by the translator in the implementation of their procedural function.

Key words: translator, special knowledge, principle of language of legal proceedings.



УДК 347.724:347.9(477)

Володимир Цікало,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТ ПРАВА АКЦІОНЕРІВ НА ОBOB'ЯЗКОВИЙ ВИКУП АКЦІЙ У РАЗІ ПРИДБАННЯ ДОМІНУЮЧОГО КОНТРОЛЬНОГО ПАКЕТА

Стаття присвячена умовам здійснення та способам захисту права акціонерів на обов'язковий (примусовий) викуп у них акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета. Це право має недоговірний характер (виникає із закону) і може бути здійснене за умови, що особа, яка придбала домінуючий контрольний пакет, не розпочала реалізовувати належне їй право на обов'язковий (примусовий) продаж. Особливості здійснення права на обов'язковий викуп акцій зумовлюють необхідність у застосуванні спеціальних способів його судового захисту.

Ключові слова: акціонер, домінуючий контрольний пакет акцій, особа, яка стала власником домінуючого контрольного пакета акцій.

Постановка проблеми. Згідно з додатком XXXIV до глави 13 «Законодавство про заснування та діяльність компаній, корпоративне управління, бухгалтерський облік і аудит» розділу V «Економічне та галузеве співробітництво» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони, укладеної в частині торговельно-економічних і галузевих положень 27 червня 2014 р., наша держава взяла на себе зобов'язання поступово наблизити своє законодавство у сфері здійснення та захисту прав акціонерів до законодавства ЄС. Додатком, серед іншого, передбачено впровадження Директиви 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради від 21 квітня 2004 р. про пропозиції поглинання протягом 4 років із дати набрання чинності Угодою.

На виконання зазначеного зобов'язання 23 березня 2017 р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах», яким унесено змінив Закон України «Про акціонерні товариства». Цими змінами встановлено особливості здійснення права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання контрольного, значного контрольного та домінуючого контрольного пакетів акцій.

Питанням здійснення та захисту прав акціонерів у разі набуття іншими особами великих пакетів акцій приділили увагу такі українські вчені, як О. Вінник, Ю. Жорнокуй, О. Кібенко, В. Коссак, В. Кравчук, Т. Крисань, О. Посикалюк, В. Рябота, І. Спасибо-Фатєєва, Ю. Хорт, С. Юргелевич та інші. Проте недостатньо дослідженими залишаються умови здійснення та захисту права акціонерів на обов'язковий (примусовий) викуп акцій особою, що стала власником домінуючого контрольного пакета.

Мета статті. Для вирішення частини окресленої проблеми необхідно встановити види прав акціонерів у разі придбання великих пакетів акцій, відмінності між правом на обов'язковий викуп акцій у разі придбання контрольного та значного контрольного пакетів і правом на примусовий викуп акцій особою, яка стала власником домінуючого пакета, особливості здійснення й захисту останнього.

Виклад основного матеріалу. Керуючись положеннями Закону України «Про акціонерні товариства», право на обов'язковий викуп акцій у разі придбання контрольного, значного контрольного або домінуючого контрольного пакетів акцій можна поділити на види за різними критеріями.

Залежно від **розміру контрольного пакета акцій і особливостей здійснення й захисту**, є два види права акціонера на обов'язковий викуп акцій:

- 1) право на обов'язковий викуп акцій у разі придбання **контрольного пакета акцій (більше ніж 50% простих акцій товариства)** або **значного контрольного пакета акцій (75 і більше відсотків простих акцій товариства)**;
- 2) право на обов'язковий (примусовий) викуп акцій у разі придбання **домінуючого контрольного пакета акцій (95 і більше відсотків простих акцій товариства)**.

З урахуванням **типу акціонерного товариства** можна виділити такі види права на обов'язковий викуп акцій як наслідку придбання контрольного, значного контрольного або домінуючого контрольного пакетів акцій:

- 1) право на обов'язковий викуп акцій у разі придбання **контрольного пакета акцій приватного акціонерного товариства**;
- 2) право на обов'язковий викуп акцій у разі придбання **контрольного або значного конт-**

рольного пакета акцій публічного акціонерного товариства;

3) право на обов'язковий (примусовий) викуп акцій у разі придбання **домінуючого пакета акцій приватного або публічного акціонерного товариства**.

Зміст прав акціонера на обов'язковий викуп акцій у разі придбання особою того чи іншого контрольного пакета (контрольного, значного контрольного, домінуючого контрольного) загалом збігається. Зокрема, якщо особа (особи, що діють спільно) (далі – особа) стала (прямо або опосередковано) власником контрольного, значного контрольного чи домінуючого контрольного пакета акцій, в інших акціонерів виникає право вимагати від такої особи викупити в них належні їм акції за справедливою ціною.

Умови здійснення цих прав є різними для права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання контрольного або значного контрольного пакетів і для права на примусовий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета акцій.

До **умов здійснення права на обов'язковий викуп акцій в акціонера в разі придбання контрольного та значного контрольного пакетів** належать:

- надсилання особою, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакета акцій, до товариства публічної безвідкличної **пропозиції** для всіх акціонерів придбати в них прості акції товариства;

- відсутність обмежень (обтяжень) щодо акцій акціонерів;

- повідомлення акціонерами особи, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакета акцій, **про прийняття її пропозиції (акцепт пропозиції)**;

- сплата акціонерам, які прийняли пропозицію про придбання акцій, вартості їхніх акцій виходячи із зазначеної в ofertі ціни;

- учинення акціонерами, які прийняли пропозицію про придбання акцій, усіх дій, необхідних для набуття особою, яка придбала контрольний або значний контрольний пакет акцій, права власності на їхні акції.

Згідно зі ст.ст. 65 і 65-1 Закону України «Про акціонерні товариства» право акціонерів вимагати обов'язкового викупу їх акцій у разі придбання особою контрольного або значного контрольного пакета виникає після прийняття ними безвідкличної пропозиції такої особи, тобто після укладення договору купівлі-продажу акцій. Іншими словами, **це право є одним з елементів виконання договору купівлі-продажу, який уже укладено між сторонами: особою, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакета акцій (покупець), та іншим акціонером (продавець)**. На момент придбання особою права власності на контрольний або значний контрольний пакет інші акціонери ще не мають права вимагати примусового викупу в них акцій.

Здійснення **права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета характеризується наявністю таких умов:**

- розміщення в загальнодоступній інформаційній базі відомостей про ринок цінних паперів інформації Національної комісії із цінних паперів і фондового ринку про придбання особою права власності на домінуючий контрольний пакет;

- відсутність обмеження (обтяження) щодо акцій акціонерів;

- **відсутність публічної безвідкличної вимоги** особи, яка стала власником домінуючого контрольного пакета акцій, про придбання акцій в інших акціонерів;

- подання товариству акціонером, який має намір реалізувати право продажу належних йому акцій, письмової **вимоги про обов'язкове придбання акцій**;

- затвердження товариством ціни обов'язкового придбання акцій;

- отримання особою, яка є власником домінуючого контрольного пакета, від товариства затвердженої ціни обов'язкового придбання акцій;

- переказ особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, коштів за акції на банківський рахунок, зазначений у письмовій вимозі акціонера про обов'язкове придбання належних йому акцій;

- звернення акціонера до банківської установи за отриманням коштів.

Однією з умов здійснення права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета є відсутність публічної безвідкличної вимоги особи, що стала власником такого пакета, щодо обов'язкового придбання акцій інших акціонерів. Зокрема, відповідно до ч. 9 ст. 65-3 Закону України «Про акціонерні товариства» з дня надходження до товариства публічної безвідкличної вимоги від особи (осіб, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій, і до завершення процедури примусового продажу право всіх власників простих акцій товариства вимагати обов'язкового викупу в них акцій не застосовується.

Процедура примусового продажу простих акцій акціонерами на вимогу особи, яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій, установлена у ст. 65-2 Закону України «Про акціонерні товариства». Ця процедура містить умови здійснення ще одного права акціонера (акціонерів), яке за своїм змістом є **правом на обов'язковий (примусовий) продаж акцій** і належить лише тому акціонеру, який став **власником домінуючого контрольного пакета**. У практичній професійній і науковій сферах згадане право отримало назву **«право на витіснення»** або англійською мовою право **«squeeze-out»**. Серед науковців і практиків у цілому підтримується доцільність запровадження цього суб'єктивного цивільного права в законодавство України [1; 2; 3], але також є позиція про недоцільність його встановлення [4, с. 10]. Вважається, що squeeze-out слугує насамперед для захисту інтересів мажоритарних акціонерів за рахунок інтересів меншоритарних акціонерів. Попри те, що squeeze-out забезпечує приватний інтерес мажоритарного

акціонера, нормативне закріплення цього інституту пояснюється спрямуванням на досягнення публічних цілей – забезпечення ефективного корпоративного управління та підвищення інвестиційної привабливості [5, с. 96–97].

У юридичній літературі право на обов'язковий продаж акцій тісно пов'язують із правом інших акціонерів на обов'язковий викуп у них акцій власником домінуючого контрольного пакета (sell-out). *Існує позиція, згідно з якою ці права кореспондують одне одному.* Так, на думку С. Юргелевича право витіснення (squeeze-out) розглядається в нерозривному зв'язку з кореспондуючим правом міноритарних акціонерів вимагати від контролюючого акціонера викупу в них акцій, що залишилися, за справедливою ціною (sell-out) [6, с. 14]. Як вважає А. Столярчук, право міноритарних акціонерів вимагати від контролюючого акціонера викупу в них акцій, що залишилися, за справедливою ціною (sell-out) розглядається в міжнародному законодавстві в нерозривному зв'язку з кореспондуючим правом витіснення (squeeze-out) [7, с. 1–3]. За інформацією Центру комерційного права у світі механізму squeeze-out кореспондує так званий sell-out, за яким міноритарні акціонери можуть вимагати в мажоритарного акціонера, що сконцентрував у своїх руках «критичну масу» акцій, викупити їхні акції за справедливою ціною [8, с. 4]. Натомість редакція Закону України «Про акціонерні товариства» не дає підстав розглядати права на squeeze-out і sell-out як такі, що є кореспондуючими. Зазначена позиція має спірний характер.

Права на обов'язковий продаж (squeeze-out) і обов'язковий викуп (sell-out) акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета не лише не кореспондують одне одному, а навпаки – здійснення одного із цих прав виключає можливість здійснення іншого. **Якщо власник домінуючого контрольного пакета акцій розпочав здійснювати своє право на обов'язковий продаж, тобто подав товариству публічну безвідкличну вимогу про примусовий продаж акцій, в інших акціонерів не виникає право на обов'язковий викуп, а в тих, у кого воно вже виникло, таке право припиняється.** Право інших акціонерів на обов'язковий викуп у них акцій (sell-out) особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, може бути здійснене, якщо ця особа не розпочала реалізовувати належне їй право на обов'язковий продаж їй решти акцій товариства (squeeze-out).

У здійсненні цих прав є інші істотні відмінності. Так, **здійснення права на обов'язковий продаж акцій має часові межі** (90 днів із дня подання повідомлення до товариства про набуття права власності на домінуючий контрольний пакет). Що ж до **права на обов'язковий викуп, то воно може бути здійснене в будь-який час.** Здійснення **права на обов'язковий продаж не залежить від будь-яких обмежень (обтяжень) акцій**, навпаки, публічна безвідклична вимога про придбання акцій заявником має вищий пріоритет над усіма обмеженнями (обтяженнями). **Право на обов'язковий викуп по-**

ширюється лише на акції, щодо яких не встановлене обмеження (обтяження).

На відміну від договірної права на обов'язковий викуп акцій особою, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакетів акцій, право на обов'язковий викуп акцій особою, яка набула у власність домінуючий контрольний пакет, має недоговірний, а законодавчий характер. **Його виникнення не залежить від укладення договору купівлі-продажу акцій між власником домінуючого контрольного пакета та рештою акціонерів, оскільки пов'язується з моментом розміщення в загальнодоступній інформаційній базі даних про ринок цінних паперів інформації Національної комісії із цінних паперів і фондового ринку про набуття особою права власності на домінуючий контрольний пакет.** Це останнє право виникає не з договору, а з факту придбання домінуючого контрольного пакета акцій. Така особливість зумовлює відмінність у способах захисту, які можуть бути застосовані судом унаслідок порушення прав на обов'язковий викуп акцій у разі набуття контрольного, значного контрольного або домінуючого контрольного пакетів акцій.

Зважаючи на істотну відмінність права на обов'язковий (примусовий) викуп акцій особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, від права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання контрольного й значного контрольного пакетів, не можна погодитися з думкою про те, що це останнє право (передбачене у ст.ст. 65 та 65-1 Закону України «Про акціонерні товариства») є різновидом sell-out [9, с. 2–5; 10, с. 1–3]. «Потрібно зауважити, що в законодавстві країн ЄС передбачені обидві процедури «обов'язкової пропозиції» (mandatory bid offer) і «обов'язкового викупу» (sell-out). Час застосування цих двох механізмів не є однаковим. Право обов'язкового викупу може бути застосоване лише тоді, коли поглинання завершено, тоді як правило обов'язкової пропозиції застосовується до моменту завершення поглинання» [11, с. 47].

У ст. 65-4 Закону України «Про акціонерні товариства», яка має назву «Наслідки недотримання вимог щодо виконання обов'язків власником контрольного пакета акцій, значного контрольного пакета акцій або домінуючого контрольного пакета акцій товариства», установлені правові гарантії здійснення права на обов'язковий викуп акцій, однак не передбачено способи захисту цього права. «Гарантія визначається законодавцем і покликана в більшості випадків реалізувати корпоративне право без застосування юрисдикційних механізмів захисту» [12, с. 163]. Відповідно до цієї статті особа, яка набула контрольний (значний контрольний, домінуючий контрольний) пакет акцій, але не виконала умов здійснення права на обов'язковий викуп, має право голосу лише за акціями, які вона набула, до моменту виконання відповідних умов. При цьому інші прості акції товариства, що прямо чи опосередковано належать таким особам, не дають права голосу та не враховуються для визначення кворуму до

моменту виконання цими особами умов здійснення права на обов'язковий викуп. Способи судового захисту права на обов'язковий викуп акцій залежать від моменту його виникнення й особливостей здійснення.

Право на обов'язковий викуп акцій особою, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакетів, виникає з договору купівлі-продажу акцій і підлягає здійсненню відповідно до його умов. У разі порушення цього права для його захисту мають застосовуватися способи договірної характеру. Зокрема, у ст. 16 Цивільного кодексу України встановлено такий спосіб захисту договірних прав, як примусове виконання обов'язку в натурі. Застосування цього способу захисту права на обов'язковий викуп акцій полягатиме в стягненні з покупця (особи, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакета) ціни обов'язкового придбання акцій, визначеної відповідно до умов договору.

Право на обов'язковий викуп акцій особою, яка стала власником домінуючого пакета, виникає не з договору купівлі-продажу, який ще не укладено, а з факту набуття у власність домінуючого контрольного пакета акцій. Натомість право на стягнення вартості обов'язкового придбання акцій як елемент права на примусовий викуп може бути здійснене після отримання від товариства особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, затвердженої ціни обов'язкового придбання акцій. Для захисту цього останнього права має бути встановлений спеціальний спосіб захисту, який пов'язаний нез виконанням договору, а з його укладанням. У випадках, прямо встановлених законом або договором, для захисту цивільних прав можуть застосовуватися способи, які хоч і не передбачені у ст. 16 Цивільного кодексу України, але мають ефективний характер і можуть виступати межею свободи здійснення цивільних прав (абз. 2 ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України). Одним із таких способів захисту цивільних прав (права на примусовий викуп акцій особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета) може стати укладення договору за рішенням суду. Ця особливість захисту права на обов'язковий викуп акцій особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, дає підстави застосувати до нього ще одну назву – **право на примусовий викуп акцій**.

У науковій літературі вже висловлювалася думка про можливість застосування в національній правозастосовній практиці в якості непоіменованого способу захисту цивільних прав та інтересів спонукання до укладення договору. Спонукання до укладення договору за своїм змістом є вимогою про визнання права: судові рішення в переважній більшості випадків не встановлює змісту конкретного договору, а підтверджує право однієї сторони вимагати укладення з нею договору [13, с. 141]. Спонукання до укладення договору, на відміну від його укладення за рішенням суду, не можна визнати ефективним способом захисту права на примусовий викуп акцій у разі придбання

домінуючого пакета, оскільки воно (спонукання до укладення) не передбачає встановлення істотних умов договору купівлі-продажу акцій, кожна з яких може стати самостійним предметом спору.

Наслідком укладення за рішенням суду договору купівлі-продажу акцій у разі набуття домінуючого контрольного пакета стане застосування ще одного способу захисту порушеного права – стягнення з особи, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, справедливої вартості акцій обов'язкового придбання, визначеної рішенням суду. У зв'язку з цим ст. 65-4 Закону України «Про акціонерні товариства» потребує доповнення новою ч. 3 такого змісту: «У разі нездійснення переказу коштів на банківський рахунок, зазначений у письмовій вимозі акціонера про обов'язкове придбання належних йому акцій, суд за позовом акціонера укладає договір купівлі-продажу акцій з особою (особами, що діють спільно), яка стала власником домінуючого контрольного пакета акцій товариства, на умовах, визначених законом. День набрання чинності рішенням суду, яким вирішене питання про укладення договору купівлі-продажу акцій, вважається днем укладення відповідного договору, якщо рішенням суду не встановлено інше».

Висновки

1. Право акціонерів вимагати обов'язкового викупу їхніх акцій у разі придбання особою контрольного або значного контрольного пакета виникає після прийняття ними безвідкличної пропозиції такої особи, тобто після укладення договору купівлі-продажу акцій.

2. Однією з умов здійснення права на обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета є відсутність публічної безвідкличної вимоги особи, що стала власником такого пакета, щодо обов'язкового придбання нею акцій інших акціонерів.

3. У разі придбання домінуючого контрольного пакета акцій в особи, яка стала власником такого пакета, виникає право на обов'язковий продаж цій особі акцій іншими акціонерами (squeeze-out).

4. Права на обов'язковий продаж і обов'язковий викуп акцій (sell-out) у разі придбання домінуючого контрольного пакета не лише не кореспондують одне одному, а навпаки – здійснення одного із цих прав виключає можливість здійснення іншого.

5. На відміну від договірної права на обов'язковий викуп акцій особою, яка стала власником контрольного або значного контрольного пакетів акцій, право на обов'язковий викуп акцій особою, яка набула у власність домінуючий контрольний пакет, має недогвірний, а законодавчий характер.

Список використаних джерел:

1. Кібенко О. Право викупу акцій міноритаріїв – захист від рейдерів / О. Кібенко [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://economics.unian.ua/stockmarket/377560-pravo-vikupu-aktsiy>.

2. Майстренко Д. Нові механізми корпоративного управління / Д. Майстренко // Юридична газета online. – 18 квітня 2017 р. – № 16(566) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/novimehanizmi>.

3. Гуменчук А. Крок до реформування корпоративного управління / А. Гуменчук // Юридична газета online. – 18 квітня 2017 р. – № 16(566) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/krok-do-reformuvannya>.

4. Рябота В. Реалізація прав акціонерів при злитті, приєднанні та поглинанні акціонерних товариств в Україні : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук / В. Рябота. – Київ, 2008. – 15 с.

5. Посикалюк О. Механізм примусового продажу акцій squeeze-out: досвід ЄС та перспективи впровадження в законодавство України / О. Посикалюк // Проблеми модернізації приватного права в умовах євроінтеграції : збірник наукових праць. – Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2015. – С. 94–102.

6. Юргелевич С. Дотримання балансу інтересів при запровадженні механізму витіснення меншарних акціонерів / С. Юргелевич // Вісник Центру комерційного права. – 2013. – № 43. – С. 13–17.

7. Столярчук А. Право акціонера (акціонерів), який набув переважну кількість акцій, на примусовий викуп решти акцій як елемент корпоративного управління та захисту прав акціонерів / А. Столярчук [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

http://prajus.com/news/PRAVO_AKCIONERA_AKCIONERIV.

8. Розвиток корпоративного права: на порозі суттєвих нововведень // Вісник Центру комерційного права. – 2013. – № 43. – С. 2–5.

9. Шеремета С. Сквіз-аут та сел-аут: перспективи впливу на корпоративне управління / С. Шеремета, Ю. Ніколайчук // Юридична газета online. – 18 квітня 2017 р. – № 16(566) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/skvizaut-ta-selaut>.

10. Пиголь О. Corporate governance: зміни для покращення інвестиційного клімату / О. Пиголь // Юридична газета online. – 18 квітня 2017. – № 16(566) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/corporate-governance>.

11. Радван А. Оцінка рівня наближення чинного законодавства про компанії, корпоративне управління, бухгалтерський облік і аудит та існуючих практик в Україні до стандартів і практик ЄС. Підсумковий звіт. – Київ, грудень 2014. – 108 с.

12. Крисань Т. Юридичні гарантії фізичних осіб у системі корпоративних правовідносин / Т. Крисань // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 162–167.

13. Хоменко М. Межі свободи договору: погляд крізь призму способів захисту / М. Хоменко // Проблеми цивільного права та процесу : тези доповідей учасників наук.-практ. конф., 19–20 травня 2017 р. – Харків : ХНУВС, 2017. – С. 139–141.

Стаття посвячена умовам здійснення і способам захисту права акціонерів на обов'язковий (принудительний) викуп у них акцій в разі придбання домінуючого контрольного пакета. Указане право має внедоговірний характер (возникає непосредственно на основани закона) і може бути здійснено, якщо людина, котра придбрала домінуючий контрольний пакет, не почало реалізовувати належаче йому право на обов'язкову (принудительную) продаж. Особливості здійснення права на обов'язковий викуп акцій обуславлюють необхідність застосування спеціальних способів його судової захисти.

Ключевые слова: акціонер, домінуючий контрольний пакет акцій, людина, ставшею власником домінуючого контрольного пакета акцій.

The article is devoted to the conditions of implementation and methods of protecting the right of shareholders to mandatory (compulsory) redemption of their shares in case of acquisition of a dominant control package. This right is of non-contractual nature (it arises directly from the law) and can be implemented provided that the person who acquired the dominant controlling package does not begin to implement his right to mandatory (compulsory) sale. The peculiarities of implementation of the right to mandatory redemption of shares stipulate the necessity of applying special methods of its judicial protection.

Key words: shareholder, dominant control package, person, who became owner of the dominant control package.



УДК 346.2:504.06

Антоніна Бобкова,*докт. юрид. наук, професор, академік Національної академії правових наук України,
декан юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса***Юлія Павлюченко,***канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Донецького національного університету імені Василя Стуса*

УЧАСНИКИ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЕКОЛОГІЧНОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА

У статті досліджено коло учасників відносин у сфері екологічного підприємництва. На підставі проведеного аналізу конкретизовано коло учасників відносин у цій сфері, обґрунтовано їх місце і роль у таких господарських відносинах; запропоновано закріплення кола учасників відносин у сфері екологічного підприємництва на законодавчому рівні.

Ключові слова: екологічне підприємництво, учасники господарських відносин, суб'єкти екологічного підприємництва, споживачі екологічної продукції, інфраструктура екологічного підприємництва.

Постановка проблеми. Сучасне підприємствосупроводжується надто активним, часто виснажливим використанням природних ресурсів та/або негативним впливом на навколишнє природне середовище. Таке «агресивне» природокористування не тільки створює загрозу екологічних катастроф, невідновлюваності природного середовища, але й ставить під сумнів можливість безпечного існування майбутніх поколінь. Зменшення негативних екологічних наслідків можливе через вжиття заходів щодо екологізації господарської діяльності та розвитку екологічного підприємництва. Аналіз вітчизняної практики свідчить, що розвиток екологічного підприємництва здійснюється повільно порівняно із зарубіжними країнами. Серед суб'єктів господарювання ідея переходу на «чисте» підприємництво не набула великого поширення, і, зокрема, не сформовано коло учасників відносин у сфері екологічного підприємництва та стійких економічних зв'язків між ними.

Засади підприємницької діяльності і природокористування та загальні положення щодо учасників відповідних відносин закріплено ГК України (глави 4 і 15), іншими законами господарського законодавства. Положення щодо екологізації господарської діяльності містять Закони України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про відходи», «Про екологічний аудит», «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» та інші, норми яких можна розглядати і як правове підґрунтя екологічного підприємництва. При цьому сам термін «екологічне підприємництво» використано лише у Законі України «Основні засади (Стратегія) державної екологічної політики на період до 2020 року» (п. 4.10) (далі – Стратегія державної екологічної політики). Протеаналіз законодавства щодо

екологічного підприємництва свідчить, що для його розвитку положень стосовно кола учасників відносин у цій сфері недостатньо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій свідчить, що проблематика екологічного підприємництва доволі популярна серед представників різних галузевих наук, досить ґрунтовно проаналізовано поняття екологічного підприємництва, зроблено спроби охарактеризувати суб'єктів його здійснення [1-4], однак питання учасників відносин у сфері екологічного підприємництва досліджувались опосередковано.

Таким чином, велика суспільна значущість розвитку екологічного підприємництва, законодавча неврегульованість та недостатність наукових досліджень вказує на актуальність обраної теми.

Метою статті є конкретизація кола учасників відносин сфери екологічного підприємництва та обґрунтування їх місця і ролів таких відносинах.

Виклад основного матеріалу. Екологічне підприємництво є тим напрямом господарської діяльності, який, безумовно, відповідає екологічній складовій частині концепції сталого розвитку. На думку А. М. Статівки, екологічна складова частина концепції сталого розвитку полягає в тому, що соціальний та економічний розвиток суспільства повинен відбуватись таким чином, щоб не завдавати шкоди навколишньому природному середовищу, а також сприяти збереженню біологічного різноманіття природних ресурсів так, щоб задовольняти потреби нинішнього покоління і при цьому не ставити під загрозу задоволення своїх потреб майбутніми поколіннями [5, с.233].

За відсутності легальної дефініції цього поняття у науковій літературі висловлено багато думок щодо його визначення. Так, Г. І. Купало-

ванаводить визначення Європейської комісії ЄС, за яким екологічне підприємництво – це виробництво товарів та надання послуг з вимірювання, попередження, обмеження або усунення екологічної шкоди, ліквідації відходів та зниження рівня шуму, а також екологічно чисті технології, застосування яких мінімізує використання сировини та забруднення довкілля [1, с. 37].

Провівши морфологічний та контент-аналіз поняття екологічного підприємництва, Г. В. Тітенко та О. Є. Гаврюшова визначають його як діяльність суб'єктів господарювання з виробництва товарів, виконання робіт та надання послуг для забезпечення екологічної безпеки, раціонального використання природних ресурсів, підвищення рівня охорони навколишнього середовища з метою отримання позитивного екологічного та економічного ефекту [2, с. 113].

В юридичній науковій літературі екологічне підприємництво визначається як інноваційна діяльність суб'єктів господарювання з виробництва продукції, виконання робіт і надання послуг спеціального (природоохоронного) призначення, спрямована на забезпечення екологічної безпеки, раціональне використання природних ресурсів, підвищення рівня охорони навколишнього середовища, та з метою отримання прибутку [3].

Водночас екологічне підприємництво розглядається не тільки як діяльність суб'єктів господарювання, а й значно ширше – як галузь економіки, що полягає у реалізації природоохоронних і ресурсозберігаючих програм різного рівня, забезпеченні механізму компенсації збитків, понесених унаслідок техногенних і природних надзвичайних ситуацій та під час ліквідації їх наслідків [2, с. 110, 111; 6, с. 8, 12]. При цьому економіка держави – це сфера діяльності людей, яка формується як сукупність взаємозумовлених відносин виробництва, розподілу, обміну, споживання матеріальних і духовних цінностей в умовах задоволення різних потреб членів людського суспільства [7, с. 18]. У процесі здійснення екологічного підприємництва суб'єкти господарювання взаємодіють з іншими учасниками господарських відносин з метою забезпечення виробництва і реалізації виробленої ними екологічної продукції.

Зазначене відповідає науковому визначенню господарської діяльності як діяльності, яка пов'язана з виробництвом і реалізацією продукції, виконанням робіт, наданням послуг, а також із забезпеченням їх виробників необхідними ресурсами [8, с.9], до якої належить екологічне підприємництво, оскільки виступає напрямом підприємницької або господарської комерційної діяльності. З урахуванням наведеного для з'ясування кола учасників екологічного підприємництва можна взяти за основу розуміння кола учасників господарських відносин, закріпленого ст. 2 ГК України, конкретизувавши його щодо зазначеного підприємництва.

До учасників господарських відносин віднесено суб'єктів господарювання, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією,

споживачів, а також громадян, громадські та інші організації, які виступають засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності.

Таким чином, основними учасниками екологічного підприємництва виступають суб'єкти господарювання, коло яких представлено у ст. 55 ГК України, але за умови здійснення ними господарської діяльності у сфері екологічного підприємництва.

Коло таких суб'єктів може бути конкретизовано з урахуванням критеріїв віднесення суб'єктів господарювання (підприємств) до екологічно орієнтованих, серед яких, на думку Г. І. Купалової, можуть бути: 1) закріплення у статуті підприємства як основної мети діяльності виробництва продукції, виконання робіт і надання послуг природоохоронного призначення; 2) виконання національних та регіональних екологічних і природо-ресурсних програм на замовлення держави; 3) випуск продукції, яка відповідає потребам охорони природи та відновлення ресурсів; 4) переважання питомої ваги продукції природоохоронного призначення у загальному обсязі виробництва. При цьому авторка суб'єктами екологічного підприємництва називає юридичних осіб незалежно від організаційно-правових форм і форм власності, фізичних осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи, та інших, передбачених законодавством України, суб'єктів підприємницької діяльності, які здійснюють виробництво продукції, виконання робіт та послуг природоохоронного призначення [1, с. 38]. Однак в умовах відсутності законодавчого визначення екологічного підприємництва зазначені критерії мають доволі неконкретний і оціночний характер, можуть мати різне трактування, а обмеження продукції, робіт, послуг тільки природоохоронним призначенням не виправдано звужує сферу екологічного підприємництва.

Суб'єктів господарювання можна відносити до суб'єктів екологічного підприємництва за критерієм видів діяльності. В Україні екологічне підприємництво бере початок ще з 1988-1990 років. Першими видами діяльності, які можна вважати екологічним підприємництвом, стали виробництво очисного обладнання, впровадження ресурсозберігаючих безвідходних технологій і використання відновлюваних джерел енергії [1, с. 39].

На сьогодні у літературі широко представлена класифікація екологічного підприємництва. Як зазначає С. Н. Новоселов, дослідники виділяють види, форми та напрями екологічного підприємництва. При цьому заслуговує на увагу виділення двох форм такого підприємництва: основного підприємництва (виготовлення екотехніки, розроблення екологічних технологій, виготовлення екологічної продукції тощо) та допоміжного підприємництва (утилізація відходів та інші подібні види діяльності), запропонованих О. В. Чечуною [4]. За видами технологічних процесів екологічне підприємництво може включати виробни-

цтво екологічно чистої продукції; впровадження екологічно чистих виробничих процесів та енергозберігаючих технологій; скорочення витрат на виробництво; впровадження додаткових технологій; заміщення виробництва; переробку та регенерацію відходів; випуск екологічно чистої продукції, яка модифікує виробничі процеси інших суб'єктів господарювання [9].

Найбільш узагальнено види екологічного підприємництва можна представити такими: виробництво спеціальної екологічної техніки, приладів, пристроїв і апаратів для контролю стану навколишнього середовища та очищення скидів, викидів і відходів від забруднюючих компонентів; розширене використання вторинних ресурсів та екологічне відтворення; створення ресурсозберігаючих технологій; надання спеціалізованих екологічних послуг; органічне сільськогосподарське виробництво; виробництво енергії з альтернативних джерел; виробництво екологічної продукції виробничо-технічного призначення і виробів народного споживання.

Наведені поділи екологічного підприємництва на види можна взяти за основу для поділу суб'єктів такого підприємництва з урахуванням кожного виду цього підприємництва за умови закріплення переліку видів екологічного підприємництва на рівні базового закону «Про екологічне підприємництво («зелену» економіку)», необхідність прийняття якого неодноразово пропонувалось у науковій літературі. При цьому, з огляду на бурхливий розвиток сфери підприємництва, розробку та впровадження нових технологій, нові вимоги до екологічності тощо, законодавчий перелік видів екологічного підприємництва не може бути вичерпним, а тому критерієм віднесення певної конкретної господарської діяльності до екологічного підприємництва і суб'єктів її здійснення – до суб'єктів екологічного підприємництва можна запропонувати виробництво продукції (товарів, робіт, послуг), що відповідає відповідним вимогам екологічності, тобто екологічності. У свою чергу, під екологічною продукцією пропонуються розуміти товари, роботи, послуги, які сукупно задовольняють таким вимогам: а) вони забезпечують екологічну безпеку життєдіяльності людини; б) їх виробництво і використання зменшує негативний вплив на природне середовище, зберігає, відновлює природні ресурси; в) вони мають не менший рівень якості задоволення потреб споживачів (покупців), ніж інша аналогічна продукція, вироблена традиційним способом. Визнання певної продукції екологічною має відбуватись у встановленому законом порядку.

Першим кроком у цьому напрямі є екологічне маркування. На кінець 2015 року 55 компаній вже були власниками 85 чинних екологічних сертифікатів на свої товари та послуги за схемою сертифікації згідно з ISO 14024. Серед них: ТОВ «Гормолзавод» (молочні продукти); ТОВ Компанія «Верес» (дитяча постільна білізна); ТОВ Компанія «Алді» (мийні засоби); ТОВ «Бартнік» (мед та суміші медові); ТОВ «Біосфера» ТМ «ФрекенБок» (мийні

засоби); ТОВ «Aqua-Vitae» (рідке добриво); ПП «Колодій», Етномастерня «Коза-дереза» (іграшки та сувеніри з деревени); ТОВ «Сирена Плюс ЛТД» ТМ «Тортилла» (мийні засоби); ТОВ «Де Ла Марк» (косметичні засоби); ТЗОВ Компанія «Голд-Дроп Україна» (мийні засоби) [10].

Таким чином, суб'єктами екологічного підприємництва пропонується визнати суб'єктів господарювання, які здійснюють виробництво та реалізацію екологічної продукції, яка відповідає вимогам, встановленим законом. Вочевидь, можна погодитися з пропозицією введення кількісного критерію виробництва екологічної продукції для віднесення суб'єктів господарювання до суб'єктів екологічного підприємництва (наприклад, на рівні 75 % від загального обсягу виробленої за рік продукції) [1, с. 38]. При цьому суб'єкт господарювання може бути визнаний суб'єктом екологічного підприємництва після отримання документу, який підтверджує, що продукція, яка ним виробляється, є екологічною.

Виокремлення серед усіх суб'єктів господарювання тих, хто здійснює саме екологічне підприємництво, вкрай необхідно для розвитку такого підприємництва в нашій країні, оскільки серед важливих умов цього, за досвідом багатьох країн, є державна підтримка його суб'єктів. Цьому сприятиме і запропоноване раніше ведення державного реєстру суб'єктів господарювання, що здійснюють екологічне підприємництво [1, с. 38; 6, с. 11]. Таку пропозицію можна конкретизувати тим, що до Реєстру суб'єктів екологічного підприємництва доцільно включати суб'єктів господарювання після отримання ними документа про підтвердження відповідності екологічності продукції. Ведення цього Реєстру спростить облік суб'єктів екологічного підприємництва, забезпечить збір статистичної та іншої інформації, стане основою для розроблення державних та місцевих програмних документів, застосування засобів державного регулювання тощо.

Серед учасників відносин у сфері екологічного підприємництва особливе місце займають органи державної влади та органи місцевого самоврядування, діяльність яких щодо цієї сфери є господарським керівництвом. Таке керівництво щодо екологічного підприємництва включає: нормативне правове регулювання – це встановлення в правових нормах правил здійснення такого підприємництва; планування – це визначення перспектив його розвитку шляхом запровадження стратегічного планування та визначення щорічних темпів і показників розвитку відповідної господарської діяльності; управління – це діяльність уповноважених органів з організації екологічного підприємництва; контроль – перевірка дотримання правового режиму екологічного підприємництва.

Держава, виходячи з положень, проголошених у Конституції України (ст. 16, 50), повинна заохочувати екологічно орієнтовану господарську діяльність загалом і сприяти розвитку екологічного підприємництва. При цьому пріоритети держави й органів місцевого

самоврядування щодо збереження навколишнього природного середовища та мета суб'єктів екологічного підприємництва щодо отримання прибутку мають узгоджуватись та втілюватись у взаємовигідну співпрацю.

Основа взаємодії держави, органів місцевого самоврядування і суб'єктів екологічного підприємництва можуть скласти принципи розвитку екологічного підприємництва, сформульовані в економічній літературі. Першим є принцип екологічної зумовленості, що полягає у спрямуванні господарської діяльності на підтримку сталості екосистем та створенні за рахунок економічних механізмів умов для заохочення отримання прибутку суб'єктами господарювання через покращення екологічних показників [9]. Наступними називають принципи економічної доцільності (заохочення суб'єктів господарювання до досягнення природоохоронних цілей найбільш ефективними для них шляхами), гласності (відкритість та доступність інформації про підприємницьку діяльність) та системності (економічно вигідні зони екологічного підприємництва мають охоплювати весь життєвий цикл продукції) [9]. При цьому державі й органам місцевого самоврядування як учасникам відносин у сфері екологічного підприємництва належить ключова роль, оскільки і реалізація концепції сталого розвитку, і виконання значної частини положень Стратегії державної екологічної політики певною мірою залежить від збільшення питомої ваги екологічного підприємництва як сфери економіки. Тому державну політику у сфері екологічного підприємництва потрібно спрямувати на стимулювання розвитку екологічного підприємництва, сприяння формуванню інфраструктури екологічного підприємництва, заохочення використання екологічної продукції, ефективну взаємодію всіх учасників відносин у цій сфері. Цього можна досягти як за рахунок безпосередньої фінансової підтримки суб'єктів екологічного підприємництва, так і через застосування заходів державного регулювання, передбачених ст. 12, 152 ГК України, ст. 48 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища». Загалом, серед таких заходів можна назвати заохочення інвестицій у сферу екологічного підприємництва або у сфери, які використовують екологічну продукцію, державні закупівлі, надання пільг у кредитуванні й оподаткуванні суб'єктів екологічного підприємництва та суб'єктів господарювання, які використовують їхню продукцію, державно-приватне партнерство у сфері екологічного підприємництва та інш.

У свою чергу органи місцевого самоврядування у межах своїх повноважень повинні формувати місцеву політику і стимулювати розвиток екологічного підприємництва з урахуванням державної політики у цій сфері, що особливо важливо в умовах децентралізації.

Основні засади статусу вищезгаданої групи учасників потребують закріплення у раніше зазначеному проекті закону України «Про екологічне підприємництво («зелену» економіку)».

Наступною групою учасників відносин з екологічного підприємництва є споживачі екологічної продукції. Ними можуть виступати фізичні особи, які придбають цю продукцію для особистого споживання (як товари народного споживання), і суб'єкти господарювання, які використовують екологічні товари, роботи і послуги у своїй господарській діяльності (як майновиробничо-господарського призначення).

За результатами досліджень фахівців різних напрямів можна впевнено говорити про підвищений попит населення нашої країни на екологічні товари, за які різні верстви населення готові сплачувати підвищену плату. Разом із тим бракує інформації про ринок таких товарів, їх якості та асортимент, виробників та реалізаторів цих товарів тощо. Такий стан споживчого ринку екологічних товарів стримує розвиток екологічного підприємництва і потребує термінових дій відповідних інституцій, здійснення яких цілком узгоджується з положеннями Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 217-р [11].

Меншій уваги потребують і такі споживачі екологічної продукції, як суб'єкти господарювання, оскільки використання цієї продукції у господарській діяльності сприяє екологізації сфери господарювання, поступовому заміненню традиційних екологічно небезпечних або шкідливих виробничих процесів екологічно безпечними, виробництву продукції, безпечної для здоров'я людини та довкілля тощо. З урахуванням цього використання екологічної продукції на сучасному етапі розвитку екологічного підприємництва вимагає стимулювання та підтримки з боку як держави, так і органів місцевого самоврядування, що потребує законодавчої визначеності.

Ще одну групу учасників екологічного підприємництва представляють суб'єкти господарювання, що становлять інфраструктуру ринку екологічної продукції. Інфраструктура ринку такої продукції – це сукупність суб'єктів, що обслуговують ринок і забезпечують безперервність його функціонування, створюють умови нормального просування екологічної продукції від виробника до споживача, сприяють формуванню ринкових відносин на усіх стадіях виробництва, розподілу, обміну та споживання.

Суб'єктами інфраструктури екологічного підприємництва можна визнати суб'єктів господарювання, установи, організації, які забезпечують взаємодію між учасниками відносин у сфері екологічного підприємництва, надають фінансові, консалтингові, маркетингові, інформаційно-комунікативні, юридичні, освітні та інші послуги з метою забезпечення організації і здійснення екологічного підприємництва.

Таким чином, головне призначення цієї групи учасників полягає у створенні належних умов для ефективного функціонування ринку екологічної продукції, забезпеченні стабільної та прибуткової роботи суб'єктів екологічного підприємництва, а отже, це має бути враховано законодавчому регулюванні відносин у такій сфері.

Наступними потенційними учасниками екологічного підприємництва потрібно розглядати громадські об'єднання, тобто добровільні об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема екологічних, інтересів (ст. 1 Закону України «Про громадські об'єднання»). У чинному законодавстві (наприклад, у Стратегії державної екологічної політики, здійсненні громадського контролю у сфері охорони навколишнього природного середовища закладено передумови для цього. У сфері екологічного підприємництва громадські об'єднання можуть бути представлені громадськими організаціями (засновниками та учасниками яких виступають фізичні особи – споживачі екологічної продукції) та громадськими спілками (засновниками яких можуть бути суб'єкти екологічного підприємництва, суб'єкти господарювання, які використовують екологічну продукцію, суб'єкти інфраструктури екологічного підприємництва, а учасниками – також зацікавлені фізичні особи). Нині можна навести приклад функціонування Федерації органічного руху України, створеної у 2005 році з метою пропаганди цінностей та світогляду прибічників світового органічного руху, підвищення ефективності сільськогосподарського виробництва з одночасним розвитком сучасних світових та вітчизняних безпечних для природи та людини технологій, сприяння розвитку органічного руху в Україні, в т.ч. не лише безпосередньо виробництву, переробці та експорту органічної продукції, а й формуванню вітчизняного ринку споживання [12].

Громадські об'єднання як учасники відносин у сфері екологічного підприємництва можуть створюватись задля здійснення та захисту прав і свобод, задоволення економічних, соціальних, культурних, екологічних та інших інтересів суб'єктів екологічного підприємництва, споживачів екологічної продукції, для поширення інформації про екологічне підприємництво та екологічну продукцію. Роль і місце громадських об'єднань серед учасників екологічного підприємництва доцільно закріпити у вищезгаданому проекті закону України «Про екологічне підприємництво («зелену» економіку)».

Висновки

На підставі проведеного дослідження до учасників відносин у сфері екологічного підприємництва запропоновано відносити суб'єктів екологічного підприємництва, уповноважені органи державної влади та органи місцевого самоврядування, споживачів екологічної продукції, суб'єктів інфраструктури екологічного підприємництва, громадські об'єднання.

Роль і значення екологічного підприємництва для забезпечення конституційних прав людини на життя (ст. 27 Конституції України), на підприємницьку діяльність, яка не забороне-

на законом (ст. 42 Конституції України), на охорону здоров'я (ст. 49 Конституції України), на безпечне для життя і здоров'я довкілля (ст. 50 Конституції України) вимагають невідкладної визначеності щодо правових засад функціонування цієї сфери економіки, які насамперед мають стосуватись учасників відносин у цій сфері, що дозволить урегулювати інші правові аспекти здійснення такого підприємництва.

Передумовою успішного становлення і розвитку екологічного підприємництва є належне нормативно-правове підґрунтя, зокрема прийняття закону України «Про екологічне підприємництво («зелену» економіку)», в якому слід закріпити вищезазначене коло учасників відносин у цій сфері.

Подальші дослідження правових засад екологічного підприємництва доцільно присвятити компетенції, формам і методам діяльності названих учасників.

Список використаних джерел:

1. Купалова Г. І. Екологічне підприємництво як невід'ємна складова сталого розвитку України / Г. І. Купалова // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Військово-спеціальні науки. – 2011. – № 26. – С. 35–39.
2. Тітенко Г. В. Морфологічний та контент-аналіз поняття «екологічне підприємництво» [Електронний ресурс] / Г. В. Тітенко, О. Є. Гаврюшова // Вісник ХНУ імені В. Н. Каразіна. – 2012. – № 1004. – Вип. 7. – С. 109–113. – Серія «Екологія». – Режим доступу: <http://ekhnuir.univer.kharkov.ua/bitstream/123456789/8888/2/Gavru.pdf>
3. Бобкова А. Щодо правових засад планування екологічного підприємництва / А. Бобкова // Право України. – 2011. – № 2. – С. 124–131.
4. Новоселов С. Н. Экологическое предпринимательство: сущность, особенности, пути развития [Электронный ресурс] / С. Н. Новоселов // Инженерный вестник Дона: электронный научный журнал. – 2012. – № 4. – Ч. 2. – Режим доступа : <https://cyberleninka.ru/article/n/ekologicheskoe-predprinimatelstvo-suschnost-osobennosti-puti-razvitiya>.
5. Статівка А. М. Екологічна складова сталого розвитку сільських територій: правовий аспект / А. М. Статівка // Від правової охорони природи Української РСР до екологічного права України: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції, 26 травня 2017 р., м. Київ / уклад. В. В. Носік та ін.; КНУ імені Тараса Шевченка. – Чернівці: Кондратьєв А.В., 2017. – С. 222–226.
6. Какутич Є. Ю. Екологічне підприємництво у забезпеченні сталого економічного зростання: автореф. дис. канд. економ. наук: спец. 08.00.06 «Економіка природокористування та охорони навколишнього середовища» / Є. Ю. Какутич. – Київ, 2007. – 20 с.
7. Хозяйственный кодекс Украины: научно-практический комментарий / под общ. ред. А. Г. Бобковой. – Х.: ФЛ-П Вапнярчук Н. Н., 2008. – 1296 с.

8. Хозяйственное право: учебник / [В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, В. В. Хахулин и др.] ; под ред. В. К. Мамутова. – К.: ЮринкомИнтер, 2002. – 912 с.

9. Шоган Г. І. Економічний інструментарій формування екологічного підприємництва: автореф. дис.канд.економ.наук: спец. 08.08.01 [Електронний ресурс] / Г. І. Шоган. – Суми, 1999. – 21 с. – Режим доступу: <http://library.nuft.edu.ua/ebook/file/080801%20Schogan%20GI.pdf>.

10. Орган сертифікації продукції «Жива планета»: Програма екологічного маркування

в Україні – підбиття підсумків за результатами 2015 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ecolabel.org.ua/about/zvity/zvit-2015.html>.

11. Про схвалення Концепції державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 березня 2017 р. № 217-р // Офіційний вісник України. – 2017. – № 30. – Ст. 894.

12. Сайт Федерації органічного руху України: <http://organic.com.ua/uk/homepage/2010-01-26-13-34-50>.

В статтє исследован круг участников отношений в сфере экологического предпринимательства. На основании проведенного анализа конкретизирован круг участников отношений в этой сфере, обосновано их место и роль в таких хозяйственных отношениях; предложено закрепление участников отношений в сфере экологического предпринимательства на законодательном уровне.

Ключевые слова: экологическое предпринимательство, участники хозяйственных отношений, субъекты экологического предпринимательства, потребители экологической продукции, инфраструктура экологического предпринимательства.

The article explores the circle of participants in the field of environmental entrepreneurship. On the basis of the analysis, the circle of participants in relations in this sphere is specified, their place and role in such economic relations are justified; it was proposed to consolidate the participants of the relations in the sphere of environmental entrepreneurship at the legislative level.

Key words: ecological entrepreneurship, participants in economic relations, subjects of ecological entrepreneurship, consumers of ecological products, infrastructure of ecological entrepreneurship.



УДК 346.1

Олена Гончаренко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного приватного,
комерційного та цивільного права
Київського національного торговельно-економічного університету

САМОРЕГУЛЮВАННЯ ТА СПІВРЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті проведено співвідносний аналіз саморегулювання та співрегулювання господарської діяльності в Україні. Встановлено, що співрегулювання та саморегулювання є більш гнучкими видами регулювання господарської діяльності порівняно з державним регулюванням, адже активізують та долучають до процесу безпосередньо самих учасників господарської діяльності та споживачів товарів та послуг. Водночас досліджувані механізми мають спільні та відмінні характеристики.

Ключові слова: співрегулювання господарської діяльності, саморегулювання господарської діяльності, господарська діяльність, державне регулювання, споживачі товарів та послуг, співвідносний аналіз, вид регулювання.

Постановка проблеми. Поряд із саморегулюванням господарської діяльності розглядають важливий механізм співрегулювання, під яким розуміють участь у процесі регулювання окремих видів господарської діяльності одночасно як держави і споживачів певних товарів і послуг, так і суб'єктів господарювання та їх об'єднань (саморегулюваних організацій). Держава має забезпечувати у цьому процесі взаємозв'язок та взаємодію між сторонами з огляду на ментальні особливості своєї правової системи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання саморегулювання та співрегулювання господарської діяльності вивчалися у працях О. Бакалінської, О. Беяневич, В. Добровольської, О. Кологойди, В. Полюховича, В. Щербини, Т. Яворської та ін.

Метою статті є проведення співвідносного аналізу саморегулювання та співрегулювання господарської діяльності в Україні.

Виклад основного матеріалу. У науці співрегулювання називають також «змішаним регулюванням» та «квазірегулюванням». Вибираючи належний механізм регулювання окремих видів економічної діяльності, перш за все потрібно виходити з принципу найбільшої ефективності такого регулювання, його економічної доцільності. Співрегулювання та саморегулювання не завжди є панацеєю для стабільного розвитку відповідної галузі. Для впровадження співрегулювання та саморегулювання ефективним буде створення відповідних критеріїв застосування, меж, у яких вони функціонуватимуть, системи засобів саме з боку держави. Співрегулювання та саморегулювання є водночас більш гнучкими видами регулювання господарської діяльності порівняно з державним регулюванням, адже активізують та долучають до процесу безпосередньо самих учасників господарської діяльності та споживачів товарів та послуг.

Потрібно розуміти, що незалежно від того, що під саморегулюванням розуміється саме визначення певних правил для себе власне суб'єктами (на свій розсуд) створення та контроль за їх виконанням, саме за державою залишається функція встановлення меж для дій суб'єктів господарювання. Науковцями слушно зазначається: «Регуляторна політика не є лише обов'язком для державної влади, вона передбачає і базується на свідомій та активній участі громадян, суб'єктів господарювання та їх об'єднань. Відсутність вміння та знань у органів державної влади виконувати регуляторну політику, або відсутність бажання та активності у громадян брати участь у реалізації регуляторної політики призведе до перетворення цього інструменту на суто академічний та теоретичний експеримент» [1, с. 9]. Тому всі зацікавлені сторони процесу регулювання господарської діяльності мають бути активними учасниками, у свою чергу, підстави для забезпечення належної активності суб'єктів господарювання мають бути визначені та гарантовані законодавчо.

Тому підтримуємо думку Л. Пономарьової: «Законодавче закріплення принципів державного регулювання, за яких прийнятий регуляторний акт максимально відповідатиме потребам суспільства та підтримуватиметься адекватними заходами державного забезпечення, унеможливить створення адміністративних, економічних та організаційних перешкод для провадження господарської діяльності» [2, с. 3]. Саме активна участь суб'єктів господарювання з приводу належного правового забезпечення господарської діяльності призвела до появи механізмів співрегулювання та саморегулювання.

Ефективне співрегулювання повинно бути корисним як для держави, яка представляє усіх громадян, так і для представників суб'єктів господарювання, тобто співрегулювання виступає гнучким способом для збалансування публічних та приватних інтересів. Для держави це, перш за все, зменшення витрат на

регулювання, а для суб'єктів господарювання – зменшення обтяжливих адміністративних бар'єрів, сприяння розвитку конкуренції. У науці зазначається: «Держава може зробити такий вибір з економічних міркувань, оскільки об'єкти регулювання мають більший досвід у вирішенні питання про те, якими повинні бути правила регулювання, передавши функції регулювання представникам виробництва або торгівлі, держава звільняється від витрат на регулювання. Представники виробництва або торгівлі зацікавлені у виконанні цієї функції, оскільки вони можуть уникнути ситуації надмірного, з їх точки зору, регулювання. Вони можуть також надавати переваги своїм представникам, встановивши вищі стандарти доступу на ринок, виключаючи таким чином конкурентів, та отримати переваги для покращення своєї репутації» [3, с. 35-36].

Т. Яворська вказує: «Під співрегулюванням розуміють спільну участь у процесі регулювання держави та різних ринкових інституцій. Крім суб'єктів підприємництва у процесі співрегулювання можуть брати участь й інші організації – споживчі об'єднання (Асоціація страховиків України), профспілки, організації (Асоціація професійних страхових посередників, страхові пули, об'єднання страхових компаній). Формуються елементи співрегулювання шляхом введення у структури управління органів державної влади представників бізнесу та громадськості. Тому ті ж самі саморегулятивні організації можуть бути учасниками співрегулювання» [4, с. 107].

О. Залетов підсумовує: «У цілому при змішаному саморегулюванні держава все ж таки повинна брати участь у здійсненні контролю за ефективністю схем з метою забезпечення їхньої відповідності регулятивним цілям законів, які вони замінюють. Дана роль держави також повинна бути прописана в законі, що дозволить саморегулятивній організації додержуватися кодексу, укладеному відповідно до закону. Спільне регулювання, відповідно до визначення європейської комісії, схоже на змішане саморегулювання, що, у свою чергу, може перейти на рівень державного регулювання, особливо якщо недоліки саморегулювання змусять державу втрутитися в ситуацію [5, с. 237].

На думку В. Добровольської, «Європейська Комісія визначає спільне регулювання таким чином: «представники бізнесу та споживачі узгоджують права споживачів та зобов'язання компаній при сприянні державних органів, що призводить до правових наслідків». Порівняймо це із саморегулюванням, яке, згідно з визначенням Європейської Комісії, складається з «добровільних зобов'язань компанії перед споживачами, прийнятих індивідуально або в рамках членства в торговій асоціації, організації, або навіть угоди з іншою компанією». Основна різниця між спільним регулюванням та саморегулюванням полягає в ролі уряду та ступені застосування закону» [6, с. 303-304]. Як бачимо, вказані науковці визначають багато спільних та відмінних ознак між саморегулюванням та співрегулюванням.

Відповідно до Міжвідомчої угоди 2003/С 321/01 Європейського парламенту, Ради Європейського Союзу про вдосконалення законотворчої діяльності 2003 р. (статті 18-21) спільне регулювання означає механізм, за допомогою якого співтовариство відповідно до законодавства залучає до виконання певних повноважень сторін, які визначають галузь (наприклад, економічних операторів, соціальних партнерів, неурядових організацій або асоціацій) [переклад. О.М.]. Цей механізм може бути використаний на основі критеріїв, визначених у законодавчому акті, для того, щоб законодавство адаптувати до проблем відповідних секторів, щоб зменшити законодавчий тягар, концентруючи увагу на суттєвих аспектах і спираючись на досвід зацікавлених сторін. Законодавчий акт повинен бути складений на основі принципу пропорційності, визначеного в Договорі ЄС. Цим актом, який слугує основою для механізму спільного регулювання, буде вказуватися можливий ступінь спільного регулювання у відповідній галузі [7]. Компетентний законодавчий орган визначить в акті відповідні заходи, які необхідно вжити для його виконання, а також у разі його недотримання однією або декількома сторін або невиконання. Ці заходи можуть передбачати, наприклад, регулярне надання інформації Комісії законодавчого органу про виконання дій або пропозицій щодо перегляду відповідного пункту, згідно із чим Комісія буде звітуватися в кінці певного періоду і за потреби пропонувати зміни до законодавства або будь-які інші відповідні законодавчі заходи. Одними із заходів, які застосовуються у разі співрегулювання, є добровільні угоди з метою визначення практичних заходів. Проект угод може бути переданий Комісії законодавчого органу. Відповідно до своїх обов'язків, Комісія перевірить, чи відповідають ці проекти угод законодавству Співтовариства (і, зокрема, базовому законодавчому акту) [переклад. О.М.] [7].

На основі викладеного слід зазначити, що вказана Міжвідомча угода 2003/С 321/01 заклала базові засади механізму реалізації співрегулювання у ЄС щодо законодавчого акта: 1) обов'язкове залучення до регулювання повноважних сторін (держав та недержавні учасники); 2) механізм співрегулювання застосовується на основі критеріїв, визначених у законодавчому акті; 3) обов'язкове визначення проблемних питань окремих сфер економічної діяльності; 4) залучення досвіду, практика зацікавлених сторін; 5) здійснення співрегулювання з метою зменшення законодавчого тягара; 6) визначення ступеня спільного регулювання; 6) дотримання принципу пропорційності, визначеного в Договорі ЄС; 7) визначення заходів для виконання акта із співрегулювання (або його недотримання чи невиконання).

На ще одну важливу функцію співрегулювання як координатора взаємозв'язку та взаємодії між саморегулятивними організаціями та державними органами звертається увага у Директиві 2010/13/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи від 10 березня 2010 р.

про узгодження певних положень, визначених законами, підзаконними актами та адміністративними положеннями у державах-членах стосовно надання аудіовізуальних медіапослуг. Зокрема, вказується: «Співрегулювання забезпечує мінімальний юридичний зв'язок між саморегулюванням і національним законодавцем у межах правових традицій держав. Співрегулювання дає змогу державі втручатися у випадку, коли її цілей не досягнуто. Не зазіхаючи на офіційні зобов'язання держав-членів щодо транспозиції, ця Директива заохочує до застосування співрегулювання та саморегулювання» [8].

У Директиві 2009/125/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21 жовтня 2009 року, яка встановлює основу для визначення вимог до екодизайну енергопозитивних виробів з приводу співрегулювання, як і у низці інших директив, зазначається, що у процесі своєї діяльності Європейська комісія повинна забезпечити збалансовану участь у реалізації кожного заходу з виконання Директиви представників держав-членів ЄС і всіх зацікавлених сторін, причетних до цього виробу або групи виробів. Ці сторони повинні сприяти, зокрема, визначенню і розгляду заходів з виконання цієї Директиви, вивчення ефективності встановлених механізмів нагляду за ринком та оцінці добровільних угод та інших заходів саморегулювання. Ці сторони повинні зустрічатися на Консультативному форумі. Процесуальні правила Форуму повинні бути встановлені Європейською комісією [9]. Отже, механізм співрегулювання забезпечує, на думку законодавців Європейського Союзу, збалансовану участь як державних органів, так і інших зацікавлених осіб у регулюванні конкретної сфери ринку.

Можна навести такий приклад запровадження співрегулювання у конкретній галузі економічної діяльності у державі Європейського Союзу. У 2008 році уряд Ірландії та алкогольна і рекламна промисловість прийняли Кодекс практики з маркетингу, комунікації та спонсорів алкогольних напоїв. Ці корегуальні кодекси, які базуються на Кодексах розподілу

(розміщення) (узгоджених у 2004 році), охоплюють розміщення реклами на телебаченні, радіо, кіно. Вони також покривають спонсорство подій алкогольними компаніями. Дотримання кодексів контролюються органом із моніторингу маркетингових зв'язків щодо алкоголю, який є незалежним органом та членами якого є представники Департаменту охорони здоров'я, Комісії з питань мовлення Ірландії, рекламної індустрії та напоїв. Ця галузь також розробила комплексну програму тренінгів для всіх суб'єктів, які діють в алкогольній промисловості в Ірландії [10].

Отже, як видно з цього прикладу, контроль за дотриманням кодексів здійснюється спільно як державними органами, так і представниками відповідної галузі.

Приклади правового регулювання співрегулювання господарської діяльності можна віднайти у законодавстві України, зокрема, щодо спільного інвестування, цінних паперів та фондового ринку, оціночної діяльності тощо.

Відповідно до ст. 78 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 № 5080-VI регулювання діяльності зі спільного інвестування здійснюють держава та саморегулювальна організація професійних учасників фондового ринку – об'єднання учасників фондового ринку, що провадять професійну діяльність на фондовому ринку з управління активами інституційних інвесторів [11].

Також відповідно до ст. 47 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 № 3480-IV регулювання фондового ринку здійснює держава та саморегулювальні організації [12].

Закріплені положення у ст. 6 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11.09.2003 № 1160-IV свідчать про прагнення законодавця надати можливість для спільного регулювання усіх галузей господарської діяльності. Зокрема, цією статтею Закону встановлюється: «Громадяни, суб'єкти господарювання, їх об'єднання та наукові установи, а також консультативно-дорадчі органи, що створені

Таблиця 1

Співвідношення механізмів державного регулювання, співрегулювання та саморегулювання

Державне регулювання господарської діяльності	Співрегулювання господарської діяльності	Саморегулювання господарської діяльності
Правила поведінки визначаються державою, контроль за їх виконанням здійснюється державними органами. Державою визначаються принципи, стандарти, діяльності в окремих сферах господарської діяльності. Визначаються сфери та галузі, де неможливе здійснення співрегулювання та саморегулювання господарської діяльності.	Правила поведінки визначаються за участю як держави, споживачів відповідних товарів та послуг, так і суб'єктів господарювання. Поєднання державного регулювання та саморегулювання відповідної галузі. Спільно визначається порядок контролю галузі, відповідні кодекси (стандарти) поведінки. У разі неефективності співрегулювання може бути замінено на державне регулювання.	Правила поведінки (стандарти) створюються самими представниками відповідного виду економічної діяльності, застосовуються, захищаються та ними ж контролюються. У межах визначених законодавством представниками відповідної галузі господарської діяльності можуть бути створені більш обтяжливі умови та вимоги для діяльності у цій галузі, ніж це передбачено законодавством, однак визначення таких обмежень не повинно виходити за межі наданих їм повноважень відповідно до закону.

при органах державної влади та органах місцевого самоврядування і представляють інтереси громадян та суб'єктів господарювання, мають право: подавати до регуляторних органів пропозиції про необхідність підготовки проєктів регуляторних актів, а також про необхідність їх перегляду; у випадках, передбачених законодавством, брати участь у розробці проєктів регуляторних актів та ін. [13].

Найбільш яскраво співрегулювання постає у сфері оціночної діяльності: у відповідному Законі можна знайти низку статей, присвячених співрегулюванню (ст. 9, 14, 15, 16, 19, 20). Наприклад, відповідно до ст. 9 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» від 12.07.2001 № 2658-III до розроблення нормативно-правових актів з оцінки майна Фонд державного майна України залучає інші органи державної влади, саморегулювальної організації оцінювачів, найбільш авторитетних оцінювачів, наукові та інші установи [14].

Згідно із Законом України «Про депозитарну систему України» від 06.07.2012 № 5178-VI на засідання наглядової ради та загальних зборів Центрального депозитарію з правом дорадчого голосу можуть запрошуватися представники саморегулювальних організацій професійних учасників фондового ринку, представники Розрахункового центру, клірингових установ та фондових бірж [15].

Також саморегулювання на ринку фінансових послуг повинне застосовуватися спільно з державним регулюванням з боку регуляторів і в основному на добровільній основі. Проте стосовно окремих видів діяльності, особливо тих, які пов'язані зі здійсненням публічно-правових або соціально-значущих функцій, що зазвичай характерні для інфраструктурних організацій (наприклад, реєстратори або спеціалізовані депозитарії, що обслуговують пенсійну систему), застосування механізмів саморегулювання (членство в СРО) повинне стати однією з основних умов для входу на ринок [16, с. 399].

Співвідношення механізмів державного регулювання, співрегулювання та саморегулювання можна схематично зобразити таким чином (таблиця 1).

Висновки

Спільними характеристиками досліджуваних механізмів є подібність змішаного саморегулювання та співрегулювання, адже в обох процесах обов'язкову участь бере держава, яка визначає межі втручання у процес регулювання. Відмінними ж ознаками є ті, що у разі саморегулювання суб'єкти господарювання добровільно визначають певні обов'язки для себе перед споживачами, а у разі співрегулювання обов'язкову участь та координацію у зазначених діях бере ще й держава. У разі саморегулювання основна ініціатива та розробка правил поведінки, координація, контроль покладається на представників суб'єктів господарювання, а у разі співрегулювання, навпаки, саме органи

держави залучають суб'єктів саморегулювання для упорядкування функціонування певної галузі господарської діяльності.

Список використаних джерел:

1. Регуляторна політика: Нові можливості / за ред. К. Ляпіної. – К.: Ін-т конкурентного суспільства, 2004. – 170 с.
2. Пономарьова Л. С. Бізнес-асоціації в Україні як суб'єкти регуляторної політики та самоорганізації підприємництва [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.kbuapa.kharkov.ua/e-book/db/2007-1-1/doc/2/15.pdf>.
3. Сімсон Р. Регулювання послуг загальногo інтересу в ЄС / Р. Сімсон, О. М. Синкова. – О.: ОНЮА, 2004. – С. 35–36.
4. Яворська Т. В. Саморегулювання у страховому підприємстві України / Т. В. Яворська // Формування ринкових відносин в Україні. – 2012. – № 2. – С. 106–109.
5. Залетов О. М. Сутність і принципи саморегулювання на страховому ринку / О. М. Залетов // Вісник ЖДТУ. – 2013. – № 2(64). – С. 235–238. – (Серія: Економічні науки).
6. Добровольська В. В. Державне регулювання та саморегулювання у сфері підприємництва / В. В. Добровольська // Актуальні проблеми держави і права. – 2005. – Вип. 25. – С. 302–305.
7. Interinstitutional agreement on better law-making (2003/C 321/01). URL : www.legislationline.org/.../EU%20Interinstitutional%20Agre.
8. Директива Європейського Парламенту та Ради Європи 2010/13/ЄС від 10 березня 2010 р. про узгодження певних положень, визначених законами, підзаконними актами та адміністративними положеннями у державах-членах стосовно надання аудіовізуальних медіапослуг (Директива про аудіовізуальні медіапослуги) (кодифікована версія) (текст застосовується в ЄЕЗ) // Офіційний вісник Європейського Союзу L 95/1 від 15.04.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : old.minjust.gov.ua/file/31496.
9. Директива 2009/125/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 21 жовтня 2009 року, яка встановлює основу для визначення вимог до екодизайну енергопозитивних виробів. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icqc.eu/userfiles/File/directive%202009%20125%20ec%20ecodesign.pdf>.
10. Self-Regulation Mapping Exercise Report July 2009 [Electronic resource]. – Access mode : http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/alcohol/Forum/docs/regulation_en.pdf.
11. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 року № 5080-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 29. – С. 1534.
12. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 № 3480-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2006. – № 31. – Ст. 268.
13. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 9. – Ст. 79.
14. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12.07.2001 № 2658-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 47. – Ст. 251.

15. Про депозитарну систему України : Закон від 06.07.2012 № 5178-VI // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2013. – № 39. – Ст. 517.

16. Рекуненко І. І. Особливості діяльності саморегулювних організацій на ринку фінансових послуг /

І. І. Рекуненко, Є. П. Бондаренко // Проблеми і перспективи розвитку банківської системи України : зб. наук. праць / ДВНЗ «Українська академія банківської справи Національного банку України». – Суми, 2010. – Т. 29. – С. 394–407.

В статті проведено сопоставительний аналіз саморегулювання і сорегулювання господарської діяльності в Україні. Установлено, що сорегулювання і саморегулювання є більш гнучкими видами регулювання господарської діяльності по порівнянню з державним регулюванням, оскільки активізують і приобщають до процесу безпосередньо самих учасників господарської діяльності і потребителів товарів і послуг. В той же час досліджувані механізми мають загальні і відмінні характеристики.

Ключевые слова: сорегулювання господарської діяльності, саморегулювання господарської діяльності, господарська діяльність, державне регулювання, потребителі товарів і послуг, сопоставительний аналіз, вид регулювання.

The article deals with the correlation analysis of self-regulation and co-regulation of economic activity in Ukraine. It has been established that co-regulation and self-regulation are more flexible types of regulation of economic activity in comparison with state regulation, since activating and involving directly the participants of economic activity and consumers of goods and services are directly involved in the process. At the same time, the mechanisms studied have common and distinctive characteristics.

Key words: co-regulation of economic activity, self-regulation of economic activity, economic activity, state regulation, consumers of goods and services, correlation analysis, type of regulation.



УДК 346.7/349.442:711

Ольга Квасніцька,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАБУДОВИ ТЕРИТОРІЙ: ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Стаття присвячена аналізу правової категорії «забудова» з позиції основних характеристик за функціональним призначенням та плануально-просторовими особливостями, враховано управлінсько-планувальний аспект та показано наявність господарсько-управлінського характеру, ефективність якого залежить від правового регламенту як необхідного складника системи державного регулювання будівельної діяльності.

Ключові слова: забудова, містобудівне законодавство, будівельна діяльність, містобудівна документація, інститут планування, історичний ареал, містобудівні умови та обмеження, малоповерхова забудова, містобудівні розрахунки, історико-містобудівні обґрунтування, державне регулювання, правові регламенти.

Постановка проблеми. Категоріальний арсенал правового регулювання містобудівної діяльності досить широкий і, на жаль, не завжди однозначний, що, у свою чергу, призводить до різного тлумачення та застосування на практиці. Поряд із цим виникають проблеми, пов'язані з відсутністю в законодавстві легального визначення терміна «забудова», який є широковживаним у будівельній сфері, що призводить до різного тлумачення даної дефініції, неоднозначної судової практики, що породжує проблеми теоретико-прикладного осмислення питань планування територій, зонування, функціонального призначення територій та здійснення будівельної діяльності безпосередньо.

Термін «забудова» є комплексною категорією, оскільки застосовується в галузях земельного, цивільного, господарського, адміністративного права, і особливу роль даній правовій категорії відведена містобудівним законодавством при плануванні територій та прийнятті містобудівної документації, а саме генерального плану, плану зонування та детального плану територій. Однак правова природа забудови не може бути розглянута лише в контексті цивільного чи земельного законодавства, які питання збереження історичної забудови українських міст, що включені до списку історичних населених міст України, не може бути вирішено лише в контексті законодавства про охорону культурної спадщини. Адже збереження культурної спадщини повинно відбуватися через комплексне та системне застосування житлового, бюджетного, інвестиційного, господарського та містобудівного законодавства. Отже, характеристика забудови також повинна базуватися на системному та комплексному аналізі значного масиву законодавства різних галузей як публічного, так і приватного права.

Між тим спостерігається тенденція, що у правових дослідженнях будівельної галузі та її місця в системі права за межами аналізу науков-

ців залишаються питання характеристики правової природи забудови, вимоги до забудови, види забудови та не враховується нерозривний зв'язок цих питань, їх вплив на провадження будівельної діяльності, капітального будівництва, будівництва.

Так, у роботі В. Г. Олюхи «Оптимізація капітального будівництва: господарсько-правові проблеми», незважаючи на висвітлення питання зонінгу, зонування [1, с. 172-173] та зроблені висновки, що «капітальне будівництво є господарською діяльністю, спрямованою на створення капіталу у вигляді нерухомого майна, забезпечення сталого розвитку території» [1, с. 51], автором не проведено дослідження забудови ні з позиції загальних характеристик за функціональним призначенням, ні з позиції плануально-просторових особливостей, ні з позиції наявних законодавчих обмежень та вимог.

О. В. Стукаленков монографічному дослідженні «Адміністративно-правове забезпечення будівельної галузі» [2, с. 55, с. 305], незважаючи на висновок, що будівельна галузь – це підгалузь адміністративного права управлінського та публічно-сервісного спрямування, правову категорію «забудова» взагалі не досліджує, незважаючи на те, що забудова перебуває у безпосередньому зв'язку з інститутом планування – підгалуззю адміністративного права – і мала би бути проаналізована принаймні з позиції інституту правового планування, де правила забудови є складовою частиною зонування і містять параметри дозволеного будівництва, зони обмежень, зон охорони культурного спадку, правил землекористування, процедур узгоджень.

Поряд із цим проблеми, що пов'язані з відсутністю легального визначення поняття «забудова» та наукових досліджень щодо впливу забудови на будівництво, породжують різне сприйняття учасниками будівельних відносин

положення статті 40 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» стосовно сплати пайових внесків у розвиток інфраструктури населеного пункту, що має господарсько-правову природу. Через різне тлумачення з'явилася досить спірна судова практика. Так, у справі № 908/4000/15 від 27 січня 2016 року Вищий господарський суд дійшов висновку, що у разі реконструкції існуючої будівлі без забудови нової земельної ділянки обов'язок укладати договір про пайову участь та сплачувати пайові внески в особи не виникає, така особа не є замовником будівництва в розумінні імперативних норм Закону [3]. Такий висновок було зроблено на підставі аналізу лише одного Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», хоча це питання вимагає системного підходу для з'ясування сутності правового поняття «забудова» та його ролі у будівельній діяльності. Твердження про те, що стаття 40 вищевказаного закону передбачає сплату пайових внесків тільки на забудову земельної ділянки, тобто лише у разі збільшення меж забудови, є занадто звуженим та виключає комплексний підхід до тлумачення даного поняття. Адже у такому разі не враховується, що у разі збільшення поверховості відбувається навантаження на існуючі мережі і, незважаючи на відсутність збільшення площі забудови, виникає потреба в розвитку транспортної та соціальної інфраструктури. Тим більше, збільшення забудови у просторовому розумінні відбулося, про це свідчить функціональний режим забудови, її характер, розпланування і т.д.: малоповерхова забудова, багатоповерхова, змішана; історична і традиційна; рядкова і периметральна.

Отже, завданням цієї статті є здійснення комплексного аналізу та напрацювання уніфікованого підходу до поняття «забудова», ролі основних характеристик забудови при здійсненні будівельної діяльності, визначення ефективних правових меж управлінсько-господарського спрямування при забудові території із розробленням пропозицій про внесення змін до чинного законодавства.

Варто констатувати, що у Законі України «Про регулювання містобудівної діяльності» правова дефініція «забудова» була упущена, незважаючи на те, що сам термін вживається у значній кількості нормативно-правових актів. Так, Земельний кодекс України оперує такою категорією, як «житлова та громадська забудова» (ст. 38), при цьому не розкриваючи суті поняття забудови, що і логічно, адже його регламентація спрямована на категорії земель житлової та громадської забудови, від якої буде залежати функціональне призначення забудови, хоча умовно. Адже розподіл земель на відповідні зони з урахуванням положень ДБН 360-92 «Містобудування. Планування і забудова міських і сільських поселень» [4] передбачається основними містобудівними документами: генеральними планами населених пунктів, планами зонування території і детальними планами території.

Категорія «забудова» використовується Цивільним кодексом України в контексті видової класифікації речових прав на майно, а саме право користування чужою земельною ділянкою під забудову (ст. 395); підстав виникнення права користування чужою земельною ділянкою під забудову (ст. 413). При цьому слід зазначити, що як і Цивільний, так і Земельний кодекси вводять такий термін, як «право на забудову земельної ділянки», розкриваючи його зміст без урахування містобудівного законодавства. Стаття 375 ЦК регламентує загальні положення права власника на забудову земельної ділянки, а саме «власник земельної ділянки має право не тільки зводити на ній будівлі та споруди, а й створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам». У свою чергу, статтею 90 ЗК України передбачено, що «власники земельних ділянок мають право зводити житлові будинки, виробничі та інші будівлі і споруди». Таким чином, ми отримуємо правову регламентацію суб'єктивного права власника на забудову з різним переліком об'єктів права забудови, але не отримуємо відповідь на питання: що таке «забудова» з позиції управлінсько-господарської діяльності та у якому системному зв'язку перебуває з будівництвом.

Проте питання забудови є актуальним при формуванні містобудівної документації, що є виключно предметом регулювання публічного права, бо, наприклад, відповідно до статті 16 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» планування території здійснюється шляхом розроблення та затвердження органами місцевого самоврядування генеральних планів населених пунктів, планів зонування території і детальних планів території [4]. Однак безперечним є факт, що у господарській сфері характеристика забудови впливає на параметри висотності об'єкта будівництва, щільність забудови земельної ділянки, допустимі відстані від об'єктів, що проектуються до червоних ліній, допустимі відстані від об'єкта будівництва до існуючих будівель і споруд і т.д. Одним словом, вимоги до забудови, що відображаються в містобудівній документації, знаходять свою деталізацію в містобудівних умовах та обмеженнях, що є складником вихідних даних та підставою для розроблення проектної документації на будівництво і входить у предмет регулювання господарським правом у рамках державного регулювання окремих видів економічної діяльності.

Якщо проаналізувати законодавство, то слід зазначити, що посилання на термін «забудова» і зв'язок з будівництвом міститься і в таких спеціалізованих законах, як Закон України «Про курорти» від 26.04.2014, в якому визначено, що забудова курортів здійснюється відповідно до затверджених у встановленому законодавством порядку генеральних планів курортів, іншої містобудівної документації. Отже, незважаючи на відсильний характер частини першої статті 12 Закону України «Про курорти», даний нормативний акт пов'язує забудову і будівництво через заборону нового будівництва і розширення діючих промислових підприємств та

інших об'єктів, не пов'язаних безпосередньо із задоволенням потреб відпочиваючих і місцевого населення, потреб курортного та житлового будівництва, або таких, що можуть негативно впливати на природні лікувальні фактори [5].

Прикладом комплексності та тісного взаємозв'язку забудови з будівництвом є обмеження забудови в історичних ареалах, що потім відображається в містобудівній документації і фіксується в містобудівних умовах та обмеженнях. Так, Постановою Кабінету Міністрів України від 13.03.2002 № 318 «Про Затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць» [6] передбачено, що у зоні регулювання забудови зберігаються: цінне історичне розпланування і забудова, озеленення та упорядження. Поряд із цим, законодавством встановлені параметри висотності забудови або поверховості, або відмітки. Наприклад, в Одесі, існує два історичних ареали: центральний історичний ареал та історичний ареал Французький бульвар. Наказом Міністерства культури України 20.06.2008 № 728/0/16-08 встановлюється гранична висота забудови на території Центрального історичного ареалу, що виходять на червоні лінії вулиць, вона повинна бути не більше 18,6 метрів від рівня денної поверхні, а висота акцентних будівель на розі кварталів – не вище 21,3 метрів. В історичному ареалі «Французький бульвар» гранична висота визначається поверховістю, а саме забудова у вигляді дискретно розташованих малоповерхових будівель [7]. Відповідно, малоповерхова забудова це забудова території одно-, дво-, триповерховими житловими будинками різних типів [8].

Така невизначеність у нормативно-правових актах та відсутність чітких встановлених правил забудови призвели до суб'єктивного ручного регулювання забудови в історичному ареалі Французький бульвар та тотальному висотному будівництві. А прийнятий зонінг органами місцевого самоврядування не визначив параметри забудови історичного ареалу Французький бульвар чіткими відмітками та виключення суб'єктивного підходу при забудові таких зон.

Крім цього, слід зазначити, що склалася практика, коли визначення параметрів забудови в історичних ареалах залежить від містобудівних розрахунків та історико-містобудівних обґрунтувань. Однак такий стан речей суперечить законодавству, адже містобудівні умови та обмеження забудови ділянок визначаються виключно планом зонування та/або детальним планом території (ст. 18 та 19 Закону України «Про врегулювання містобудівної діяльності»). А, з огляду на ДБН. Б.1.1-14:2012 п.4.4 «Склад і зміст Детального плану території» [9], містобудівний розрахунок розробляється після затвердження детального плану території. При цьому, відповідно до Методичних рекомендацій щодо розроблення історико-містобудівних обґрунтувань (п. 15), затверджених Наказом Міністерства культури України від 17.02.2012 № 122 [10], історико-містобудівні обґрунтуван-

ня виконуються на стадії підготовки передпроектної (проектної) документації.

Отже, констатуємо, що забудова території здійснюється шляхом розміщення об'єктів будівництва (стаття 26 Закону «Про регулювання містобудівної діяльності»), а розміщення об'єктів будівництва можливе лише вразі дотримання стадійності будівного процесу, з урахуванням дозвільних процедур та довірних конструкцій, доходимо висновку **про об'єктивізацію забудови через зонування та взаємозв'язок із діяльністю суб'єктів містобудівної діяльності, що має управлінсько-господарське спрямування.**

Однак, на відміну від будівництва, забудова є статичною, яка через характеристику переважних та допустимих видів забудови, що відображаються в плані зонування, визначає критерії майбутнього зведення об'єкта будівництва. Забудова є невід'ємним елементом інституту правового зонування, однак зміст забудови території включає не тільки розміщення об'єктів будівництва (**управлінсько-планувальний аспект**), але й здійснення будівництва нових об'єктів, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, впорядкування існуючих об'єктів містобудування та технічне переоснащення підприємств (**господарсько-управлінський аспект**).

На жаль, незважаючи на постійні реформи у сфері містобудівної діяльності, ми не отримали чітких та зрозумілих «правил гри», ми не маємо правового регламенту в містобудуванні, яким би був скасований чинний натеper індивідуально-вибірковий підхід, орієнтований на суб'єктивно-адміністративне тлумачення службовцями питань характеристик забудови. Нині за відсутності єдиного правового режиму використання нерухомості в тій чи іншій територіальній зоні суб'єкти таких об'єктів повністю залежать від індивідуального рішення уповноваженого службовця та культурних домовленостей. Право обрати вид, параметри дозволеного використання і будівельних змін на об'єктах нерухомості повинно залежати виключно від містобудівного (правового) зонування, що враховує синергію приватних та публічних інтересів при забудові територій, як це здійснюється в Європейських країнах. Питання забудови в Німеччині вирішуються за допомогою планів забудови, детективних схем та планів використання територій у Франції, місцевих планів у Великобританії, детальних планів у Швеції. Варто зазначити, що нормативно-правові акти, якими встановлюються містобудівні регламенти, мають велику юридичну силу порівняно з документами територіального планування. Це відбувається у зв'язку з тим, що дія нормативно-правових актів поширюється безпосередньо на кожного суб'єкта власності і представника адміністрації. Водночас документи планування не є обов'язковими для приватних осіб, вони є обов'язковими лише для представників адміністрації [11, с. 125, 278; 12, с. 60; 13, с. 3].

Враховуючи, що в світі існує дві системи містобудівного зонування – західноєвро-

пейська та північноамериканська, а політика планування та зонування в Україні тяжіє до західноєвропейського типу, хоча знаходиться ще надто далеко від розвинутих країн, виправданим є підхід до розуміння містобудівного зонування як системи регулювання та введення в містобудівне законодавство правового регламенту – правил забудови, що конкретизують і чітко визначають на рівні органів місцевого самоврядування права щодо видів дозволеного використання і визначених параметрів забудови.

Натепер правова невизначеність, відсутність містобудівних регламентів унеможливають встановлення єдиних правил забудови для однорідних територіальних зон, чим і підтримується збереження правової невизначеності відносно майбутнього розвитку територій. А підхід, за яким у плані зонування визначаються дві частини – графічна та текстова, є невиправданим, адже текстова частина підмінює собою правовий регламент, який законодавством не передбачений.

При цьому затвердження у плані зонування текстової частини залишається неефективним інструментом, адже **правовий регламент обов'язково повинен бути самостійним документом і тільки у такому разі в змозі встановлювати правила забудови і правила землекористування для всіх суб'єктів містобудування без винятку та зупинить нелегітимну практику визначення параметрів забудови на підставі містобудівних розрахунків і історико-містобудівних обґрунтувань**. Для цього важливо в Законі України «Про регулювання містобудівної діяльності», розділі 1 «Загальні положення», закріпити легальне визначення такої правової категорії, як «збудова», включити до переліку містобудівної документації «правовий регламент» та надати йому визначення з подальшою регламентацією у Розділі III «Планування територій» та у статті 26 «Збудова територій»

Таким чином, не зосереджуючись на безспірному зв'язку між плануванням і містобудівним зонуванням, зазначимо, що для ринкових відносин та розвитку територій важливим є закріплення в законодавстві і прийняття на місцевих рівнях правового регламенту – документа, яким би встановлювалися правила забудови. Саме **правові регламенти з деталізацією правил забудови** на місцевому рівні стануть вагомим складником у системі регулювання містобудівної діяльності, виключивши можливість централізовано впливати на параметри, щільність та інші характеристики забудови. Правила забудови повинні бути відображені у правовому регламенті, усуваючи при цьому можливість тлумачення або уточнення його положень службовцями у взаємовідносинах із забудовником. Правовий регламент стане ефективним інструментом подальшої реалізації Генерального плану та плану зонування, усуваючи при цьому перманентну правову невизначеність у майбутньому розвитку територій та

граничні параметри будівельних змін об'єктів нерухомості.

Список використаних джерел:

1. Олюха В.Г. Оптимізація капітального будівництва: господарсько-правові проблеми : монографія / В. Г. Олюха. – Київ: Центр учбової літератури, 2015. – 302 с.
2. Стукаленко О. В. Адміністративно-правове забезпечення будівельної галузі : монографія / О. В. Стукаленко. – К. : Центр учбової літератури, 2016. – 376 с.
3. Постанова Вищого господарського суду України від 27 січня 2016 року по справі № 908/4000/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/55245645>.
4. ДБН 360-92 «Містобудування. Планування і збудова міських і сільських поселень» : затверджено Наказом Держкоммістобудування від 17.04.1992, № 44 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uazakon.com/documents/date_3v/pg_gnglwj/index.htm.
5. Про Затвердження Порядку визначення меж та режимів використання історичних ареалів населених місць, обмеження господарської діяльності на території історичних ареалів населених місць: Постанова Кабінету Міністрів України від 13.03.2002 № 318 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/318-2002-p>.
6. Про курорти: Закон України від 05.10.2000 № 2026-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 2026-III. – Ст. 12.
7. Про затвердження науково-проектної документації щодо визначення зон охорони пам'яток, меж і режимів використання історичних ареалів м. Одеси та занесення об'єктів культурної спадщини до Державного реєстру нерухомих пам'яток України : Наказ Міністерства культури України від 20.06.2008 № 728/0/16-08 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mincult.kmu.gov.ua/mincult_old/uk/publish/article/136468.jsessionid=E334260C308427F4F7867374A825E2F4.app1.
8. Державні будівельні норми України. Будинки і споруди. Житлові будинки : від 18.05.2005. – № 80. – Н. – В.2.2-15-2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN19615.html.
9. Державні будівельні норми України. Склад і зміст Детального плану території: від 2012.10.01. – ДБН. Б.1.1-14:2012. – п.4.4 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://old.minregion.gov.ua/attachments/files/bydivnitstvo/tehnichne-regulyuvannya/normuvannja/DBN_B.1.1-14-2012.pdf.
10. Методичні рекомендації щодо розроблення історико-містобудівних обґрунтувань: Наказ Міністерства культури України від 17.02.2012 №122 // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://consultant.parus.ua/?doc=07WTSE68FD>.
11. Garner J.F. (ed.). Planning law in Western Europe. N.Y., 1977. – 300 p.
12. Baugesetzbuch. 19 Auflage. Munchen, 1989. – 210 p.
13. Basic planning law practice.L., 1988. – 150 p.

Статья посвящена анализу правовой категории «застройка» с позиции основных характеристик функционального назначения и планово-пространственных особенностей, при этом учтен управленческо-планированный аспект и указано на наличие хозяйственно-управленческого характера через необходимость введения на законодательном уровне правового регламента как необходимой части в системе государственного регулирования строительной деятельности.

Ключевые слова: застройка, градостроительное законодательство, строительная деятельность, градостроительная документация, институт планирования, исторические ареалы, градостроительные условия и ограничения, градостроительный расчёт, историко-градостроительное обоснование, государственное регулирование, правовые регламенты.

The article is devoted to the analysis of the legal category “development” from the position of the main characteristics of the functional purpose and planning and spatial features, taking into account the managerially planned aspect and pointing to the existence of an economic and managerial nature through the need to introduce at the legislative level the legal regulations as a necessary part in the system of state regulation of construction activities.

Key words: development, town planning legislation, construction activity, town planning documentation, planning institute, historical areas, town-planning conditions and restrictions, town planning calculation, historical town-planning justification, state regulation, legal regulations.



УДК 346.1:347.191 (477) (045)

Руслан Колосов,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права та публічного адміністрування
Маріупольського державного університету*

КОРПОРАТИВНЕ ПІДПРИЄМСТВО: ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА МІСЦЕ СЕРЕД ІНШИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Стаття присвячена аналізу корпоративного підприємства в законодавстві України, з'ясуванню його поняття й ознак та місця, що посідає корпоративне підприємство серед інших юридичних осіб. У роботі корпоративне підприємство розглядається через призму господарського та цивільного законодавства, що дає змогу проаналізувати його місце серед юридичних осіб публічного та приватного права, визначити, чим воно є за своєю сутністю – товариством чи установою – та до яких товариств його слід відносити. У дослідженні також робиться спроба визначити, які види юридичних осіб можна вважати корпоративними (господарське товариство, приватне підприємство, різні види кооперативів).

Ключові слова: юридична особа, підприємство, товариство, установа, корпоративне підприємство, господарське товариство, приватне підприємство, кооператив.

Постановка проблеми. Безперервний розвиток організаційно-правових форм юридичної особи та поява нових її видів викликає потребу у проведенні наукового дослідження. Найбільш гостро ця проблема стоїть у разі дослідження юридичних осіб корпоративного типу, оскільки натепер немає єдності у розумінні понять «корпорація» та «корпоративне підприємство». При цьому якщо раніше спектр досліджень в основному стосувався сутності юридичної особи, то тепер наявна велика потреба у проведенні дослідження юридичних осіб корпоративного типу для приведення вчення про юридичну особу у цілісну та логічно структуровану систему.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти діяльності корпорацій чи корпоративного підприємства неодноразово ставали темою для наукових розробок та досліджень, найбільш ґрунтовними і виваженими є наукові праці таких учених, як: В. А. Васильєва, О. М. Вінник, О. Р. Кібенко, В. М. Кравчук, В. В. Луць, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. С. Щербината інші. Водночас поняття «корпоративне підприємство» такі не стало предметом комплексного дослідження, що підкреслює актуальність обраної тематики.

Метою роботи є спроба визначення поняття й ознак корпоративного підприємства та його місця серед інших юридичних осіб.

Виклад основного матеріалу. Поняття корпоративного підприємства міститься у Господарському кодексі України. Відповідно до ч. 5 ст. 63 ГКУ Корпоративне підприємство утворюється, як правило, двома або більше засновниками за їхнім спільним рішенням (договором), діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами, на основі корпоративних прав, у тому чис-

лі через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Організаційна правова форма корпоративного підприємства є відносно новою для українського законодавства, тому справедливо виникає питання про те, яке місце займає корпоративне підприємство серед інших юридичних осіб. Для вирішення цього питання слід розглянути низку відомих класифікацій юридичних осіб.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 81 ЦКУ залежно від порядку створення виділяють юридичні особи публічного та приватного права. Юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Аналізуючи положення ГК про корпоративне підприємство через призму Цивільного кодексу, дуже важко визначити, до якої групи юридичних осіб можна віднести корпоративне підприємство, оскільки воно може бути утворене як у приватному, так і в публічному порядку. Якщо так можна сказати, то корпоративне підприємство займає проміжне місце у такій класифікації, бо неможливо однозначно визначити юридичною особою приватного чи публічного права воно є.

У свою чергу Господарський кодекс залежно від способу заснування та формування статутного фонду в Україні поділяє підприємства на унітарні та корпоративні (ч. 3 ст. 63 ГКУ). Унітарне підприємство створюється одним засновником, який виділяє необхідне для того майно, формує відповідно до закону статутний фонд, не поділений на частки (паї), затверджує статут, розподіляє доходи, безпосередньо або через керівника, який ним призначається, керує підприємством і формує його трудовий колек-

тив на засадах трудового найму, вирішує питання реорганізації та ліквідації підприємства. Унітарними є державні, комунальні, підприємства, засновані на власності об'єднання громадян, релігійної організації або на приватній власності засновника.

Як бачимо, корпоративне підприємство відрізняється від унітарного кількістю засновників. Корпоративне підприємство на відміну від унітарного утворюється двома чи більше засновниками. Але в окремих випадках корпоративне підприємство може утворюватися однією особою. Тому цей критерій не завжди може використовуватися для розмежування цих понять.

Відповідно до ч. 1 ст. 83 ЦКУ юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Тобто юридичні особи прийнято поділяти на товариства й установи. Різниця між цими організаційно-правовими формами полягає в тому, що 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 (ч. 2 ст. 83 ГКУ). 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 (ч. 3 ст. 83 ГКУ).

Розглядаючи корпоративне підприємство, його однозначно треба відносити до групи товариств, оскільки його учасники беруть участь в управлінні справами, що є однією з головних ознак як товариства, так і корпоративного підприємства. Варто зазначити, що корпоративні підприємства – це такі юридичні особи, які побудовані на пайових началах зі складною внутрішньою структурою, управління якими залежить від частки у статутному фонді. Але не будь-яке товариство є корпоративним підприємством.

Згідно з ч. 2 ст. 83 ЦК України «товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі». Підприємницькими товариствами є «товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства). Непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками (ст. 85 ЦК України). Ясна річ, що корпоративне підприємство створюється в основному для досягнення комерційних цілей, як вдало вказувалося в юридичній літературі: «Метою діяльності корпоративного підприємства, зазвичай, є отримання прибутку» [1, с. 263]. Тому корпоративне підприємство слід віднести до підприємницької групи товариств.

Згідно з ч. 1 ст. 63 ГК України залежно від форм власності, передбачених законом, в Україні можуть діяти підприємства таких видів:

- приватне підприємство, що діє на основі приватної власності громадян чи суб'єкта господарювання (юридичної особи);

- підприємство, що діє на основі колективної власності (підприємство колективної власності);

- комунальне підприємство, що діє на основі комунальної власності територіальної громади;

- державне підприємство, що діє на основі державної власності;

- підприємство, засноване на змішаній формі власності (на базі об'єднання майна різних форм власності).

Розглядаючи цю класифікацію стосовно корпоративного підприємства, слід підкреслити, що державні та комунальні підприємства не можна вважати корпоративними, бо вони не представляють об'єднання капіталів. Трохи складніша ситуація з приватним підприємством. Згідно ч. 1 ст. 113 ГК України, приватним підприємством визнається підприємство, що діє на основі приватної власності одного або кількох громадян, іноземців, осіб без громадянства та його (їх) праці чи з використанням найманої праці. Приватним є також підприємство, що діє на основі приватної власності суб'єкта господарювання – юридичної особи.

На думку автора, приватне підприємство можна відносити до корпоративних підприємств лише за умови, якщо воно складається з декількох осіб. Хоча здебільшого воно складається з однієї особи. Варто усвідомлювати, що корпоративне підприємство – це об'єднання осіб і капіталів для отримання додаткових прибутків. Тому лише за умови множинності осіб, які є учасниками приватного підприємства, можна говорити про його корпоративний статус.

Ще одним беззаперечним доводом на користь визнання приватного підприємства корпоративним є підприємницький характер його діяльності, тобто і приватне підприємство, і корпоративне підприємство утворюються для отримання прибутку. Але варто усвідомлювати, що відповідно до визначення приватного підприємства, наведеного у ст. 113 ГК України, воно може створюватися двома чином: як підприємство унітарного типу та як підприємство корпоративного типу. Тобто якщо підприємство створюється одним засновником (фізичною чи юридичною особою), то воно створюється як унітарне підприємство [2, с. 77]. У разі створення приватного підприємства однією юридичною особою воно буде визнаватися дочірнім відповідно до ст. 126 ГК України.

Не менш важливо розглянути, в яких організаційно-правових формах може виступати корпоративне підприємство. Аналіз законодавчої дефініції корпоративного підприємства, а саме ч. 5 ст. 63 ГК України, свідчить, що корпоративними є кооперативні підприємства, підприємства, що створюються у формі господарського товариства, а також інші підприємства, в тому числі засновані на приватній власності двох або більше осіб.

Отже, юридична конструкція, вибудована законодавцем, дозволяє сміливо стверджувати, що будь-яке господарське товариство є корпоративним. Розглянемо, чи дійсно це так. За ч. 1 ст. 79 ГКУ господарські товариства мо-

жуть мати одного учасника. Наприклад, згідно зі ст. 6 ЗУ «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство може бути створене однією особою чи може складатися з однієї особи у разі придбання одним акціонером усіх акцій товариства. Обмеження стосовно кількості учасників встановлені лише для повного та командитного товариства (ч. 2. ст. 114 ЦК України), а це означає, що товариство з обмеженою та додатковою відповідальністю також може бути створене однією особою, яка стає його єдиним учасником. У зв'язку з цим одразу виникає питання про відповідність таких господарських товариств статусу корпоративного підприємства. І хоча вважається, що господарське підприємство є корпоративним незалежно від складу учасника, але такий підхід потребує уточнення. На переконання автора, якщо у господарському товаристві залишається один учасник, то воно автоматично втрачає статус корпоративного підприємства, оскільки воно не відповідає ознакам корпоративного підприємства. Які це ознаки і що має автор на увазі.

По-перше, статутний капітал формується за рахунок внесків фізичних та юридичних осіб та має бути поділений на частки.

По-друге, особи, які роблять внесок у статутний капітал, повинні мати право на управління цією юридичною особою і на отримання прибутку.

По-третє, управління справами в корпоративному підприємстві здійснюється на основі корпоративних прав шляхом спільного управління справами у тому числі через органи, що створюються за участі засновників (учасників);

По-четверте, корпоративне підприємство діє на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), тому воно має складатися з двох чи більше учасників.

Якраз дотримання цієї сукупності ознак дозволяє говорити про наявність корпоративного підприємства. У свою чергу І. Цікало пропонує такі ознаки юридичної особи корпоративного типу:

– по-перше, оскільки суб'єкт корпоративних прав володіє часткою, яка визначається у статутному фонді (майні) юридичної особи (ЦКУ оперує поняттям «статутний (складений) капітал» (ч. 1 ст. 113)), то очевидним, на думку науковця, є те, що в такій організації створюється статутний капітал (майно);

– по-друге, майно юридичної особи корпоративного типу, в тому числі передане засновниками як вклад до статутного (складеного) капіталу, належить на праві власності юридичній особі, а не її учасникам;

– по-третє, учаснику в статутному капіталі (майні) визначається частка, яка надає корпоративні права;

– по-четверте, учасник такої юридичної особи бере участь в управлінні останньою на основі корпоративних прав у тому числі через спеціально створені органи. Якщо учасників кілька, то вони управляють справами спільно;

– по-п'яте, така організація діє на основі об'єднання майна, а у випадках, передбачених законом, і діяльності засновників (учасників);

– по-шосте, засновники (учасники) беруть участь у розподілі доходів і ризиків юридичної особи корпоративного типу [3].

Як бачимо, ознаки, що виділяються для корпоративного підприємства та юридичної особи корпоративного типу, майже збігаються, але самі ці поняття несуть різне смислове навантаження. Так само не можна поставити знак рівності між корпоративними підприємствами та корпораціями [4, с. 85]. В юридичній літературі була висловлена думка, що при модернізації законодавства про юридичні особи в частині їх класифікації фундаментальним є поділ юридичних осіб на юридичні особи (об'єднання майна) та юридичні особи (об'єднання учасників) [5, с. 84]. Але застосування такої класифікації не дуже підходить до юридичних осіб корпоративного типу, які є одночасно об'єднанням осіб і капіталів, тобто фактично об'єднанням майна та учасників.

Ненабагато легше визначити, які юридичні особи можна вважати корпоративними підприємствами. Думки стосовно цього також мають різноманітний характер. Варто зазначити, що більшість дослідників розглядають це питання через призму корпорації, корпоративних прав чи корпоративних правовідносин.

Наприклад, Н. Глусь окреслює корпорацію як акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю або товариство з додатковою відповідальністю, управління якими здійснюється через складну централізовану систему органів, учасники якої саме щодо неї здійснюють інвестиційну діяльність з метою отримання дивідендів, і така участь у них зумовлює виникнення сукупності корпоративних прав [6, с. 4].

У свою чергу С. Кравченко стверджує, що повні та командитні товариства не є корпораціями, оскільки в них немає відповідних органів, а правовідносини між учасниками, які ґрунтуються на договорі, є насамперед договірними. Відповідно, і корпоративних відносин у таких товариствах не виникає. На думку вченого, не слід вважати корпораціями також непідприємницькі товариства [7, с. 10]. П. В. Степанов також не визнає за повними і командитними товариствами статусу корпорації, оскільки їх органами виступають самі товариші. На його думку, повні та командитні товариства є перехідною формою від простого товариства до корпорації [8, с. 11-15].

На думку Н. В. Козлової, до числа корпорацій належать усі господарські товариства, кооперативи, громадські та релігійні організації, некомерційні партнерства, об'єднання юридичних осіб та інші юридичні особи, засновані на корпоративних засадах (принципах членства, участі) [9, с. 215]. Піддаючи критиці точку зору П. В. Степанова, який не визнає за повним і командитним товариствами статусу корпорації, Н. В. Козлова пише, що у товаристві є загальні збори як вищий орган управління, де кожний учасник повного товариства має один голос. Єдиною специфікою повного товариства

порівняно з іншими корпораціями, на думку Н. В. Козлової, є відсутність одноосібного виконавчого органу, оскільки кожен товариш вправі діяти від імені товариства, якщо інше не передбачено установчим договором [10, с. 177].

Слід окреслити точку зору В. Кравчука, який зауважує, що істотною ознакою товариства як організаційно-правової форми юридичної особи є право участі в товаристві їхніх учасників (засновників), а не наявність органів чи виду установчого документа. Учасники повних і командитних товариств мають право на участь. Наявність чи відсутність органів чи засновницького договору (замість статуту) не може бути підставою для невизнання за повними та командитними товариствами ознак корпорації [11, с. 99].

Не менш цікаво визначити, чи є кооперативи корпоративним підприємством. О. Вінник вважає, що кооперативи належать до корпоративних форм інвестування [12, с. 45-48]. На думку І. Спасибо-Фатєєвої, спори між учасниками (членами) виробничого кооперативу та цим кооперативом можна вважати корпоративними [13, с. 102]. Підтримує цю думку І. Лукач, який стверджує, що кооперативи є корпоративними підприємствами, суб'єктами корпоративних відносин [14, с. 67].

Які ознаки є спільними для корпоративного підприємства та кооперативу? Це, передусім, право брати участь в управлінні справами та можливість отримувати дохід у разі прибутковості кооперативу. На погляд автора, це дозволяє стверджувати, що кооператив є корпоративним підприємством.

Але слід зазначити, що ЗУ «Про кооперацію» передбачає три види кооперативу: виробничий кооператив, обслуговуючий кооператив, споживчий кооператив. На переконання автора, до корпоративних підприємств слід відносити лише виробничий кооператив, який створюється з метою одержання прибутку. Що стосується споживчого та обслуговуючого кооперативу, то вони мають некомерційний характер і створюються для задоволення потреб їхніх членів.

Висновки

1. Корпоративне підприємство має відповідати такій сукупності ознак: а) суб'єктний склад (дві чи більше особи); б) характер діяльності – виключна комерційна діяльність, яка має підприємницький характер; в) характер правовідносин (статутний капітал має бути поділений на частки, власники яких наділяються корпоративними правами, що надає можливість брати участь в управлінні справами корпоративного підприємства (це право дуже сильно залежить від розміру частки) та право на отримання прибутку від його діяльності).

2. Господарське товариство є корпоративним підприємством, але якщо воно утворюється або діє в складі однієї особи, воно автоматично втрачає такий статус.

3. Приватне підприємство можна вважати корпоративним лише за умови, що воно утворене двома чи більше особами.

4. Серед кооперативів корпоративними підприємствами є лише виробничі кооперативи, зважаючи на їх виключно комерційний характер, чого не можна сказати про споживчі та обслуговуючі кооперативи.

Список використаних джерел:

1. Фурса С. Я. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб. / С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, О. М. Клименко [та ін.]. – К.: Вид. Фурса С. Я.: КНТ, 2007. – 1216 с.

2. Бек Ю. Б. Правовий статус приватного підприємства. // Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин: Всеукраїнська науково-практична конференція (21–22 вересня 2012 р., м. Івано-Франківськ): збірник наукових праць / ред. кол.: О. Д. Крупчан, В. В. Луць, В. А. Васильєва, І. Б. Саракун. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 76–79.

3. Цікало В. Корпоративне товариство: поняття, ознаки, організаційно-правові форми / В. Цікало // Право України. – 2006. – № 6. – С. 50–53.

4. Спасибо-Фатєєва І. Вчення про корпоративні права і цивільнісна доктрина / І. Спасибо-Фатєєва // Право України – 2014. – № 6. – С. 84–92.

5. Зозуляк О. І. Про корпорації в світлі проблем класифікації юридичних осіб // Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин: Всеукраїнська науково-практична конференція (21–22 вересня 2012 р., м. Івано-Франківськ): збірник наукових праць / ред. кол.: О. Д. Крупчан, В. В. Луць, В. А. Васильєва, І. Б. Саракун. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – С. 79–85.

6. Глусь Н. С. Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право та міжнародне приватне право» / Н. С. Глусь. – К., 2000. – 23 с.

7. Кравченко С. С. Юридична природа прав учасників господарських товариств: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право, цивільний процес, сімейне право та міжнародне приватне право» / С. С. Кравченко; НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького. – К., 2007. – 18 с.

8. Степанов П. В. Корпорации в российском гражданском праве / П. В. Степанов // Законодательство. – 1999. – № 4. – С. 11–15.

9. Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории: учебное пособие / Н. В. Козлова; науч. ред.: Ем В. С. – М.: Статут, 2003. – 318 с.

10. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица / Н. В. Козлова; под ред. В. С. Ема (науч. ред.). – М.: Статут, 2005. – 476 с.

11. Кравчук В. М. Корпоративне право: науково-практичний коментар законодавства та судової практики / В. М. Кравчук. – К.: Істина, 2005. – 720 с.

12. Вінник О. М. Проблеми правового забезпечення приватних і публічних інтересів в акціонерних товариствах / О. М. Вінник // Проблеми вдосконалення господарського законодавства України: тези

виступів учасн. «круглого столу» (м. Київ, 17–18 квіт. 2001 р.). – К., 2001. – С. 45–48.

13. Спасибо-Фатєєва І. В. З'ясування поняття та змісту корпоративних відносин та корпоративних прав як передумова вирішення корпоративних спорів / І. В. Спасибо-Фатєєва // Вісник

господарського судочинства. – 2007. – № 6. – С. 99–104.

14. Лукач І. В. До питання про визначення кооперативів як суб'єктів корпоративних відносин / І. В. Лукач // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 6. – С. 59–67.

Статья посвящена анализу корпоративного предприятия в законодательстве Украины, выяснению понятия и признаков корпоративного предприятия и места, которое оно занимает среди иных юридических лиц. В работе корпоративное предприятие рассматривается через призму хозяйственного и гражданского законодательства, что позволяет проанализировать его место среди юридических лиц публичного и частного права и определить, чем оно является по своей сути – обществом или учреждением. В исследовании также делается попытка выяснить, какие виды юридических лиц можно считать корпоративными (хозяйственное общество, частное предприятие, разные виды кооперативов).

Ключевые слова: юридическое лицо, предприятие, общество, учреждение, корпоративное предприятие, хозяйственное общество, частное предприятие.

The article is devoted to the analysis of a corporate enterprise in the legislation of Ukraine, clarifying the concept and characteristics of a corporate enterprise and the place it occupies among other legal entities. The corporate enterprise is viewed in the work through the prism of commercial and civil legislation, allowing to analyze its place among the legal entities of public and private law and to determine what it is essentially a partnership or institution. The study also attempts to find out what types of legal entities can be considered as corporate enterprise (business partnership, private enterprise, different types of cooperatives).

Key words: legal entity, company, partnership, institution, corporate enterprise, business partnerships, private company, cooperative.

УДК 346.52:346.2

Ярослав Петруненко,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЦІЛЬОВЕ ПРИЗНАЧЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ДЕРЖАВНИХ КОШТІВ

Стаття присвячена дослідженню мети й завдань застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів. Обґрунтовується розмежування та значення понять «мета» й «завдання застосування господарсько-правового засобу», проводиться аналіз загальної мети й завдань державного регулювання господарської діяльності. На підставі аналізу актів господарсько-законодавства визначаються конкретні мета й завдання застосування різних видів господарсько-правових засобів.

Ключові слова: цільове призначення, мета, завдання, господарсько-правовий засіб, державні кошти, ефективне використання.

Постановка проблеми. Будь-яка соціальна діяльність обумовлюється певною метою й завданнями, які визначають цільову спрямованість такої діяльності, характеризуючи при цьому її природу та зміст. Тому визначення цілей і завдань застосування правових засобів регулювання господарської діяльності, проведення їх ґрунтовного аналізу дозволить з'ясувати сутнісну природу господарсько-правових засобів і механізм їх впливу на забезпечення ефективного використання державних коштів.

Деякі питання визначення цільової спрямованості державного регулювання господарських правовідносин досліджували такі відомі науковці, як О.М. Вінник, І.О. Віхрова, О.П. Віхров, В.В. Добровольська, Д.В. Задихайло, Д.Д. Задихайло, Д.В. Лічак, В.І. Любимов, В.К. Мамутов, А.О. Олефір, В.Г. Олюха, О.П. Подцерковний, Г.В. Смолин, В.А. Устименко, Р.І. Шабанов, Т.І. Швидка, В.В. Шпаков, В.С. Щербина, І.М. Ямкова й інші. Однак слід зауважити, що нині відсутні комплексні дослідження, присвячені визначенню мети й завдань застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів, а в наявних наукових роботах цим питанням приділено недостатньо уваги. Вищенаведене й обґрунтовує актуальність нашого дослідження.

Метою статті є визначення цілей і завдань застосування господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів. Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі **завдання:** обґрунтувати та виявити критерії розмежування понять «мета» і «завдання»; сформулювати поняття мети й завдань застосування господарсько-правового засобу; провести аналіз наукових підходів до визначення загальної мети й завдань державного регулювання

господарської діяльності; на підставі аналізу актів господарського законодавства конкретизувати мету й завдання застосування різних видів господарсько-правових засобів.

Виклад основного матеріалу. Мета й завдання застосування правових засобів державного регулювання господарської діяльності визначаються їх цільовою спрямованістю – забезпеченням ефективного використання державних коштів. Останнє є головною метою застосування відповідних засобів. Водночас, зважаючи на видове різноманіття господарсько-правових засобів, мета й завдання їх застосування потребують певної конкретизації.

Категорії «мета», «ціль» і «завдання» широко використовуються в різних галузях наукового знання, а також в інших сферах людської діяльності, що зумовлює їх універсальний і різноаспектний характер.

Так, зокрема, у філософії мета визначається як передбачуваний у свідомості результат, на досягнення якого спрямовані певні дії. Виступаючи в якості безпосереднього мотиву, мета скеровує й регулює дії, наділяє практичну діяльність внутрішнім змістом, якому людина підпорядковує свою волю. Мета визначає активну сторону людської свідомості. У науці розрізняють перспективні, середньострокові й безпосередні, загальні й приватні, проміжні та кінцеві цілі. В умовному сенсі терміном «ціль» у науці (біологія, кібернетика) позначається взагалі стан системи, що досягається шляхом зворотного зв'язку (доцільності) [1, с. 409].

Аналізуючи наведену характеристику категорій «мета» й «ціль», можна зробити декілька проміжних висновків: по-перше, ці категорії розглядаються як тотожні; по-друге, вони визначають зміст і спрямованість соціальної (людської) діяльності, тому постановка та досягнення цілей (мети) є прерогативою люд-

ської свідомості, отже, є продуктом виключно соціальної діяльності навіть коли йдеться про мету як певний стан системи; по-третє, цільова спрямованість наділяє соціальну діяльність внутрішнім змістом, тобто обумовлює внутрішні причини її обґрунтування здійснення тих чи інших дій.

У тлумачних словниках поняття «ціль» визначається так: 1) предмет, істота або місце, куди спрямовують постріл, кидок, удар і т. ін.; 2) те, до чого прагнуть, чого намагаються досягти; мета [2, с. 235]. Натомість «мета» означає те, до чого хтось прагне, чого хоче досягти; ціль [3, с. 971]. Тобто в одному зі своїх значень поняття «ціль» і «мета» є тотожними, однак поняття «ціль» має ще одне трактування. Тому слід констатувати, що ці поняття є тотожними лише в одному аспекті, але в цілому поняття «ціль» є більш широким за змістом. У межах нашого дослідження ці поняття будуть застосовуватися як тотожні за значенням: «те, до чого прагнуть, результат, якого хочуть досягти».

Що стосується категорії «завдання», то вона визначається так: 1) наперед визначений, запланований для виконання обсяг роботи, справа і т. ін.; 2) мета, до якої прагнуть; те, що хочуть здійснити [4, с. 40].

Отже, чіткі критерії розмежування змісту понять «мета» й «завдання», виходячи з їх значення, виявити досить складно, оскільки ці поняття тлумачаться майже однаково. Тому, виходячи з традиційного підходу до їх розуміння, необхідно зазначити, що завдання – це проміжні цілі, уточнена та конкретизована в межах певного проміжку часу мета. Тобто поняття «мета» й «завдання» співвідносяться як загальне та часткове, абстрактне та конкретне, зокрема, мета визначає кінцевий результат, на який спрямована певна соціальна діяльність, а завдання – проміжні, більш конкретні результати, яких необхідно досягти поетапно задля реалізації кінцевої цілі. На цій підставі можна стверджувати, що мета є більш абстрактною за своєю природою категорією, завдання – категорія конкретна та чітко визначена.

Досліджуючи питання цілей і завдань застосування правових засобів регулювання господарської діяльності, необхідно передовсім охарактеризувати відповідні мету й завдання здійснення правового регулювання суспільних правовідносин узагалі, зокрема тих, що виникають у процесі здійснення господарської діяльності. Із цього приводу в спеціальній науковій літературі висловлюються різні погляди. Наприклад, Д.Д. Задихайло вважає, що завданнями державного регулювання господарської діяльності є: 1) забезпечення національної економічної безпеки; 2) підтримка та забезпечення стабільного конституційного економічного порядку; 3) підтримка та забезпечення сталого економічного розвитку через підвищення конкурентоспроможності національної економіки, підвищення інноваційності в національній економіці, зростання екологічної національної економіки; 4) антикризова стабілізація національної економіки; 5) забезпечення реального економічного суверенітету держави та гласності [5, с. 153].

Натомість Г.В. Смолин, обґрунтовуючи необхідність та доцільність державного втручання у сферу господарських правовідносин, зазначає, що лише держава в особі її органів влади може: 1) здійснювати економічну й соціальну політику з метою забезпечення інтересів усіх верств населення; 2) пом'якшувати стихійні процеси ринкової саморегуляції з метою запобігання хаосу в економіці; 3) стимулювати ринкову економіку, забезпечувати ефективність її функціонування з одночасним обмеженням і попередженням негативних наслідків економічної влади власників, особливо монополістів; 4) гарантувати захист національних інтересів і внутрішнього ринку від зовнішньої економічної та політичної експансії [6, с. 19].

Такі вчені, як Г.С. Третяк і К.М. Бліщук, мету державного регулювання економіки вбачають у створенні господарської системи, орієнтованої на вибір оптимальних варіантів використання наявних факторів виробництва та забезпечення сприятливих соціально-економічних умов життєдіяльності. Класичними завданнями державного регулювання економіки, на думку науковців, є такі: економічний розвиток, повна зайнятість, економічна ефективність, стабільний рівень цін, справедливий розподіл доходів, збалансованість торговельного балансу, забезпечення конкурентоздатності вітчизняних товарів на світовому ринку [7, с. 18].

Таким чином, серед науковців превалює думка, що державне регулювання господарської діяльності здійснюється з метою впорядкування відповідних правовідносин, створення ефективної національної економіки, а також забезпечення справедливого розподілу ресурсів, подолання бідності та створення сприятливих умов для постійного й сталого соціально-економічного розвитку держави.

Відповідно до ст. 12 Господарського кодексу України засоби державного регулювання господарської діяльності застосовуються з метою реалізації економічної політики, виконання цільових економічних та інших програм і програм економічного й соціального розвитку [8]. У ст. 2 Закону України «Про державні цільові програми» від 18 березня 2004 р. № 1621-IV метою розроблення державних цільових програм визначено сприяння реалізації державної політики на пріоритетних напрямках розвитку держави, окремих галузей економіки й адміністративно-територіальних одиниць; забезпечення концентрації фінансових, матеріально-технічних, інших ресурсів, виробничого та науково-технічного потенціалу, а також координації діяльності центральних і місцевих органів виконавчої влади, підприємств, установ і організацій для розв'язання найважливіших проблем [9].

Отже, цільова спрямованість державної діяльності щодо формування та реалізації економічної політики й державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності зумовлена метою врівноваження суспільних, державних і приватних інтересів шляхом прийняття регуляторних актів і застосування інших засобів, зокрема господарсько-правового характеру.

У ст. 5 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV визначено зміст державної регуляторної діяльності, який включає: установлення єдиного підходу до підготовки аналізу регуляторного впливу та до здійснення відстеження результативності регуляторних актів; підготовку аналізу регуляторного впливу; планування діяльності з підготовки проектів регуляторних актів; оприлюднення проектів регуляторних актів із метою одержання зауважень і пропозицій від фізичних і юридичних осіб, їх об'єднань, а також відкриті обговорення за участю представників громадськості тих питань, які пов'язані з регуляторною діяльністю; відстеження результативності регуляторних актів; перегляд регуляторних актів; систематизацію регуляторних актів; недопущення прийняття регуляторних актів, які є непослідовними або не узгоджуються чи дублюють діючі регуляторні акти; викладення положень регуляторного акта в спосіб, що є доступним і однозначним для розуміння особами, які повинні впроваджувати або виконувати вимоги цього регуляторного акта; оприлюднення інформації про здійснення регуляторної діяльності [10].

Визначені в законодавстві мета й завдання державного регулювання господарської діяльності уточнюються залежно від конкретного виду господарсько-правового засобу, що підлягає застосуванню в процесі такого регулювання. Так, господарсько-правові засоби прямого регулювання господарських правовідносин, зокрема такі, як розміщення державного замовлення та здійснення державних (публічних) закупівель, визначаються Законом України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відповідно до цього закону метою застосування означених засобів є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції в цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції [11].

Державні (публічні) закупівлі є привабливим інструментом, що спрямований на встановлення стабільних зв'язків між суб'єктами господарської діяльності шляхом укладення відповідних договорів, реалізація яких впливає на розвиток і покращення стану вітчизняної економіки через ефективне використання бюджетних коштів [12, с. 63]. У науковій літературі справедливо наголошується, що саме у сфері здійснення державних (публічних) закупівель набагато складніше відбувається поєднання інтересів за критерієм їх носія. По-перше, публічні інтереси, виразником яких є держава та суспільство, спрямовані на забезпечення раціонального й ефективного використання бюджетних коштів. По-друге, приватні інтереси суб'єктів господарювання, які вступають у відносини закупівлі в якості учасників із метою отримання прибутку від укладеного договору на закупівлю. По-третє, інтереси безпосереднього замовника (розпорядника бюджетних коштів), який зацікавлений у швидкому проведенні державної закупівлі з найменшими ви-

тратами на організацію закупівельного процесу. По-четверте, інтереси посадових і службових осіб, які відповідають за проведення закупівель як організацією замовника, так і представником суб'єкта господарювання – учасником процедури державної закупівлі. Як зауважує О.Л. Юдіцький, інтереси замовника, посадових і службових осіб замовника в ідеалі повинні співпадати з інтересами держави та суспільства. Проте де-факто часто відбувається так, що замовники, їх посадові та службові особи мають свої власні інтереси, що відрізняються від публічних (державних чи суспільних). Таким чином, використовуючи бюджетні кошти, вони зацікавлені укладати договори, вигідні не для держави й суспільства, а безпосередньо для них самих. Зрозуміло, що такі дії є проявами корупції, вони порушують правила конкуренції, не забезпечують раціонального й ефективного використання бюджетних коштів [13].

З аналізу положень ст. 272 Господарського кодексу України [8] можна дійти висновку, що метою укладення договорів контрактації сільськогосподарської продукції є сприяння сільськогосподарським товаровиробникам, оскільки останні належать до суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність у стратегічно важливій галузі народного господарства. Розміщуючи державне замовлення на закупівлю сільськогосподарської продукції, держава стимулює укладення договорів контрактації. Незалежно від умов договору контрактант зобов'язаний прийняти вироблену продукцію й оплатити її. Так держава забезпечує товаровиробнику гарантію збуту виробленої продукції у завчасно узгоджених договором асортименті, кількості, якості та, що важливо, за попередньо узгодженими й зафіксованими в договорі, вигідними для виробника цінами [14, с. 133].

Ще один приклад: метою встановлення лімітів і обмежень згідно зі ст. 14 Господарського кодексу України є захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства й окремих споживачів [8].

Таким чином, прямі господарсько-правові засоби застосовуються переважно з метою захисту суспільних і державних інтересів, захисту прав споживачів, забезпечення якості продукції тощо. Важливість і стратегічна спрямованість означеної мети певним чином обґрунтовує обов'язковий характер прямих господарсько-правових засобів.

Що стосується непрямих господарсько-правових засобів, зокрема таких, як державна підтримка суб'єктів господарювання, державне кредитування суб'єктів господарської діяльності, установлення податкових пільг для суб'єктів господарювання тощо, то їх застосування зумовлене метою стимулювання розвитку окремих сфер господарської діяльності, підтримання нормальної здорової конкуренції на ринку тощо. Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про розвиток і державну підтримку малого й середнього підприємництва в Україні» від 22 березня 2012 р. № 4618-VI [15] метою державної політики у сфері розвитку малого й середнього підприємництва в Україні є: 1) ство-

рення сприятливих умов для розвитку малого й середнього підприємництва; 2) забезпечення розвитку суб'єктів малого й середнього підприємництва з метою формування конкурентного середовища та підвищення рівня їх конкурентоспроможності; 3) стимулювання інвестиційної й інноваційної активності суб'єктів малого й середнього підприємництва; 4) сприяння провадженню суб'єктами малого й середнього підприємництва діяльності щодо просування вироблених ними товарів (робіт, послуг), результатів інтелектуальної діяльності на внутрішній і зовнішній ринки і т. д. Метою й завданнями надання суб'єктам господарювання податкових пільг є забезпечення економічно обгрунтованого податкового навантаження на суб'єктів господарювання, стимулювання суспільно необхідної економічної діяльності суб'єктів, а також дотримання принципу соціальної справедливості та конституційних гарантій прав громадян під час оподаткування їхніх доходів [8].

Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, можна дійти узагальнюючих висновків, які мають теоретичне значення для наукового розроблення аналізованої проблематики й можуть слугувати підґрунтям для подальших наукових досліджень у цій сфері.

Отже, найбільш загальною та стратегічною метою застосування господарсько-правових засобів державного регулювання господарської діяльності є забезпечення ефективного використання державних коштів, тобто їх економічного, раціонального та результативного витрачання. Це забезпечує оптимізацію та раціоналізацію формування доходів і використання державних фінансових ресурсів, підвищення ефективності державних інвестицій в економіку, узгодження загальнодержавних і місцевих інтересів у сфері міжбюджетних відносин, регулювання державного боргу та забезпечення соціальної справедливості під час перерозподілу національного доходу [8]. Результат – ефективна бюджетна політика.

Завданнями застосування відповідних засобів є: 1) налагодження та розширення публічно-приватного партнерства, установа стійких і прозорих правовідносин між державою й бізнесом; 2) створення умов для рівного й вільного розвитку суб'єктів господарювання, забезпечення конкурентоздатності національної економіки, залучення іноземних інвестицій у національну економіку; 3) надання підтримки та стимулювання розвитку тих суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність у перспективних і стратегічно важливих галузях господарства; 4) сприяння розвитку ринкових відносин, забезпечення чесної конкуренції; 5) активізація впровадження інноваційних технологій і наукових розробок у сферу господарювання, що забезпечує покращення якості та підвищення безпеки товарів і послуг, поліпшення умов праці, забезпечення оптимального й економічного витрачання екологічних і

природних ресурсів тощо; 6) створення умов для певної прогнозованості та можливості своєчасно корегувати результати й наслідки здійснення господарської діяльності, що стимулює підприємницьку ініціативу, а отже, розширення виробництва й створення нових робочих місць тощо.

Список використаних джерел:

1. Філософський словарь / под ред. И.Т. Фролова. – 4-е изд. – М.: Политиздат, 1981. – 445 с.
2. Словник української мови: в 11 т. / ред. коллег. І.К. Білодід (голова) та ін. – Т. 11: Х-Б / уклад.: В.М. Білоноженко, С.І. Головащук, В.Й. Горобець та ін.; ред. тому С.І. Головащук. – К.: Наукова думка, 1980. – 699 с.
3. Новий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К., Ірпінь: Перун, 2009. – 1736 с.
4. Словник української мови: в 11 т. / ред. коллег. І.К. Білодід (голова) та ін. – Т. 3: З-І / уклад.: В.О. Винник, В.П. Градова, І.О. Кільчевський; ред. тому А.А. Бурячок, П.П. Доценко. – К.: Наукова думка, 1973. – 719 с.
5. Zadykhaylo D.D. Constitutional and legal regulation of economic relations: search for an up-to-date standard / D.D. Zadykhaylo // Economic theory and law. – 2016. – № 3(26). – P. 150-159.
6. Смолин Г.В. Державне регулювання господарської діяльності: Курс лекцій. / Г.В. Смолин. – Львів: ЛДУВС, 2012. – 528 с.
7. Державне регулювання економіки та економічна політика: [Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
8. Про державні цільові програми: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1621-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 25. – Ст. 352 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1621-15>.
9. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11 вересня 2003 р. № 1160-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 9. – Ст. 79 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1160-15>.
10. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2016. – № 9. – Ст. 89 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>.
11. Петруненко Я.В. Рамкова угода як форма договору про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти / Я.В. Петруненко // Юридична Україна. – 2015. – № 7–8. – С. 62–70.
12. Юдіцький О.Л. Поняття, принципи та ознаки державних закупівель / О.Л. Юдіцький // Актуальні проблеми юридичної науки: збірник тез міжнар. наук. конф. «Дев'яті осінні юридичні читання». – Хмельницький: ХУУП, 2010. – С. 105–107.
13. Петруненко Я.В. Контрактація як господарсько-правовий механізм забезпечення ефективного використання державних коштів / Я.В. Петруненко // Публічне право. – 2015. – № 4(20). – С. 129–137.

14. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні : Закон України від 22 березня 2012 р. № 4618-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – Ст. 23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4618-17>.

мости Верховної Ради України. – 2013. – № 3. – Ст. 23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4618-17>.

Статья посвящена исследованию целей и задач применения хозяйственно-правовых средств обеспечения эффективного использования государственных средств. Обосновывается разграничение и значение понятий «цель» и «задача применения хозяйственно-правового средства», проводится анализ общих целей и задач государственного регулирования хозяйственной деятельности. На основании анализа актов хозяйственного законодательства определяются конкретные цели и задачи применения различных видов хозяйственно-правовых средств.

Ключевые слова: целевое назначение, цели, задачи, хозяйственно-правовое средство, государственные средства, эффективное использование.

The article is devoted to the study of the purpose and objectives of the economic and legal means to ensure the effective use of public funds. The distinction and meaning of the concepts “purpose” and “task of the application of the economic-legal means” are substantiated; the analysis of the general goal and tasks of state regulation of economic activity is conducted. On the basis of the analysis of the acts of economic legislation determine the specific purpose and objectives of the various types of economic and legal means.

Key words: purpose, purpose, tasks, economic and legal means, state funds, efficient use.



УДК 349.232

Аліна Головачова,*аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін,
господарського та трудового права**Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди*

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПЛАТИ ПРАЦІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

Стаття присвячена аналізу досвіду правового регулювання оплати праці державних службовців економічно розвинутих країн світу, зокрема Німеччини, Швеції, Молдови, Італії, Франції. Використання досвіду цих європейських країн є важливим аспектом удосконалення правового регулювання державної служби та формування ефективної системи оплати праці державних службовців в Україні.

Ключові слова: державна служба, державний службовець, зарубіжний досвід, система оплати праці.

Постановка проблеми. Використання європейського досвіду є важливим аспектом удосконалення правового регулювання державної служби та формування ефективної системи оплати праці державних службовців в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До розгляду питання зарубіжного досвіду правового регулювання публічної служби у різних країнах звертались науковці: І. П. Лопушинський, В. П. Тимошук, А. М. Школик, Є. С. Черноног та інші. Але, на жаль, недостатньо приділено уваги досвіду правового регулювання у сфері оплати праці державних службовців.

Метою статті є розгляд досвіду економічно розвинутих країн світу щодо правового регулювання оплати праці державних службовців та впровадження його кращих практик в Україні.

Виклад основного матеріалу. Різні підходи до оплати праці працівників суспільного сектору залежать від рівня державного регулювання економіки цих країн та системи організації державної служби.

В економічно розвинених країнах розміри посадових окладів, а також усіх передбачених надбавок до заробітної плати державних службовців в основному встановлюються законодавством та є досить прозорими для суспільства. Рівень оплати залежить від посади, стажу та рангу службовця. При цьому система оплати праці у державному секторі часто відрізняється від системи оплати праці у комерційному секторі. Досвід регулювання оплати праці у державному секторі цікавий у Німеччині, де спостерігається поступовий перехід від жорсткого централізованого регулювання до впровадження деяких ринкових підходів в оплаті праці.

Заробітна плата чиновника у Німеччині складається з основного окладу, місцевої доплати, посадових надбавок та інших додаткових виплат. Усі питання, пов'язані з посадовими окладами, регулюються на спільній правовій основі та дійсні для службовців Федерації, земель і громад.

Конституційною основою оплати праці службовців Німеччини є принцип «утриман-

ня» – один з основних принципів статусу чиновника (Sorgepflicht). Держава має дбати про благо службовця та його сім'ї, надавати допомогу і захищати його в період трудової діяльності. Фактично держава платить не за працю службовця, вона оплачує його функцію. Оплата праці має бути сумірною і відповідати займатій посаді. Вона має забезпечити працівникові можливість повністю присвятити себе роботі, оскільки лише фінансово незалежний службовець може самовіддано працювати на державу [1, с. 51-52].

Таким чином, заробітна плата посадовця залежить не від обсягу виконаної роботи, а від рівня його освіти та статусу, тобто від того, до якої з категорій належить займана ним посада або присвоєний йому чин.

На державній службі у Німеччині немає будь-яких спеціальних надбавок за військовій посаді й звання, за особливий вид служби (поліція, військові) і т. ін. Такій категорії посадовців надаються інші пільги, наприклад додаткова відпустка, право більш раннього виходу на пенсію.

Значні зміни за останні десятиліття відбулися у системі державного управління і організації оплати праці державних службовців Швеції. Аналіз системи оплати праці державних службовців Швеції дозволяє зробити такі висновки.

В умовах попередньої системи розмір заробітної плати держслужбовців регулювався на центральному рівні. Система діяла рівно по відношенню до всіх держслужбовців. Важливою зміною в умовах найму державних службовців є децентралізація перемовин стосовно заробітної плати, яка відбувалась упродовж останніх 30–40 років. Нині застосовується індивідуальна система встановлення заробітної плати. Поширення цієї системи відбулося одночасно з проведенням реформи бюджетної системи. Держустанови отримали право встановлювати заробітну плату своїх працівників, але одночасно з цим на них була покладена матеріальна відповідальність за розмір витрат на оплату праці.

У Республіці Молдова Закон «Про систему оплати праці державних службовців», опублікований в Monitorul Oficial, визначає порядок,

умови й розміри їх заробітку [2]. При цьому не йдеться про найвищі посади, оклади яких регулюються окремо. Новий закон передбачає побудову ієрархії заробітних плат за категоріями посадовців і залежність розміру прибутку від професійних досягнень, ризику та значущості роботи.

Структура заробітної плати державного службовця складається з двох частин: фіксованої, куди входить посадовий оклад і надбавка за рівень посади, спеціальне звання або дипломатичний ранг, і змінний, куди входить надбавка за колективні досягнення відомства і річна премія. Крім цього, посадовець має право на одноразові премії і доплати за додаткову роботу.

Законом передбачено 23 рівнів оплати праці залежно від рангу, задач та обов'язків держслужбовця. Окрім рівнів, для врахування індивідуальних професійних досягнень посадовця вводяться дев'ять ступенів оплати праці.

Таким чином, посадовець може розраховувати залежно від специфіки й умов праці на підвищення свого грошового забезпечення. Рівень оплати праці підвищується, якщо службовці обов'язки пов'язані зі збереженням державної таємниці або роботою в умовах ризику для здоров'я та життя. На 1-2 рівнях підвищується ставка державних службовців, наділених функціями контролю у сфері праці й соціального страхування, а також фінансово-економічного, податкового та митного контролю.

В Італії існує гарно налагоджений і відрегульований державний і адміністративний апарат, котрий функціонує, як правило, незалежно від зміни влади.

Головним нормативним актом, що регламентує статус державних службовців, є Закон-рамка про державну службу № 93 від 29 березня 1983 р., але по відношенню до кожного з типів державних службовців діє значна кількість нормативних актів.

Правове положення державних службовців регулюється спеціальними нормативними актами. Саме у Конституції прямо сказано, що до державних службовців відносять тільки тих, хто працює у системі державної адміністрації. Саме конституція і є базовим актом, який визначає роль і місце державних службовців у системі адміністративно-правових інститутів. Відповідно до Конституції, державні службовці знаходяться виключно на службі народу.

Для визначення зарплати за посадою в бюджетних установах діє докладна тарифікація, у зв'язку з чим в системі державного управління Італії налічується 60 тарифних розрядів (в приватному секторі всі тарифні коливання укладаються в межах дюжини). В основі тарифікації лежить сукупність цілої низки умов: потреба в спеціальних знаннях, необхідність тривалого вдосконалення на цій роботі, державна важливість посади, ступінь його відповідальності і т. д. З урахуванням вислуги років службовцям кожні два роки збільшуються додаткові виплати, починаючи з 8%, а потім на 2,5% (у результаті протягом 16 років зарплата збільшується на 64%). Пенсія за вислугу років виплачується після досягнення 60-річного віку

і не повинна перевищувати 72% останнього заробітку.

Державний службовець не має права отримувати інші доходи, крім зарплати в даній установі. Це не поширюється на акції, які через їх анонімність вкрай важко контролювати. Сумісництво, як правило, не дозволяється (виняток робиться для викладачів університетів, наукових працівників, лікарів і представників деяких інших спеціальностей).

При раді міністрів створено спеціальний департамент державної діяльності, який веде реєстр службовців державних і міжнародних організацій, координує управлінську діяльність і контролює її ефективність. Цей департамент також виявляє потребу в кадрах для державної служби і планує їх підбір. Що стосується місцевих органів влади, то більшість службовців нижчої ланки потрапляє в них безпосередньо після закінчення середньої школи, але вже із самого початку роботи вони проходять підготовку, орієнтовану на практичну діяльність. Як правило, керівні кадри висуваються з числа тих, хто починав свою кар'єру в місцевих органах управління [3].

У Франції заробітна плата службовців складається з трьох частин: основної платні, додаткової винагороди і соціальних пільг. Існує жорстка система виплати службовцям основної платні. Оплачується тільки вже виконана робота (ст. 20 Загального статуту). Причому оплачується робота, яка входить в коло посадових обов'язків. Зроблене понад обов'язки адміністрація формально не зобов'язана оплачувати. Звільнений або відсторонений від роботи службовець не має права претендувати на виплату йому платні за час вимушеного прогулу. Він має право на отримання відшкодування лише за наявності вини адміністрації. Якщо після відсторонення потерпілий десь працював, то суми платні за новим місцем роботи будуть враховані для визначення розміру відшкодування завданої йому шкоди. Нарешті, у разі страйку службовці не одержують платню за кожен день страйку, навіть неповний. Закон вимагає також, щоб службовець виконував свої обов'язки добре, інакше він може втратити право на винагороду. Разом із тим службовець не може ухилитися від отримання платні. Він зобов'язаний її отримати, бо цього вимагає престиж державної служби.

На початку кар'єри службовці отримують, як правило, менше, ніж працівники державних господарських підприємств і тим більше приватних фірм. Але з роками платня державного службовця безперервно зростає і в кінці служби він отримує зазвичай більше. Це забезпечує стабільність положення посадовця держави, їхню упевненість у майбутньому.

Постійна платня є, по суті, своєрідною формою гарантованої оплати праці. Але часто її бракує. Тому Загальний статут передбачає такі види додаткових виплат: надбавку на проживання, надбавку на членів сім'ї, а також інші виплати, встановлені законами та підзаконними актами.

Що стосується державних соціальних пільг, то в цьому відношенні службовці перебувають у

відносно привілейованому становищі порівняно з працівниками приватного сектора. Державним службовцям надаються щорічні відпустки, відпустки через хворобу, пологи та догляду за дитиною, але на більш сприятливих умовах. Вони також охоплені системою соціального забезпечення. Для них існує особливий пенсійний режим.

Висновок

Нині в Україні триває реформа у сфері державної служби, ключові позиції якої визначені Законом України «Про державну службу», прийнятим 10 травня 2015 року, що набрав чинності 1 травня 2016 року [4]. Безумовно, ключовим досягненням закону є упорядкування питання оплати праці та суттєве зменшення суб'єктивного складника в структурі оплати праці державних службовців порівняно зі схемою, яка діяла до вступу в дію Закону. Але не вирішеними залишаються ще багато проблем у цій сфері: низький рівень мотивації державних службовців, високий рівень корупції та ін. Удосконалення системи оплати праці, пошук нових рішень, глибоке вивчення європейського

досвіду може дати нам уже в найближчому майбутньому підвищення зацікавленості працівників у високопродуктивній праці. Вирішення вищезазначених проблем сприятиме зняттю соціальної напруженості. А це, звичайно ж, у комплексі з вирішенням низки інших проблем в економіці нашої країни може стати стимулом економічного підйому у майбутньому.

Список використаних джерел:

1. Лопушинский И. П. Публичная служба Германии: опыт для Украины / И. П. Лопушинский. – С. 48–54.
2. О системе оплаты труда в бюджетной сфере : Закон № 355 от 23.12.2005. – Monitorul Oficial. – 03.03.2006. – Nr. 35-38. – Ст. 148 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lex.justice.md/gu/315367/>.
3. Черноног С. С. Государственная служба: история, теория, практика : навч. посіб. / С. С. Черноног. – К. : Знання, 2008. – 458 с.
4. Про державну службу : Закон від 10.12.2015 № 889-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.zakon.rada.gov.ua.

Статья посвящена анализу опыта правового регулирования оплаты труда государственных служащих экономически развитых стран мира, в частности Германии, Швеции, Молдовы, Италии, Франции. Использование опыта этих европейских стран является важным аспектом совершенствования правового регулирования государственной службы и формирования эффективной системы оплаты труда государственных служащих в Украине.

Ключевые слова: государственная служба, государственный служащий, зарубежный опыт, система оплаты труда.

The article is devoted to the analysis of the experience of legal regulation of wages of civil servants of economically developed countries of the world, in particular Germany, Sweden, Moldova, Italy, France. Using the experience of these European countries is an important aspect of improving the legal regulation of the civil service and creating an effective system of remuneration of civil servants in Ukraine.

Key words: civil service, civil servant, foreign experience, system of remuneration.



UDC 349.2

Iryna Lagutina,

*Doctor of Legal Sciences, Associate Professor of
Labour Law and Social Security Law Department of
National University "Odessa Law Academy"*

PART-TIME WORK

The article emphasizes that the use of part-time work temporary employment leads to increased inequality and insecurity that undermines prospects for economic development, causing a steady decline in the living standards of employees. This article analyzes the problem of legislative regulation of relations between employers and employees. It is important to note that employers who are responsive to the desires and needs of their employees not only have more satisfied staff, but also benefit from their higher degree of motivation in carrying out their work. Improved motivation leads to higher productivity and a higher standard of work, which ultimately benefit the business.

Key words: decent work, personal non-property labour rights, part-time work, inequality.

Problem setting. Labour law is one of the fastest moving areas in the law today. However, the role of the classic employment relationship is undergoing major rethinking at the current time and part-time work becomes more widespread in both developed and developing countries. The use of such form of employment leads to increased inequality and insecurity that undermines prospects for economic development, causing a steady decline in the living standards of employees.

Analysis of recent researches and publications. Topical issues of legal regulation of such kind of non-standard forms of employment as part-time work in a market economy is the subject of study of Ukrainian and foreign scientists, such as: F. Andersson, A.P. Bizyukov, A.K. Bhandari, I. Brinkley, P.H. Cappelli, S. Clauwaert, G.I. Chanysheva, P. Fadeuilhe, C. Gather, E.S. Gerashimova, V.E. Gimpelson, S.Y. Golovina, M. Hall, T. Hartmann, A. Heshmati, R.I. Kapelyushnikov, J.R. Keller, I.J. Kiselev, T.Y. Korshunova, M. Kurzina, I.A. Kostyan, C. Lang, I. Motorna, A. Muller, A.F. Nurtdinova, A.S. Prylypko, A.P. Rymkevich, J. Thompson, S.A. Saurin, I. Schömann, G. Vakhitova, H. Wilson, S. Wölfing, G. Wünsche, I.I. Zavadovsky, O. Yaroshenko etc.

The **purpose** of this article is to examine the main characteristics of temporary employment, to research issues of ensuring the individual and collective labour rights of part-time employees.

Article's main body. Non-standard forms of employment contracts cover diverse forms of employment relationships. The most common forms are fixed-term contracts and part-time contracts that are particularly affected by the impact of the economic crisis, putting employees in a very insecure and precarious position. Part-time contracts were used for their flexibility compared to standard contracts, existing regulations on fixed-term and part-time work were adapted and loosened to facilitate recourse to more flexible forms of work contracts, and even more flexible forms of employment were introduced by creating new types of contract.

According to ILO Convention № 175 on Part-Time Work (1994) the term part-time worker

means an employed person whose normal hours of work are less than those of comparable full-time workers; the normal hours of work referred to in subparagraph (a) may be calculated weekly or on average over a given period of employment; the term comparable full-time worker refers to a full-time worker who: a) has the same type of employment relationship; b) is engaged in the same or a similar type of work or occupation; and c) is employed in the same establishment or, when there is no comparable full-time worker in that establishment, in the same enterprise or, when there is no comparable full-time worker in that enterprise, in the same branch of activity, as the part-time worker concerned.

Part-time work itself comes in many varieties, from very short weekly working hours to levels comparable with full-time work (up to and over 30 hours per week is one conventional cut-off for determining part-time weekly working hours). The share of those working such short weekly hours has grown in nearly all Member States. Over the period 1996–2015, notable increases were observed in Austria (from 1.6% to 5.8%), Germany (from 3.5% to 6.9%) and Denmark (from 6.1% to 9.2%). While women account for the majority of part-time work with very short hours, the share of men has grown relatively faster since 1996 (from 1.5% to 2.8% of all male workers) compared with women's share (from 6.1% to 6.6% of all female workers). Highest shares were recorded among both young workers (up to 24 years of age) and workers above 64 years of age, and it was in these groups, in particular the younger group, that the greatest growth in the share of part-time work with very short hours was recorded [1, p. 16].

Temporary work is booming, in particular in Germany. Almost two percent of all employees are temps rented by agencies to other companies to meet peaks in demand without hiring new staff. The politicians who came up with the idea originally believed that the system would allow the German economy to better react to business fluctuations. At the same time, temporary work would help unemployed people get into permanent jobs. That's how it works in theory, anyway [2]. But in practice, several companies recognized the tremen-

dous saving potential that came with hiring cheap temporary workers instead of sticking to their more expensive permanent employees.

Part-time work is carried out for many different reasons, reflecting the interest of workers, employers, or both. When looking at the advantages and disadvantages of part-time work, it is important to distinguish between voluntary and involuntary part-time, taking into account the 'hidden' involuntary part-timers trapped in this form of work due to lack of other options. Research shows that part-time work has a series of different consequences for employees, employers and the economy as a whole. For example, part-time work is understood to increase female participation in the labour force, and therefore has a positive effect on the employment rate. It allows employers to adjust their resources to cyclical conditions over the course of a day/week/month/year and it also allows businesses to respond to the economic cycle. For employees it may be a solution to maintaining their work-life balance, enabling parents to spend more time with their children while remaining in employment. At the same time, part-time work may increase overall labour costs for businesses due to the presence of fixed costs. Employees working part-time have lower earnings and fewer possibilities, on average, for career progression. Some results suggest that the quality of part-time jobs is on average lower, although the job satisfaction of part-time workers is, on the whole, similar to that of full-time workers.

It should be noted that, precarious work is frequently associated with, but cannot be considered identical to the following types of employment: "part-time employment, self-employment, fixed-term work, temporary work, on-call work, home working, and telecommuting." All of these forms of employment are related in that they depart from the standard employment relationship (full-time, continuous work with one employer), but they are not in all cases to be considered precarious, since a good legislation and/or good collective agreements can secure these contract forms [3].

Nevertheless, views are divided on the issue of non-standard forms of employment.

The Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015) sets out a typology of non-standard employment, and presents a general overview of the prevalence and growth of different forms of non-standard employment around the world, the reason for its use, and its effects on workers, firms and the labour market, with special attention paid to fundamental principles and rights at work. It also reviews ILO standards, regional and national regulation of the different types of non-standard employment, and recent reforms.

Work under non-standard forms of employment contracts can affect employees in a variety of ways. Empirical evidence suggests that de facto earnings of workers in non-standard forms of employment may differ from those of regular workers. Workers employed under non-standard forms of employment contracts frequently have inadequate employment-based social security coverage, either

because they are explicitly excluded from receiving coverage by law or because their short tenure, short contribution periods or low earnings may limit access to such entitlements. Although they are faced with many of the same risks as other workers, because multiple parties are involved, with the contracting agency paying the wages but the user firm giving the instructions, there is greater potential for accidents, even if responsibility for safety and health at the workplace lies with the user firm. Workers in non-standard forms of employment may experience difficulty in joining trade unions or in being covered by collective bargaining agreements [4].

Non-standard forms of employment contacts are being widely used also in Ukraine.

Part-time employment (defined statistically as employees who work fewer than 35 hours per week) is the most widespread type of non-standard employment found among women. Broader public policies aimed at women in non-standard work can either reinforce gender stereotyping – and its subsequent ramifications in the labour market – or remedy it. Indeed, differences in labour force participation rates frequently reflect prevailing social welfare policies, tax policies and the provision of public services. In this regard, it is important to institute policies aimed at increasing overall labour force participation of women by promoting tax systems that favour second earners, and making it easier for women and men to reach better work-family balance through publicly funded and adequate care services, public transfers, and suitable and quality workplace working time [5].

The multivariate analysis reinforces some of the findings of the descriptive analysis, but falsifies some of the others. It confirms that being of temporary status, working in lower-level service occupations (sales and service workers and, especially, elementary occupations) or similar sectors (households as employers) as well as having only started one's current job within the last year are all factors associated with a higher prevalence of involuntary part-time work. Conversely, being of long tenure or working in a predominantly male-employing sector such as manufacturing (also utilities and construction) is associated with a lower prevalence of involuntary part-time work. While having a graduate-level education provides a (modest) level of protection against involuntary part-time status compared with those who completed secondary education in the full model (where all employees is the population), this effect becomes insignificant in the part-time only model [1, p. 23].

Conclusions

This makes it impossible the spread for these workers a legal mechanism for ensuring labour rights, including personal non-property labour rights.

Better work-life balance has an implicit societal value that is linked to gender equality and quality of life. It also has an economic dimension, with poor work-life balance hampering participation in the labour market. It has been proven that more attractive working arrangements have the

potential to boost labour supply for those who find it difficult to reconcile rigid working arrangements with their family commitments [6, p. 9].

Ukraine should ratify ILO Convention № 175 on Part-Time Work 1994. Particularly, measures shall be taken to ensure that part-time workers receive the same protection as that accorded to comparable full-time workers in respect of: the right to organize, the right to bargain collectively and the right to act as workers' representatives; occupational safety and health; discrimination in employment and occupation.

With the purpose of resolving the situation in the labour market, it is necessary to introduce an efficient strategy for creating jobs, directed at increasing employment and the effective protection of individuals from unemployment, to improve legal mechanisms to encourage employers to create new productive high-tech workplaces [7, p. 449].

This is especially true that part-time employees must receive the same treatment as full-time permanent staff. Specifically, it is important to ensure that temporary employees enjoy equality and non-discrimination in terms of wages, social benefits, training, and access to collective bargaining.

Social dialogue can play a relevant role. The Law of Ukraine "On Social Dialogue in Ukraine" determines the legal principles of organizing and the procedure for holding social dialogue in Ukraine with the purpose of developing and implementing the state social and economic policy, regulating labour, social and economic relations, and ensuring improvement of the living standard and the quality of life, as well as social stability in the society. Article 8 of the Law envisages that social dialogue is conducted between the parties of social dialogue in the following forms: exchange of infor-

mation; consultation; reconciliatory procedures; collective negotiations on conclusion of collective agreements.

Ukrainian legislation should include a provision stating that the employees have the same individual and collective labour rights as other categories of employees, including personal non-property labour rights.

Literature:

1. Hurley J. Estimating labour market slack in the European Union / J. Hurley, V. Patrini // Publications Office of the European Union, Luxembourg. – 2017. – 56 p.

2. Wolfgang D. Temp labor: modern slaves, or economic heroes? 2013 / D. Wolfgang // [Electronic resource]. Deutsche Welle. – Mode of access: <http://www.dw.com/en/temp-labor-modern-slaves-or-economic-heroes/a-16656289>.

3. What is precarious work? / [Electronic resource]. The European and International Metalworkers Federations. – Mode of access: <http://www.precariouswork.eu>.

4. Non-standard forms of employment. Report for discussion at the Meeting of Experts on Non-Standard Forms of Employment (Geneva, 16–19 February 2015) / International Labour Office, Conditions of Work and Equality Department, Geneva, 2015.

5. Blau F., Kahn L. Female labor supply: Why is the US falling behind? IZA Discussion Paper No. 7140 (Bonn, Institute for the Study of Labor). – 2013.

6. Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union / Eurofound, Dublin, 2017. – 23 p.

7. Щорічна доповідь повноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. – К., 2016. – 538 с.

У статті підкреслюється, що тимчасова зайнятість веде до зростання нерівності та соціальної незахищеності, підриває перспективи економічного розвитку країни, викликає неухильне зниження рівня життя працівників. Аналізується проблема законодавчого врегулювання правовідносин між роботодавцями і працівниками, що працюють при нетипових формах зайнятості.

Ключові слова: гідна робота, особисті немайнові трудові права, неповний робочий день, нерівність.

В статті підкреслюється, що временна занятість веде до росту нерівності та соціальної незахищеності, подриває перспективи економічного розвитку країни, викликає неухильне зниження рівня життя працівників. Аналізується проблема законодавчого врегулювання правовідносин між роботодавцями і працівниками, які працюють при нетипових формах зайнятості, і частини агентств зайнятості.

Ключевые слова: достойная работа, личные нематериальные трудовые права, неполный рабочий день, неравенство.



УДК 349.3

Орест Раневич,*аспірант кафедри соціального права
юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ПРО ВИКОРИСТАННЯ ТЕРМІНІВ «СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ» І «СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ» В НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТАХ УКРАЇНИ

У статті досліджуються такі конституційно-правові категорії, як соціальний захист і соціальне забезпечення, що посідають пріоритетне місце в системі соціальних прав громадян. Висвітлене оперування цими термінами в законодавстві України та проблеми їх змістовного тлумачення і співвідношення, що сприяло висуненню низки пропозицій щодо відмінностей права на соціальний захист від права на соціальне забезпечення.

Ключові слова: соціальне право, конституційні засади, право соціального забезпечення, норми соціального захисту.

Постановка проблеми. Конституційні засади соціальної й правової держави реалізуються в тому, що права й свободи людини та їх гарантії визначають її зміст і спрямованість діяльності. При цьому держава відповідає перед людиною за свою діяльність і зобов'язується утверджувати й забезпечувати їй відповідні права й свободи.

До основних соціальних прав, що знайшли своє закріплення на конституційному рівні та гарантуються державою, належить і право на соціальний захист. Про нього йдеться, зокрема, у ст. 46 Конституції України. Це право відображене також у низці законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів.

За своїм змістовим наповненням право громадян на соціальний захист включає право на забезпечення громадян у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом.

Важливою особливістю сучасного права на соціальний захист є те, що воно вперше, починаючи з 1996 р., проголошене на найвищому рівні правового регулювання. Але навіть попри те, що Конституція УРСР від 1978 р. не містила норми про право на соціальний захист, останнє активно впроваджувалося в тогочасному законодавстві та формувало свій правовий зміст, де яскраво проявилися його особливості та відмінності від тодішнього права на матеріальне забезпечення.

Наукові дослідження проблеми становлення таких конституційно-правових категорій, як соціальний захист і соціальне забезпечення, здійснені працях Н.Б. Болотіної, В.Я. Бурака, В.В. Жернакова, П.Д. Пилипенка, С.М. Прилипка, С.М. Синчук, І.М. Сироти та інших. При цьому досліджувані правові феномени не мають широкого наукового опрацювання в контексті їх законодавчого використання, а тому становлять інтерес для науки права соціального забезпечення.

Мета статті полягає в з'ясуванні теоретичних і практичних питань запровадження й використання термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» в нормативно-правових актах нашої держави, характеристикі формування їхнього змісту й обсягу, а також у виявленні співвідношення відповідних правових категорій у вітчизняній системі права.

Виклад основного матеріалу. Утілення права на соціальний захист у законодавство відбувається з моменту здобуття Україною незалежності. Нормативно-правові акти, які на той час містили приписи щодо соціального захисту та забезпечували правове регулювання відносин у різних сферах суспільного життя, мали неоднакову правову належність і стосувалися широкого кола правовідносин.

Наглядним прикладом тут може бути Державна програма організації натуральної та грошової допомоги малозабезпеченим верствам населення, яка була схвалена постановою Кабінету Міністрів України від 14 березня 1992 р. і регламентувала питання посилення соціального захисту малозабезпечених громадян в умовах розвитку ринкових відносин і проведення заходів щодо лібералізації цін. Соціальний захист осіб у межах цієї Державної програми здійснювався в напрямках надання натуральної допомоги малозабезпеченим громадянам, насамперед непрацездатним самотнім і престарілим громадянам, інвалідам, а також багатодітним і неповним сім'ям, які гостро потребували натуральної допомоги [5].

Норми про соціальний захист містилися і в Указі Президента України «Про соціальний захист населення в умовах лібералізації цін» від 27 грудня 1991 р. Тут, зокрема, на нормативно-правовому рівні широко використовувалися маловживані на той час такі правові категорії, як соціальний захист, соціальне забезпечення та соціальне обслуговування.

Не менш активно здійснювалося запровадження в правову сферу нашої держави тер-

міна «соціальний захист» на рівні щорічних державних програм зайнятості населення, які схвалювалися Кабінетом Міністрів України та передбачали (поряд із сприянням зайнятості населення, запобіганням масовому безробіттю) також забезпечення соціального захисту громадян.

Важливо наголосити, що соціальний захист як самостійна правова категорія отримала своє втілення й у законах України. Зокрема, основи соціального захисту й соціальних гарантій для населення Української РСР під час переходу до ринкової економіки були закладені в Законі України «Про мінімальний споживчий бюджет» від 03 липня 1991 р., а низка законів, ухвалених на той час, стосувалася соціального захисту окремих категорій громадян (осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи, ВІЛ-інфікованих людей тощо). Отже, попри відсутність конституційно-правових приписів правовідносини соціального захисту громадян мали місце й активно запроваджувалися в тогочасну публічно-правову практику поряд із правовідносинами соціального забезпечення громадян.

До ухвалення Конституції України 1996 р. правові терміни «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» містилися в різних законодавчих актах і зазвичай не розмежовувалися законодавцем, однаковою мірою стосувалися соціальної сфери діяльності держави, а суспільні відносини, які належали до предмета їх правового регулювання, були спрямовані на соціальну підтримку незахищених верств громадян. І лише закріплення у ст. 46 Основного Закону права громадян на соціальний захист поставило перед науковцями проблему розмежування соціального захисту від соціального забезпечення. Приводом стало використання в згаданій нормі права громадян на соціальний захист, яке включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, утрати годувальника, у разі безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом [2]. Отже, право на соціальний захист було визнане пріоритетним серед соціальних прав громадян, що гарантуються державою на конституційному рівні, а право на соціальне забезпечення стало його структурним елементом.

Цікаво, що вітчизняна практика конституційно-правового регулювання відносин соціального захисту дещо відрізняється від наявної в деяких зарубіжних країнах. Конституція України, наприклад, відзначається закріпленням системи соціального захисту людини й громадянина. Видається, що це свідчить про наявність більш сучасного та прогресивного конституційно-правового регулювання правовідносин соціального захисту, а отже, і соціального забезпечення.

У конституціях зарубіжних держав переважно на найвищому рівні відбувається закріплення соціального захисту (з огляду на відповідні національні особливості). Так, у ст. 67 Конституції Польщі, наприклад, проголошене лише право громадян на соціальне забезпечення в разі втрати працездатності через хворобу

чи інвалідність, а також після досягнення пенсійного віку [10]. Натомість право на соціальний захист не отримало свого конституційного закріплення.

У конституціях таких зарубіжних країн, як Молдова, Італія, Туреччина, Чехія, самостійне закріплення також отримало лише право на соціальне забезпечення. Натомість право на соціальний захист узагалі не розглядається як предмет конституційно-правового регулювання.

Видається, що закріплення в конституціях зарубіжних держав саме права на соціальне забезпечення підкреслює його традиційно важливу роль у системі соціального захисту населення будь-якої держави від негативних обставин життєвого характеру, а відсутність конституційно проголошеного права на соціальний захист пояснюється новизною цього терміна.

Як уже зазначалося, вітчизняний законодавець, визначивши об'єктом конституційно-правового регулювання як соціальний захист, так і соціальне забезпечення, фактично сформував основи соціального захисту людини й громадянина, складовою частиною яких є система соціального забезпечення населення. При цьому варто наголосити, що обидві правові категорії не використовувалися в попередніх конституціях і були вперше закріплені на найвищому рівні правового регулювання.

Уже після закріплення в Конституції України права на соціальний захист виникло чимало наукових дискусій щодо відсутності в законодавстві чіткого розмежування права на соціальний захист і права на соціальне забезпечення. І тут, як правильно зазначає С.М. Синчук, проблема полягає у відсутності законодавчих дефініцій і певній невпорядкованості законодавчого використання термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» [9, с. 32].

Нині в науці права соціального забезпечення можна відзначити три різні підходи до проблеми співвідношення права на соціальний захист із правом на соціальне забезпечення.

Найперший підхід зводиться до ототожнювання термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» та полягає в тому, що цими термінами позначаються однакові за змістом правові явища. Автори, які представляють другий напрям, вважають, що термін «соціальне забезпечення» є ширшим за змістом, ніж «соціальний захист», а тому останній є його складовою частиною. Остання позиція полягає в тому, що термін «соціальний захист» визнається ширшим за змістом, ніж «соціальне забезпечення», що зумовлює їх фактичне співвідношення як цілого та частини.

Таке розмаїття наукових підходів до змістового навантаження конституційних термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення» заслуговує уваги, однак більшість наукових ідей не узгоджуються із закріпленим законодавцем порядком співвідношення цих термінів, а також із наявним у законодавстві їх змістовим наповненням. Тому найбільш прийнятною видається остання позиція, що має місце в науці права соціального забезпечення. Адже, виходя-

чи безпосередньо з диспозиції ст. 46 Конституції України, де право громадян на соціальний захист включає право на забезпечення їх у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття з незалежних від них обставин, а також у старості та в інших випадках, передбачених законом, логічно випливає, що «соціальний захист» включає «соціальне забезпечення» громадян як одну зі складових частин.

У юридичній літературі також наголошується, що соціальний захист у широкому значенні цього терміна є окремою ланкою суспільних відносин, сформованих у державно організованому суспільстві з метою забезпечення достатніх можливостей особи для її всебічного розвитку та нормальної життєдіяльності. Галузями права, що здійснюють правове забезпечення цих суспільних відносин, можна вважати адміністративне, трудове, екологічне право, право соціального забезпечення, судове право та ін. Суб'єктами соціального захисту є всі громадяни, а не лише ті, які, зважаючи на об'єктивні обставини, втратили роботу (безробітні, пенсіонери, хворі, інваліди тощо) [3, с. 13].

При цьому соціальне забезпечення як система суспільних відносин завдяки мережі соціального страхування, бюджету й іншого фінансування створює достатні умови для життя й діяльності осіб, які з незалежних від них обставин втратили засоби до існування. Поза сферою соціального забезпечення залишаються інші види соціального захисту: медична допомога й медичне страхування, соціальне житло, екологічна безпека, обов'язкова освіта, соціальне партнерство тощо.

Ця позиція отримала широку підтримку в науковій літературі, зокрема С.М. Синчук наголошує, що соціальний захист є ширшим за змістом поняттям, а тому підміняти ним поняття соціального забезпечення в сучасних умовах недоцільно [9, с. 33]. Н.Б. Болотіна розглядає соціальний захист як зміст соціальної функції держави, який виражається системою економічних, юридичних, організаційних заходів щодо забезпечення основних соціальних прав людини й громадянина в державі [1, с. 91].

Загалом необхідно наголосити, що аналіз наукових позицій про співвідношення цих категорій указує на визнання більшістю науковців права на соціальний захист явищем більш високого порядку, таким, що застосовується переважною більшістю галузей вітчизняного права. Натомість право на соціальне забезпечення стосується звуженого кола специфічних за змістом правовідносин, що виникають у разі настання соціальних ризиків.

Чи не найкращим підтвердженням такого висновку можуть бути приписи постанови Кабінету Міністрів України «Про посилення соціального захисту населення в умовах підвищення цін і тарифів на комунальні послуги» від 5 квітня 2014 р. № 83, якою затверджено порядок призначення й надання населенню компенсації додаткових витрат на оплату комунальних послуг в умовах підвищення цін і тарифів на них. Постанова спрямована на соціальний за-

хист сімей, які на законних підставах перебувають на території України, якщо середньомісячний сукупний дохід сім'ї за попередні шість місяців не перевищував величини прожиткового мінімуму для сім'ї [8].

Здійснення заходів і завдань щодо соціального захисту дітей, сімей, жінок та інших найбільш вразливих категорій населення передбачено також Державною соціальною програмою протидії торгівлі людьми на період до 2020 р., Національним планом дій із виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека» на період до 2020 р.

Соціальний захист також здійснюється за допомогою проведення регіональних заходів, спрямованих на забезпечення гендерної рівності в суспільстві, що регламентується Типовим переліком бюджетних програм і результативних показників їх виконання для місцевих бюджетів у галузі «Соціальний захист сім'ї та дітей», що був затверджений наказом Міністерства соціальної політики України від 18 січня 2017 р. № 57 [6].

Як бачимо, законодавство останніх років відображає відповідний теоретичний підхід до співвідношення між категоріями «соціальний захист» і «соціальне забезпечення», коли сфера правовідносин соціального захисту є достатньо широкою й не зводиться лише до соціального забезпечення. Приписи соціального захисту мають предметом свого правового регулювання соціальний бік життєдіяльності людини (громадянина), який зумовлюється її біологічними та соціальними властивостями, а не обмежується лише соціальним забезпеченням. І хоча така нормотворча практика склалася лише останнім часом, не можна не згадати й деякі законодавчі акти більш раннього періоду, де соціальний захист подавався як визначальна категорія. Наприклад, Закон України «Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів» від 23 вересня 1997 р. установлював правила соціального захисту журналістів, де передбачалися підстави застосування окремих і особливих норм соціального захисту окресленого кола осіб, їх пенсійне забезпечення, охорона від посягань на життя й здоров'я, а також установлювалися інші норми соціальної підтримки та захисту журналістів (право на додаткову житлову площу, безоплатний проїзд міським і приміським транспортом, безплатне користування житлом, опаленням і освітленням відповідно до законодавства) [4].

Важливі питання соціального захисту певних категорій осіб вирішуються за допомогою надання їм переважного права на забезпечення житловою площею та відведення земельних ділянок для індивідуального житлового будівництва, садівництва й городництва, на першочерговий ремонт житлових будинків і квартир цих осіб і забезпечення їх паливом, першочерговим одержанням позики на індивідуальне (кооперативне) житлове будівництво, першочерговим відпуском місцевих будівельних матеріалів на будівництво індивідуальних жилих будинків і на капітальний ремонт житла, безплатним

навчанням і перенавчанням нових професій за місцем роботи в учбових закладах системи державної підготовки й перепідготовки кадрів, а також у платних навчальних закладах і на курсах (Закон України «Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні» від 16 грудня 1993 р.) [7].

Вочевидь, правила гарантування соціального захисту в цих нормативно-правових актах слугували орієнтиром для подальших законотворчих процесів у сфері соціального захисту та соціального забезпечення. Нещодавно ухвалені Закони України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 р., «Про Національну поліцію» від 02 липня 2015 р., «Про судоустрій і статус суддів» від 02 червня 2016 р. і т. п. використовують терміни «соціальний захист» і «соціальне забезпечення». На жаль, термінологічна недосконалість деяких із них укріплює відсутність єдиного законодавчого підходу до співвідношення соціального захисту та соціального забезпечення.

Наприклад, Закон України «Про прокуратуру» у назві розділу IX використовує термін «соціальне забезпечення» стосовно прокурора й інших працівників органів прокуратури. При цьому соціальним забезпеченням вважаються заходи соціального захисту та пенсійне забезпечення працівників прокуратури, а соціальний захист зводиться лише до загальнообов'язкового державного соціального страхування, безкоштовного медичного обслуговування та грошового утримання працівників прокуратури.

Кардинально протилежним є використання терміна «соціальний захист» у Законі «Про Національну поліцію». Тут розділ IX «Соціальний захист поліцейських» містить норми, які регулюють питання соціального захисту поліцейських, зокрема службовий час і час відпочинку поліцейських, відпустки, грошове, медичне, житлове, пенсійне забезпечення поліцейських, навчання їхніх дітей, захист прав і законних інтересів працівників поліції. Тобто в цьому Законі «соціальний захист» уживається в широкому його розумінні та позначає явища, які окрім соціального забезпечення стосуються й інших соціальних прав і гарантій людини.

Висновки

Завершуючи, дозволимо собі зазначити, що соціальний захист у конституційному його розумінні є ширшою категорією, ніж соціальне забезпечення, і включає останнє поміж інших структурних елементів. Проте в законодавстві України відсутнє єдине розуміння цих правових понять, що зумовлює юридичну невизначеність і ототожнення конституційно-правових термінів «соціальний захист» і «соціальне забезпечення».

Соціальний захист можна визначити як комплекс правових, економічних та організаційних заходів і засобів, покликаних забезпечити як населення загалом, так і окремих індивідів від впливу на них негативних обста-

вин об'єктивного характеру. Соціальний захист з огляду на законодавче застосування здійснюється за допомогою різних галузей права та покликаний гарантувати реалізацію соціальних прав та інтересів людини й громадянина. На відміну від соціального забезпечення, соціальний захист включає й інші соціальні гарантії, що покликані створити умови для нормального життя та розвитку людини, підтримання стану соціальної безпеки та соціальної захищеності її життя та здоров'я, а також не допустити негативних наслідків у суспільстві й забезпечити соціальну справедливість. Тому правові приписи, що регулюють відносини соціального захисту, утворюють у законодавстві систему соціально-правових норм, які спрямовані на ліквідацію негативних соціальних чинників і явищ у суспільстві.

Список використаних джерел:

1. Болотіна Н.Б. Право соціального захисту: становлення і розвиток в Україні : [монографія] / Н.Б. Болотіна. – К. : Знання, 2005. – 381 с.
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Право соціального забезпечення України : [підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл.] / [П.Д. Пилипенко, В.Я. Бурак, С.М. Синчук та ін.] ; за ред. П.Д. Пилипенка. – К. : Ін Юре, 2010. – 504 с.
4. Про державну підтримку засобів масової інформації та соціальний захист журналістів : Закон України від 23 вересня 1997 р. № 540/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/540/97-вр>.
5. Про Державну програму організації натуральної та грошової допомоги малозабезпеченим верствам населення : постанова Кабінету Міністрів України від 14 березня 1992 р. № 128 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/128-92-п>.
6. Про затвердження Типового переліку бюджетних програм і результативних показників їх виконання для місцевих бюджетів у галузі «Соціальний захист сім'ї та дітей» : наказ Міністерства соціальної політики України від 18 січня 2017 р. № 57 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0181-17>.
7. Про основні засади соціального захисту ветеранів праці та інших громадян похилого віку в Україні : Закон України від 16 грудня 1993 р. № 3721-ХІІ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3721-12>.
8. Про посилення соціального захисту населення в умовах підвищення цін і тарифів на комунальні послуги : постанова Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2014 р. № 83 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/83-2014-п>.
9. Синчук С.М. Правовідносини соціального забезпечення: суб'єкти, зміст, об'єкти : [монографія] / С.М. Синчук. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2015. – 422 с.
10. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej : z dnia 2 kwietnia 1997 r. // Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej. – 1997. – 78. – Poz. 483.

В статті досліджуються такі конституційно-правові категорії, як соціальна захиста і соціальне забезпечення, які займають пріоритетне місце в системі соціальних прав громадян. Освітлено оперирование цими категоріями в законодавстві України і проблеми їх змістового тлумачення і співвідношення, що сприяло висуненню ряду пропозицій стосовно особливостей і відмінностей права на соціальну захиста від права на соціальне забезпечення.

Ключевые слова: соціальні права, конституційні принципи, право соціального забезпечення, норми соціальної захиста.

The article deals with such constitutional and legal categories as social protection and social security, which occupy a priority place in the system of social rights of citizens. The application of these categories in the legislation of Ukraine and the problems of their meaningful interpretation and correlation are highlighted in the article in order to make a number of suggestions regarding the peculiarities and differences of the right to social protection along with the right to social security.

Key words: social law, constitutional principles, social security law, norms of social protection.



УДК 349.42

Артем Брінцов,

аспірант кафедри аграрного,
земельного та екологічного права імені академіка В. З. Янчука
Національного університету біоресурсів і природокористування України,
головний консультант судді
Верховного Суду України

ПРИНЦИПИ КОДИФІКАЦІЇ АГРАРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті досліджено принципи кодифікації законодавства та проаналізовано вплив особливостей галузевої кодифікації на їх змістове наповнення. Обрання теми зумовлено відсутністю наукових напрацювань саме у зазначеному напрямі. Автором надано поняття принципів кодифікації аграрного законодавства України, запропоновано їх класифікацію за визначеними критеріями і розкрито зміст деяких із них. З'ясовано значення принципів аграрного права для формування принципів кодифікації аграрного законодавства з огляду на перспективи її проведення в Україні, а також вплив зазначених принципів на остаточний результат цієї кодифікації.

Ключові слова: аграрне законодавство, кодифікація аграрного законодавства, принципи права, принципи кодифікації, кодифікація законодавства.

Постановка проблеми. Питання удосконалення аграрного законодавства і приведення його у відповідність до світових та європейських правових стандартів шляхом кодифікації не втрачає своєї актуальності протягом усього часу становлення та розвитку незалежної України, але наразі й досі залишається невирішеним. Кодифікація аграрного законодавства України – це послідовний системний процес, необхідною передумовою якого є комплексні теоретичні дослідження механізму його здійснення, у тому числі ґрунтовне дослідження принципів цієї кодифікації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукове дослідження принципів права і кодифікації законодавства здійснювалося багатьма вітчизняними і зарубіжними вченими, зокрема: С. С. Алексеевим, Ю. В. Васильєвою, Л. С. Галесником, Є. А. Гетьманом, В. М. Єрмоленком, М. В. Костенніковим, Є. В. Погореловим, С. П. Погребняком, Н. М. Хуторян, М. М. Шумилом, В. З. Янчуком та ін. Проте комплексне дослідження саме принципів кодифікації аграрного законодавства України не знайшло відображення у сучасних наукових розробках, що зумовлює актуальність пошуку у відповідному напрямі.

Метою цієї статті є формулювання поняття принципів кодифікації аграрного законодавства України, надання їх класифікації та розкриття змісту деяких із них.

Виклад основного матеріалу. В юридичній енциклопедії під поняттям **принцип** (від лат. *principium* – *початок, основа*) розуміються основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації (гуманізм,

законність, справедливість, рівність громадян перед законом тощо); йому притаманна властивість абстрактного відображення закономірностей соціальної дійсності, що зумовлює їх особливу роль у структурі широкого кола явищ; він є джерелом багатьох явищ або висновків, що відносяться до нього як дія до причини (реальний) або як наслідки до підстави (ідеальний) [1, с. 110–111]. Натомість **принципи права** – керівні засади (ідеї), які визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин. До принципів права, зокрема, відносять загальнолюдські, типологічні, конкретно-історичні, галузеві, міжгалузеві (охоплюють кілька галузей права певної держави) тощо [1, с. 128].

Основоположність і фундаментальність значення принципів загалом зумовлює розгляд **принципів кодифікації законодавства** як категорії, пов'язаної із принципами права, дотичної, але не тотожної їм, яка, відповідно, є похідною від визначальних принципів права.

Аналіз юридичних наукових робіт, у яких наведено визначення принципів систематизації та кодифікації нормативно-правових актів, дає підстави для висновку про усталеність поглядів та уявлень стосовно цього питання.

Так, М. В. Костенніков і О. В. Куракін визначають принципи кодифікації правових норм як основні ключові положення, ідеї, які охоплюють усю кодифікаційну діяльність і відіграють у ній координуючу та керівну роль, дають змогу розподілити правовий матеріал найбільш логічно і послідовно, а також уникнути помилок під час упорядкування чинних норм [2, с. 38–39].

Дехто з авторів розглядає принципи систематизації нормативно-правових актів (*однією із форм якої є кодифікація – авт.*) як вимоги до її результату і процесу; зокрема, на думку В. О. Сивіцького, стосовно результату систематизації – це повнота, докладність і зрозу-

мілість регулювання, зручність користування системою нормативно-правових актів, єдність систематизованого нормативного матеріалу, відсутність у ньому протиріч; вимогами до процесу є плановість, своєчасність, нормативне регулювання процесу, організаційна і фінансова забезпеченість, політична згода в суспільстві та наявність ідеологічного складника, що тісно пов'язані між собою і які не можна розглядати окремо одну від одної [3, с. 12–13].

В. В. Ксенофонов визначає принципи систематизації законодавства як основоположні вимоги нормативного характеру, необхідні при виборі законодавства з урахуванням його ознак, властивостей та інших особливостей. Науковець вважає, що залежно від принципу, взятого за основу систематизації законодавства, її можна розрізнити за органом, який прийняв нормативно-правовий акт, за формою правового акта (формальний принцип), за його типом (типовий принцип), за предметом (тематичний), за алфавітом, за хронологією і т. д. [4, с. 12].

У свою чергу Д. Є. Вергелес розглядає принципи кодифікації як основоположні ідеї, якими необхідно керуватися при кодифікації і реалізовувати їх в системі правових приписів під час розробки конкретних законопроектів, та прикладні, узагальнюючі ідеї законодавчого виразу норм права, використання різних прийомів законодавчої техніки й експертизи законопроектів [5, с. 128].

Отже, **принципи кодифікації** можна визначити як основні, базисні ідеї і переконання, що створюють засади для досягнення всього кодифікаційного процесу, зумовлюють конкретне спрямування вектора його реалізації та мають вияв у безпосередніх сутнісно-якісних показниках результату кодифікаційної діяльності – кодифікованому нормативно-правовому акті.

Незважаючи на усталеність поглядів щодо визначення принципів кодифікації законодавства, думки вчених стосовно їх класифікації різняться.

Так, Є. В. Погорелов принципами, притаманними саме кодифікаційній діяльності, які визначають її зміст, вибір засобів та прийомів її здійснення, вважає: плановість, системність і систематичність проведення кодифікаційних робіт; наукову обґрунтованість кодифікованих актів; забезпечення верховенства права та закону; врахування системно-структурних властивостей об'єктивного юридичного права і законодавства; техніко-юридичну досконалість кодифікаційних актів; наближення кодифікаційної діяльності в Україні до європейських стандартів, зумовлених особливостями континентальної правової системи [6, с. 9].

Є. А. Гетьман акцентує, що, розглядаючи принципи, відповідно до яких повинна здійснюватися кодифікаційна діяльність, слід виходити із тих засад, на яких здійснюється правотворча діяльність, а саме законотворчість. Серед таких принципів автор виокремлює загальні, до яких відносить верховенство права, законність, демократизм, гуманізм, єдність прав та обов'язків, протидію дискримінації прав за расовими чи національними ознаками, плановість, науковість,

гармонізацію національного законодавства України з європейськими стандартами у здійсненні правотворчості, тобто найважливіші принципи, основні вимоги, що є правомірними щодо будь-якого нормативно-правового акта, в тому числі й кодифікованого, та спеціальні: принципи оперативності, поєднання динамізму й стабільності, спадковості, системної погодженості, професіоналізму, техніко-юридичної досконалості прийнятих нормативно-правових актів тощо [7, с. 34].

Отже, класифікуючи принципи кодифікації аграрного законодавства України, на нашу думку, варто враховувати особливості галузевої кодифікації та наведені приклади принципів кодифікаційної діяльності. Таким чином, за критеріями реалізації і взаємодії зазначених принципів доцільно виокремлювати такі пов'язані між собою їх групи: **загальноправові, спеціально-базові та спеціально-галузеві**.

Визначаючи зміст **загальноправових** принципів кодифікації аграрного законодавства України, варто звернутися до напрацювань теорії права, згідно з якими система права зобов'язана орієнтуватися на цінності, втілені у принципах права [8, с. 124]; натомість принципи права повинні бути виражені у праві, в текстах законодавчих актів у виді текстуальних формулювань чи «розчинених» у положеннях низки статей нормативних приписів [9, с. 145]. Отже, основою здійснення будь-якої кодифікаційної діяльності є дотримання основоположних принципів права, які разом із тим є визначальними для формування змісту майбутнього кодифікованого акта і мають бути належною мірою відображені у його положеннях. Тобто **загальноправовими принципами кодифікації аграрного законодавства України** є частково відображені в основоположних принципах права визначальні вимоги та ідеї її проведення, дія яких абстрактно поширюється на кодифікаційний процес і втілюється в його результаті. Безпосередній вияв загальноправових принципів кодифікації полягає у реалізації спеціально-базових і спеціально-галузевих принципів кодифікації.

До загальноправових принципів кодифікації аграрного законодавства України належать принципи **демократизму, гласності, законності, захисту основоположних прав і свобод людини, юридичної рівності суб'єктів аграрних правовідносин перед державою та перед законом, верховенства права** тощо.

На відміну від загальноправових принципів кодифікації аграрного законодавства України спеціально-базові принципи мають більш прагматичний характер і стосуються доцільності практичних ідей і вимог до кодифікаційної діяльності й техніки. Інша назва, що певною мірою розкриває їх зміст, – **спеціально-процедурні принципи**. До цієї групи, на нашу думку, належать принципи **науково-теоретичної визначеності та обґрунтованості кодифікації, доступності викладеного матеріалу, недопущення колізій і дублювання норм, професійності, порівняння і запозичення позитивного зарубіжного досвіду аналогічних кодифі-**

кацій, логічної повноти та структурованості, передбачуваності й планування тощо.

Так, наприклад, під принципом **передбачуваності та планування** розуміється прогнозування на найближче майбутнє темпів і динаміки розвитку суспільних відносин, які регулюються нормами аграрного законодавства, з метою врахування їх у процесі кодифікації та відображення у положеннях відповідного акта, що дасть змогу забезпечити належну якість цього документа й зменшити потенційну необхідність внесення до нього змін у майбутньому.

Принцип **доступності** викладеного нормативно-правового матеріалу кодифікованого акта аграрного законодавства передбачає вжиття у цьому документі зрозумілих і термінологічно простих понять, застосування такої структурної побудови і системно-логічного викладу, які сприятимуть безперешкодному розумінню положень закону навіть за відсутності спеціальних юридичних вмінь і навичок. Дотримання принципу доступності дасть змогу підвищити рівень праворозуміння кодифікованого акта аграрного законодавства України та усунути перешкоди у практиці його застосування, оскільки нормативно-правовий акт такого роду має на меті регулювання суспільних аграрних відносин, що виникають, зокрема, у сільській місцевості, для більшості населення якої типовим є низький рівень правової культури та обмежений доступ до якісної правової допомоги.

Характерною для аграрного законодавства є комплексність регулювання, його норми можуть входити до складу інших галузей законодавства, тому, проводячи кодифікацію, слід дотримуватися принципу **недопущення колізій і дублювання норм** чинних нормативно-правових актів, положення яких не були предметом цієї кодифікації (наприклад, Цивільного, Земельного або Господарського кодексів України).

Значення принципу **оптимального співвідношення** між системою аграрного законодавства та системою аграрного права як галузі полягає в тому, що кодифікація аграрного законодавства передбачає максимальну наближеність системи розміщення аграрно-правових норм в акті кодифікації до системи аграрного права як галузі (на основі дослідження В. З. Янчука щодо кодифікації законодавства про колгоспи – авт.) [10, с. 450–451].

Дотримання принципу **професійності** у кодифікації аграрного законодавства забезпечує запобігання негативним наслідкам непрофесійного втручання у створення нормативно-правових актів цієї галузі права, які, зокрема, посилюють лобювання інтересів окремих осіб чи їх об'єднань під час прийняття цих актів у кількох читаннях, що розмиває межі відповідності моделі аграрних майнових правовідносин реальному їх стану [11, с. 127–128].

Зазначеними вище принципами кодифікації законодавства їх переліки не вичерпуються, при цьому деякі вчені, розглядаючи питання кодифікації конкретного масиву нормативно-правових актів, наголошують на доцільності виокремлення принципів такої кодифікації за-

лежно від врахування базисних принципів тієї ланки системи права, нормативно-правовий матеріал якої підлягає опрацюванню (зокрема, кодифікації).

Так, окрім принципів верховенства права, законності, об'єктивності, етапності й безперервності кодифікаційної роботи, О. М. Селезьова у числі принципів кодифікації банківського законодавства називає відповідність Банківського кодексу України нормам фінансового права, інших галузей права і вимогам юридичної техніки [12, с. 17].

Розглядаючи принципи кодифікації норм адміністративного права, М. В. Костенніков і О. В. Куракін говорять про їх визначеність принципами цієї галузі, а також тими цілями, для досягнення яких і здійснюється кодифікація правових норм. Крім загальних принципів адміністративного права (зокрема, на думку вчених, об'єктивності, системності, спадковості й оновлення, демократизму тощо), зазначені автори називають приватні принципи кодифікації, які обмежуються рамками конкретних адміністративно-правових інститутів, наприклад принципи адміністративного процесу чи організації державної служби [2, с. 44].

З урахуванням особливостей правового регулювання трудових відносин Н. М. Хуторян серед принципів кодифікації трудового законодавства України виокремлює оптимальне збалансування виробничої та захисної функцій трудового права, соціальний діалог (дво- – тристороннє співробітництво), недопустимість зниження трудових гарантій, що впливає із Конституції України, примат міжнародного права над внутрішнім і диференціацію правових норм, які регулюють нормування праці, заробітну плату, тривалість робочого часу, часу відпочинку в юридичних осіб залежно від їх організаційно-правових форм, форм власності та умов праці [13, с. 272–278].

Здійснюючи кодифікацію пенсійного забезпечення, на думку М. М. Шумила, варто зважати на два види принципів: кодифікації як виду систематизації законодавства, у тому числі напрацьовані теорією права у сфері юридичної техніки, та пенсійного забезпечення, що мають бути закріплені як підґрунтя Пенсійного кодексу. До останніх автор відносить принципи пенсійного страхування від соціальних ризиків, державних гарантій реалізації застрахованими особами своїх передбачених законом прав, диференціації розмірів пенсій залежно від тривалості страхового стажу і розміру заробітної плати (доходу) тощо [14, с. 332–337].

Крім того, залежно від обсягу сфери дії Ю. В. Васильовою запропоновано класифікувати принципи, яким повинна відповідати кодифікація законодавства про соціальне забезпечення, на принципи правотворчості, однакові для будь-якого її різновиду, в тому числі й для кодифікації (законності, демократизму, науковості, гласності тощо); принципи кодифікації, які є спільними для будь-якої кодифікації, незалежно від специфіки її форм чи видів (плановості, системності, доцільності, концептуальної цілісності, доктринальності та

ін.); принципи кодифікації законодавства про соціальне забезпечення (повноти, федералізму, спадковості правового регулювання, врахування міжнародного і зарубіжного досвіду кодифікації законодавства про соціальне забезпечення, відповідності системи законодавства системі права). Також авторка зазначає необхідність під час кодифікації брати до уваги принципи у їх різноманітті: принципи права, доктринальні принципи, практично-прикладні тощо [15, с. 10].

Отже, під час кодифікації галузевого законодавства слід керуватися принципами тієї галузі права та галузі законодавства, яке кодифікується. Кожна окрема норма, закріплена в кодексі, повинна бути підпорядкована принципам відповідної галузі права [16, с. 7]. Тому вбачається, що **спеціально-галузеві** принципи кодифікації аграрного законодавства України формуються з урахуванням особливостей аграрного законодавства та аграрного права, у принципах якого у загальних рисах, зокрема, і відображено сутнісний зміст зазначеної групи принципів.

Керуючись метою та завданнями цього дослідження та не виходячи за їх межі, вважаємо за доцільне навести огляд запропонованих провідними науковцями принципів аграрного права та встановити на підставі їх аналізу, з урахуванням розглянутих вище принципів кодифікації зміст терміна «спеціально-галузеві принципи кодифікації аграрного законодавства України» та їх можливий перелік.

Свого часу В. З. Янчук викремив такі принципи аграрного права: право власності на землю, що належить виробникам сільськогосподарської продукції; правове забезпечення господарської самостійності й незалежності селянських господарств, агрогосподарських товариств, колективних сільськогосподарських підприємств, спілок селян, радгоспів та інших суб'єктів аграрних ринкових правовідносин; правове забезпечення раціонального поєднання високорентабельного виробництва та оптимального підприємництва у процесі їхньої діяльності; правове забезпечення оптимального використання аграрно-договірних відносин, посилення частки майнових аспектів у системі аграрних правовідносин, зміцнення договірної дисципліни в агропромисловому комплексі, поєднання правового регулювання діяльності всіх суб'єктів аграрного підприємництва за допомогою державно-правових і локальних внутрігосподарських правових актів; добровільний вступ до членів суб'єктів підприємництва кооперативного типу і право безперешкодного виходу з його членів [17, с. 20–22]. В. П. Жушман основними принципами правового регулювання аграрних відносин у сучасних умовах вважає рівність учасників аграрно-правових відносин; свободу аграрного підприємництва і добровільність обрання форм і напрямів господарської діяльності; органічний зв'язок трудової діяльності з природно-кліматичними умовами виробництва; пріоритетність розвитку агропромислового комплексу; демократизацію системи управління цим комплексом; усебіч-

ну охорону і зміцнення всіх форм власності та різноманітних організаційно-правових форм сільськогосподарських товаровиробників, що на них базуються; господарську самостійність і відповідальність суб'єктів сільськогосподарської діяльності та праці; невтручання державних органів у виробничо-господарську діяльність сільськогосподарських товаровиробників [18, с. 14].

Втім, найбільш детальною класифікацією принципів аграрного права, що повною мірою відповідає реаліям сучасного розвитку аграрних правовідносин в Україні й може бути взята за основу для визначення спеціально-галузевих принципів кодифікації аграрного законодавства України, на наш погляд, є запропонована В. М. Єрмоленком. Так, до принципів аграрного права автор, зокрема, відносить принципи забезпечення потреб населення і промисловості безпечною та якісною сільськогосподарською сировиною; забезпечення продовольчої безпеки держави; урахування особливостей сільськогосподарської діяльності; вільне обрання селянами форм і напрямів сільськогосподарської діяльності; забезпечення рівності учасників аграрних правовідносин; підвищення ефективності державної регламентації аграрного сектора економіки; забезпечення інноваційного розвитку сільського господарства; пріоритетність соціального розвитку села; екологізацію сільського господарства; гарантованість захисту прав сільськогосподарських товаровиробників; постійне вдосконалення механізму правового регулювання аграрних відносин; запозичення позитивного досвіду зарубіжних країн щодо правового врегулювання аграрних відносин [19, с. 56–62].

Отже, **спеціально-галузевими** слід вважати принципи кодифікації аграрного законодавства України, які мають локально-галузеву сферу застосування і зумовлюють можливість урахування специфіки та особливостей нормативно-правової матерії, яка кодифікується, тобто аграрного права як галузі й окремих його інститутів.

До спеціально-галузевих принципів кодифікації аграрного законодавства України доцільно віднести, зокрема, **гарантування продовольчої безпеки держави, відродження села та сталого розвитку сільських територій, національної пріоритетності вітчизняного виробника, державної підтримки та захисту дрібних і середніх аграрних товаровиробників, належного ресурсного забезпечення і взаємодопомоги** тощо.

Так, принцип **гарантування продовольчої безпеки держави** як один із ключових складників національної безпеки України полягає у врахуванні у процесі кодифікації аграрного законодавства України основного призначення аграрного сектора економіки – необхідності на достатньому рівні забезпечувати населення екологічно чистими і корисними для здоров'я продуктами харчування за доступними цінами зі збереженням та підтриманням належного стану навколишнього середовища.

Принцип **відродження села та сталого розвитку сільських територій** дає змогу спряму-

вати приписи аграрного законодавства (у тому числі шляхом їх кодифікації) на усебічний розвиток села, зокрема, у сферах освіти, науки, культури, інфраструктури, туризму та ін.

Урахування під час кодифікації аграрного законодавства України принципу **національної пріоритетності вітчизняного виробника сільськогосподарської продукції** створюватиме умови для його захищеності від імпортової як товарної, так і ресурсної залежності, при цьому, з огляду на курс нашої країни на євроінтеграцію і підвищення національних стандартів виробництва до європейських вимог, дасть змогу українським вітчизняним виробникам зберегти свої бізнес-позиції та аутентичність.

Дотримання принципу **державної підтримки та захисту дрібних і середніх аграрних товаровиробників** під час кодифікації має на меті вирішення проблеми «тиску», неоднакової конкурентоспроможності й інших «правил гри», що їх диктують великі латифундисти чи олігархічні холдинги дрібним і середнім суб'єктам сільськогосподарського товарного виробництва.

Принцип **належного ресурсного забезпечення і взаємодопомоги** у процесі кодифікації аграрного законодавства України полягає у необхідності скеровування процесу реформування державної інвестиційної політики в аграрному секторі економіки, системи матеріально-технічного забезпечення і підтримки аграрних суб'єктів господарювання, удосконалення приписів податкового законодавства у цій сфері, запровадження комплексу заходів зі спрощення профільно-аграрного кредитного клімату в Україні та організації належного банківського обслуговування, реалізації механізмів кооперації декількох самостійних суб'єктів господарювання задля взаємної фінансової допомоги і взаємокредитування, вдосконалення системи страхування урожаїв, майна підприємств агропромислового комплексу і науково-інформаційного забезпечення тощо.

Висновки

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що **принципи кодифікації аграрного законодавства України** – це керівні засади (ідеї), що стосуються завдань, засобів і способів здійснення кодифікації та поділяються на такі групи: загально-правові, спеціально-базові та спеціально-галузеві. Ці принципи є визначальними для проведення кодифікації аграрного законодавства України і безпосередньо впливають на змістовність, якість та дієвість нормативно-правового наповнення остаточного її результату – кодифікованого акта аграрного законодавства України, який, на наше переконання, зрештою повинен набути форми Аграрного кодексу.

Спроба визначення термінологічно-категоріального апарату принципів кодифікації аграрного законодавства України, покладена в основу цієї статті, є лише частиною докладного дослідження загального механізму здійснення кодифікації та є основою для подальших наукових розробок.

Список використаних джерел:

1. Юридична енциклопедія : у 6-ти т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 2003. – Т. 5. – 736 с.
2. Костенников М. В. Принципы кодификации норм административного права / М. В. Костенников, А. В. Куракин // Государство и право. – 2006. – № 8. – С. 38–44.
3. Сивицкий В. А. Систематизация конституционно-правовых актов Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право» / В. А. Сивицкий ; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – М., 1999. – 23 с.
4. Ксенофонтов В. В. Систематизация российского законодательства: принципы и процедуры : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / В. В. Ксенофонтов. – М., 2003. – 19 с.
5. Вергелес Д. Е. Основоположні принципи кодифікації законодавства / Д. Е. Вергелес // Альманах права. – 2012. – Вип. 3. – С. 127–130.
6. Погорелов Є. В. Кодифікаційна діяльність в правовій системі України (загальнотеоретичний аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права історія політичних і правових учень» / Є. В. Погорелов ; Ун-т внутр. справ. – Х., 2000. – 18 с.
7. Гетьман Є. А. Принципи кодифікації законодавства України / Є. А. Гетьман // Вісник Харків. нац. ун-ту внутр. справ. – 2008. – № 42. – С. 30–35.
8. Погребняк С. П. Роль основоположних принципів у застосуванні права / С. П. Погребняк // Пробл. філософії права. – 2008/2009. – Т. VI–VII. – С. 124–134.
9. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М. : БЕК. – 1995. – 320 с.
10. Янчук В. З. Теоретические проблемы кодификации законодательства о колхозах : дис. ... докт. юрид. наук / В. З. Янчук. – М. : ВНИИ СЗ, 1969. – 458 с.
11. Ермоленко В. М. Аграрні майнові правовідносини приватних сільськогосподарських підприємств в Україні : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.06 «Земельне право; аграрне право; екологічне право; природоресурсне право» / Ермоленко Володимир Михайлович ; Національний аграрний ун-т України. – К., 2007. – 379 с.
12. Селезньова О. М. Систематизація банківського законодавства як шлях удосконалення фінансово-правового регулювання банківської діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О. М. Селезньова ; Нац. ун-т держ. под. сл. України. – Ірпінь, 2009. – 24 с.
13. Хуторян Н. М. Принципи та цілі кодифікації трудового законодавства України / Н. М. Хуторян // Правова держава : Щорічник наукових праць. – 2010. – Вип. 21. – С. 272–278.
14. Шумило М. Н. Принципы пенсионного обеспечения как базис кодификации пенсионного законодательства / М. Н. Шумило // Правовое обеспечение инновационного развития экономики Респуб-

блики Беларусь : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (21–22 окт. 2010 г., г. Минск). – Минск, 2010. – С. 332–337.

15. Васильева Ю. В. Кодификация российского законодательства о социальном обеспечении: теоретические и практические проблемы : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / Ю. В. Васильева. – М., 2010. – 54 с.

16. Галесник Л. С. Теоретические вопросы кодификации советского законодательства / Л. С. Галесник // Вопросы кодификации советского

законодательства. Сборник статей. – Свердловск – 1957. – 215 с.

17. Аграрное право України / за ред. акад. АПН, професора Янчука В. З. – К. : Юрінком, 1996. – 560 с.

18. Аграрное право : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / [В. П. Жушман, В. М. Корнієнко, Г. С. Корнієнко та ін.] ; за ред. В. П. Жушмана та А. М. Статівки. – Х. : Право, 2010. – 296 с.

19. Аграрное право України : підручник / [В. М. Єрмоленко, О. В. Гафурова, М. В. Гребенюк та ін.] ; за заг. ред. В. М. Єрмоленка. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – 608 с.

В статье исследованы принципы кодификации законодательства и проанализировано влияние особенностей отраслевой кодификации на их содержание. Выбор темы обусловлен отсутствием научных разработок именно в этом направлении. Автором определено понятие принципов кодификации аграрного законодательства Украины, предложена их классификация по отдельным критериям и раскрыто содержание некоторых из них. Выяснено значение принципов аграрного права для формирования принципов кодификации аграрного законодательства с учетом перспективы ее проведения в Украине, а также влияние этих принципов на окончательный результат такой кодификации.

Ключевые слова: аграрное законодательство, кодификация аграрного законодательства, принципы права, принципы кодификации, кодификация законодательства.

The article studies the principles of codification of law and analyzed the impact of industry-specific codification on their content. The choice of scientific research is due to the lack of scientific developments in the specified direction. The author defines the concept of principles of codification of the agrarian legislation of Ukraine, suggested their classification according to specific criteria and the content of some of them. Found out the meaning of the principles of agricultural law for the formation of the principles of codification of the agrarian legislation, in view of the prospects of its implementation in Ukraine, as well as the impact of these principles on the final outcome of this codification.

Key words: agrarian legislation, codification of agrarian legislation, principles of law, principles of codification, codification of legislation.



УДК 349.414

Елліна Юрченко,*аспірант кафедри земельного й аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

ПРАВОВА ДОЛЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК, НАДАНИХ ОСОБАМ НА ПРАВІ ПОСТІЙНОГО КОРИСТУВАННЯ ДЛЯ СТВОРЕННЯ ТА ВЕДЕННЯ ФЕРМЕРСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА

У статті з'ясується правова доля земельних ділянок, наданих особам на праві постійного користування для створення й ведення фермерського господарства, аналізується можливість переоформлення, успадкування права постійного сільськогосподарського землекористування, а також переходу права постійного користування землею в разі зміни організаційно-правової форми фермерського господарства.

Ключові слова: право постійного користування землею, землі сільськогосподарського призначення, фермерське господарство, спадкування права постійного користування землею, переоформлення права постійного користування землею, припинення права постійного користування землею.

Постановка проблеми. Право постійного землекористування успадковане ще з радянської доби, оскільки було передбачене Земельним кодексом УРСР 1970 р., посвідчувалося державним актом на право постійного користування землею та мало безоплатний характер. У незалежній Україні впродовж дев'яти років особи мали право отримати землі державної власності на праві постійного користування для ведення селянського (фермерського) господарства. Однак із прийняттям Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 р. (далі – ЗК України) особи, які мають у постійному користуванні земельні ділянки, але не мають на це права, були зобов'язані оформити у встановленому порядку до 1 січня 2005 р. право власності або право оренди на такі земельні ділянки. Згодом ця правова норма була визнана неконституційною [1].

Виходячи з викладених вище обставин, можна стверджувати, що законодавство щодо правового регулювання права постійного користування землями сільськогосподарського призначення розвивалося нелогічно та непослідовно. Сьогодні залишаються нерегульованими питання переоформлення права постійного користування земельними ділянками, наданими для ведення селянського (фермерського) господарства, успадкування права постійного користування такими ділянками, незрозумілою є правова доля права постійного користування земельною ділянкою в разі перетворення фермерського господарства в іншу організаційно-правову форму.

Право постійного землекористування в земельно-правовій доктрині досліджували М.Я. Ващишин, О.С. Комарова, П.Ф. Кулинич, А.М. Мірошніченко, В.В. Носік, В.І. Семчик, Т.С. Харитонова й інші вчені. Проте брак досліджень правової долі земельних ділянок, наданих на праві постійного користування особам для створення та ведення фермерського

господарства, зумовив актуальність проведення цього дослідження.

Метою статті є з'ясування сучасних тенденцій і проблем визначення правової долі земельних ділянок, наданих особам на праві постійного користування для створення та ведення фермерського господарства, а також окреслення можливих шляхів вирішення вказаних проблем.

Виклад основного матеріалу. У період із 13 березня 1992 р. і до 31 грудня 2001 р. включно, тобто до моменту, коли набрав чинності Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р., громадяни України, а також сільськогосподарські підприємства й організації отримали можливість набути землі державної власності на праві постійного користування для ведення селянського (фермерського) господарства, особистого підсобного господарства. Також особам було надане право приватизувати земельні ділянки, якими вони володіли на праві постійного користування [2], однак цим правом скористалися не всі.

У ч. 4 ст. 13 Закону України «Про фермерське господарство» від 19 червня 2003 р. передбачене переважне право громадян України, які до 1 січня 2002 р. отримали в постійне користування або оренду земельні ділянки для ведення фермерського господарства, на придбання (випкуп) земельних ділянок розміром до 100 га сільськогосподарських угідь, зокрема до 50 га ріллі, у власність із розстрочкою платежу до 20 років. Цим правом громадяни України могли скористатися до 13 січня 2007 р., тобто до моменту, коли був введений мораторій на купівлю-продаж земельних ділянок сільськогосподарського призначення державної й комунальної власності.

У п. 6 Перехідних положень ЗК України було встановлено обов'язок для громадян і юридичних осіб, які мають у постійному користуванні земельні ділянки, але не мають на це

права, оформити у встановленому порядку до 1 січня 2005 р. право власності або право оренди на такі земельні ділянки. Законом України «Про внесення змін до Земельного кодексу України» від 6 жовтня 2004 р. [3] строк переоформлення права постійного користування землею було продовжено до 1 січня 2008 р. На думку П.Ф. Кулинич, законодавець знайшов прийнятний варіант для входження постійних землекористувачів у правове поле, адже варіант такого переоформлення передбачає не тільки збереження набутих правомочностей щодо володіння й користування земельними ділянками, але й можливість розширення кола цих правомочностей, оскільки в разі переоформлення права постійного користування в право власності землевласники набувають ще й правомочність розпоряджатися землею [4]. Незважаючи на таку законодавчу можливість розширення своїх прав на землю, не всі особи виконали свій обов'язок щодо переоформлення права постійного користування землею.

Конституційний суд України в рішенні від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі № 1-17/2005 за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 92, п. 6 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) визнав ці положення неконституційними, такими, що не відповідають ст. 22 Конституції України та позбавляють громадян права постійного користування земельними ділянками для ведення селянського (фермерського) господарства, особистого підсобного господарства, яке було надано ст. 7 Земельного кодексу України в редакції від 13 березня 1992 р., ст. 5 Закону України «Про селянське (фермерське) господарство» від 20 грудня 1991 р. Крім того, таке переоформлення права є занадто обтяжливим, розтягнутим у часі, ускладненим і дорогим [5].

Відповідно до ст. 151-1 Конституції України рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними й не можуть бути оскаржені. Вищий господарський суд України також дійшов висновку, що положення ст. 92 ЗК України не обмежують і не скасовують право постійного користування земельними ділянками, набуте іншими особами в установлених законодавством випадках станом на 1 січня 2002 р. [6]. У результаті прийняття Конституційним судом України такого рішення в Україні залишаються землі, якими на праві постійного користування володіють фізичні особи, фермерські господарства й інші юридичні особи, котрі законним шляхом набули право на землі та не порушують норми земельного законодавства. Однак питання переоформлення права довічного успадкованого володіння та права постійного користування земельними ділянками, наданими громадянам України – членам фермерських господарств для ведення селянського (фермерського) господарства площею до 50 га ріллі, залишається неврегульованим, адже відповідно до чинного

законодавства безоплатно приватизувати можна лише земельну ділянку в розмірі земельної частки (паю) члена сільськогосподарського підприємства, розташованого на території відповідної ради [7].

Наразі суб'єктами законодавчої ініціативи запропоновано два альтернативні підходи до вирішення цього питання. Перший полягає в тому, що громадянам надається право (а не покладається обов'язок, як це було передбачено п. 6 Перехідних положень ЗК України) переоформити у власність земельну ділянку в межах земельної частки (паю), а інші земельні ділянки набути в довгострокову оренду [8]. Проте в разі такого переоформлення на фермерів буде покладений додатковий обов'язок сплатити орендну плату за такі землі з урахуванням щорічної індексації [9].

Другий підхід передбачає безоплатну передачу у власність відповідних земельних ділянок громадянам України – членам фермерських господарств [10]. Вважаємо запропонований варіант більш оптимальним і ефективним, адже набуття права власності на землю забезпечить сталість користування сільськогосподарськими землями, фермери отримають додаткові ресурси для залучення нових інвестицій у розвиток сільського господарства, отримані у власність земельні ділянки можна буде спадкувати. Такі кроки матимуть позитивні наслідки для розвитку малого та середнього фермерства, підвищення зайнятості сільського населення, сприятимуть економічному та соціальному розвитку сільських територій [11].

Зволікання з переоформленням права постійного користування, наприклад, у право власності, призведе до того, що особи в майбутньому втратять права на такі земельні ділянки, адже на відміну від права власності, права оренди й емпфітевзису право постійного користування земельною ділянкою не успадковується. Оскільки право постійного користування земельною ділянкою не передбачає можливості користувача земельної ділянки розпоряджатися нею, то відповідно спадкоємці не мають права успадкувати її за заповітом або за законом.

Про законодавчу прогалину в правовому регулюванні питання спадкування права постійного користування земельними ділянками, наданими для ведення селянського (фермерського) господарства, говорить М.Я. Вашищин, яка пропонує в законодавчому порядку передбачити, що в разі смерті голови селянського (фермерського) господарства – суб'єкта права постійного користування землею це право переходить до правонаступника голови – члена селянського (фермерського) господарства, родича померлого, який має намір продовжувати вести господарство і здатний його очолити. У разі відсутності правонаступника, який є членом селянського (фермерського) господарства, пропонується, щоб право постійного користування землею успадковувалося іншим родичем, який виявив бажання стати членом селянського (фермерського) господарства й може стати його головою [12, с. 106]. Проте ця прогалина не була врегульована ЗК України від

18 грудня 1990 р. Водночас ще більше проблем із визначенням правової долі земельної ділянки, наданої на праві постійного користування особі для ведення селянського (фермерського) господарства, з'явилося з прийняттям чинного ЗК України. І досі зазначена проблема залишається законодавчо не вирішеною.

Верховний суд України у справі за № 6-2329цс16 висловив свою правову позицію щодо спадкування права постійного користування земельними ділянками, наданими для ведення селянського (фермерського) господарства. Предметом спору було визнання за спадкоємцями права власності на цілісний майновий комплекс селянського (фермерського) господарства, визнання права власності, визнання права засновника, права постійного користування земельними ділянками для ведення селянського (фермерського) господарства в порядку спадкування за законом. До спадкового майна належали земельні ділянки, одна з яких була надана спадкодавцю в 1992 р. на праві постійного користування для створення селянського (фермерського) господарства, а інша – в 1999 р. на праві постійного користування селянського (фермерського) господарства для ведення фермерського господарства. Постановою Верховного суду України скасовано рішення першої й апеляційної інстанцій і ухвалу касаційного суду в частині задоволення позовних вимог про визнання за спадкоємцем у порядку спадкування за законом права на постійне користування зазначеними земельними ділянками, яке виникло в особи на підставі державного акта на право користування земельною ділянкою, не входить до складу спадщини й припиняється зі смертю особи, якій належало таке право [13].

На нашу думку, право постійного користування земельною ділянкою, яка надана в 1999 р. саме фермерському господарству, взагалі не повинне входити до спадкової маси засновника (голови) фермерського господарства як окремий об'єкт, а має входити до спадкової маси як складова частина цілісного майнового комплексу, адже право користування такою ділянкою надане саме фермерському господарству, а не фізичній особі – спадкодавцю, і воно зберігається впродовж усього періоду існування юридичної особи.

Інша ситуація – із земельною ділянкою, яка була надана в 1992 р. на праві постійного користування спадкодавцю для створення селянського (фермерського) господарства. Із метою збереження земель для здійснення господарської діяльності після смерті власника – голови селянського (фермерського) господарства землі повинні залишатися в користуванні такого господарства, яке може оформити право власності на вказану земельну ділянку. У разі припинення фермерського господарства після смерті його засновника (голови) права на такі землі повинні переходити до членів фермерського господарства. Якщо інші члени фермерського господарства відсутні, то землі залишаються в державній чи комунальній власності, а право постійного користування ними припиняється.

Якщо спадкоємець успадкував нерухоме майно, яке розташоване на земельній ділянці, наданій спадкодавцю на праві постійного користування для ведення фермерського господарства, то спадкоємець може звернутися до відповідного органу, до компетенції якого належить розпорядження землями державної чи комунальної власності, із заявою про надання йому земельної ділянки під успадкованим нерухомим майном у власність чи користування.

Ураховуючи вищенаведену правову позицію Верховного суду України у справі за № 6-2329цс16 і неможливість для громадян у судовому порядку реалізувати свої права на землі фермерських господарств, був розроблений проект Закону України «Про внесення змін до Розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України щодо першочергового права громадян України – спадкоємців осіб, які мали в постійному користуванні земельні ділянки, на оренду такої землі» № 6594 від 20 червня 2017 р. щодо доповнення Розділу Х «Перехідні положення» ЗК України п. 6-1, яким буде закріплене першочергове право громадян України – спадкоємців осіб, які мали в постійному користуванні земельні ділянки, на укладання договору оренди щодо такої земельної ділянки без проведення земельних торгів [14]. Цей законопроект розроблений із метою правового забезпечення реалізації прав на земельні ділянки, які були надані в постійне користування саме для ведення фермерського господарства, і порядку їх переоформлення після смерті особи, яка таку землю отримала [15].

Ще одним кроком на шляху до врегулювання питання успадкування права постійного користування земельною ділянкою сільськогосподарського призначення, наданою до 1 січня 2002 р. у постійне користування громадянам для ведення селянського (фермерського) господарства, є розроблений проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо успадкування постійного користування земельною ділянкою сільськогосподарського призначення» № 6162 від 6 березня 2017 р. Цим законопроектом передбачається реалізувати можливість успадкування зазначених земель із метою забезпечення сталого розвитку фермерського господарства, зменшення адміністративного тиску на фермерів щодо переоформлення права постійного користування землею, забезпечення спадковості фермерської діяльності, оскільки спадкоємці членів фермерського господарства отримують більше прав на спадкування частки майна у фермерському господарстві [16]. Запровадження спадкового характеру права постійного користування землею, наданою для ведення селянського (фермерського) господарства, робить це право землекористування подібним до права довічного успадкованого володіння землею, яке існувало до 1992 р.

Наразі особа, яка продовжує користуватися земельною ділянкою після смерті особи, якій була надана земельна ділянка на праві постійного користування, і не вчиняє дій, спрямованих на набуття прав на земельну ділянку,

буде винна в порушенні строків повернення тимчасово зайнятих земель, відповідальність за що передбачено ст. 54 Кодексу України про адміністративні правопорушення. А якщо особа вчинила всі необхідні дії щодо оформлення прав на земельну ділянку, то юридична відповідальність за тимчасове зайняття землі взагалі не повинна наставати [17, с. 192–193].

Також виникає питання про юридичну долю права постійного користування земельною ділянкою, наданою для ведення фермерського господарства, у разі перетворення фермерського господарства в іншу організаційно-правову форму, наприклад, у товариство з обмеженою відповідальністю. У судовій практиці є два підходи до вирішення цього питання. Перший із них полягає в тому, що реорганізація юридичної особи є одним із видів її припинення, а припинення юридичної особи є підставою для припинення права користування земельною ділянкою. Така правова позиція викладена в постанові Вищого господарського суду України від 7 жовтня 2008 р. у справі № 31/102 [18].

Другий підхід ґрунтується на тому, що відповідно до положень ч. 2 ст. 108 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. у разі перетворення до нової юридичної особи переходить усе майно, усі права й обов'язки попередньої юридичної особи. Отже, можна дійти висновку, що до юридичної особи, яка є правонаступником, переходить і право постійного користування землею, яке виникло на законних підставах у юридичної особи, яка реорганізувалася. Важливим моментом є те, що право постійного землекористування зберігається за юридичними особами, які на законних підставах отримали землю в постійне користування, оформили таке право й отримали державний акт на право постійного користування до 2002 р. Із прийняттям чинного ЗК України і внесенням змін до правового регулювання права постійного землекористування особа може лише оформити право оренди чи право власності на відповідну земельну ділянку.

Висновки

Із метою вирішення питань переоформлення та спадкування прав постійного користування земельними ділянками, наданими для створення та ведення фермерського господарства, забезпечення збереження фермерськими господарствами земель, які необхідні для здійснення господарської діяльності, зменшення витрат на переоформлення та реалізацію прав на землю, пропонуємо законодавчо закріпити необмежене в часі право фермерських господарств, їх засновників і членів на безоплатну приватизацію цих земельних ділянок без їх поділу. У разі перетворення фермерського господарства до нової юридичної особи переходять права постійного користування земельними ділянками з подальшою можливістю безоплатної приватизації цих земель. У будь-якому разі особи повинні мати законодавчі гарантії своїх прав на землі, які надані для створення та ведення фермерського господарства.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі № 1-17/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05>.
2. Земельний кодекс Української РСР від 18 грудня 1990 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. – 1991. – № 10. – Ст. 98.
3. Про внесення змін до Земельного кодексу України: Закон України від 6 жовтня 2004 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 2. – Ст. 25.
4. Кулинич П.Ф. Право постійного землекористування: для кого воно постійне/ П.Ф. Кулинич // Юридичний журнал. – 2005. – № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1717>.
5. Рішення Конституційного суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі № 1-17/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-05>.
6. Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин: постанова Вищого господарського суду України № 6 від 17 травня 2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11>.
7. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав постійних користувачів земельних ділянок» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61303.
8. Проект Закону України «Про внесення змін до Земельного кодексу України щодо переоформлення деяких прав на землю, набутих до набрання чинності Земельним кодексом України» № 6148 від 28 лютого 2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61252.
9. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав постійних користувачів земельних ділянок» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61303.
10. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав постійних користувачів земельних ділянок» 6148-1 від 7 березня 2017 р. Електронний ресурс. – [Режим доступу]: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61303.
11. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав постійних користувачів земельних ділянок» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61303.

12. Ващишин М.Я. Земельні правовідносини в селянських (фермерських) господарствах: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06 / М.Я. Ващишин ; Львівський національний університет імені Івана Франка. – Л., 2000. – 193 с.

13. Постанова Верховного Суду України від 5 жовтня 2016 р. у справі № 6-2329 цс16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/ECE4145B6D3CC85AC225804A0051AFA3>.

14. Проект Закону України «Про внесення змін до Розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України щодо першочергового права громадян України – спадкоємців осіб, які мали у постійному користуванні земельні ділянки, на оренду такої землі» № 6594 від 20 червня 2017 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62054.

15. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України щодо першочергового права громадян

України – спадкоємців осіб, які мали у постійному користуванні земельні ділянки, на оренду такої землі» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62054.

16. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо успадкування права постійного користування земельною ділянкою сільськогосподарського призначення» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61295.

17. Мовчан Р.О. Щодо перспектив удосконалення законодавчого регулювання відносин у сфері постійного користування земельною ділянкою/ Р.О. Мовчан // Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. – 2012. – № 3. – С. 188–194.

18. Постанова Вищого господарського суду України від 07 жовтня 2008 р. у справі № 31/102 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_2024342.html.

В статье выясняется правовая судьба земельных участков, предоставленных лицам на праве постоянного пользования для создания и ведения фермерского хозяйства, анализируется возможность переоформления, наследования права постоянного сельскохозяйственного землепользования, а также перехода права постоянного пользования землей в случае изменения организационно-правовой формы фермерского хозяйства.

Ключевые слова: право постоянного пользования землей, земли сельскохозяйственного назначения, фермерское хозяйство, наследование права постоянного пользования землей, переоформление права постоянного пользования землей, прекращение права постоянного пользования землей.

The article reveals the issues of the legal fate of land plots granted to individuals on a permanent basis for the creation and management of a farm. The article analyzes the possibility of re-registration, inheritance of the right to permanent agricultural land use, and the transfer of the right to permanent use of land in the event of a change in the organizational and legal form of the farm.

Key words: right of permanent land use, agricultural land, farm, inheritance of the right of permanent land use, re-registration of the right of permanent land use, termination of the right of permanent land use.



УДК 349.412 (477)

Наталія Басанська,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права і соціально-гуманітарних дисциплін
Черкаського навчально-наукового інституту
ДВНЗ «Університет банківської справи»

НЕРЕЗИДЕНТИ ЯК СУБ'ЄКТИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Стаття присвячена питанням нормативно-правового регулювання встановлення, обмеження права володіння та користування нерезидентами земельними ділянками, аналізу проекту Закону «Про обіг земель сільськогосподарського призначення» щодо можливості набуття даною категорією осіб права власності на землі сільськогосподарського призначення та відповідних наслідків.

Ключові слова: суб'єкти права власності, нерезиденти, земельна ділянка як об'єкт цивільних прав, землі сільськогосподарського призначення як об'єкт цивільних прав, мораторій, цільове використання земельної ділянки.

Постановка проблеми. Земля завжди була одним зі способів вкладення коштів з метою отримання прибутку. Земля України, з огляду на цінність чорнозему, – один із найпривабливіших об'єктів для інвестування. Саме тому земля України є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави [3, ст. 1].

Відповідно до статей 18-20 Земельного кодексу України, кожна земельна ділянка, незалежно від форми власності чи використання, має конкретне цільове призначення, відповідно до якого здійснюється формування земельної ділянки як об'єкта цивільних прав [3, ст. 79]. Надзвичайно актуальним питанням є право власності на землю нерезидентів, як фізичних, так і юридичних осіб.

Аналіз останніх досліджень. Питання особливості права власності на земельні ділянки нерезидентів завжди становило науковий інтерес для вчених. Вивченню цієї проблематики присвятили свої роботи такі науковці, як Л. О. Бондар, А. П. Гетьман, В. Г. Гончаренко, І. І. Каракаш, О. О. Погрібний, В. І. Семчик та інші.

Метою статті є аналіз нормативно-правового регулювання особливостей набуття права власності на земельні ділянки нерезидентами, виявлення прогалин у законодавстві, аналіз проекту Закону «Про обіг земель сільськогосподарського призначення» щодо можливості набуття даною категорією осіб права власності на землі сільськогосподарського призначення.

Виклад основного матеріалу. Право власності іноземних громадян та осіб без громадянства врегульоване Земельним кодексом України. Іноземні громадяни є суб'єктами земельних відносин, зокрема суб'єктами права власності на конкретні земельні ділянки.

Земельний кодекс України, ст. 80, чітко визначив коло суб'єктів права власності на землю, а ч. 2 ст. 81 визначила умови, за яких

іноземці та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності, у разі:

- їх придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, а також за іншими цивільно-правовими угодами;
- викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності;
- прийняття спадщини.

Громадяни ж іноземних держав та особи без громадянства є обмеженими у деяких сферах земельних відносин в Україні.

Так, громадяни іноземних держав та особи без громадянства не можуть набувати земельні ділянки шляхом безоплатної приватизації, не можуть набувати у приватну власність землі сільськогосподарського призначення, а у разі, якщо вони отримали земельну ділянку сільськогосподарського призначення у спадщину, така земельна ділянка підлягає відчуженню протягом одного року (ст. 81 ЗК).

Водночас Земельний кодекс дозволяє іноземцям та особам без громадянства оформляти право на земельні ділянки на умовах оренди (за деякими винятками, передбаченими у ч. 2 ст. 93 ЗК). Наприклад, прямо така можливість щодо орендування визначена у ч. 2 ст. 35 ЗК і стосується земельних ділянок для ведення індивідуального або колективного садівництва.

Також, суб'єктами земельних правовідносин можуть виступати нерезиденти. Вони можуть бути як власниками, так і користувачами земельних ділянок. Так, ч. 1 ст. 82 ЗК передбачається, що юридичні особи (засновані громадянами України або юридичними особами України) можуть набувати у власність земельні ділянки для здійснення підприємницької діяльності у разі:

а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами;

б) внесення земельних ділянок її засновниками до статутного капіталу;

в) прийняття спадщини;

г) виникнення інших підстав, передбачених законом.

Частиною другою статті 82 ЗК уточнено, що іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення:

а) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності в Україні;

б) за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна.

Отже, для здійснення підприємницької діяльності нерезиденти можуть набувати у власність забудовані земельні ділянки у разі придбання розташованих на них об'єктів нерухомого майна та незабудовані (вільні) земельні ділянки, але обов'язково – для спорудження об'єктів, пов'язаних зі здійсненням господарської діяльності. А за межами населених пунктів такі підприємства зможуть набувати земельні ділянки у власність лише у разі придбання розташованих на них об'єктів нерухомого майна).

Також Земельний кодекс України визначає порядок придбання іноземними інвесторами у власність земельних ділянок у різних категорій власників. Так, для придбання земельних ділянок у держави чи територіальної громади необхідне погодження відповідних органів влади [3, ст.ст. 116, 127, 128]. Водночас придбання земельних ділянок у фізичних чи юридичних осіб-власників погодження не вимагає.

Продаж земельних ділянок державної та комунальної власності або прав на них (оренди, суперфіцію, емфітевзису) на конкурентних засадах у формі аукціону здійснюється у випадках та порядку, що регламентуються главою 21 Земельного кодексу. Так, земельні ділянки державної чи комунальної власності або права на них (оренда, суперфіцій, емфітевзис) у тому числі з розташованими на них об'єктами нерухомого майна державної або комунальної власності підлягають продажу окремими лотами на конкурентних засадах (земельних торгах), крім випадків, встановлених ч. 2 ст. 134 ЗК.

Договір купівлі-продажу, оренди, суперфіцію, емфітевзису земельної ділянки між організатором земельних торгів і переможцем торгів укладається безпосередньо в день проведення торгів, крім випадків, передбачених ч. 29 ст. 137 ЗК. Цей випадок, зокрема, передбачає, що у разі визнання переможцями торгів іноземних держав чи іноземних юридичних осіб договір купівлі-продажу земельної ділянки несільськогосподарського призначення укладається після отримання погодження Верховної Ради України чи Кабінету Міністрів України про продаж земельних ділянок цим особам у випадках і в порядку, встановлених законом. У разі відмови Верховної Ради Укра-

їни чи Кабінету Міністрів України у такому погодженні торги за цим лотом вважаються такими, що не відбулися.

У разі придбання переможцем кількох лотів договір укладається окремо на кожний із них.

Земельним кодексом чітко визначаються обмеження щодо набуття у власність земель сільськогосподарського призначення. Так, відповідно до ч. 4 ст. 22 Земельного кодексу землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватись у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам. У разі отримання земель сільськогосподарського призначення згаданими особами в спадщину такі землі мають бути відчужені протягом одного року з моменту їх отримання, про що йдеться в ч. 4 ст. 81 та ч. 4 ст. 82 Земельного кодексу. Отже, українське законодавство дозволяє іноземним громадянам та юридичним особам, а також особам без громадянства спадкувати землю сільгосппризначення, проте впродовж року після набуття права власності на таку ділянку вони зобов'язані продати або подарувати ці землі громадянам України, юридичним особам – резидентам України, державі чи територіальній громаді або ж безоплатно передати державі чи територіальній громаді, а взамін отримати її в оренду. Слід наголосити, що сьогодні громадяни України продати землі сільськогосподарського призначення не можуть у зв'язку з накладенням мораторію на продаж землі.

Однією з вимог Міжнародного валютного фонду для продовження програми кредитування для України є скасування мораторію на продаж землі та проведення земельної реформи, тобто скасування мораторію та запуск ринку землі. У зв'язку з цим підготовлений проект Закону про обіг земель сільськогосподарського призначення № 5535 від 13.12.2016 [2]. Прикінцевими положеннями даного законопроекту передбачено, що іноземці, особи без громадянства можуть набувати у власність земельні ділянки сільськогосподарського призначення з 1 січня 2030 року. Також пропонується доповнити статтю 22 чинного Земельного кодексу України пунктом д) у такій редакції: «д) іноземцям, особам без громадянства – для ведення особистого селянського господарства, садівництва, ведення товарного сільськогосподарського виробництва, фермерського господарства» [2]. Також пропонується виключити частину четверту статті 81 чинного ЗК, яка зобов'язує прийняті у спадщину іноземцями, а також особами без громадянства землі сільськогосподарського призначення відчужити протягом року.

Наступним нововведенням на користь іноземців у законопроекті є пропозиція викласти статтю 130 у такій редакції:

«1. Покупцями земельних ділянок сільськогосподарського призначення, визначених Законом України «Про обіг земель сільськогосподарського призначення», можуть бути:

а) громадяни України;

б) територіальні громади в особі органів місцевого самоврядування;

в) держава в особі органів виконавчої влади, відповідно до повноважень визначених статтею 122 Земельного кодексу України;

г) юридичні особи всіх форм власності, зареєстровані за законодавством України;

г) іноземці, особи без громадянства» [2].

Отже, законопроект передбачає розширення кола суб'єктів права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення, як іноземців, осіб без громадянства, так і юридичних осіб, зареєстрованих за законодавством України, засновниками або співвласниками, якими можуть бути іноземці, особи без громадянства.

Висновки

Проект Закону про обіг земель сільськогосподарського призначення № 5535 від 13.12.2016 мав набрати чинності з 1 липня 2017 року. Як бачимо, законопроект відкриває ринок сільськогосподарських земель і виводить його на міжнародний рівень шляхом уведення іноземних суб'єктів права власності на дані землі. Також він передбачає зняття будь-яких обмежень щодо володіння нерезидентами цими видами земель, крім використання їх за ціловим призначенням. Це сприятиме зростанню інвестицій у сферу товарного сільськогосподарського виробництва.

Але слід наголосити, що натепер середній рівень доходів сільськогосподарського бізнесу і

громадян України є значно нижчим за середній рівень доходів аграрного бізнесу у країнах Європейського Союзу і набагато нижчим за дохід тамтешніх громадян. А проаналізований проект Закону про обіг земель сільськогосподарського призначення № 5535 від 13.12.2016, як ми вже зазначали вище, відкриває ринок сільськогосподарських земель як для країни Європейського Союзу, так і для інших, що витіснить із продовольчого ринку дрібних та середніх сільськогосподарських неконкурентоспроможних національних товаровиробників. На нашу думку, щоб не зашкодити національним інтересам цей ринок сільськогосподарських земель слід відкрити тоді, коли рівень доходів виробників сільгоспродукції, громадян України в середньому буде спроможним конкурувати з рівнем доходів у країнах Європейського Союзу.

Список використаних джерел:

1. Брусенцова Я. Застосування земельного законодавства в діяльності органів місцевого самоврядування / Я. Брусенцова. – Х. : Фактор, 2016. – 104 с.
2. Проект Закону «Про обіг земель сільськогосподарського призначення» від 13.12.2016 № 5535 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60724
3. Земельний Кодекс України від від 25.10.2001 : станом на 04.08.2016 // Відомості Верховної Ради України. – 2002. – № 3. – Ст. 27.

Стаття посвячена вопросам нормативно-правового регулювання установлення, обмеження права владения и пользования нерезидентами земельными участками, анализу проекта Закона «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» о возможности приобретения данной категорией лиц права собственности на земли сельскохозяйственного назначения с соответствующими последствиями.

Ключевые слова: субъекты права собственности, нерезиденты, земельный участок как объект гражданских прав, земли сельскохозяйственного назначения как объект гражданских прав, мораторий, целевое использование земельного участка.

The article is devoted to the issues of legal and regulatory framework of the establishment and limitation of the right of ownership and use of land by non-residents, analysis of the Law draft on the circulation of agricultural land with respect to the possibility of acquiring ownership of this category of persons of ownership of agricultural land and the corresponding consequences.

Key words: entities of property right, non-residents, land as an object of civil rights, agricultural land as an object of civil rights, moratorium, use of land for a specified purpose.



УДК 349.412 : 342.71

Олена Літошенко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана»

ОСОБЛИВОСТІ ЗЕМЕЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ІНОЗЕМНИХ ГРОМАДЯН, ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА, ІНОЗЕМНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ ТА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

Стаття присвячена дослідженню правового статусу іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземних держав у сфері земельних відносин, аналізу їхніх прав та обов'язків, з'ясуванню специфіки земельної правосуб'єктності таких осіб порівняно з громадянами України та юридичними особами України.

Ключові слова: земельна правосуб'єктність, землі сільськогосподарського призначення, громадяни України, іноземні громадяни, особи без громадянства, юридичні особи, іноземні юридичні особи, іноземні держави.

Постановка проблеми. Згідно зі ст. 26 Конституції України «іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, – за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України». Аналогічна норма закріплена й у ст. 2 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011.

Наведене конституційне положення отримало розвиток у правових нормах Земельного кодексу України від 25.10.2001 (далі – ЗК України), які передбачають земельні права іноземних громадян та осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземних держав. Так, вони визнаються суб'єктами земельних відносин за українським законодавством, зокрема суб'єктами права власності на конкретні земельні ділянки (ст. 81, 82, 85 ЗК України). Втім, на відміну від громадян та юридичних осіб України, які можуть набувати земельні ділянки майже усіх категорій і на різних підставах, земельні права іноземних суб'єктів є суттєво обмеженими в набутті права власності на земельні ділянки категоріями земель, розташуванням на них об'єктів нерухомості, метою використання, умовами одержання тощо.

Аналіз останніх досліджень. Основні дослідження правового статусу суб'єктів права власності на землю, у тому числі особливостей земельної правосуб'єктності різних категорій фізичних та юридичних осіб, відображені у працях В. І. Семчика, П. Ф. Кулинич, А. М. Мірошниченка, О. О. Погрібного, а також багатьох інших учених. Водночас особливості земельної правосуб'єктності іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземних держав залишаються до кінця не розкритими, що зумовлює необхідність подальших досліджень у цій сфері.

Метою статті є подальше дослідження правового статусу іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземних держав у сфері земельних відносин, аналіз їх прав та обов'язків, з'ясування специфіки земельної правосуб'єктності таких осіб порівняно з громадянами України та юридичними особами України, розкриття колізій та прогалин чинного законодавства з досліджуваної тематики.

Виклад основного матеріалу. Чинне земельне законодавство України, визнаючи суб'єктами земельних відносин як громадян та юридичних осіб України, так і іноземних громадян, осіб без громадянства, іноземних юридичних осіб та іноземні держави, закріпило відмінний правовий статус цих груп суб'єктів. На відміну від громадян та юридичних осіб України, щодо яких практично відсутні обмеження щодо об'єктного складу земель, які можуть перебувати у їхній власності, земельні права іноземних суб'єктів є суттєво обмеженими в набутті права власності на земельні ділянки категоріями земель, розташуванням на них об'єктів нерухомості, метою використання, умовами одержання тощо. Так, відповідно до ч. 5 ст. 22 ЗК України **землі сільськогосподарського призначення не можуть передаватись у власність іноземним громадянам, особам без громадянства, іноземним юридичним особам та іноземним державам.** Якщо ж такі землі прийняті іноземними громадянами, особами без громадянства чи іноземними юридичними особами у спадщину, то відповідно до ч. 4 ст. 81 та ч. 4 ст. 82 такі землі підлягають відчуженню на користь суб'єктів, що можуть мати їх на праві власності, протягом одного року.

Сутність зазначеного обмеження пояснюється тим, що згідно зі ст. 14 Конституції України та ст. 1 ЗК України земля є основним національним багатством, що перебуває під

особливою охороною держави. Отже, її використання іноземними суб'єктами на праві власності може суперечити правам та інтересам вітчизняних громадян та інтересам суспільства.

На думку О. О. Погрібного, положення ч. 4 ст. 81 та ч. 4 ст. 82 ЗК України «дозволяють стверджувати, що чинний земельний закон взагалі виключає можливість набуття сільськогосподарських земель у власність іноземними суб'єктами права» [1, с. 118]. Схожа позиція присутня й в інших працях із земельного права [2, с. 389].

Водночас із ч. 4 ст. 81, ст. 145 ЗК України випливає, що земельні ділянки сільськогосподарського призначення ці особи також мають право набувати, проте лише у спадщину, й протягом року зобов'язані їх відчужити. У разі невиконання іноземним суб'єктом вимоги щодо відчуження земельної ділянки сільськогосподарського призначення протягом одного року настають передбачені п. «д» ст. 143 ЗК України наслідки, а саме, право власності на земельну ділянку може бути примусово припинене за рішенням суду. Проте дана норма піддається гострій критиці з боку науковців. Зазначається, що закріплення подібної підстави припинення права власності на земельну ділянку не обумовлено існуванням належного порядку припинення такого права, адже ЗК України не деталізує процедури примусового відчуження, не визначає суб'єктів звернення до суду з вимогою про відчуження земельної ділянки, що не сприяє ефективній реалізації цієї норми [3, с. 357, 362]. Також, на думку А. М. Мірошніченка, право власності на підставі даної норми не може бути припинене у разі, коли громадянин України, що має у власності земельну ділянку, змінить своє громадянство [3, с. 363]. Насамкінець, висловлюються обгрунтовані сумніви у конституційності такої норми, адже відповідно до ч. 5 ст. 41 Конституції України «Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності...» [3, с. 357].

У науковій літературі існують й альтернативні погляди на норму щодо обов'язку іноземного громадянина або особи без громадянства відчужити протягом одного року отриману ним у спадщину земельну ділянку сільськогосподарського призначення [4, с. 424].

Слід звернути увагу, що у законодавстві немає однозначного вирішення питання, як співвідноситься обов'язок іноземних фізичних та юридичних осіб відчужити земельні ділянки сільськогосподарського призначення, отримані ними у спадщину (ч. 4 ст. 81 та ч. 4 ст. 82 ЗК України) із встановленим мораторієм на продаж сільськогосподарських земель (п. 15 Перехідних положень ЗК України). З цього приводу науковці сходяться у думці, що на вказані випадки мораторій не поширюється, виходячи із системного тлумачення Кодексу та з урахуванням ступеню пріоритетів, які забезпечуються його окремими нормами [3, с. 221; 5, с. 31-32; 6, с. 125-128].

Стосовно земель інших категорій, то відповідно до ч. 2 ст. 81 ЗК України *іноземні громадя-*

ни та особи без громадянства можуть набувати права власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення: 1) в межах населених пунктів; 2) за межами населених пунктів, якщо на таких ділянках розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності.

Причому такі особи можуть набувати права власності на земельні ділянки у разі: придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності; прийняття спадщини (ч. 3 ст. 81 ЗК України).

Як слушно звертають увагу дослідники, зіставлення наведених випадків набуття права власності на земельні ділянки іноземними громадянами та особами без громадянства з підставами їх набуття вітчизняними громадянами також дозволяє говорити про обмеження можливостей перших [1, с. 119]. До того ж іноземні громадяни та особи без громадянства не мають права на безоплатне набуття земельних ділянок, що належать до державної та комунальної власності, а також не мають права на приватизацію земельних ділянок, що раніше надавалися їм у користування [7, с. 276].

Слід звернути увагу, що існує практика, керуючись ч. 2 ст. 81 ЗК України, відмовляти в оформленні права власності на земельні ділянки, що набуваються іноземцями в порядку спадкування. Як слушно зазначають науковці, така практика прямо суперечить ч. 3, 4 ст. 81 ЗК України [8, с. 221].

Більш істотні обмеження для набуття права власності на земельні ділянки передбачені для *іноземних юридичних осіб*. Так, іноземні юридичні особи відповідно до ч. 2 ст. 82 ЗК можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення: 1) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних зі здійсненням підприємницької діяльності в Україні; 2) за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна. Тут набуття іноземними юридичними особами права власності на земельні ділянки прямо пов'язане з придбанням об'єктів нерухомості на відповідних землях. Тобто іноземні юридичні особи можуть набувати право власності на земельні ділянки лише з метою здійснення інвестиційної діяльності.

Втім, положення ст. 82 ЗК України щодо критеріїв визначення національної приналежності юридичної особи, з урахуванням комплексного тлумачення положень ЗК України та Господарського кодексу України від 16.01.2003 (далі – ГК України), не лише є дискусійним серед учених [3, с. 223; 8, с. 133-134], а й піддається істотній критиці з боку інвесторів та представників бізнесу [9, с. 27-39].

Правила щодо набуття земельних ділянок сільськогосподарського призначення у спадщину, передбачені ч. 4 ст. 82 ЗК України, ідентичні тим, що встановлені для іноземних громадян та осіб без громадянства ч. 4 ст. 81 ЗК України.

Чинне земельне законодавство передбачає і право власності на землю *спільних підприємств*, заснованих за участю іноземних юридичних і фізичних осіб. У цьому зв'язку слід зазначити, що чинне господарське законодавство не визнає терміна «спільне підприємство», тому ми поділяємо позицію А. М. Мірошниченка, згідно з якою йому відповідає поняття «підприємство з іноземними інвестиціями», що визначене у ч. 2 ст. 62 ГК України [8, с. 134]. Такі підприємства відповідно до ч. 3 ст. 82 ЗК України можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення у випадках та в порядку, встановлених для іноземних юридичних осіб.

У подальшому земельні ділянки, одержані іноземними громадянами, особами без громадянства, іноземними юридичними особами чи спільними підприємствами у власність зі складу земельного фонду України, набувають правову природу приватної земельної власності. Українське земельне законодавство не передбачає комунальної чи муніципальної власності іноземних суб'єктів права [1, с. 120].

Значний інтерес становить регламентація права власності іноземних держав на земельні ділянки у складі земельного фонду України. Так, відповідно до ст. 85 ЗК *іноземні держави* можуть набувати у власність земельні ділянки для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та інших, прирівняних до них, організацій відповідно до міжнародних договорів. Причому йдеться про земельні ділянки будь-якої категорії земельного фонду, окрім сільськогосподарських, оскільки це прямо передбачено ст. 22 ЗК України, відповідно до якої не допускається передача земельних ділянок сільськогосподарського призначення на праві власності іноземним державам. Проте, передбачивши таке обмеження, земельне законодавство не визначає наслідки набуття ділянки сільськогосподарського призначення іноземною державою у порядку правонаступництва, спадкування чи з інших правових підстав, які можуть мати місце у реальній дійсності. Приєднуємося до думки О. О. Погрібного, що юридична доля таких земельних ділянок має вирішуватися аналогічно їх успадкуванню іноземними юридичними особами [1, с. 120].

Відповідні земельні ділянки передаються іноземним державам з урахуванням міжнародного принципу взаємності, тобто наша держава надає їх іноземній державі на тій же правовій основі, на якій остання надає ділянки Україні. Натепер між Україною та іншими державами укладено низку угод, які стосуються набуття у власність або оренди іноземними державами земельних ділянок для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та консульських установ. Проте найчастіше здійснюється продаж земельних ділянок посольствам іноземних держав, внаслідок чого зазначені земельні ділянки отримують правовий режим земель приватної власності юридичної особи.

ЗК України передбачає спеціальну процедуру придбання земельних ділянок державної

або комунальної власності іноземними юридичними особами та іноземними державами (ст. 129), проте таке регулювання видається недостатнім, оскільки не містить жодної вказівки, як повинно оформлюватися право власності на землю іноземної держави [3, с. 231-232, 333].

Висновки

Таким чином, за результатами проведеного дослідження видається, що земельна правосуб'єктність іноземних громадян, осіб без громадянства та іноземних юридичних осіб істотно обмежена чинним земельним законом як щодо кола земель, що можуть набуватися ними на праві приватної власності, так і щодо кола підстав набуття земельних ділянок. Також мають місце колізії законодавства, яке регулює окремі аспекти правосуб'єктності іноземних осіб.

Вважаємо такою, що заслуговує на увагу висловлена у спеціальній літературі думка щодо можливості допуску іноземних інвесторів (фізичних та юридичних осіб) до придбання через аукціон земельних ділянок, призначених для ведення товарного сільськогосподарського виробництва [10, с. 145], що вимагатиме внесення змін до земельного законодавства щодо послаблення обмежень прав інвесторів та розширення їх кола [9, с. 27-39].

Список використаних джерел:

1. Погрібний О. О. Земельне право України: підручник / за ред. О. О. Погрібного та І. І. Каракаша. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Істина, 2009. – 600 с.
2. Семчик В. І. Земельне право України. Академічний курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2008. с 600 с.
3. Мірошниченко А. М. Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України / А. М. Мірошниченко, Р. І. Марусенко. – 3-тє видання, змінене і доповнене. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 516 с.
4. Єлисеєва О. В. Правове регулювання припинення права власності іноземних осіб та осіб без громадянства на земельні ділянки, які не можуть перебувати у власності таких осіб / О. В. Єлисеєва // Реформування правової системи України: проблеми і перспективи розвитку в контексті європейських інтеграційних процесів: Міжнародна науково-практична конференція (Київ, 28-29 квітня 2004 р.): збірник наукових праць: у 2-х ч. / редкол.: С. А. Єрохін, В. Ф. Погорілко, Я. М. Шевченко [та ін.]. – К.: Національна академія управління, 2004. – Ч. 2. – С. 423-429.
5. Кулинич П. Ф. Правочини щодо земельних ділянок: деякі теоретичні та практичні аспекти / П. Ф. Кулинич // Земельне право України. – 2006. – № 4. – С. 28-38.
6. Літошенко О. С. Мораторій на продаж земель сільськогосподарського призначення як обмеження конституційних прав людини / О. С. Літошенко // Наукові читання, присвячені пам'яті В.М. Корецького: зб. наук. праць / Київський ун-т права НАН України. – К.: Ліра-К, 2015. – С. 125-128.

7. Семчик В. І. Земельний кодекс України: Науково-практичний коментар / за заг. ред. В. І. Семчика. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре»», 2004. – 748 с.

8. Мірошніченко А. М. Земельне право України : підручник / А. М. Мірошніченко. – 2-ге видання, допов. і перероб. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 678 с.

9. Європейська бізнес асоціація. В центрі уваги: права власності на землю // Земельне право України. – 2007. – № 3. – С. 27–39.

10. Семчик В. І. Інвестиційна діяльність у сільському господарстві: правові питання : монографія / кол. авторів. за ред. В. І. Семчика. – К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка»», 2008. – 252 с.

Статья посвящена исследованию правового статуса иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных юридических лиц и иностранных государств в сфере земельных отношений, анализу их прав и обязанностей, выявлению специфики земельной правосубъектности таких лиц по сравнению с гражданами Украины и юридическими лицами Украины.

Ключевые слова: земельная правосубъектность, земли сельскохозяйственного назначения, граждане Украины, иностранные граждане, лица без гражданства, юридические лица, иностранные юридические лица, иностранные государства.

The article is devoted to the study of the legal status of foreign citizens, stateless persons, foreign legal entities and foreign states in the sphere of land relations, the analysis of their rights and obligations, the identification of the specific features of the land legal status of such persons in comparison with citizens of Ukraine and legal entities of Ukraine.

Key words: land legal status, agricultural land, citizens of Ukraine, foreign citizens, stateless persons, legal entities, foreign legal entities, foreign states.



УДК 351.743(477)

Ольга Безпалова,*докт. юрид. наук, професор,
завідувач кафедри адміністративної діяльності поліції
Харківського національного університету внутрішніх справ*

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ УПРАВЛІННЯ ОРГАНАМИ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

Зроблено висновок, що правове регулювання управління органами поліції України – це специфічний вид правового впливу правових форм і засобів, що в сукупності становлять механізм правового регулювання управління органами поліції, на діяльність відповідних суб'єктів із метою забезпечення їх нормального функціонування та ефективного виконання покладених на них обов'язків у правоохоронній сфері. Акцентовано увагу на тому, що в механізмі правового регулювання управління органами поліції можна виокремити дві складові частини – статичну та динамічну. Обґрунтовано значущість статичного складника механізму правового регулювання управління органами поліції, який включає в себе правові норми, що регламентують специфіку реалізації правоохоронної функції держави (правове забезпечення). Сформульовано основні види правового забезпечення управління органами поліції. Визначено основні критерії, за якими має оцінюватись ефективність правового забезпечення управління органами поліції, зокрема такі: результативність, адекватність, практичність та відповідність новій доктрині адміністративного права. Виділено окремі напрями, на які варто звертати увагу в ході підвищення ефективності правового забезпечення управління органами поліції.

Ключові слова: правове забезпечення, органи поліції, правоохоронна сфера, управління, правове регулювання, ефективність.

Постановка проблеми. Сучасний етап реформування правоохоронних органів зумовлює необхідність створення ефективної державної політики в правоохоронній сфері, оновлення існуючих механізмів управління правоохоронними органами, зокрема й органами поліції. Однією з найважливіших передумов ефективності управління органами поліції є гарантування комплексного та узгодженого правового забезпечення управління органами поліції (тобто розроблення відповідної нормативно-правової бази). Саме на рівні нормативно-правових актів мають створюватися пріоритетні напрями управління органами поліції, визначатися коло суб'єктів, відповідальних за її реалізацію, закріплюватися шляхи взаємодії органів і підрозділів поліції, окреслюватися проблемні питання, пов'язані з процесом управління органами поліції, та пропонуватися шляхи їх вирішення. Таким чином, вагома соціальна роль управління органами поліції та особливе місце, яке цей процес посідає в державному механізмі, зумовлюють актуальність формування цілісної нормативно-правової бази, у якій мають бути визначені всі необхідні механізми реалізації органами поліції правоохоронної функції держави. Значення правового забезпечення управління органами поліції зумовлюється тим, що саме завдяки праву й правовому регулюванню відбувається впорядкування суспільних відносин, забезпечується виділення та закріплення прав і свобод особи та інших учасників публічно-правових правовідносин, створюються відповідні правові механізми їх забезпечення й захисту [1, с. 166]. Отже, наявність належного правового забезпечення управління органами поліції є одним із дієвих засобів узгодження діяльності

органів і підрозділів поліції із сучасними умовами розвитку України та кращими європейськими стандартами публічного адміністрування в правоохоронній сфері.

Правове регулювання реалізації правоохоронної функції держави – це специфічний вид правового впливу адміністративно-правових форм і засобів, що в сукупності становлять механізм правового регулювання управління органами поліції, на діяльність відповідних суб'єктів із метою забезпечення їх нормального функціонування та ефективного виконання покладених на них обов'язків у сфері підтримання законності й правопорядку, охорони та захисту прав і свобод громадян, протидії злочинності в усіх її проявах.

Метою статті є аналіз механізму правового забезпечення управління органами поліції України.

Виклад основного матеріалу. У механізмі правового регулювання управління органами поліції можна виокремити дві складові частини – статичну та динамічну. Статичний складник включає в себе правові норми, які регламентують специфіку управління органами поліції. Інші ж елементи правового механізму управління органами поліції (інституційна складова частина, принципи, форми й методи, правовідносини та ресурсна складова частина) виступають динамічним складником. Механізм правового регулювання управління органами поліції – це динаміка, забезпечення реального функціонування всієї статичної єдності елементів.

Ефективність усього правового механізму управління органами поліції залежить від грамотного поєднання статичного та динамічно-

го складників. Звісно, і статична, і динамічна складові частини правового механізму управління органами поліції є рівноцінними за своїм значенням та роллю в самому механізмі. Проте без належним чином налагодженого статичного складника ефективність усього механізму буде мінімальною: статична складова частина забезпечує належне функціонування динамічного складника [2].

Невід'ємною складовою частиною механізму правового регулювання управління органами поліції є правове забезпечення, тобто статичний складник. Його особливе значення підкреслюється тим, що в сучасному суспільстві, яке характеризується державною організацією, базова управлінська діяльність опосередковується правовим регулюванням, оскільки лише за допомогою права, яке завдяки низці власних сутнісних ознак є найбільш дієвим засобом регулювання суспільних відносин, а також правового інструментарію можливе забезпечення оптимального функціонування соціальної системи та досягнення визначених перед суспільством цілей [3].

Зміст правового забезпечення управління органами поліції полягає у формуванні необхідної правової бази, яка б створювала необхідні умови для функціонування всієї системи органів поліції, всебічно регламентувала особливості розподілу функцій між окремими органами та підрозділами, а також специфіку виконання ними покладених на них обов'язків.

Діяльність щодо управління органами поліції, як і будь-яка інша діяльність, має регламентуватись відповідними нормативно-правовими актами, тобто порядок та особливості її здійснення повинні бути чітко визначені на законодавчому рівні. Основу правового забезпечення управління органами поліції становлять нормативно-правові акти, які за своєю юридичною природою поділяються на закони й підзаконні нормативно-правові акти. Закони, які посідають провідне місце в системі нормативно-правових актів, є нормативно-правовими актами представницького вищого органу державної влади (або громадянського суспільства, безпосередньо народу), які регулюють найважливіші питання суспільного життя, встановлюють права й обов'язки громадян, мають вищу юридичну чинність і приймаються з дотриманням особливої законодавчої процедури [4, с. 316].

Відповідно до рішення Конституційного Суду України в справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини 3 статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») термін «законодавство» необхідно розуміти так, що ним охоплюються закони України, чинні міжнародні договори України, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети й постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їхніх повноважень і відповідно до Конституції України та законів України [5].

В Україні створено основні засади правового забезпечення управління органами поліції. До нормативно-правових актів, які регламентують особливості реалізації правоохоронної функції держави, належать такі:

1) міжнародні правові акти. Зазначені нормативно-правові акти поділяються на такі, що визначають стандарти забезпечення прав і свобод людини (зокрема, у діяльності правоохоронних органів), організації діяльності органів поліції, та такі, що закріплюють особливості взаємодії правоохоронних органів різних держав щодо протидії злочинності й забезпечення правопорядку. Ці документи слугують правовою основою взаємодії або міжнародного співробітництва правоохоронних органів України з правоохоронними структурами інших країн [6, с. 189]. До міжнародних нормативно-правових актів, норми яких спрямовані на налагодження ефективного процесу управління органами поліції, належать Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р., Декларація про поліцію від 8 травня 1979 р., Європейський кодекс поліцейської етики від 19 вересня 2001 р., Кодекс поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку від 17 грудня 1979 р. тощо;

2) Конституція України, у якій закріплені конституційні вимоги щодо захисту прав, свобод і законних інтересів громадян, найбільш загальні вихідні основи організації та діяльності суб'єктів реалізації правоохоронної функції держави (у тому числі органів поліції), що знаходять подальший розвиток у законах та інших підзаконних нормативно-правових актах;

3) законодавчі акти, які поділяються на закони, що визначають загальні засади діяльності органів поліції; закони, що регулюють правовий статус органів і підрозділів поліції; закони, що визначають специфіку управління органами поліції. Законодавче забезпечення не може та не повинне повною мірою впорядковувати всі відносини, які виникають у ході управління органами поліції. Для локального, динамічного й оперативного вирішення проблемних питань може застосовуватись підзаконне правове забезпечення;

4) підзаконні нормативно-правові акти, до яких належать укази та розпорядження Президента України, постанови й розпорядження Кабінету Міністрів України, нормативні акти центральних органів виконавчої влади у вигляді наказів, інструкцій і пологень, нормативні акти місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Зазначені нормативні документи конкретизують і деталізують діяльність кожного органу або підрозділу поліції та особливості управління ними з урахуванням специфіки й призначення, їхніх завдань і функцій;

5) акти індивідуальної дії, які видаються на підставі конкретних юридичних норм (індивідуальне регулювання). Індивідуальне регулювання – це впорядкування поведінки людей за допомогою актів застосування норм права, тобто індивідуальних рішень, розрахованих на одну конкретну життєву ситуацію [4, с. 495].

Індивідуальні акти поширені в практиці державно-управлінської діяльності, оскільки вони найбільшою мірою відповідають її виконавчому призначенню та є найважливішим засобом оперативного вирішення поточних питань управління [7, с. 204]. В індивідуальних актах знаходять своє відображення правові норми з урахуванням конкретної обстановки й фактичної специфіки юридичної ситуації. Основною вимогою до індивідуальних актів є їх сувору відповідність правовим актам, у яких закріплюється вся специфіка управління органами поліції. Головне в цих актах – конкретність, тобто вирішення за їх допомогою індивідуальних справ та питань щодо конкретних осіб, виникнення персоналізованих адміністративних правовідносин, зумовлених цими актами [8]. Прикладами актів індивідуальної дії є управлінські рішення, що приймаються суб'єктами управління органами поліції для налагодження безперешкодного процесу виконання покладених на органи поліції обов'язків (наприклад, накази про призначення на посаду та звільнення з посади), заходи дисциплінарної відповідальності щодо працівників цих суб'єктів, рішення про взаємодію окремих органів і підрозділів поліції тощо.

Основні ознаки правового забезпечення управління органами поліції є такими:

- тісний зв'язок із державою (саме держава в особі її відповідних органів розробляє та приймає необхідні нормативно-правові акти, норми яких регулюють різноманітні аспекти управління органами поліції);

- доцільність (конкретні правові акти приймаються з урахуванням нагальних потреб сучасності, тієї ситуації, що склалась у державі, існуючих загроз належному управлінню органами поліції, необхідності підвищення ефективності діяльності відповідних суб'єктів);

- комплексний характер та системність (правове забезпечення управління органами поліції характеризується складною структурою; варіації нормативно-правових актів відрізняються залежно від суб'єкта, що їх приймає, цілей, які ставляться перед конкретним нормативно-правовим актом, та очікуваних результатів, а також використаного при цьому юридичного інструментарію);

- владний вплив на суспільні відносини з метою їх упорядкування;

- поєднання нормативно-правового та індивідуального регулювання;

- адресність і вибірковий характер впливу (норми відповідних правових актів із метою забезпечення їх ефективного функціонування та здійснення результативного впливу спрямовуються до конкретного кола органів і підрозділів поліції, тобто відбувається певна персоналіфікація адміністративно-правових норм);

- процесуальний характер реалізації (у відповідних адміністративно-правових нормах міститься вказівка на послідовність та узгодженість дій суб'єктів управління органами поліції й безпосередньо органів поліції, тобто певний правовий алгоритм здійснення завдань, покладених на відповідних суб'єктів управління);

- тривалість у часі та стадійність (спочатку приймаються закони, норми яких регламентують найбільш значущі моменти, що виникають під час забезпечення належного управління органами поліції, а потім із метою деталізації норм, що містяться в законах, приймаються підзаконні нормативно-правові акти, які конкретизують і деталізують закони);

- цілеспрямований, організований і результативний характер;

- упорядкованість (норми, що містяться в нормативно-правових актах, які регулюють особливості управління органами поліції, являють собою не просту сукупність, а впорядковану систему, якій притаманна внутрішня погодженість і наявність взаємозв'язків);

- нормативність (ця ознака характерна лише для нормативно-правових актів і не стосується актів індивідуальної дії).

Існуюча сьогодні система правового забезпечення управління органами поліції не є бездоганною. Безумовно, усі недоліки правового забезпечення управління органами поліції здійснюють безпосередній вплив на весь процес виконання органами поліції покладених на них обов'язків, а це у свою чергу негативно позначається на рівні охорони й захисту прав і свобод громадян, стані законності та правопорядку в державі. У зв'язку із цим не викликає жодних сумнівів необхідність подальшого вдосконалення системи правових актів, нормами яких упорядковується весь процес управління органами поліції, визначаються ключові напрями діяльності суб'єктів управління органами поліції, основні форми й методи їх діяльності. Отже, важливого значення набуває вироблення та реалізація системних заходів у напрямі підвищення ефективності правового забезпечення управління органами поліції.

Під ефективністю правового забезпечення управління органами поліції варто розуміти співвідношення між метою правового забезпечення та тим результатом, що був досягнутий. Основними критеріями, за якими має оцінюватись ефективність правового забезпечення управління органами поліції, необхідно визначити результативність, адекватність, практичність та відповідність сучасній доктрині адміністративного права [9, с. 162].

Основними моментами, на які варто звертати увагу під час підвищення ефективності правового забезпечення управління органами поліції, є такі: а) правильне формулювання мети, яка має бути досягнута в результаті правового забезпечення управління органами поліції; б) удосконалення правотворчого процесу шляхом підвищення якості відповідних нормативно-правових та індивідуальних актів та оптимізації юридичної процедури; в) удосконалення процесу реалізації норм права; г) підвищення рівня правової культури всіх суб'єктів управління органами поліції.

Оптимізація існуючого сьогодні правового забезпечення управління органами поліції потребує вжиття таких заходів:

- здійснення загальної та видової систематизації чинних нормативних правових актів у

сфері управління органами поліції за різними напрямками для підготовки й видання в перспективі зводу (зібрання) законодавства України;

– удосконалення механізмів взаємодії законодавчої, виконавчої та судової гілок влади в процесі підготовки законопроектів;

– припинення практики ухвалення нормативних актів, успішна реалізація яких не забезпечена відповідними фінансовими умовами;

– перегляду чинних нормативних актів щодо такої забезпеченості;

– формування ефективних механізмів відшкодування державою шкоди й витрат, спричинених незаконними діями (бездіяльністю) судових і правоохоронних органів, неправосудними рішеннями, тяганиною тощо;

– створення дієвих механізмів відстоювання Україною своїх національних інтересів на міжнародному рівні та впливу на вдосконалення основоположних міжнародно-правових принципів і норм;

– установлення на законодавчому рівні чітких процедурних правил імплементації міжнародних норм у вітчизняне законодавство, а також виявлення й усунення протиріч між нормами національного та міжнародного права [10, с. 24; 11].

У зв'язку із цим важливого значення набуває також запровадження стратегії «інноваційного прориву», прискорення процесів інтелектуалізації й інформатизації, доброзичливого сприйняття нових ідей, знань, технологій, готовності до їх практичної реалізації в правоохоронній сфері [12].

Сьогодні важливою стає необхідність концептуалізації державної політики у сфері управління органами поліції. Концепція державної політики у сфері управління органами поліції як політико-правовий документ доктринально-правового характеру має відображати концептуальні основи такої політики, тобто враховувати систему теоретичних поглядів щодо змісту, принципів, завдань і мети державної політики у сфері управління органами поліції, а також визначати систему заходів, які мають окреслювати шляхи її практичної реалізації.

Розроблення та прийняття єдиної загальнонаціональної Концепції державної політики у сфері управління органами поліції зумовлюється об'єктивними й суб'єктивними чинниками. До об'єктивних чинників належать, зокрема, рівень політико-правового розвитку суспільства, вироблені українською спільнотою принципи управління органами поліції, наявна нормативно-правова база в цій сфері. Ретельний аналіз зазначених чинників дає можливість реально оцінити сучасний стан правового регулювання, рівень взаємодії держави та громадянського суспільства, усвідомити необхідність вироблення належного правового інструментарію. Виявлення існуючих проблем у цих напрямках вимагає прийняття адекватних, стратегічних політико-правових рішень. Сутність суб'єктивних чинників полягає в усвідомленні державою та українським суспільством основної мети, завдань, принципів подальшого правового розвитку, необхід-

ності вдосконалення механізму управління органами поліції, чіткого розуміння значущості ефективної координації зусиль усіх суб'єктів державної політики у сфері управління органами поліції, важливості постійного правового розвитку суспільства.

Висновки

У результаті аналізу об'єктивних і суб'єктивних чинників повинні прийматись рішення про значущість та основні напрями концептуалізації державної політики у сфері управління органами поліції. У Концепції державної політики у сфері управління органами поліції обов'язково мають бути відображені такі ключові моменти:

– існуючий рівень правового розвитку та перспективні напрями вдосконалення правового механізму управління органами поліції;

– рішення Президента України про обрання й затвердження курсу стратегічного розвитку правоохоронної сфери загалом та органів поліції зокрема;

– основні напрями, які мають бути закріплені у відповідних різнорівневих, галузевих, спеціальних концептуальних, доктринальних і програмних документах, що будуть прийматись у межах реалізації державної політики у сфері управління органами поліції;

– система заходів щодо подолання негативних тенденцій, які мають місце під час реалізації державної політики у сфері управління органами поліції;

– фактори, що здійснюють вплив на якісну реалізацію державної політики у сфері управління органами поліції, та шляхи підвищення ефективності такої політики.

Список використаних джерел:

1. Добкін М.М. Місцеві державні адміністрації України: становлення, розвиток та функціонування : [монографія] / М.М. Добкін. – Х. : Золота миля, 2012. – 567 с.

2. Безпалова О.І. Загальна характеристика адміністративно-правового забезпечення реалізації правоохоронної функції держави / О.І. Безпалова // Електронний науковий фаховий журнал «Порівняльно-аналітичне право». – 2015. – № 2. – С. 170–174. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.pap.in.ua/2_2015/52.pdf.

3. Ванчук І.Д. Спосіб правового регулювання: окремі аспекти / І.Д. Ванчук // Юридичний науковий електронний журнал. – 2014. – № 1. – С. 8. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lsej.org.ua/1_2014/01.pdf.

4. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун. – пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 704 с.

5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») від 9 липня 1998 р. № 12-рп/98 // Офіційний вісник України. – 1998. – № 32. – С. 59.

6. Смирнов М.І. Сутність і правова природа міжнародного співробітництва держав у сфері кримінального процесу / М.І. Смирнов // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2004. – № 1. – С. 189; Степаненко К.В. Взаємодія міліції з поліцейськими організаціями іноземних країн / К.В. Степаненко // Право України. – 2003. – № 3. – С. 148–151.

7. Неугодинов А.А. Специфіка правових актів індивідуальної дії / А.О. Неугодинов // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 45. – С. 204–207.

8. Адміністративне право України: Академічний курс : [підручник] : у 2 т. / за ред. В.Б. Авер'янова. – К. : Юридична думка, 2004–2004. – Т. 1 : Загальна частина. – 2004. – 584 с.

9. Безпалова О.І. Адміністративно-правовий механізм реалізації правоохоронної функції держави : [монографія] / О.І. Безпалова. – Х. : НікаНова, 2014. – 544 с.

10. Руднева О.М. Правова політика України: стан, проблеми концептуалізації та підвищення ефективності (аналітична доповідь) / О.М. Руднева, О.Н. Ярмиш // Правова політика України: концептуальні засади та механізми формування : матер. наук.-практ. конф. (м. Київ, 5 грудня 2012 р.). – К. : НІСД, 2013. – С. 24.

11. Безпалова О.І. Шляхи вдосконалення організаційно-правового забезпечення реалізації правоохоронної функції держави / О.І. Безпалова // Сучасні проблеми правової системи України : матер. IV Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 22 листопада 2012 р.) / Київський ун-т права НАН України. – К. : Ліра-К, 2012. – С. 113–116.

12. Безпалова О.І. Щодо визначення сутності, ознак та класифікації інновацій / О.І. Безпалова // Наука і правоохорона. – 2010. – № 4. – С. 271–277.

Сделан вывод, что правовое регулирование управления органами полиции Украины – это специфический вид правового воздействия правовых форм и средств, которые в совокупности составляют механизм правового регулирования управления органами полиции, на деятельность соответствующих субъектов с целью обеспечения их нормального функционирования и эффективного выполнения возложенных на них обязанностей в правоохранительной сфере. Акцентировано внимание на том, что в механизме правового регулирования управления органами полиции можно выделить две составляющие – статическую и динамическую. Обоснована значимость статической составляющей механизма правового регулирования управления органами полиции, которая включает в себя правовые нормы, регламентирующие специфику реализации правоохранительной функции государства (правовое обеспечение). Сформулированы основные виды правового обеспечения управления органами полиции. Определены основные критерии, по которым должна оцениваться эффективность правового обеспечения управления органами полиции, в частности такие: результативность, адекватность, практичность и соответствие новой доктрине административного права. Выделены отдельные направления, на которые стоит обращать внимание в ходе повышения эффективности правового обеспечения управления органами полиции.

Ключевые слова: правовое обеспечение, органы полиции, правоохранительная сфера, управление, правовое регулирование, эффективность.

It is concluded that the legal regulation of the management of the police of Ukraine is a specific type of legal influence of legal forms and means which, in their totality, constitute the mechanism of legal regulation of the management of police authorities, the activities of the relevant actors in order to ensure their normal functioning and effective implementation of the obligations imposed on their duties in the law-enforcement sphere. The attention is paid to the fact that in the mechanism of legal regulation of the management of the police, two components can be distinguished: static and dynamic. The significance of the static component of the legal regulation of the management of police authorities, which includes the legal norms regulating the specifics of the law enforcement function of the state (legal provision), is substantiated. The main types of legal support for the management of the police are formulated. The main criteria for assessing the effectiveness of legal provision of police authorities are determined, in particular: effectiveness, adequacy, practicality and compliance with the new doctrine of administrative law. Separate areas are highlighted, which should be considered in the course of increasing the effectiveness of the legal provision of management by the police.

Key words: legal support, police bodies, law enforcement sphere, management, legal regulation, efficiency.

УДК 342.95(477)

Наталія Боженко,

аспірант

Запорізького національного університету

УДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ МЕДІАЦІЇ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті розглянуто проблеми й перспективи вдосконалення адміністративно-правового забезпечення медіації, його відповідності національній правовій системі та стандартам Європейського Союзу. Також надано дієві пропозиції щодо внесення змін до нормативно-правових актів, які регламентують роботу в цьому напрямі.

Ключові слова: медіація, апробація, імплементація, спрощений порядок, роз'яснення.

Постановка проблеми. На сьогодні в Україні медіація як професійна діяльність потребує певної теоретичної основи, акумуляції й апробації всіх наукових розробок, експериментальних даних, що були накопичені досвідом зарубіжних фахівців із початку розвитку медіації, а також введення єдиного понятійного апарату в цій галузі.

Актуальність удосконалення адміністративно-правового забезпечення медіації зумовлюється тим, що її ефективне застосування в межах адміністративного судочинства дасть змогу вирішити важливу для сучасної системи адміністративних судів проблему – розвантажити їх від надмірного обсягу справ, які перебувають у їх провадженні.

Так, відповідно до даних узагальнення судової практики адміністративних судів за період 2008–2016 рр. у провадженнях місцевих адміністративних судів перебувало 6 449 087 справ. З 2012 р. по 2016 р. ними було розглянуто 1 267 540 адміністративних справ, з яких лише близько 0,05% закінчилися примиренням сторін (667 справ). Зокрема, у 2012 р. із 497 097 розглянутих адміністративних справ лише 102 закінчилися примиренням сторін (0,02%); у 2013 р. з 285 208 справ – 125 (0,04%); у 2014 р. з 232 449 справ – 148 (0,06%); у 2015 р. з 204 104 справ – лише 175 (0,08%). У першому півріччі 2016 р. адміністративними судами було розглянуто 46 682 справи, і лише 117 із них закінчилися примиренням сторін (0,25%). Усе це свідчить про підвищення інтересу учасників адміністративних спорів до інституту примирення сторін, проте кількість справ, що закінчуються примиренням, наразі залишається низькою. Натомість у Великобританії й США, наприклад, близько 80% адміністративних спорів урегулюються мирним шляхом [1].

Метою статті є аналіз шляхів удосконалення адміністративно-правового забезпечення медіації в адміністративному судочинстві.

Вклад основного матеріалу. З огляду на те, що на сьогодні в Україні немає законодавчого закріплення медіації в системі адміністра-

тивного судочинства, можна скористатись іншим шляхом та розглядати медіацію як частину адміністративної діяльності судів. При цьому також варто розглядати декілька варіантів. Перший – медіатором виступає спеціально підготовлений працівник апарату суду. У такому разі медіація загалом є не частиною судочинства, а лише частиною «документообігу». Ми вбачаємо можливість реалізації такого підходу шляхом збільшення штатної чисельності працівників апарату суду у відповідному співвідношенні з кількістю суддів та з урахуванням роботи спеціалізованих колегій із розгляду справ, а також шляхом розвитку цієї компетенції спеціаліста-медіатора. Другий варіант – здійснення медіації суддею, наділеним адміністративними повноваженнями (саме в межах адміністративної діяльності судді), який при цьому звільнений від обов'язку здійснювати судочинство в цій адміністративній справі.

Нам імпонує позиція С.І. Калашникової, яка вважає, що для того, щоб забезпечити права добросовісних учасників процедури медіації, необхідно передбачити спрощений порядок введення медіативної угоди до виконання, розвиваючи ідею про те, що нотаріально засвідчити медіативну угоду та визнати за нею виконавчу силу найдоцільніше. Це дасть змогу забезпечити реалізацію досягнутих у медіації домовленостей, дотримуючись принципів як юрисдикційної, так і неюрисдикційної діяльності [2].

Д.Л. Давиденко із цього приводу зазначає, що в низці країн із розвиненими правовими системами, що мають тривалу історію еволюційного розвитку, склалися механізми сприяння спрощеному виконанню мирових угод, досягнутих сторонами за відсутності судового процесу [3]. Суди в них уповноважені надавати виконавчу силу таким позасудовим мировим угодам. Це надає сторонам низку переваг порівняно з тією ситуацією, коли мирова угода затверджується після початку судової процедури.

Зазначимо, наприклад, що суддя-посередник (медіатор) у Канаді може відмовитись від застосування процедури досудового врегулювання адміністративних спорів у таких випад-

ках: якщо він не бачить перспектив застосування процедури досудового врегулювання адміністративних спорів, оскільки характер спору свідчить про неможливість узгодження позицій сторін; якщо він усвідомлює, що одна зі сторін затягує час або використовує процедуру досудового врегулювання спорів недобросовісно (з метою з'ясування позиції іншої сторони, отримання інформації про наявні докази, які потім використовує в судовому засіданні) [4]. Нам імпонує такий підхід, і ми вважаємо за доцільне знайти відповідні закріплення в українському законодавстві.

На думку А.М. Кузбагарова, з метою надання оперативного характеру праву сторін на примирення їх у виконавчому провадженні необхідно розширити суб'єктний склад, який наділений правом затверджувати угоду про примирення й надавати їй юридично-процесуального значення, та наділити такими повноваженнями нотаріусів [5].

А.К. Большова, обговорюючи перспективи впровадження позасудових способів вирішення спорів, вважає, що досудове врегулювання має бути обов'язковим, тобто воно повинне поширюватись на всі категорії справ; при цьому сторони повинні мати право вибирати один із способів, не замикаючись тільки на посередництві або претензійному порядку [6].

Нам більше імпонує думка Д.І. Бекашева, який справедливо вказує на те, що суд повинен роз'яснювати обом сторонам переваги мирової угоди, роз'яснюючи їм можливі варіанти вирішення справи та роблячи акцент на тому, що які-небудь причини (брак доказів у сторін, неможливість їх виявлення, недотримання терміну) можуть вплинути на винесення такої судової ухвали, коли вся тяжкість процесу, усі наслідки випадкових обставин ляжуть на одну сторону; за мирової угоди можливий більш сприятливий результат справи, де кожній стороні треба буде виконати тільки частину домагань опонента [7].

Неможливо не погодитись із позицією С.І. Калашникової, яка пропонує надати суду право направляти учасників судового процесу на інформаційну зустріч із медіатором, під час якої сторонам спору необхідно роз'яснювати переваги медіативної процедури порівняно із судовим розглядом та пропонувати взяти участь у примирливій процедурі [2].

На наше переконання, якщо законодавець не окреслить коло обов'язково медіабельних справ, то зустрічі з медіатором за позовами, у яких суд переконаний про необхідність примирення сторін, що сперечаються, повинні мати імперативний характер. Окрім того, доцільно встановити імперативні терміни проведення процедур примирення за окремими категоріями справ. При цьому зазначені терміни не повинні перевищувати терміни розгляду справ судами (за більшістю категорій справ – 2 місяці).

Водночас вимога дотримання обов'язкового досудового порядку за всіма категоріями справ може мати також негативний ефект: сторона, яка отримала претензію, вживатиме негайні заходи щодо приховування майна та до моменту

пред'явлення позову буде неплатоспроможним боржником. У цьому питанні потрібний розумний баланс. З огляду на викладене вважаємо за доцільне встановити обов'язкове досудове врегулювання таких категорій справ:

- трудових спорів про відновлення на роботі та стягнення заробітної плати (можливе залучення профспілок, комісії із трудових спорів, державних інспекцій із питань праці);
- трудових спорів про відшкодування збитку, заподіяного під час виконання трудових обов'язків (можливе залучення профспілок, комісії із трудових спорів, державних інспекцій із питань праці);
- позовів про відшкодування шкоди, заподіяної життю й здоров'ю, а також шкоди, заподіяної смертю годувальника;
- позовів про виселення;
- позовів про визнання права власності на житло в силу приватизації;
- позовів про визнання права власності на самовільні будівлі (необхідно заздалегідь передбачити заходи з легалізації побудови шляхом звернення в орган місцевого самоврядування із заявою про введення об'єкта в експлуатацію);
- позовів про визначення порядку користування майном;
- позовів про розділ загального майна, виділення з нього частки;
- позовів про захист інтелектуальної власності;
- позовів про захист прав споживачів;
- позовів про захист честі, гідності й ділової репутації;
- позовів про стягнення сум за договором позики, кредитним договором;
- позовів про стягнення податків і зборів;
- позовів про стягнення заборгованостей за комунальними платежами;
- позовів, пов'язаних зі спадкоємством майна (до досудового вирішення спору можливе залучення нотаріусів);
- позовів про відшкодування збитку від дорожньо-транспортних пригод;
- заяв про розірвання шлюбу;
- заяв за спорами, що пов'язані з вихованням дітей.

Також вважаємо за доцільне запровадження донормативних документів діяльності судів як одного з критеріїв оцінки діяльності судді – кількості затверджених ним мирових угод. Під час розроблення цього критерію повинні враховуватись такі загальновізанні міжнародні акти, як Основні принципи ООН, що стосуються незалежності судових органів (1985 р.), Рекомендація № R(94)12 Комітету Міністрів Ради Європи про незалежність, ефективність і роль суддів (1994 р.), Європейська хартія про статус суддів (1998 р.), Бангалорські принципи поведінки суддів (2006 р.), норми внутрішнього українського законодавства.

І хоча наразі в Україні проводиться активна робота із законодавчого врегулювання медіації, проте, як свідчить аналіз зарубіжного досвіду, існують також деякі обґрунтовані побоювання з приводу намагань законодавчо врегулювати

медіацію в Україні. Це пов'язано насамперед із гіпертрофованим адмініструванням суспільного життя в нашій державі. Так, на думку правознавців, будь-яка сфера діяльності, відносини в якій береться регулювати держава, зрештою стає надмірно зарегульованою, а іноді навіть припиняє розвиватись (наприклад, ситуація з медіацією в Румунії: до прийняття відповідного закону медіатори розглядали більше 1 500 справ на рік, а після прийняття – лише декілька десятків).

Варто зазначити, що в державах Європейського Союзу (далі – ЄС) медіація розглядається не тільки як спосіб альтернативного вирішення спорів, де вже виник конфлікт, а й як спосіб, який використовується для запобігання виникнення спору (конфлікту) у майбутньому, що, безумовно, розширює межі застосування медіації. З огляду на те, що процесуальна гнучкість процедури медіації дає змогу застосовувати посередництво в різних ситуаціях, відсутнє чітке регулювання методів медіації. Законодавства практично всіх держав ЄС свідомо відмовились від спроби регулювання методів як таких. Самі сторони спору, а також посередники (медіатори) мають право вибору найбільш дієвих способів для вирішення спірних ситуацій у кожному конкретному випадку, створюючи прецеденти. Більше того, залежно від сфери застосування можуть застосовуватись різні інструменти (методи) примирення.

Україна також має власні традиції поза-судового врегулювання спору на основі порозуміння сторін, а тому потрібен лише поштовх для розвитку комплексної системи врегулювання спорів, що дасть змогу досягти цілей, визначених Стратегією реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр.

На наше переконання, будь-яка модель медіації в судовому процесі хоч і може розвантажити судову систему, проте, на жаль, на сьогодні суто формально, оскільки запровадження медіації за відсутності звички в громадян вирішувати свої спори самостійно може призвести до нівелювання іміджу медіації та невиправдання очікувань громадян, а отже, може бути завдано невиправданої шкоди всьому процесу впровадження медіації в Україні.

На нашу думку, необхідно якнайшвидше доопрацювати, прийняти та ввести в дію Закон України «Про медіацію» з метою належного введення медіації в правове поле; забезпечення захисту від звинувачень у корупції для державних службовців і представників судової системи, які безпосередньо використовують медіацію або рекомендують сторонам звертатись до медіації під час урегулювання адміністративних спорів; захисту медіатора шляхом заборони допитувати його як свідка; забезпечення однамітного розуміння конфіденційності інформації

в медіації; сприяння становленню професії медіатора та ринковому розвитку сфери медіації тощо. Цей документ не повинен містити ризики щодо створення корупційних схем у сфері медіації, які завдадуть шкоди репутації послуги та процесу її впровадження, як-от: єдиний реєстр, спеціальний статус медіаторів у базовому законі, суттєві фінансові компенсації сторонам, що звертаються до суду після неуспішної медіації, один орган самоврядування для медіаторів.

Висновки

Підсумовуючи, маємо констатувати, що на сьогодні медіація в Україні існує «на громадських засадах». Загальна кількість конфліктів, які було вирішено із застосуванням ADR-процедур, незрівнянно менша, ніж кількість спорів, вирішених у традиційному – судовому – порядку. Можливо, законодавче закріплення медіації підвищить довіру до цього інституту, і медіація зможе стати ефективним інструментом вирішення спорів в Україні.

Список використаних джерел:

1. Сидельников О.Д. Институт примирения сторон в административном судочинстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О.Д. Сидельников // Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого. – Харьков, 2017. – 21 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12577/1/Sydielnikov_2017.pdf?fbclid=IwAR0OuCYjTqWMPliwP8exQCtLiSXvPk-PdtRjHgtAs8l3ajpyg-U6al4Da1Q.
2. Калашникова С.И. Медиация в сфере гражданской юрисдикции : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / С.И. Калашникова. – Екатеринбург, 2010. – 21 с.
3. Давыденко Д.Л. Содействие примирению сторон в странах западной Европы: обеспечение исполнения медиативных и иных мировых соглашений / Д.Л. Давыденко [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.iurisprudencia.ru/files>.
4. Аргіс Дж. Довідник з питань врегулювання судових спорів за допомогою судді (для канадських суддів та адвокатів) / Дж. Аргіс [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://archive.nbv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/10govkpu.pdf>.
5. Кузбагаров А.Н. Примирение сторон по конфликтам частного правового характера : дисс. ... докт. юрид. наук / А.Н. Кузбагаров. – СПб., 2006. – 360 с.
6. Большова А.К. Концепция развития законодательства о несудебных процедурах разрешения споров / А.К. Большова // Концепция развития российского законодательства. – М., 2010. – С. 672–677.
7. Бекашева Д.И. Примирительное разбирательство на стадии подготовки дела – будущее гражданского процесса / Д.И. Бекашева // Правовые исследования: новые подходы : сб. ст. фак-та права НИУ ВШЭ. – М., 2012. – С. 465–466.

В статье рассмотрены проблемы и перспективы усовершенствования административно-правового обеспечения медиации, его соответствия национальной правовой системе и стандартам Европейского Союза. Также предоставлены действенные предложения относительно внесения изменений в нормативно-правовые акты, регламентирующие работу в данном направлении.

Ключевые слова: медиация, апробация, имплементация, упрощенный порядок, разъяснения.

The article considers the problems and prospects of improvement of administrative and legal support of mediation, its conformity with the national legal system and European Union standards. Provided recommendations regarding amendments to legal acts regulating the work in this direction.

Key words: mediation, testing, implementation, simplified procedure, clarification.



УДК 35.07.021.8

Олена Глазун,*аспірант кафедри міжнародного,
європейського та екологічного права
Навчально-наукового інституту права
Сумського державного університету*

ПРАВО НА НАЛЕЖНЕ УПРАВЛІННЯ: СУТНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В КОНТЕКСТІ РЕФОРМУВАННЯ ІНСТИТУТУ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ

У статті розглядається сутність та зміст права громадян на належне управління на основі аналізу європейських та міжнародних нормативних документів, які його закріплюють. Досліджується концепція належного урядування, а також висвітлюються основні європейські стандарти належного управління, які зумовлюють зміст принципів державної служби. Розглянуто перспективи впровадження права на належне управління в правовій системі України в контексті реформування інституту державної служби.

Ключові слова: державний службовець, реформування інституту державної служби, концепція «good governance», право на належне управління, принципи та стандарти державної служби.

Постановка проблеми. Позичування України як демократичної, соціальної, правової держави, що вибрала європейський напрям розвитку, зумовлює необхідність вивчення сучасного досвіду модернізації державної служби. Особливої актуальності це питання набуває у зв'язку з процесами адаптації державного управління до стандартів Європейського Союзу та проведенням адміністративної реформи в Україні. Очевидно, що створення нової, ефективної моделі державної служби, яка б відповідала викликам сьогодення, можливе лише за умови переосмислення її ролі в суспільстві та зміни домінуючої дотепер ідеології «панування держави» над людиною до нової ідеології «служіння держави» інтересам людини. Необхідно встановити стандарти якості роботи державних службовців та їхньої поведінки по відношенню до громадян, адже головною метою їхньої діяльності повинен стати пріоритет прав та інтересів громадян. У зв'язку з цим особливо актуального значення набуває питання щодо впровадження в національну правову систему права на належне управління, яке визнається фундаментальним правом громадян Європейського союзу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій та виділення невирішених частин проблеми. Проблеми реформування інституту державної служби були предметом наукових досліджень як зарубіжних (Дж. Алмер, Г. Атаманчук, П. Гамбмайер, В. Гамільтон, Р. Гилмор, А. Оболонський, О. Турчинов та інші), так і вітчизняних учених (Ю. Битяк, В. Дементов, В. Захарченко, Д. Лук'янець, В. Малиновський, П. Павленчик, О. Петришин, Л. Прокопенко, С. Сербогін, А. Федець, та інші). У працях вказаних науковців були закладені основи теоретичних положень щодо модернізації державного управління в цілому та державної служби зокрема, здійснення адміністративної реформи,

розроблення сучасної парадигми інституціонального розвитку державної служби.

Натомість дослідженням європейської концепції «good governance» займалися переважно зарубіжні вчені, серед яких: Дж. Гонсалес, Дж. Грехем, Г. Пламттр, Г. Хайден та інші. Деякі питання вказаної тематики, зокрема і в аспекті потенційного впровадження в Україні принципів і стандартів належного урядування, виступають об'єктом наукових інтересів вітчизняних дослідників: В. Аверьянова, Т. Безверхнюка, І. Грицяка, В. Завгородньої, А. Клодія, В. Корженка, М. Кунцевич, А. Пухтецької та інших. Однак комплексні дослідження, присвячені безпосередньо праву громадян на належне управління в Україні, відсутні, а окремі звернення до нього здійснюються виключно в рамках розгляду самої концепції належного урядування. Водночас в умовах реформування інституту державної служби запровадження даного права у правовій системі України набуває особливо вагомого значення, що й зумовлює необхідність проведення наукових розробок із цього приводу.

Наведеним зумовлена мета даної статті, яка полягає у з'ясуванні сутності та змісту права громадян на належне управління, а також дослідженні перспектив його впровадження у правовій системі України в контексті реформування інституту державної служби.

Виклад основного матеріалу. Виникнення права на належне управління пов'язане з концепцією «good governance» (добре урядування, належне управління), яка сформувалася у західній політико-управлінській науці на рубежі 80-х – 90-х рр. XX ст. та замінила концепцію нового державного менеджменту. Пов'язано це з тим, що саме в цей час відбувається зміна ролі держави (або уряду в широкому розумінні)

у процесах управління суспільством. Упродовж усього XX ст. держава розросталась і бюрократизувалась, а тепер настав час повернення цих процесів у зворотному напрямі [1]. Змінюється спосіб урядової діяльності: замість «правити», вона «скеровує», зменшується обсяг її функцій, значна їх частина стає надбанням суспільства. Межі між трьома секторами – публічним (урядовим, політичним), приватним та громадським – розмиваються, а форми взаємодії, втручання і контролю примножуються. Ефективність управління при цьому не знижується, а зростає завдяки тому, що ним займаються зацікавлені суб'єкти.

В умовах переходу до нової концепції трансформація інституту державної служби здійснюється в напрямі наповнення державного управління гуманітарним та соціальним складниками, а діяльність державних службовців має не лише відповідати вимогам професійності та ефективності, але й бути відкритою, доступною, підзвітною і підконтрольною, а отже, чутливою до вимог громадян, їхніх потреб і запитів.

Отже, на основі даної концепції в західній правовій думці виникло право на належне управління, що реалізується громадянином у процесі взаємодії з органами публічної влади. Це право не є суто теоретичним феноменом, адже закріплене в ряді основоположних міжнародних та європейських документів. Тож розглянемо їх більш детально та з'ясуємо сутність та зміст права на належне управління.

Так, уперше це право згадується в рамках Програми розвитку Організації Об'єднаних Націй у 1997 році, де врядування визначається як «... здійснення економічної, політичної та адміністративної влади (“authority”) з метою управління (“manage”) життям країни на всіх рівнях» [2]. Основними характеристиками належного управління є: інклюзивність (якнайширше залучення громадян), верховенство права, прозорість, відповідальність та підзаконність, зорієнтованість на згоду (консенсус), справедливість, результативність та ефективність [3]. Узяті разом, ці вимоги спрямовані на мінімізацію корупції, врахування інтересів меншин, надання допомоги найуразливішим верствам суспільства, потреби яких уряд має врахувати, виробляючи державну політику.

Наступним міжнародним документом, який закріпив право на належне управління, є Біла книга Європейського врядування [4]. З аналізу даного документа випливає, що право на належне управління базується на 5 принципах, які покладені в основу діяльності інституцій ЄС: відкритості, участі, відповідальності, ефективності і узгодженості. Кожний із цих принципів сприяє утвердженню демократії та верховенства права у державах-членах ЄС та застосовується на всіх рівнях управління – глобальному, європейському, національному, регіональному та локальному.

Зміст цих принципів, як правило, уточнюють, деталізують, зокрема: до уточнених стандартів «належного управління», сформульованих на базі основних принципів, належать:

належне законодавство, законність, участь, прозорість процесу прийняття рішень, доступ до інформації, належна організація, належний персонал, належний фінансовий та бюджетний менеджмент, ефективність, відповідальність та нагляд [5, с. 25-26]. Саме дотримання цих стандартів покликано підвищити якість державного управління та викоренити свавілля під час виконання державними службовцями своїх професійних обов'язків.

Отже, розглянуті нами міжнародні документи закріплюють в основному принципи та стандарти державної служби, дотримання яких забезпечує реалізацію права громадян на належне управління. Однак саме це право офіційно було проголошено у Хартії фундаментальних прав Європейського Союзу (далі – Хартія) [6], яка була прийнята у грудні 2000 році й набула чинності у грудні 2009 р. Відповідно до ст. 41 Хартії право на належне управління з боку установ та органів ЄС є фундаментальним правом: кожна особа має право на належне управління («good governance»), тобто на те, щоб установи, органи, служби та агенції Союзу розглядали її справу неупереджено, справедливо та протягом розумного строку. Дане право включає в себе: 1) право на те, що особу заслухають, перш ніж вживати до неї будь-які індивідуальні заходи; 2) право кожного на доступ до своєї особової справи з дотриманням законних інтересів конфіденційності, професійної та комерційної таємниці; 3) обов'язок адміністрації обгрунтовувати свої рішення. Також Хартією передбачено право кожної особи на відшкодування Співтовариством шкоди, завданої їй інститутами або службовцями під час виконання ними своїх обов'язків, відповідно до загальних принципів, встановлених правом держав-членів. Крім того, гарантія реалізації права на належне управління міститься у ст. 43 Хартії, згідно з якою кожен громадянин Союзу, кожна фізична або юридична особа, яка проживає або має юридичну адресу на території держави-члена, має право звертатися до Європейського Омбудсмена у разі неналежного управління в діяльності установ, органів, служб або агенцій Союзу, за винятком Суду ЄС під час виконання ним своїх судових функцій. Закріплення такого положення свідчить про гарантованість права на належне управління, тобто захищеність з боку інституту Омбудсмена ЄС.

Задля найбільш ефективного впровадження в життя положень, закріплених в Хартії Європейським Парламентом 6 вересня 2001 р., було схвалено резолюцію про затвердження Європейського кодексу належної адміністративної поведінки [7]. Мета цього Кодексу – надати більш докладне роз'яснення того, що саме має означати на практиці право на належне управління і що конкретно громадяни ЄС мають очікувати від європейської адміністрації. Тому основний зміст зазначеного документа становлять принципи взаємовідносин службовців та інституцій із громадськістю, а також найбільш важливі правила і вимоги щодо «належної адміністративної поведінки». Так, до основних засад діяльності державних служ-

бовців належать: законність (ст. 4); відсутність дискримінації (ст. 5); пропорційність (ст. 6); недопущення зловживання повноваженнями (ст. 7); неупередженість і незалежність (ст. 8); об'єктивність (ст. 9); послідовність і надання порад щодо проходження справи (частини 1 і 3 ст. 10); відповідність легітимним очікуванням (принцип правової визначеності, ч. 2 ст. 10); справедливість (ст. 11) ввічливість (ст. 12); розумність строків для прийняття рішень (ст. 17); аргументованість рішень (ст. 18).

Отже, встановлюючи принципи і стандарти поведінки, з одного боку, Кодекс є орієнтиром для європейських інституцій і службовців у відносинах з громадянами та юридичними особами; з іншого – закріплені у ньому положення є важливим інструментом для Омбудсмана у здійсненні його правозахисних функцій. Крім того, Кодекс має значення і для громадян та юридичних осіб, оскільки більш детально, ніж Хартія основоположних прав ЄС, розкриває зміст права на належне управління.

На підставі розглянутих міжнародних документів можемо зазначити, що право на належне управління полягає у дотриманні органами публічної влади та їх посадовими особами прав індивідів під час надання якісних адміністративних послуг завдяки використанню чітких управлінських методів. Водночас державні службовці зобов'язані діяти у такий спосіб, що відповідає законним та розумним очікуванням тих, кому вони «служать», що, власне, і буде свідчити про створення «клієнтської моделі» державного управління. Виходячи з цього, взаємовідносини державних службовців із фізичними та юридичними особами повинні ґрунтуватися на основоположних принципах належного управління: верховенство права (означає правову сталість і передбачуваність управлінських дій та рішень, які базуються на законі); відкритість та прозорість (забезпечує можливість нагляду за державною адміністративною діяльністю, її результатами на предмет їх відповідності наявним правовим нормам); підзвітність органів державного управління судовим органам та вищим адміністраціям (передбачає дотримання верховенства права в управлінській діяльності); відповідальність (зобов'язок державних службовців нести юридичну відповідальність за прийняті рішення, дії та бездіяльність); продуктивність у використанні державних ресурсів та ефективність впровадження державної політики [8].

З прикриттю доводиться констатувати, що в Україні це право офіційно не закріплено. У вітчизняній науковій думці, вживаючи термін «належне управління», швидше оперують його окремими складниками – конструктивністю, результативністю, побудовою в інтересах громадян. Аналіз чинного законодавства у сфері державного управління свідчить про декларування окремих принципів належного управління. При цьому змістове їх наповнення не завжди збігається з досягненнями європейської нормотворчості і правової доктрини.

Так, принципи державної служби закріплені в ст. 4 Закону України «Про державну службу»,

основні принципи місцевого самоврядування – в ст. 4 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» та ст. 4 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», а також в інших нормативно-правових актах профільного спрямування. Крім того, спеціальним актом у цій сфері є Загальні правила етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, затверджені наказом Національного агентства України з питань державної служби № 158 від 05 серпня 2016 року. Ці правила є узагальненням стандартів етичної поведінки державних службовців та посадових осіб місцевого самоврядування, якими вони зобов'язані керуватися під час виконання своїх посадових обов'язків. Однак такі принципи належного управління, як пропорційність або послідовність, залишилися поза межами законодавчого поля.

Звичайно, досить значним кроком у напрямі вдосконалення вітчизняного адміністративного законодавства відповідно до європейських та міжнародних стандартів належного управління є прийняття Закону України «Про адміністративні послуги» [9], який набув чинності 25 серпня 2013 року. Цей закон було розроблено з метою створення доступних та зручних умов для реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб щодо отримання адміністративних послуг, запобігання проявам корупції під час надання адміністративних послуг. Відповідно до ст. 4 Закону державна політика у сфері надання адміністративних послуг базується на принципах: 1) верховенства права, у тому числі законності та юридичної визначеності; 2) стабільності; 3) рівності перед законом; 4) відкритості та прозорості; 5) оперативності та своєчасності; 6) доступності інформації про надання адміністративних послуг; 7) захищеності персональних даних; 8) раціональної мінімізації кількості документів та процедурних дій, що вимагаються для отримання адміністративних послуг; 9) неупередженості та справедливості; 10) доступності та зручності для суб'єктів звернень. Як ми бачимо, майже всі принципи належного управління (крім принципу пропорційності) покладені в основу діяльності державних службовців.

Натепер Закон України «Про адміністративні послуги» став концептуальною основою для функціонування інших нормативно-правових актів у сфері надання різних видів адміністративних послуг, а саме Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» щодо проведення електронної реєстрації» та інших. Разом із тим цей Закон не містить самої процедури надання адміністративних послуг, а лише визначає загальні правові засади реалізації прав та обов'язків державних службовців у взаємовідносинах із громадськістю. Така ситуація зводить закрі-

плення принципів належного управління до простого декларування, не створюючи реальних механізмів їх реалізації.

Водночас, враховуючи події соціально-політичного характеру, які відбулись нещодавно в Україні, та зростаючі прагнення українського народу до євроінтеграції і демократизації, питання реформування інституту державної служби потребує першочергового вирішення. Зміни мають відбуватися саме в напрямі утвердження нових підходів до організації діяльності державних службовців у взаємодії з громадянами, насамперед у принциповій зміні характеру цієї взаємодії. Необхідно встановити стандарти якості роботи державних службовців та їхньої поведінки по відношенню до громадян, адже основною засадою їхньої діяльності має стати пріоритет прав, свобод та інтересів особи.

Очевидно, що в даному контексті постановка стратегічно правильних задач як для України в цілому, так і для ефективного функціонування інституту державної служби – це відданість принципам, задекларованим Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

Зокрема, стаття 3 даної Угоди передбачає, що «... верховенство права, належне врядування, боротьба з корупцією, боротьба з різними формами транснаціональної організованої злочинності й тероризмом, сприяння сталому розвитку і ефективній багатосторонності є головними принципами для посилення відносин між Сторонами» [10]. Тож, як ми бачимо, серед основоположних принципів взаємодії України та ЄС виділяють, зокрема, й належне врядування, що так чи інакше стосується ефективного функціонування державного управління в цілому та інституту державної служби зокрема. Важливим аспектом політичного діалогу між сторонами, згідно з п. е) ч. 2 ст. 4 даної Угоди, є досягнення цілей такого діалогу, зокрема, й у питаннях доброго врядування.

При цьому досвід європейських країн свідчить, що гарантією захищеності права на належне управління є досконале процедурне законодавство, яке чітко і детально регламентує взаємодію державних службовців із громадянами, а саме порядок надання нами адміністративних послуг населенню. Адже за таких умов державний службовець чи службовець органу місцевого самоврядування діє не свавільно, а керуючись чітко встановленим порядком. Це, по-перше, забезпечує рівність осіб перед законом, адже до всіх однопорядкових справ застосовується однакова процедура, а по-друге, існування законодавчо встановленої процедури є вихідною точкою для здійснення контролю, зокрема судового, за законністю діяльності державних службовців під час виконання ним своїх обов'язків.

Зокрема, у Федеративній Республіці Німеччині та Естонії існують закони про адміністративну процедуру, в Австрійській Республіці – Загальний закон про адміністративну процедуру, в Нідерландах – Акт із загального адміністративного права, в Польщі – Кодекс адміністративного провадження. У США відносини між органами публічної влади та

громадськістю регулюються кодифікованим Федеральним законом про адміністративну процедуру [11, с. 178-192]. Причому такі закони становлять серцевину адміністративного законодавства, і саме вони визначають рівень демократичності діяльності державних службовців у цих країнах.

Натомість у нашій країні кодифікація адміністративних процедур залишилася на рівні проектів та обговорень. Адміністративно-процедурний кодекс України [12], розроблений Міністерством юстиції України за дорученням Кабінету Міністрів України, був поданий на розгляд Верховній Раді України 18 липня 2008 р. Проект пропонував урегулювати процедурні відносини, що виникають у діяльності органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших державних органів, а також підприємств, установ, організацій, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, які згідно із законом уповноважені здійснювати владні управлінські (виконавчі та розпорядчі) функції, в тому числі на виконання делегованих повноважень, щодо забезпечення реалізації та захисту прав і законних інтересів осіб та виконання ними визначених законом обов'язків, а також регламентувати процедури розгляду адміністративних справ.

Однак у першому читанні проект було повернуто на доопрацювання, і у своєму висновку Головне науково-експертне управління на обґрунтування своєї позиції вказало на існування значної кількості недоліків техніко-юридичного, стилістичного та лексичного характеру, що унеможливило прийняття Проекту у запропонованому вигляді. Замість необхідного доопрацювання та прийняття кодексу Верховна Рада України 6 вересня 2012 року прийняла Закон України «Про адміністративні послуги». При цьому сам проект Кодексу був знятий з розгляду.

Погодимось, що прийняття вказаного закону має вагомe значення для вдосконалення системи надання адміністративних послуг та приведення її у відповідність до сучасних стандартів належного управління. Проте цього замало для забезпечення реалізації права громадян на належне управління. Закон не врегулює порядок (процедуру) діяльності державних службовців щодо забезпечення, реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, не розкриває зміст основних процедурних принципів, котрі виступають стрижнем належного управління. Невирішеність вказаних питань на законодавчому рівні суттєво ускладнює, а іноді й унеможливує судовий захист права на належне управління у разі його порушення.

Запровадження європейських принципів і стандартів державної служби в Україні є невід'ємною умовою досягнення рівня адміністративної здатності органів виконавчої влади, необхідного для функціонування в Європейському адміністративному просторі. Тож доцільно розробити кодифікований нормативно-правовий акт – Кодекс належного управлінської поведінки, який став би своєрідним фундаментом правовідносин органів публічної вла-

ди з приватними особами. За своїм значенням такий документ мав би слугувати загальним інституційно-діяльним стандартом, у відповідність до вимог якого приводитимуться положення законів і підзаконних актів різних рівнів або доповнюватимуться відповідними відсилочними нормами з метою уніфікації та стандартизації діяльності органів публічної адміністрації.

Висновок

На підставі викладеного можемо зазначити, що право на належне управління є фундаментальним правом кожного громадянина ЄС, неодмінною характеристикою демократизації суспільства. Воно передбачає дотримання державними службовцями прав індивідів під час надання якісних адміністративних послуг завдяки використанню чітких управлінських методів. Саме норми європейського та міжнародного права, законодавство та практика країн Європейського Союзу у сфері належного управління мають стати орієнтиром у процесі реформування інституту державної служби в Україні. Необхідно адаптувати вітчизняне законодавство у сфері державного управління до європейських та міжнародних стандартів: офіційно закріпити право на належне управління на конституційному рівні, чітко визначити його зміст та створити дієвий механізм реалізації шляхом прийняття кодифікованого нормативно-правового акта, який би вирішив процедурні питання взаємодії державних службовців із громадянами.

Список використаних джерел:

1. Колодій А. Концепція публічного (нового) врядування в її застосуванні до демократичних і перехідних систем / А. Колодій // Демократичне врядування : науковий вісник ЛРІДУ НАДУ при Президентові України. – 2013. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lvivacademy.com/visnik10/fail/Kolodij.pdf>.
2. Корженко В. В. Методологічні та евристичні інтенції сучасної концепції «Governance» [Електронний ресурс] / В. В. Корженко, В. В. Нікітін. – Режим

В статье рассматривается сущность и содержание права граждан на надлежащее управление на основе анализа европейских и международных нормативных документов, которые его закрепляют. Исследуется концепция надлежащего управления, а также рассматриваются основные европейские стандарты надлежащего управления, которые определяют содержание принципов государственной службы. Рассмотрены перспективы внедрения права на надлежащее управление в правовую систему Украины в контексте реформирования института государственной службы.

Ключевые слова: государственный служащий, реформирования института государственной службы, концепция «good governance», право на надлежащее управление, принципы и стандарты государственной службы.

In the article are considered the essence and content of the rights of citizens to good governance based on an analysis of European and international regulatory documents that fix it. The study examines the concept of good governance, as well as highlights the main European standards of good governance that determine the content of the principles of civil service. The prospects of implementing the right to good governance in the legal system of Ukraine in the context of the reform of the civil service institute are considered.

Key words: civil servant, reform of the civil service institute, concept of “good governance”, right to good governance, principles and standards of civil service.

доступу : <http://82-117-235-189.gpon.sta.kh.velton.ua/e-book/db/2007-1-1/doc/1/01.pdf>.

3. Governance for sustainable human development [Electronic resource]: a UNDP policy document / United Nations Development Programme. – 1997. – January. – Access mode : http://204.200.211.31/Publications/Governance/Gov_Prac_doc/Governance%20for%20sustainable%20human%20development.pdf.

4. Європейське врядування: Біла книга [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravo.org.ua/files/konstatyuc/WHITE_BOOK_UKR_REV.pdf.

5. Державне управління: європейські стандарти, досвід та адміністративне право / за заг. ред. Аверьянова В. Б. – К. : Юстініан, 2007. – с. 288.

6. Хартія основних прав Європейського Союзу: міжнародний документ від 07.12.2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_524.

7. The European Code of Good Administrative Behaviour [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces>.

8. Бойко О. А. Принципи правової визначеності в діяльності органів публічної влади в країнах ЄС [Електронний ресурс] / О. А. Бойко // Молодіжний науковий вісник Української академії банківської справи Національного банку України. Серія: Юридичні науки. – Суми, 2013. – № 2(5). – С. 71-75. – Режим доступу: <http://bulletin.uabs.edu.ua/store/jur/2013/a0f78565c543d2e120f202eaa2baa779.pdf>.

9. Про адміністративні послуги: Закон України від 06.09.2012 № 5203-VII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5203-17>.

10. Угода про асоціацію між Україною та ЄС, укладена 27 червня і ратифікована 16 вересня 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print1452616028125686.

11. Адміністративна процедура та адміністративні послуги. Зарубіжний досвід і пропозиції для України: монографія / авт.-уклад. В. П. Тимошук ; Центр політико-прав. реформ. – К. : Факт, 2003. – 496 с.

12. Адміністративно-процедурний кодекс України: проект закону України від 18.07.2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF25H00A.html.

УДК 342.922:351.71

Наталія Задирака,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

МІСЦЕ ТА ПРИЗНАЧЕННЯ ІНСТИТУТУ ПУБЛІЧНОГО МАЙНА В СИСТЕМІ ЗАГАЛЬНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

Стаття присвячена обґрунтуванню критеріїв формування та призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права. Це правове утворення через комбінацію однорідних адміністративно-правових норм виступає частиною вказаної галузі права. Віднесення інституту публічного майна до системи Загального адміністративного права зумовлено також тим, що порядок реалізації механізму адміністративно-правового забезпечення, використання, передачі такого майна має чітко виражену адміністративно-правову природу.

Ключові слова: правовий режим майна, публічне майно, інститут публічного майна, публічна адміністрація, Загальне адміністративне право, адміністративні правовідносини.

Постановка проблеми. У контексті детермінації місця інституту публічного майна в системі адміністративного права зауважимо, що цей інститут за своїми сутнісними характеристиками переважно пов'язаний із фундаментальними статичними адміністративно-правовими категоріями.

У контексті висвітлення місця інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права точаться дискусії щодо можливості орієнтації на регулятивний аспект правових режимів вказаного майна на основі узагальненого уявлення про взаємодію складових елементів адміністративного права.

Дослідженню інституту публічного майна в системі адміністративного права та процесу приділяли увагу такі провідні вчені-адміністративісти, як В. М. Бевзенко, В. В. Джарти, А. Т. Комзюк, О. О. Кравчук, О. В. Кузьменко, Р. С. Мельник, але без орієнтації на регулятивний аспект правових режимів вказаного майна.

Мета статті – за допомогою аналізу еволюції систематики адміністративного права з'ясувати місце та призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права.

Виклад основного матеріалу дослідження. Спираючись на зміст правових норм, які регламентують діяльність щодо використання публічного майна, можна встановити їхню публічно-правову (адміністративно-правову) природу. Це дозволить встановити критерії співвідношення складових елементів адміністративного права з окремим юридичним утворенням у вигляді інституту публічного майна.

Зважаючи на викладені положення про інституціоналізацію масиву правових норм, що встановлюють правовий режим публічного майна, можна погодитися з К. С. Бельським у тому, що еволюція суспільних відносин, які входять до предмету правового регулювання адмі-

ністративного права, базується на динамічних системно-структурних зв'язках. Одночасно має місце швидке реагування на оновлення умов навколишнього середовища, соціальні потреби тощо, що зумовлює настання змін у відповідній системі [1, с. 18-26]. У ракурсі викладених положень про еволюцію систематики адміністративного права потрібно вказати на покращення самостійного та цілісного характеру системи Загального адміністративного права шляхом включення до неї ще й інституту публічного майна. Це забезпечуватиметься стійкістю норм адміністративного права, які регламентують правовий режим публічного майна, та динамічною спрямованістю відповідного правового інституту в мобільній системі Загального адміністративного права.

Загалом, потрібно виходити з того, що теоретичні положення і загальнорегулятивні та загальноохоронні правові норми, об'єднані в системі Загального адміністративного права, характеризуються універсальністю, регулятивною типовістю, публічно-управлінською організаційно-функціональною узагальненістю. Наведені їх ознаки застосовуються у висвітленні понятійних характеристик адміністративного права, змістових проявів його норм і відносин, регламентації функцій публічної адміністрації. Зазначені правові регулятори встановлюють узагальнену парадигму реалізації адміністративно-правового статусу відповідних учасників адміністративних правовідносин, форми та методи публічного управління з урахуванням вимог законності такої діяльності у тому числі в частині застосування адміністративного розсуду й адміністративного примусу. Насамперед реалізація зазначених положень здійснюється через імплементацію конституційно-правових норм у впорядкованій системі адміністративного права [2, с. 54]. По суті, теоретичні положення й адміністративно-правові норми щодо встановлення правових режимів різних видів

публічного майна в частині взаємодії органів публічної адміністрації як між собою, так й із суб'єктами приватного права мають ґрунтуватися на основі дотримання принципів верховенства права та законності, рівності, правомірності й ефективності.

Звідси можна стверджувати, що інститут публічного майна входить до системи Загального адміністративного права насамперед у зв'язку з взаємопов'язаністю з його засадними елементами через спорідненість теоретичних положень та адміністративно-правових норм. Внутрішній зміст Загального адміністративного права дозволяє встановити межі для змістових, інституціональних, функціональних і методологічних проявів практичної реалізації правових режимів публічного майна, зокрема, з урахуванням звичаїв, традицій та неписаних правил поведінки під час використання останнього. Натомість ієрархічна структура цих правових регуляторів дозволяє уніфікувати субстантивні та процедурні аспекти відповідних адміністративних правовідносин з урахуванням національних інтересів України та публічного інтересу учасників цих відносин.

У розрізі викладених постулатів про місце інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права можна погодитися з тими науковцями, які підтримують таку інституційну приналежність [3, с. 53-55; 4, с. 147-153]. Такий висновок ґрунтується на положеннях ст. 142, 143 Основного Закону України щодо природних ресурсів як публічного майна, а також нерухомості як майна, яке забезпечує функціонування суб'єктів публічної адміністрації [5]. У матеріально-фінансовому вимірі вказане публічне майно повинно використовуватися суб'єктами публічної адміністрації для виконання наданих їм законом функцій та встановлення умов його використання суб'єктами приватного права для задоволення публічного інтересу. Ці постулати первинно закріплені в конституційних нормах, а деталізуються в адміністративно-правових нормах щодо регламентації суспільних відносин із практичного втілення правового режиму публічного майна. Субсидіарно можуть застосовуватися також норми приватного (цивільного) права для встановлення окремих інституціонально-функціональних аспектів використання публічного майна суб'єктами приватного права.

Зауважимо, що додатковим аргументом на користь віднесення інституту публічного майна до системи Загального адміністративного права є, наприклад, німецька практика адміністративно-правового регулювання у сфері використання «майна публічної адміністрації», «публічного фінансового майна», «публічного майна, яке перебуває у загальному користуванні» [6, с. 207-226]. При цьому адміністративні норми, які регламентують порядок використання публічного майна в Німеччині, визначають шляхи використання як рухомого майна, так і нерухомості задля забезпечення реалізації функцій органів публічної адміністрації. У викладеному ракурсі має враховуватися утилітарне призначення такого майна,

що включає використання природних ресурсів, споруд, амуніції, документації, фінансів, публічних часток (паїв) у господарських товариствах і т. п. Отже, регуляторний вимір інституту публічного майна базується на акумулюванні капіталу, потрібного для виконання мети та завдань публічної адміністрації, а також суб'єктів приватного права, задіяних в адміністративних правовідносинах щодо використання публічного майна. Безумовно, таке публічне майно повинно прямо або опосередковано сприяти реалізації публічного інтересу. Віднесення інституту публічного майна до системи Загального адміністративного права зумовлено ще й тим фактом, що порядок реалізації механізму адміністративно-правового забезпечення, використання, передачі такого майна, зокрема, при публічному правочастуванні мають чітко виражену адміністративно-правову природу. Разом із тим в Україні на законодавчому рівні аналогічні процедурні аспекти відносин із реалізації правового режиму публічного майна неповною мірою врегульовані.

Наприклад, праві регулятори процедури звернення стягнення державним виконавцем на майно комунальних підприємств встановлено лише в листі Міністерства юстиції України [7], який за своєю природою взагалі не можна сприймати як джерело адміністративного права. По суті, в українських реаліях правовий статус публічного майна неповною мірою визначено, що не сприяє сталості реалізації режимних характеристик і розуміння місця та призначення публічного майна в системі права, зокрема адміністративного. Ця ж ситуація призводить до зловживань і конфліктів у процесі використання публічного майна. Так, за даними, представленими в засобах масової інформації, в Україні мають місце різноманітні «схеми» привласнення публічного майна шляхом рейдерських захоплень, оренди з подальшою приватизацією чи одразу незаконної приватизації такого майна [8]. Щодо цього потрібно усвідомлювати, що головною проблемою є недостатня база регуляторів адміністративного права для імплементації конституційних положень про публічне майно та публічне управління у сферу його використання. Фактично законодавчо не встановлено навіть визначення юридичної категорії публічного майна, не деталізовано процедуру його використання суб'єктами публічного та приватного права. Як правило, фрагментарно встановлюються лише окремі прояви правового режиму деяких видів публічного майна. У зв'язку з цим продовжують панувати недостатньо ефективні радянські традиції публічного управління таким майном. Такий стан справ позбавляє суб'єктів приватного права як представників волі народу України права на реальне використання публічного майна, зокрема природних ресурсів, інфраструктурних об'єктів тощо.

На підставі викладених положень про місце публічного майна в системі Загального адміністративного права основною віхою вдосконалення системно-структурних характеристик зазначеного майна та розуміння призначення вказаного інституту повинен виступати орі-

ентир «вертикальної» спрямованості. Із цього приводу Е. Б. Стейсон зробив акцент на врахуванні описових, аналітичних та оцінювальних характеристик історичних реалій, організаційної структури та функцій, зокрема квазіюрідичних тощо [9, с. 105]. Описаний критерій дозволяє взяти до уваги матеріально-процедурний вимір інституту публічного майна під час встановлення засадничих аспектів функціонування правового режиму останнього. У матеріальному плані призначення цього інституту враховує теоретичні узагальнення в частині узгодженої компетенції публічної адміністрації та встановлення панівної державної політики щодо управління публічним майном. Такі стандарти повинні, зокрема, узгоджуватися з конституційними настановами та положеннями адміністративно-правових норм, у яких йдеться про чітке формулювання порядку здійснення державної політики, про умови та процедури діяльності публічної адміністрації, адміністративний розсуд та ін. Натомість процедурний аспект призначення інституту публічного майна базується на оновленні поточного та перспективного плану у тому числі з урахуванням інституціональних ознак публічного майна.

У зарубіжній доктрині панівним є доктринальний підхід, відповідно до якого призначення інституту публічного майна доречно розглядати через призму категорій ліквідності, управлінської залученості та прибутковості [10, с. 196]. Так, ліквідність може адекватно та повно проілюструвати вказані характеристики публічних фінансів у частині операцій із таким публічним майном, часовими параметрами здійснення платежів і механізмом залучення додаткових коштів. Натомість управлінська залученість є більш універсальною категорією та може розкрити призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права стосовно потреб у часі та управлінських зусиль, необхідних для забезпечення належної правової охорони та захисту публічного майна. Головним при цьому є економічне забарвлення відповідних публічно-управлінських процесів з урахуванням прибутковості використання публічного майна суб'єктами публічного та приватного права. Деталізуючи категорію прибутковості, необхідно зауважити, що вона має перспективну та ретроспективну спрямованість, оскільки стосується врахування попередньої, чинної та майбутньої ситуації у процесі використання публічного майна. Як правило, особливо актуальним наведений критерій є при відображенні довготривалого призначення публічного майна, зокрема, пов'язаного з підвищенням його інвестиційної привабливості та імплементації прибуткових проектів, що базуються на використанні відповідного публічного майна.

Таким чином, можна стверджувати, що призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права повинно спиратися не лише на інституціонально-процедурні аспекти функціонування публічної адміністрації. Повинна також братися до уваги роль публічного майна в діяльності суб'єктів приват-

ного права. Зауважимо, що панівним у європейській доктрині з цього приводу є підхід, згідно з яким йдеться про забезпечення ієрархічного виміру, професіоналізму у функціональному плані та неупередженості [11, с. 2246]. Це дозволяє забезпечити права учасників адміністративних правовідносин, які не є суб'єктами публічної адміністрації, у тому числі користувачів публічного майна, споживачів адміністративних послуг. По суті, інститут публічного майна повинен закладати фундамент для прозорого та інклюзивного процесу прийняття рішень під час визначення відповідної державної політики. Отже, призначення досліджуваного правового інституту зорієнтоване на матеріально-процедурні критерії «вертикального» виміру на базі ідеї людиноцентризму. Сформульовані критерії, у свою чергу, сприятимуть інституціоналізації організованої, мерітократичної та «зв'язаної» приписами закону системи органів публічної адміністрації, залучених до управління публічним майном, а також залученню зацікавлених суб'єктів приватного права, які виступають учасниками адміністративних правовідносин щодо використання публічного майна. Фактично такий стан справ гарантуватиме задоволення публічного інтересу щодо підвищення стабільності економічної ситуації та врахування потреб і законних інтересів учасників вказаних адміністративних правовідносин.

На підставі викладених положень про критерії формування та призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права потрібно вказати, що це правове утворення через поєднання однорідних адміністративно-правових норм, спрямованих на встановлення порядку публічного управління в регульованих однорідних адміністративних правовідносинах, виступає саме частиною вказаної галузі права. Описаний окремий вид адміністративних правовідносин щодо використання публічного майна займає одну з ключових позицій для практичного втілення інших переважно теоретичної спрямованості інститутів Загального адміністративного права. Водночас він має відношення до реалізації всіх складових елементів адміністративного права. Така відносно відособлена група відповідних адміністративно-правових норм встановлює напрями функціонування загальних і спеціальних інститутів адміністративного права. Тобто йдеться про весь спектр адміністративних правовідносин і, зокрема, при імплементації правових режимів публічного майна.

Висновок

Можна стверджувати, що місце та призначення інституту публічного майна в системі Загального адміністративного права зорієнтовані на інституціонально-процедурні аспекти функціонування публічної адміністрації та забезпечення ієрархічного виміру, професіоналізму у функціональному плані та неупередженості суб'єктів публічного права, які використовують публічне майно. Власне, Загальне адміністративне право поглинає інститут пу-

блічного майна у зв'язку із загальною спрямованістю правових норм цього утворення, у тому числі щодо взаємодії із суб'єктами приватного права у процесі використання публічного майна. Такі системно-структурні зв'язки дозволяють гарантувати ефективність діяльності публічної адміністрації під час реалізації своїх повноважень з урахуванням правового режиму публічного майна на основі уніфікованих стандартизованих норм і правил поведінки.

Список використаних джерел:

1. Бельский К. С. О предмете и системе науки административного права / К.С. Бельский // Государство и право. – 1998. – № 10. – С. 18-26.
2. Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / Е. Шмідт-Ассманн ; пер. з нім. Г. Рижков, І. Сойко, А. Баканов ; відп. ред. О. Сироїд. – 2-ге вид., перероб. та доп. – К. : К.І.С., 2009. – 552 с.
3. Комзюк А. Т. Адміністративний процес України : навч. посіб. / А. Т. Комзюк, В. М. Бевзенко, Р. С. Мельник. – К. : Прецедент, 2007. – 531 с.
4. Мельник Р. С. Інститут адміністративної відповідальності та сучасні проблеми систематики адміністративного права / Р.С. Мельник // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2007. – № 1. – С. 147-153.

Статья посвящена обоснованию критериев формирования и предназначения института публичного имущества в системе общего административного права. Это правовое образование из-за сочетания однородных административно-правовых норм выступает частью указанной отрасли права. Отнесение института публичного имущества к системе общего административного права обусловлено также тем, что порядок реализации механизма административно-правового обеспечения, использования, передачи такого имущества имеет четко выраженную административно-правовую природу.

Ключевые слова: правовой режим имущества, публичное имущество, институт публичного имущества, публичная администрация, Общее административное право, административные правоотношения.

The paper deals with analysis of formation and appointment criteria Public Property institution' in the system of the General Administrative Law. This legal formation, through a combination of homogeneous administrative norms, acts as part of the General Administrative Law. The assignment of the public property institution' to the system of General Administrative Law is also due to the fact that the procedure for implementing the mechanism of administrative and legal support, use, transfer of such property has a clearly expressed administrative and legal nature.

Key words: Legal Regime of Property, Public Property, Institution of Public Property, Public Administration, General Administrative Law, Administrative Legal Relations.



УДК 342.9

Сергій Кушнір,*канд. юрид. наук, доцент,
проректор з адміністративно-господарської частини
Запорізького національного університету*

ДЕРЖАНИЙ КОНТРОЛЬ У СФЕРІ ВИЩОЇ ОСВІТИ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА ШЛЯХИ ЙОГО ЗАПОЗИЧЕННЯ ДЛЯ УКРАЇНИ

У статті обґрунтовується доцільність аналізу зарубіжного досвіду правового регулювання відносин державного контролю у сфері вищої освіти й можливості його запозичення для України в умовах сучасних реформаційних процесів. Автор звертає увагу на наявність кількох базових моделей регулювання таких відносин, аналізує переваги та недоліки кожної з них. Обґрунтовується потреба урахування для України в умовах перегляду правових засад державного контролю в цілому й у сфері вищої освіти зокрема апробованого часом і практикою позитивного досвіду щодо звуження сфери такого контролю, створення спеціалізованих суб'єктів контролю з активною участю громадськості, впровадження оптимальних форм і методів, посилення засад прозорості, оперативності, неупередженості. У роботі формулюються конкретні пропозиції щодо можливості урахування позитивного зарубіжного досвіду для України в сучасних умовах.

Ключові слова: вища освіта, державний контроль, зарубіжні країни, досвід, запозичення, шляхи.

В умовах активізації євроінтеграційних прагнень України в тому числі у сфері вищої освіти, інтеграції у Європейський простір вищої освіти, актуальності набувають питання аналізу зарубіжного, в тому числі європейського, досвіду адміністративно-правового регулювання у сфері вищої освіти з урахуванням того, що саме відповідне правове регулювання забезпечує організаційно-правовий та функціональний аспекти існування вищої освіти.

Метою статті є аналіз на підставі наявних джерел зарубіжного досвіду правового регулювання відносин державного контролю у сфері вищої освіти та визначення основних шляхів його запозичення для України.

Слід зазначити, що аналіз відповідного досвіду з точки зору виокремлення тих позитивних напрацювань зарубіжних країн у врегулюванні відповідних відносин, які будуть корисними і для України в умовах докорінного перегляду правових засад регулювання відносин у сфері вищої освіти в т. ч. й стосовно державного контролю, є важливими. Перше за все, слід зазначити, що порівняльно-правові дослідження були і залишаються нині одним із пріоритетних напрямів наукових досліджень, визначених Національною академією правових наук України на період до 2020 року [1], як і наукових розробок у державі [2]. Вони дають змогу поглиблено дослідити досвід зарубіжних країн у доктринальному дослідженні та правовому, в т. ч. галузевому, регулюванні відповідних відносин, виокремити позитивні здобутки та проблемні питання і навіть прорахунки, що, у свою чергу, дозволяє запозичити для України перші, з акцентом на національну специфіку нормотворення та правозастосування, й уникнути останніх.

Підтвердженням цього можуть слугувати численні наукові напрацювання з питань компаративно-правових досліджень у сфері вищої освіти в цілому та щодо окремих її питань зокрема. Можна навіть вести мову про те, що жодної сучасної дисертаційної роботи, присвяченої тим чи іншим питанням регулювання відносин у сфері вищої освіти або окремим її аспектам, в якій би не висвітлювалися питання порівняльно-правового аналізу з акцентом на напрями запозичення позитивного зарубіжного досвіду для України, важко знайти. Так, наприклад, Н. Л. Губерська, аналізуючи адміністративні процедури у вищій освіті, приділяє увагу й зарубіжному досвіду врегулювання відповідних питань та напрямам його запозичення для України [3]. Аналогічні підрозділи з порівняльно-правовим аналізом зарубіжного доктринального та нормотворчого досвіду та виокремленням шляхів його запозичення містять роботи В. М. Савіщенко «Адміністративно-правове забезпечення освіти та науки в Україні» [4], Н. С. Ракши «Адміністративно-правове забезпечення права громадян на освіту» [5], Р. В. Шаповал «Освітня діяльність в Україні: адміністративно-правове дослідження» [6], Ю. Л. Юринець «Забезпечення культурних прав громадян засобами адміністративного права» [7], М. П. Мартинова «Організаційно-правові засади управління у сфері юридичної освіти» [8], Л. В. Головій «Організаційно-правові засади надання освітніх послуг вищими навчальними закладами України» [9], М. Н. Курко «Адміністративно-правове регулювання вищої освіти в Україні» [10], В. І. Пальчикова «Правові проблеми вдосконалення організації діяльності та управління у сфері освіти» [11], О. В. Червякової «Організаційно-правові аспекти управління вищими навчальними закладами МВС України» [12] тощо. Окрім того, численні наукові праці

В. Я. Тація, О. Ф. Опришка, А. О. Селіванова, І. С. Гриценка, В. В. Комарова, П. С. Пацурківського, В. М. Бойка, С. П. Головатого, присвячені проблематиці вищої освіти, в т. ч. юридичної, містять чимало положень з порівняльно-правовим змістовим наповненням в т. ч. й щодо проблем державного контролю.

Більше того, значна кількість проведених за останні роки наукових, науково-практичних заходів на базі Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, Інституту законодавства при Верховній Раді України, провідних вищих навчальних закладів з питань вищої освіти, в т. ч. галузевої, в Україні та зарубіжних країнах додатково підтверджує зацікавленість учених-юристів, юристів-практиків, громадськості відповідною проблематикою, її актуальність, значимість. Як приклад можна навести такі заходи, як: міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми удосконалення законодавчого поля у сфері перспективного розвитку освіти» (27 травня 2016 року, м. Київ), міжнародна науково-практична конференція «Сучасні проблеми удосконалення законодавства у сфері освіти» (30 березня 2016 року, м. Київ), міжнародна науково-практична конференція «Реформа вищої освіти в Україні: критичні питання у сфері законодавчих та інституціональних трансформацій» (28-29 травня 2017 року, м. Київ), міжнародна науково-практична конференція «Реформа вищої освіти в Україні: абстракти, тези та презентації досліджень» (28-29 травня 2015 року м. Київ), міжнародна науково-практична конференція «Вища освіта в Україні: інтернаціоналізація, реформи, нововведення» (20-21 квітня 2012 року, м. Київ) тощо. Слід зазначити, що і питання державного контролю потрапляють у поле зору учасників заходу. Порівняльно-правовому аналізу питань регулювання відносин у сфері вищої освіти, в т. ч. й державного контролю у відповідній сфері, присвячено діяльність фахівців комітетів Верховної Ради України, про що свідчать підготовлені аналітичні звіти, порівняльно-правові таблиці як додатки до законопроектів з питань вищої освіти, стратегічних напрямів її розвитку, окремих її питань (галузевої освіти, процедурних правовідносин, інтеграції у європейський простір вищої освіти та міжнародний освітній простір тощо).

Порівняльно-правові дослідження у сфері вищої освіти є предметом поглибленої уваги і професійних правничих громадських об'єднань, в т. ч. й у співпраці з міжнародними громадськими організаціями, наприклад спільні конференції, «круглі столи», семінари ВГО «Асоціація правників України», ВГО «Асоціація українських юристів», ВГО «Спілка юристів України», ВГО «Асоціація фахівців з адміністративного права», ВГО «Асоціація кримінологів України» спільно з Американською радою з міжнародної освіти, Британською радою, Німецькою службою академічних обмінів, Програмою імені Фулбрайта в Україні, Міжнародним центром перспектив-

них досліджень, Альянсом для розвитку Програми сприяння зовнішньому тестуванню в Україні та ін.

Окрім того, аналіз навчальних планів юридичних факультетів українських вищих навчальних закладів свідчить про те, що більшість із них передбачає вивчення навчальної дисципліни «Освітнє право» («Освітнянське право», «Право освіти» та ін.), невід'ємним складником якої є «Порівняльно-правове освітнє право», яке включає і питання державного контролю у сфері вищої освіти.

Все це свідчить про актуальність, значимість аналізу зарубіжного досвіду державного контролю у сфері вищої освіти, правового регулювання його засад, доктринального дослідження й виокремлення тих позитивних напрацювань зарубіжних учених-юристів та законодавця, які цілком можна було б урахувати в процесі сучасної вітчизняної нормотворчості та у науково-дослідній діяльності.

Втім, позитивно оцінюючи в цілому пріоритетність таких досліджень, одразу ж слід зазначити, що запозичення відповідного зарубіжного доктринального та нормативного досвіду не має бути тотальним, штучним, шаблонним. Варто обов'язково враховувати специфіку вітчизняної нормотворчості, правозастосування, потреби країни у розвитку вищої освіти в цілому та державного контролю у цій сфері відносно зокрема, що й дозволить говорити про адаптованість відповідного зарубіжного досвіду до національних потреб. Урахування відповідного досвіду має бути виваженим, послідовним, з акцентом на апробацію такого досвіду часом і практикою.

Узагальнений аналіз джерельної бази дає змогу в цілому умовно виділити кілька моделей державного контролю у сфері вищої освіти у зарубіжних країнах із відповідним нормативним закріпленням його засад. При цьому одразу ж слід зазначити, що на визначення відповідних засад впливає специфіка правового регулювання певної держави, її належність до правової сім'ї, традиції та пріоритети нормотворчості і правозастосування. Слід говорити про те, що з урахуванням специфіки самого адміністративного права у тій чи іншій зарубіжній країні мова може йти про те, що засади державного контролю у сфері вищої освіти регламентуються нормами саме адміністративного права, або ж державного права, складовою частиною якого є право державного контролю. Тим не менш цілком можна виокремити кілька умовно виділених моделей державного контролю у сфері вищої освіти у зарубіжних країнах із відповідним правовим регулювання його засад.

Так, наприклад, поширеною є позиція вчених-юристів щодо виділення: 1) континентальної, 2) американської, 3) змішаної моделей [13, с. 172-176]. При цьому континентальна модель передбачає наявність «сильного суб'єкта» контролю (як правило, урядова установа), яка поєднує функції «вступного та вихідного контролю» із широкими примусовими повноваженнями, значним спектром методів контролю, широкою сферою реалізації конт-

рольної функції (майже «тотальне втручання»). Американська модель передбачає певну автономію вищих навчальних закладів у вирішенні «внутрішніх» питань функціонування й зосередження «зовнішнього» контролю (як правило, незалежними фаховими асоціаціями) на підсумкових результатах діяльності вищих навчальних закладів, на «зовнішньому оцінюванні» результатів їхньої діяльності з переважанням превентивного призначення контролю. «Змішана» модель контролю передбачає поєднання повноважень державного органу й недержавних установ («контролерів», «експертів», «інспекторів»), при цьому держава концентрує контроль на фінансуванні вищої освіти, ефективності використання бюджетних коштів, дотриманні стратегічних напрямів розвитку вищої освіти тощо, а професійна громадськість – на якості діяльності, результатах підготовки випускників, їх відповідності потребам ринку праці, рейтингу вишів тощо [13, с. 173]. При цьому можливі випадки, коли контролем при змішаній моделі контролю може бути «цілком автономна організація, яка створюється за ініціативою держави і нею ж фінансується» [14, с. 246].

Незважаючи на поглиблену увагу до порівняльних досліджень, насамперед із європейськими державами, питань державного контролю у сфері вищої освіти, непоодинокими є й роботи, в яких висвітлюється й досвід США щодо правового врегулювання відповідних питань. Слід підтримати вчених у їх прагненні дослідити відповідний досвід, враховуючи ефективність розвитку як вищої освіти, так і державного контролю у сфері вищої освіти у США, ефективність правового регулювання відносин у цій сфері, й виокремити ті позитивні напрацювання, які можна було б запозичити з американського досвіду вирішення відповідних питань.

У джерелах трапляються й інші варіанти виокремлення базових моделей державного контролю у сфері вищої освіти в зарубіжних країнах: 1) у пострадянських державах та країнах Європи і США, з акцентом на специфіці нормотворчості та збереженні певних стандартів правового регулювання цих відносин на попередніх історичних етапах розвитку; 2) «класична» (суто державна) модель державного контролю; державно-громадська модель, яка передбачає поєднання контрольних повноважень держави і «приватних осіб» (при цьому можливим є виокремлення кількох підвидів цієї моделі залежно від домінування суб'єкта контролю); 3) централізована модель із концентрацією контрольних повноважень на рівні загальнодержавних центральних органів влади та децентралізована модель із різним ступенем розподілу контрольних повноважень між «центром» і органами держави «на місцях».

Аналіз наявних навчальних, наукових, нормативних джерел свідчить, що вищезазначені моделі (у різних варіантах їх виокремлення) відрізняються кількома показниками: 1) суб'єктом контролю з виділенням базового (основного, головного) суб'єкта та додаткових (допоміжних)

суб'єктів та розподілом між ними контрольних повноважень; 2) нормативною регламентацією засад контролю (на рівні окремого законодавчого акта, спеціального законодавчого акта, підзаконних актів тощо); 3) ступенем деталізації та нормативного визначення процедурних питань (з узагальненим підходом законодавця до врегулювання цього питання, із деталізацією відповідних засад тощо); 4) оформленням результатів (вид документу, набрання чинності, доведення до відома зацікавлених осіб тощо); 5) головним призначенням (суто профілактичне, профілактично-каральне тощо).

Зупинимося на аналізі (з акцентом на запропоновані вище показники) досвіду окремих зарубіжних держав. Так, наприклад, класичним прикладом американської моделі (хоча й у європейській країні) контролю у сфері вищої освіти є модель у Нідерландах, яка сформована з урахуванням результатів вивчення досвіду США та Канади й акцентом на національні потреби. З 1985 року у Нідерландах існує чіткий розподіл контролю у сфері вищої освіти між державою та недержавними («приватними») установами. Загальний стан розвитку вищої освіти у країні контролює Міністерство освіти і спеціалізований орган – Інспекція з вищої освіти, повноваження ж контролю щодо безпосереднього розвитку вищої освіти, навчального процесу, якості освіти, її відповідності потребам часу, потребам ринку праці зосереджено в асоціації співробітництва університетів Нідерландів (АСІН) та Ради не університетської освіти. При цьому АСІН і Рада не університетської освіти є незалежними утвореннями, які сформовані самими ж університетами або закладами неуніверситетського типу відповідно, ними ж фінансуються, складаються з комітетів спостерігачів (по шість осіб із кожної дисципліни чи галузі знань) і здійснюють «зовнішній» контроль функціонування університетів чи закладів освіти не університетського типу відповідно. Певну специфіку моделі контролю Нідерландів визначає і те, що в якості спостерігача у складі кожного із комітетів обов'язково залучається «експерт-іноземець» із відповідною лінгвістичною підготовкою і «глибокими знаннями системи вищої освіти Нідерландів» [13, с. 175], що істотно підвищує рівень об'єктивності контролю. Таку практику цілком можна було б упровадити і в Україні, тим більше в умовах інтенсифікації інтеграційних процесів у освітній, в т. ч. й вищій освіті, сфері, що певною мірою усувало б корупційні ризики контрольної діяльності. Враховуючи те, що у Нідерландах впроваджено модель зі «спеціалізацією» контролю (тобто не «тотальний» контроль усіх питань вищої освіти, а «спеціалізований» його аспект), у 2002 році була утворена Нідерландська акредитаційна організація, яка «оцінює нові навчальні програми і перевіряє їх відповідність стандартам країн-учасниць Болонського процесу» [13, с. 175]. Контроль у сфері вищої освіти у Нідерландах характеризується переважно профілактичною, превентивною спрямованістю. ВНЗ повинні проводити «са-

моперевірки» для формування «самозвітів» за запропонованими державою та Асоціацією критеріями, для використання їх у своїй діяльності з метою вдосконалення, усунення прогалин, недоліків. Саме цими самозвітами користуються й Асоціація та Рада під час відвідування ВНЗ, підготовки підсумкового звіту та доведення його до відома громадськості й вирішення питання рейтингування ВНЗ. Підвищення пріоритету саме профілактичної спрямованості контролю може слугувати і той факт, що державні органи не мають права «використовувати відомості зі звітів АСІН і Ради не університетської освіти, розміщені на офіційних сайтах, для застосування адміністративних чи фінансових санкцій до ВНЗ, у яких виявлені певні порушення» [13, с. 175]. У підсумкових звітах має міститись не тільки інформація загального характеру, а й постановка проблеми і, що є головним, шляхи її вирішення, пропозиції щодо засобів її вирішення, прогноз наслідків.

Цікавим є досвід державного контролю у сфері вищої освіти у США, хоча назвати однозначно його суто державним навряд чи можна. Роль держави у контролі у сфері вищої освіти є незначною, тому цілком можна підтримати точку зору науковців щодо «державно-громадського» або «умовно державного» контролю із широкою сферою участі недержавних інституцій (наприклад, роботи О. Верховляд, Ю. Романовської, О. Романовського, С. Курбатова, О. Баєвої та ін.). Контроль у сфері вищої освіти у США є прикладом децентралізованої моделі контролю з широкими контрольними повноваженнями місцевих органів (на рівні штатів, округів), а також широким залученням недержавних об'єднань. Слід підтримати О. Баєву у тому, що «система вищої освіти США побудована на фундаменті вільної та мобільної координації освітніх організацій» [15, с. 6], що, у свою чергу, зумовлює і специфіку контролю у відповідній сфері. Федеральний уряд США не має права встановлювати загальнодержавну систему освіти, в т. ч. й вищої, визначати навчальні програми, плани для освітніх закладів (поправка 10 до Конституції США). Відповідні питання – це прерогатива влади штату чи округу. Фактично процес передачі функцій управління, а також контролю на місцевий рівень було завершено у 1972 році, з моменту, коли уряд США прийняв остаточні рішення про припинення надання нецільових коштів вищим навчальним закладам [15, с. 6; 16, с. 314]. Саме з цього моменту й можна вести мову про формування кількох суб'єктів контролю у сфері вищої освіти у США: 1) загальнодержавний рівень – Міністерство освіти, департамент освіти (з мінімальними повноваженнями переважно формального характеру); 2) регіональний рівень – влада штатів, округів; 3) спеціалізований рівень – спеціалізовані суб'єкти (наприклад, Рада з акредитації вищої освіти (СНЕА), Національний дорадчий (консультативний) комітет з інституційної якості, цілісності та чесності освіти, Агенція з оцінювання акредитаційних агенцій (комісії), регіональні асоціації (аген-

ції) тощо). Варто зазначити, що участь недержавних утворень у процесі контролю у сфері вищої освіти у США є досить широкою, причому як регіональних суб'єктів, що є цілком виправданим у процесі децентралізації контролю, так і професійних (якщо йдеться про фахову підготовку). Слід зазначити, що роль відповідних недержавних об'єднань є досить значною не тільки у контролі, а й взагалі в управлінні вищою освітою у США. Їх називають «другою силою», яка, поряд із «першою силою» (Міністр освіти та інші посадові особи Міністерства, які здійснюють керівництво департаментами Міністерства, президенті та ректори вищих навчальних закладів» [17, с. 93]) формує «інституціональну та державну політику вищої освіти США» [15, с. 6]. Фактично суб'єктами контролю виступають: загальнодержавні органи (федеральні органи) у мінімально-необхідному обсязі, регіональні органи влади, недержавні формування (регіональні, фахові), керівництво самих вищих навчальних закладів (як суб'єкти попереднього етапу – самоконтролю – контролю з боку держави і недержавних утворень). Слід одразу зазначити, що контроль у сфері вищої освіти у США характеризується певною специфікою щодо окремих штатів з урахуванням моделей відносин «влада штату – університет» й відрізняється різним характером у межах діапазону – «від суворого тотального контролю (високого рівня) до позиційного вузькоспеціалізованого, узагальненого (незначного рівня). У цьому аспекті варто зупинитися на класифікації типів взаємовідносин ВНЗ та регіональної влади, запропонованої Е. Макгиннесом, яка може слугувати підґрунтям і для виділення моделей контрольних відносин ВНЗ та регіональної влади у сфері вищої освіти у США. Так, наприклад, високий рівень державного контролю діяльності ВНЗ є характерним по відношенню до ВНЗ «як державного закладу» або «як державної адміністрації» й базується на моделі «відносин із ВНЗ як із державним підприємством» та інколи має визначення як «контроль за ВНЗ, який контролюється державою». Високим слід вважати і контроль з боку держави за «ВНЗ, які мають державну підтримку», хоча порівняно з «підконтрольним ВНЗ» цей рівень контролю передбачає певне «послаблення державного контролю». Середній рівень є характерним для ВНЗ, які «мають державну підтримку», однак з урахуванням нормативного закріплення незалежності ВНЗ від влади штату спрямовується переважно на сферу фінансування вищої освіти. І, нарешті, незначний рівень державного контролю є характерним для ВНЗ із корпоративною моделлю управління й стосується лише окремих аспектів поручительства та грантової підтримки [18, с. 16]. Характеризуючи контроль у сфері вищої освіти у США, слід звернути увагу на наявність не тільки регіональних органів держави як суб'єктів відповідного контролю, а й недержавних суб'єктів контролю, для яких контроль є однією із функцій. Так, наприклад, у США функціонує шість регіональних асоціацій університетів і коледжів: Західна комісія коледжів та університетів,

Південна асоціація коледжів та шкіл, Вища комісія з навчання, Північно-західна комісія у правах коледжів та університетів, Комісія з вищої освіти центральних штатів, Асоціація шкіл та коледжів Нової Англії. Вони функціонують за регіональним принципом, поширюють свою діяльність на заклади освіти відповідних штатів. Орієнтуючись на «забезпечення покращення якості освіти, яка надається у певних регіонах, підвищення ефективності освітніх інституцій завдяки перевірці їх на відповідність їх стандартам, встановленим у галузі вищої освіти [19], вони, поміж іншого, здійснюють контроль на початковому етапі (у разі подання документа щодо акредитації ВНЗ чи навчальної програми), а також поточного характеру (стосовно ВНЗ, який вже існує й бажає або розширити перелік навчальних програм, або продовжити термін дії акредитації інституціональної). Контроль як функція здійснюється у процесі у процесі акредитаційної процедури. Цікавим є те, що нормативно визначена процедура встановлення відповідності показників (щодо конкретних ВНЗ штатів асоціаціями), широким є спектр методів та заходів контролю. Хоча процедура акредитації не є обов'язковою, однак майже всі ВНЗ вступають у відносини з асоціаціями, бо: 1) тільки акредитований ВНЗ має право брати участь у федеральній програмі фінансової допомоги студентам; 2) тільки такий ВНЗ може отримати федеральну фінансову допомогу і федеральні дослідницькі контракти; 3) може надати можливість студентам і після закінчення ВНЗ продовжити навчання [19]. Специфікою контролю у сфері вищої освіти у США є участь у такій діяльності приватної комерційної організації – Ради з акредитації вищої освіти (СНЕА), що забезпечує «певний баланс інтересів держави і бізнесу у забезпеченні якісної підготовки фахівців» [20, с. 71]. Цей суб'єкт фактично контролює процес «якісного формування акредитаційного сегменту», тобто Рада підтверджує право регіональних або спеціалізованих (фахових) агентств з акредитації щодо проведення відповідної діяльності, їх легітимність, відповідність вимогам (стандартам): академічній якості; демонстрації підзвітності; заохоченню; використанню належних та справедливих процедур; демонстрації постійної самооцінки наявних практик; наявності достатніх ресурсів [20, с. 73]. Велика роль у контролі у сфері вищої освіти, як вже зазначалося, належить професійним об'єднанням, які, як правило, є учасниками спеціалізованих (фахових) контрольних правовідносин із посиленням проявом принципу спеціалізації. У США діє 45 загальнонаціональних професійних асоціацій, які залучаються до процесу перевірки суб'єкта вищої освіти, зокрема визначення рівня якості освітніх послуг. Як правило, їхні контрольні повноваження зорієнтовані на певних навчальних програмах, а не на контролі за навчальним закладом у цілому. Саме тому цілком можна підтримати О. Баєву в тому, що контроль відповідних асоціацій є наступним по відношенню до контролю, які здійснюють інші суб'єкти. Це пояснюється тим, що професійні

асоціації не проводять свою діяльність у ВНЗ, який не пройшов загальну акредитацію [15, с. 8]. Саме професійні асоціації контролюють «навчальні програми, а також на підсумковому етапі проводять жорсткі професійні випробування з метою легалізації бакалавром чи магістром права на самостійне та незалежне виконання професійних функцій» [13, с. 173]. Важливою є роль формування рейтингу ВНЗ, який можна розглядати як своєрідний результат контрольної діяльності у сфері вищої освіти у США, що цілком можна визнати виправданим й запозичити для України, що правда детально визначити й нормативно врегулювати питання визначення критеріїв рейтингування. Варто зазначити, що контроль у сфері вищої освіти у США зорієнтований на якість вищої освіти (саме тому у поле зору потрапляють навчальні плани, навчальні програми, стандарти навчання тощо), на забезпечення підвищення її, саме тому широким є застосування методів опитування, анкетування тощо й у подальшому висвітлення у підсумкових актах пропозицій, шляхів вирішення проблемних питань, очікуваних результатів. Варто зазначити, що наявність стандартів освітньої діяльності позитивно впливає на регулювання відносин у сфері вищої освіти у США, в т. ч. й контролю, оскільки вони здебільшого усувають той суб'єктивний підхід, розсуд, який притаманний вітчизняному правозастосуванню, що базується на законодавчому підґрунті без фіксації таких стандартів. У цьому сенсі логічним вбачається запозичення досвіду США у нормативному закріпленні стандартів вищої освіти, стандартів діяльності контролюючих органів, залучення до контролю регіональних суб'єктів (особливо в умовах децентралізації влади в Україні), в т. ч. роботодавців, професійних громадських об'єднань, задля урахування потреб ринку праці, регіону, галузі тощо. Важливим є залучення до відповідного процесу спеціалізованих професійних громадських об'єднань, які допомагають урахувати потреби практичної сфери у процесі підвищення якості навчання у ВНЗ, потреби фахового середовища, до якого мають адаптуватися випускники. Варто запозичити досвід США щодо використання методів контролю у відповідній сфері відносин – опитування, тестування, анкетування, співбесіди, перевірки документів, «деск-контролю» (дистанційна робота з інформаційними ресурсами), «онлайн-сайт-контролю» (відкрите відвідування вищого навчального закладу) [21, с. 12], відео звітності, online контролю тощо. У процесі контролю максимальним має бути безпосередній контакт із суб'єктами контрольних правовідносин (електронне забезпечення контролю), мінімальним – паперовий супровід контролю, потребують посилення принципи неупередженості, фаховості, оперативності, прозорості, регіональності.

Слід зупинитися і на досвіді Великої Британії, адже специфікою його є наявність спеціалізованих контролюючих органів, для яких функція контролю є основною, а також деталізована регламентація процедури, що надає відповідним контрольним правовідносинам

визначеності, прозорості. Так, наприклад, поряд із загальнодержавними органами управління існують спеціалізовані суб'єкти контролю – Королівська інспекція та Управління зі стандартів у світі (в т. ч. вона охоплює і сферу вищої освіти). Це загальнодержавні контролюючі органи, окрім того, такими ж контролюючими повноваженнями наділені на місцях місцеві органи управління освітою. Королівська інспекція зберігає за собою повноваження загального контролю у сфері відповідних відносин, формує контингент інспекторів (їх команд), перевіряє звіти інспекторів про стан справ у навчальних закладах, може вживати заходи реагування у разі незадовільного стану справ у закладах.

На чолі Управління зі стандартів у сфері освіти Її Величності – Головний інспектор та два його заступники, які відповідають за політику освіти та за якість освіти. Специфіка відповідних органів полягає в тому, що вони в основному зорієнтовані на забезпечення якості освіти, надання роз'яснювальної, консультативної допомоги установам освіти тощо. Отже, незважаючи на назву цих органів, вони покликані стимулювати навчальні заклади до надання якісних освітніх послуг. Це певним чином зумовлює і специфіку їх структури. Так, наприклад, Інспекція поділена на два підвідділи: публічного моніторингу і надання допомоги навчальним закладам силами радників, які входять до групи професіоналів, підзвітних міністерству [22, с. 61]. Вони надають професійну допомогу учасникам навчального процесу та місцевим органам управління освітою. Взагалі, слід зазначити, що широкою є участь у контролюючому процесі професійних та громадських об'єднань, діяльність яких «пов'язана з проблемою інспекції», – Форуму інспектування найкращих цінностей, членом якої є Управління зі стандартів в освіті (з 1999 року), а також Міжнародної конференції з інспектування.

Характерним є те, що вже сама назва відповідних спеціалізованих суб'єктів контролю зумовила нормативне закріплення базової форми контролю, а саме – інспекції. Аналіз джерельної бази дозволяє виокремити кілька видів останньої: 1) візит спеціаліста, що передбачає неформальний збір інформації, результати його не публікуються, а лише доводяться до відома персоналу навчального закладу в усній формі; як правило, він зосереджується на одному вузькоспеціалізованому питанні (проблемі); 2) загальна інспекція – оцінка навчального закладу в цілому з акцентом на якість освіти та узгодженість мети, завдань, політики закладу з його практичним функціонуванням; 3) сфокусована інспекція – концентрація уваги на окремих питаннях діяльності закладу й порівняння їх із результатами попередніх інспекцій; 4) подальша (наступна) інспекція – здійснюється не раніше ніж через рік після проведення попередньої інспекції з поглибленим аналізом стану справ та порівнянням із попередніми показниками; 5) інспектування якості, що передбачає самоаудит закладом й ініціювання самим навчальним закладом, що дозволяє до моменту початку інспекції зібрати всі необхідні матеріали

[22, с. 82]. Слід звернути увагу на те, що на нормативному рівні детально врегульовані процедурні питання контролю (Закони 1992, 1993, 1994 років) із визначенням строків проведення інспекції (мінімальний – 4 дні, максимальний – 2 місяці), з можливістю збільшення у разі наявності поважних причин на 10% від мінімуму; регламенту роботи інспекторів протягом дня – з 8 ранку до 18.30 вечора; способів збору матеріалів – спостереження за навчальним процесом, вивчення документів, бесіди із учасниками процесу, анкетування, тестування, вивчення матеріалів планування [22, с. 62], алгоритму вивчення кожного питання «критерії оцінювання – достовірність наданих матеріалів – якість діяльності» тощо. Варто звернути увагу на те, що за інспектування запроваджена оплата, з інспекторами (їх командами) укладається контракт, а навчальні заклади наділені правом вносити пропозиції щодо складу інспекторської команди [23, с. 81]. Підсумки інспекції оформлюються підсумковою доповіддю, яка подається керівництву навчального закладу та Головному інспектору Її Величності для вирішення питань реагування у разі потреби. Отже, досить цікавим є саме аспект детальної нормативної регламентації контрольної діяльності в єдиному законодавчому акті, що усуває передумови для зловживань, суб'єктивного тлумачення, розсуду з боку контролюючого суб'єкта. Цей позитивний досвід варто було б запозичити для України.

Слід звернути увагу на роль у контрольному процесі Агенції із забезпечення якості (QAA) як юридичної особи у власності установ, що складається із 6 незалежних членів, 4 висуванців від вищих навчальних закладів, 4 висуванців від Ради з фінансування та незалежного Голови [24, с. 72]. Нині у її складі понад 130 співробітників, а бюджет наповнюється за рахунок внесків закладів та контрактів установ, що надають фінансування. Агенція поширює свою контрольну діяльність на всі університети і політехнічні інститути (хоча раніше вони відокремлювалися). Завданням Агенції є «захист інтересів суспільства у частині високих стандартів якості освіти, в т. ч. й вищої» [24, с. 73]. Задля цього переглядаються стандарти і визначаються орієнтири розвитку вищої освіти. Методи діяльності Агенції характеризуються розмаїттям: це експертна оцінка колегами, огляд, висновки спеціалістів, висновки на основні критеріїв або стандартів, еталони дотримання вимог, еталони самоуправління, еталони досягнень.

У своїй діяльності Агенція віддає перевагу внутрішньому забезпеченню якості та перевіркам закладів. Перше передбачає акцент на «професіоналізм» та «довіру» з використанням методу «контрольних списків та комітетів» (коли вищі навчальні заклади публікують результати (показники) своєї діяльності в т. ч. й для аналізу Агенції. Перевірки ж закладів зосереджені на з'ясуванні того, як вищий навчальний заклад дотримується стандартів якості навчання за допомогою ефективною політики та процедури «забезпечення якості». Під час таких переви-

рок перевіряється ступінь достовірності наданих показників, тобто їх відповідність реальному стану справ. Кожен ВНЗ зобов'язаний проходити перевірку кожні шість років, щорічно публікувати результати своєї роботи. Перевірки здійснюються за допомогою «дисциплінарних комісій», і в разі підозри про низьку якість призначається повна перевірка. Результати перевірки визначаються як ступінь довіри – «повна довіра», «обмежена довіра», «відсутність довіри» – з урахуванням точності, повноти, правдивості наданої ВНЗ інформації [24, с. 75]. Звіт також містить інформацію щодо рекомендованих заходів для ВНЗ.

Варто зазначити що типовим є для багатьох європейських держав посилення ролі у контролі спеціалізованих суб'єктів, діяльність яких зорієнтована на забезпечення якості вищої освіти. Так, наприклад, такими повноваженнями наділені Норвезька агенція із забезпечення якості освіти (NOKUT) [25, с. 269], національна Агенція з вищої освіти у Швеції [25, с. 270-271], яка, окрім іншого, зосереджує увагу на дослідженні стану справ у ВНЗ й відповідності їх діяльності нормативно чітко визначеним «критеріям діяльності» [26, с. 50].

Можна було б зосередити увагу і на деяких питаннях контролю у сфері вищої освіти в Ірландії, зокрема на наявності бінарної системи освіти, яка поєднує університетські та не університетські (технологічні інститути, або інститути технології) сектори й перебуває у полі зору контролю різних суб'єктів. Взагалі, слід зазначити, що єдиного загальнодержавного суб'єкта контролю в Ірландії немає (Департамент освіти науки Ірландії здійснює загальне управління). Станом на тепер можна вести мову про наявність кількох суб'єктів контролю, які наділені різним обсягом повноважень у сфері вищої освіти: 1) Раду якості ірландських університетів, яка повинна періодично контролювати діяльність університетів з акцентом, перш за все, на якість освітніх послуг, працеспроможність випускників; 2) Національне кваліфікаційне управління Ірландії, головними функціями якого є: розробка стандартів і визначення кваліфікаційних вимог (це слід виділити окремо, оскільки нормативно закріплені стандарти діяльності університетів), а також контроль якості діяльності Дублінського технологічного університету (він має особливий статус і є єдиним технологічним університетом, який перебуває у сфері контрольної діяльності Управління); 3) Раду з питань вищої освіти і навчальних сертифікатів, яка концентрує свою контрольну діяльність на всіх, окрім Дублінського, технологічних інститутах; 4) Агентство з управління вищою освітою, яке уповноважене здійснювати моніторинг якості освіти всіх університетів [27, с. 318]. Широком є залучення до контролю у сфері вищої освіти професійної громадськості, а саме Ірландської університетської асоціації (раніше Конференції голів ірландських університетів) та Міжуніверситетського комітету з регулювання якості, до складу якого увійшли контролери від кожного університету [27, с. 316]. Нормативне визначення засад контролю характеризується дещо

узагальненим характером (наприклад, Біла книга «Наша майбутня освіта» (1995 року), Акт про університети (1997 року), Акт про кваліфікації (освіта і навчання) (1999 року), Акт про інститути технології (2006 року) тощо), хоча й передбачає відмежування його засад щодо університетів та не університетських установ, має опосередкований характер фіксування в актах, які визначають засади функціонування навчальних закладів.

Доцільно зупинитися і на досвіді Чеської Республіки, оскільки вона відрізняється, з одного боку, децентралізацією управління у сфері вищої освіти з широкими повноваженнями місцевих органів влади, а з іншого – наявністю спеціалізованого суб'єкта із дещо своєрідним призначенням контролю. Так, слід зазначити, що міністерство освіти має широкі повноваження координаційного характеру, загального контролю за станом справ в освіті в цілому та вищій освіті зокрема, що свого часу було визначено у «Білій книзі» (2001 року) під назвою «Народна програма розвитку освіти в Чеській Республіці», положення якої у подальшому знайшли своє закріплення в окремих законодавчих актах в т. ч. й про вищу освіту. Вища освіта є невід'ємною складовою частиною у структурі системи освіти й охоплює «діяльність університетів, що працюють за Болонською системою: бакалаврат – магістратура – докторантура» [28, с. 91-92]. Повноваженнями контролю, що правда переважно щодо фінансових питань, загального стану справ у сфері, наділені також крайові управління освіти та районні управління освіти. Згідно з положеннями законодавства, вони є «відповідальними за стан справ у освітній галузі» (перспективне планування, розвиток мережі установ освіти, навчання різних категорій осіб тощо) [29, с. 104]. Повноваження ж контролю концентрує спеціалізований суб'єкт – Державна інспекція навчальних закладів (Інспекція з питань освіти) – «автономний адміністративний державний орган, що складається із центрального управління та 14 регіональних інспекторатів» [30, с. 6]. Однак слід зазначити, що цей орган реалізує свої контрольні повноваження по відношенню до всіх навчальних закладів, окрім вищих навчальних закладів, саме тому його і називають «шкільна інспекція» [29, с. 104]. Стосовно ж вищих навчальних закладів повноваження контролю розподілені між Міністерством та місцевими органами влади зі збільшенням повноважень останніх. Відносини контролю базуються на принципах автономії вищів у вирішенні питань організації навчально-виховного процесу, втім держава (в т. ч. й регіональний рівень) контролюють фінансування (якщо вищий навчальний заклад отримує фінанси з бюджету) та якість навчального процесу з використанням різноманітних засобів контролю – спостереження, тестування, анкетування, співбесіди, збору інформації тощо.

Чимало принципових засад правового регулювання відносин у сфері вищої освіти у країні змінилося в процесі адаптації законодавства до вимог права ЄС. Це певним чином вплинуло і на контроль, зумовивши визнання в якості ба-

зових засад демократизації, професіоналізму, децентралізації, автономії об'єктів контролю, соціальної орієнтованості [31, с. 10-11].

Досить цікавим є і досвід Федеративної Республіки Німеччини, державний контроль у сфері вищої освіти якої пройшов шлях від тотального державного контролю до соціального індивідуально-державно орієнтованого контролю з акцентом на забезпечення якості вищої освіти, впровадження різноманітних методів, домінуючим серед яких є експертиза. Оразу ж слід зазначити, що для державного контролю у сфері вищої освіти, як і вищої освіти в цілому, характерним є трирівнева структурованість, яка й зумовлює побудову системи суб'єктів контролю – федеральний рівень (рівень федерального), регіональний рівень (суб'єкти управління з контрольними повноваженнями у землях) і спеціалізовані суб'єкти (із зірним ступенем участі представників держави). Для цієї організаційної структури контролю характерним є прояв принципу децентралізації контрольних повноважень із розширеннями сфери таких повноважень у напрямі руху «зверху до низу». Щоправда, як слушно зазначає О. В. Чорна, у XIX–XX ст. державний контроль у сфері вищої освіти у ФРН відрізнявся суто централізованим характером і моносуб'єктним складом [32, с. 7-9]. Слід врахувати специфіку статусу вищих навчальних закладів у країні, який вважається «подвійним», оскільки «в рамках одного передбачає поєднання статусу і корпорації (добровільне об'єднання професорів і студентів для досягнення поставленої мети) і державної установи (10% їх бюджету формують надходження від федерального уряду і 90% – від уряду земель)» [33, с. 46], що певним чином зумовлює активність у контролі (відповідно до представництва їхніх інтересів) відповідних суб'єктів. Оразу ж варто зробити акцент на тому, що зміщено акцент в активності контролю у бік контролюючих суб'єктів земель і професійних (щоправда, недержавних) суб'єктів. Саме тому цілком виправданим вважається згадування у фаховій літературі про т. з. «державно-громадський», «змішаний» контроль у сфері вищої освіти у ФРН [34, с. 85-93]. Доволі широкою є участь «змішаних» за видом суб'єктів контролю – агенцій, рад, центрів тощо. Так, наприклад, О. В. Чорна виокремлює кілька рівнів контролю з різним ступенем участі суб'єктів «національний – регіональний – локальний», і саме локальний широко представлений різноманітними рейтинговими, акредитованими, професійними агенціями, комісіями, комітетами, центрами тощо [32, с. 10-11]. При цьому головними принципами їхньої діяльності є «автономія, професіоналізм, прозорість, попереджувально-удосконалююча орієнтація функціонального призначення та ін.» [32, с. 11-12]. Важливим, таким, що цілком підлягає запозиченню для України, є аспект деталізованого нормативного визначення процедури експертизи як базового методу контролю, видів експертиз. Так, на нормативному рівні визначено, що за ініціатором можна виокремлювати внутрішню і зовнішню експертизу, за

орієнтацією та результатами – нормативну та сумативну [33, с. 47]. Вихідними принципами ж експертизи є: дискурсивність (діалоговість відносин), розмаїття перспектив та орієнтація на процес [33, с. 47]. На локальному рівні широкими повноваженнями безпосереднього характеру щодо контролю у сфері вищої освіти у ФРН наділена Асоціація університетів та інших навчальних установ вищої освіти. Орієнтація контролю у вищій освіті чітко визначена – це якість вищої освіти, саме тому під час експертизи відбувається самооцінка вишів, порівняння наданих останніми показників із критеріями якісної підготовки, виявлення перекосів напрямів удосконалення діяльності вишів і, як наслідок, формування рейтингу їх на всіх трьох рівнях (раніше згаданих) контролю. Досвід ФРН цілком можна вважати позитивним в аспекті поєднання суб'єктної складової на рівні – держава і недержавні суб'єкти, а звідси – т. з. «змішаний характер» за суб'єктом. Варто запозичити цей досвід у частині децентралізації повноважень контролю з розподілом повноважень на місцях та із залученням професійних громадських суб'єктів. Окрім того, важливим є визначення меж контролю з акцентом на «забезпечення якості вищої освіти» та впровадження «забезпечення відповідності європейським стандартам та постійного підвищення якості вищої освіти», а не обмеження лише «національним рівнем стандартів» [32, с. 11].

І, нарешті, варто зупинитися на досвіді країн колишнього Радянського Союзу у врегулюванні відповідного питання, беручи до уваги те, що має місце значна кількість подібних нормативних положень, організаційних утворень та процедурних аспектів у відповідних країнах, що пояснюється специфікою історичного підґрунтя формування нормотворчості та правозастосування у відповідній сфері відносин. Водночас наявні і певні специфічні ознаки державного контролю у сфері вищої освіти у відповідних країнах, зумовлені різними пріоритетами державотворення, правотворення, що вплинуло і на сферу вищої освіти в т. ч. й в аспекті державного контролю. Слід зазначити, що для Російської Федерації, Республіки Молдови, Республіки Казахстан характерним є домінування державного контролю у системі контролю у сфері вищої освіти взагалі. При цьому для Республіки Казахстан характерним є надання широких контрольних повноважень у відповідній сфері відносин Міністерству освіти і науки із внутрішнім розподілом їх між самим Міністерством, Департаментом державного інспектування та моніторингу та Департаментом вищої і післявузівської освіти, що й зумовлює його характеристику як «трехкомпонентного контролю за діяльністю вищих навчальних закладів» [35, с. 11]. Предметом відповідного контролю виступають: 1) умови освітнього процесу (ліцензування); 2) зміст процесу (атестація); 3) результати процесу (акредитація). Згідно із цим розподілом поділяються й контрольні повноваження між суб'єктами контролю, що знайшло своє закріплення у законодавстві про освіту та ліцензування. Варто звернути

увагу на те, що нормативно регламентована процедура формування експертних комісій Департаменту державного інспектування та моніторингу, серед членів яких можуть бути: представники державних органів освіти, державних органів, у сферу відання яких включено органи освіти, «зацікавлені» (у межах компетенції) центральні виконавчі органи, представники освітянських організацій та провідні педагогічні працівники Республіки Казахстан, представники національного центру державних стандартів освіти і тестування» [35, с. 12]. Слід звернути увагу на детальну регламентацію процедурних засад інспектування (стадії, дії, їх послідовність, критерії співвідношення, підсумкові документи тощо). Окрім традиційних засобів контролю, у законодавстві цієї держави передбачені й специфічні – «анонімне анкетування всіх учасників навчально-виховного процесу» [35, с. 12]. Домінування відомчого контролю не виключає можливості здійснення спеціалізованого (окремими державними установами у межах своїх повноважень із дотриманням принципу спеціалізації).

Широкими контрольними повноваженнями у сфері вищої освіти наділене й Міністерство освіти Республіки Молдова із централізацією цих повноважень щодо всіх вищих навчальних закладів [36, с. 24]. Правові засади контролю деталізовано на рівні законодавчих і численних підзаконних актів, вимоги щодо об'єктів контролю «зачіпають всі сфери їх діяльності» [36, с. 24]. Деяко іншою є ситуація у Російській Федерації, для якої характерним є розподіл контрольних повноважень у відповідній сфері між федеральним, муніципальним і регіональним рівнями системи суб'єктів контролю. Правова регламентація також передбачає кілька (аналогічні до вищезазначених) рівнів, що зумовлює фіксацію засад контрольної діяльності одразу в різних нормативно-правових актах, що інколи зумовлює колізії у регулюванні відповідних питань [37, с. 114-118], які, у свою чергу, зумовлюють проблеми у регулюванні відповідних відносин, проблеми у правозастосуванні. Хоча варто відзначити, що держава намагається врегулювати ці питання шляхом прийняття окремих нормативних актів спеціалізованого характеру (наприклад, Постанова Уряду РФ від 17.06.2004 № 300 «Про затвердження Положення про Федеральну службу з нагляду у сфері освіти і науки» тощо). Щоправда, аналіз джерельної бази свідчить про наявність численних колізій щодо безпосереднього розподілу контрольних повноважень між федеральним, регіональним та муніципальним рівнями суб'єктів [37, с. 118, 38, с. 5-10]. Окрім проблемних питань, пов'язаних із правовим регулюванням контролю у сфері вищої освіти й закріпленням засад у різних актах, перерозподілом відповідних повноважень, наявні і складнощі, зумовлені помилковим отождошенням законодавцем контролю і нагляду, що істотно впливає на розуміння контролю та його практичне здійснення. Найпоширенішою формою державного контролю у сфері вищої освіти є перевірка (основним суб'єктом є Управління

освітніх установ та інспектування Міністерства освіти РФ, Рососвітнагляд), орієнтована на з'ясування відповідності діяльності навчального закладу національним освітнім стандартам [39, с. 7-15], визначення прогалин, їх усунення та притягнення винних до відповідальності. Натомість участь громадськості, професійної спільноти, на жаль, є мінімальною у контролі у сфері вищої освіти. Окрім відомчого контролю, поширення набуває спеціалізований контроль, зумовлений специфікою діяльності суб'єкта його здійснення (наприклад, прокуратури, хоча й спостерігається наглядовий характер її діяльності) [40, с. 77-78]. Контрольна діяльність державних органів зосереджена не лише на якості навчального процесу, як це характерно для більшості країн Європи, США, а на всіх напрямках діяльності вищих навчальних закладів, на вищій освіті в цілому, що й дозволяє говорити про його майже суцільний характер (хоча, наприклад, у Литві, яка також є однією із країн колишнього радянського Союзу, контроль зорієнтований на якість освіти, в т. ч. й вищої, і передбачає здійснення його спеціалізованими суб'єктами (центром забезпечення якості у вищій освіті) з активним залученням громадськості [41, с. 10-18]).

Отже, узагальнений аналіз зарубіжного досвіду державного контролю у сфері вищої освіти дозволяє стверджувати, що його вивчення є необхідним у процесі докорінного перегляду правових засад контрольної діяльності взагалі і в окремих сферах суспільних відносин зокрема в Україні задля уникнення прогалин, проблемних питань та запозичення позитивних напрацювань. Відповідне запозичення має бути виваженим, аргументованим, з акцентом на його апробацію часом і практикою, а також з урахуванням специфіки вітчизняної нормотворчості та правозастосування, потреб сучасного періоду розвитку держави.

Слід констатувати, що у зарубіжних країнах є три основні моделі державного контролю у сфері вищої освіти: континентальна, американська і змішана, які передбачають різний суб'єктний склад, ступінь втручання контролюючих суб'єктів у діяльність вищих навчальних закладів, деталізацію нормативних засад, в т. ч. й процедурних, безпосередню мету, оформлення підсумкових результатів. Задля підвищення ефективності державного контролю у сфері вищої освіти в Україні, удосконалення його правових засад видається доцільним урахування позитивного правотворчого та правозастосовчого зарубіжного досвіду у частині: децентралізації, що передбачає передачу більшої частини контрольних повноважень місцевим органам державної влади; зменшення загальної кількості суб'єктів державного контролю і створення спеціалізованих суб'єктів зі «змішаним» складом (із залученням професійних громадських об'єднань, освітянської громадськості); визначення в якості безпосередньої мети забезпечення якості вищої освіти й розширення автономії вищих навчальних закладів щодо вирішення інших питань; визначення критеріїв відповідності діяльності, які узгоджуються із загаль-

ноприйнятими європейськими стандартами, й закріплення їх у національному законодавстві; деталізації процедурних засад контролю як різновиду адміністративної процедури (зادля уніфікації для всієї країни бажано закріпити у кодифікованому акті; а у законодавчому акті спеціального характеру передбачити посилення на уніфікованість процедури та відсилку до кодифікованого акту); закріплення переважно попереджувально-припиняючого характеру результату; визначення активної ролі об'єкта контролю у процесі контрольних правовідносин та у ліквідації виявлених прогалин (недоліків); мінімізації безпосереднього контакту суб'єкта контролю з вищими навчальними закладами, запровадивши електронні засоби незалежного контролю, дистанційні засоби контролю; посилення співпраці держави і професійних об'єднань у процесі контролю у сфері вищої освіти, забезпечивши функціонування «змішаної» моделі державного контролю у сфері вищої освіти в Україні.

Окрім того, цілком можливим вбачається запозичення досвіду залучення іноземних експертів до складу експертних комісій (інші аналоги) під час проведення контролю у сфері вищої освіти, а також в якості результату контролю – формування рейтингу ВНЗ з акцентом на показники якості їхньої діяльності.

Список використаних джерел:

1. Пріоритетні напрямки розвитку правової науки на 2016-2020 рр. : Постанова загальних зборів НАПрН України від 03 березня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://aphd.ua/priorytetni-napriamku-rozvytku-pravovo-nauku-na-2016-2020-rr>.
2. Пріоритетні тематичні напрямки наукових досліджень і науково-технічних розробок на період до 2020 р. : Постанова Кабінету Міністрів України від 07 вересня 2011 року № 952. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/942-2011-%D0%BF>.
3. Губерська Н. Л. Адміністративні процедури у сфері вищої освіти : теоретико-правове дослідження : монографія / Наталія Леонідівна Губерська. – Харків : Панов, 2015. – 508 с.
4. Савіщенко В. М. Адміністративно-правове забезпечення освіти та науки в Україні : монографія / Вікторія Миколаївна Савіщенко. – Дніпропетровськ: Дніпр. держ. ун-т внутр. справ; Ліра, 2015. – 372 с.
5. Ракша Н. С. Адміністративно-правове забезпечення права громадян на освіту : монографія / Н. С. Ракша. – Донецьк: Дон ДНУ, 2009. – 210 с.
6. Шаповал Р. В. Адміністративно-правове регулювання освітньої діяльності в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / Р. В. Шаповал. – Х., 2011. – 36 с.
7. Юринець Ю. Л. Забезпечення культурних прав громадян засобами адміністративного права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня доктора юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / Ю. Л. Юринець. – К., 2010. – 16 с.
8. Коломоєць Т. О. Організаційно-правові засади управління юридичною освітою в Україні : монографія / Т. О. Коломоєць, М. П. Мартинов. – Запоріжжя: Запорізький національний університет, 2012. – 280 с.
9. Головій Л. В. Організаційно-правові засади надання освітніх послуг вищими навчальними закладами України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / Л. В. Головій. – К., 2010. – 16 с.
10. Курко М. Н. Адміністративно-правове регулювання вищої освіти в Україні : монографія / Микола Нестерович Курко. – Харків: Вид-во Харківського національного ун-ту внутр. справ, 2010. – 376 с.
11. Правові проблеми вдосконалення організації діяльності та управління у сфері освіти : дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / Пальчиков В'ячеслав Іванович – К., 2005. – 176 с.
12. Червякова О. В. Організаційно-правові аспекти управління вищим навчальним закладом МВС України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес ; фінансове право ; інформаційне право» / О. В. Червякова. – Х., 2002. – 219 с.
13. Шевченко С. О. Механізм державного та громадського управління якістю вищої освіти: зарубіжний досвід / С. О. Шевченко // Держава та регіони. – 2007. – № 3. – С. 171–176. – (Серія: Державне управління).
14. Дзвінчук Д. І. Освіта в історико-філософському вимірі: тенденції розвитку та управління : монографія / Д. І. Дзвінчук. – К.: ЗАТ «Ніч-лава», 2006. – 378 с.
15. Баєва О. В. Державно-громадське управління якістю вищої освіти: досвід США / О. В. Баєва // Держава та регіони. – 2010. – № 2. – С. 5-9. – (Серія: Державне управління).
16. Исследовательские университеты: американская модель / под. ред. В. Б. Супян. – М.: Магистр, 2009.
17. Джонстоун Д. Б. Система образования в США: структура, руководство, финансирование / Д. Б. Джонстоун // Университетское управление: практика и анализ. – 2003. – № 5-6 (28). – С. 92-102.
18. Макгиннес Э. Финансовый менеджмент в сфере высшего образования: сравнительное исследование взаимоотношений вузов и штатов в США / Э. Макгиннес ; пер. с англ. Центр ОЭСР. – М.: ВШЭ, 2005. – 344 с.
19. Верхогляд О. Проблеми міжнародної співпраці у сфері вищої освіти: контроль за якістю освіти. Національний та міжнародний аспекти / О. Верхогляд, Ю. Романовська, О. Романовський // Вища школа. – 2010. – № 1. – С. 15-23.
20. Курбатов С. Американська система акредитації вищих навчальних закладів / С. Курбатов // Вища освіта України. – 2016. – № 4. – С. 70-75.
21. Андрюшина О. В. Моніторинг якості загальної освіти у Сполучених Штатах Америки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. пед. наук. спец. 13.00.01 «Загальна педагогіка та історія педагогіки» / О. В. Андрюшина. – К., 2014. – 20 с.
22. Курдюмова И. Н. Школьное инспекторство в Великобритании / И. Н. Курдюмова // Народное образование. – 2001. – № 8. – С. 58–64.

23. Курдюмова И. М. Инспектирование школ в Великобритании / И. М. Курдюмова // Педагогика. – 2001. – № 3. – С. 80–85.

24. Москордіні А. О. Забезпечення якості: досвід Великої Британії / А. О. Москордіні, А. М. Кучко, Т. В. Власова // Здійснення процедур із забезпечення якості, акредитації, ліцензування та нострифікації вищих навчальних закладів України з використанням європейського досвіду (NARIC) : навч.-довідн. видання. – Київ-Донецьк: Дон НУ, 2008. – С. 72-84.

25. Жуковський В. Роль студентів у забезпеченні якості вищої освіти: Європейський досвід та українське застосування / В. Жуковський // Імператив якості: вчимося цінувати і оцінювати вищу освіту : навч. Посібник / за заг. ред. Т. Добка, М. Головенко, О. Кайкової, В. Терзіяна, Т.Тихоненка. – Львів: Видво «Компанія Манускрипт», 2014. – С. 261-286.

26. Себкова Х. Акредитація і обсяг освіти якості освіти в Європі / Х. Себкова // Высшее образование сегодня. – 2002. – № 12. – С. 44-50.

27. Запороженко Ю. Організаційні засади забезпечення якості вищої освіти в Ірландії / Ю. Запороженко // Вісник Львів. ун-ту. – 2009. – Вип. 23. Ч. 3. – С. 313-319. – (Серія: Педагогіка).

28. Карпенко О. В. Державне управління сучасною системою освітніх послуг у Чеській Республіці / О. В. Карпенко, А. В. Січкач, В. Ю. Ткаченко // Педагогіка і психологія. – 2012. – № 1. – С. 89-94.

29. Красняков Є. В. Державна політика Чеської Республіки в галузі освіти: досвід для України / Є. В. Красняков // Вісник НАДУ. – 2015. – № 4. – С. 101-106.

30. Андриш О. Держнагляд по-чеськи / О. Андриш // Освіта України. – 2017. – № 6. – С. 6.

31. Бондарчук Н. О. Державна політика Чехії в галузі освіти: стан і тенденції розвитку : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з дер. управл. : спец. 25.00.02 «Механізми державного управління / Н. О. Бондарчук. – К., 2008. – 20 с.

32. Чорна О. В. Розвиток системи моніторингу якості вищої освіти в Німеччині : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. пед. наук. : спец. 13.00.01 «Загальна педагогіка та історія педагогіки / О.В. Чорна. – К., 2016. – 20 с.

33. Фурлеева Т. В. Экспертиза университетов: опыт ФРГ / Т. В. Фурлеева // Высшее образование сегодня. – 2005. – № 2. – С. 44-48.

34. Ахтамзян Н. А. Система государственного общественного управления образованием в Германии / Н. А. Ахтамзян // Педагогика. – 2004. – № 6. – С. 85-93.

35. Адилев Ж. Система государственного контроля качества высшего образования в Республике Казахстан / Ж. Адилев, Ш. Каланова // Alma mater. – 2004. – № 1. – С. 10-14.

36. Ротару М. Академическая оценка и государственная аккредитация высших учебных заведений в Республике Молдова / М. Ротару // Alma mater. – 2004. – № 1. – С. 22-24.

37. Боровик В. Формирование региональной нормативной правовой базы в области образования / В. Боровик // Народное образование. – 2006. – № 4. – С. 114-119.

38. Спасская В. В. Проблемы законодательного разграничения и обеспечения реализации полномочий по контролю и надзору в сфере образования / В. В. Спасская // Право и образование. – 2005. – № 6. – С. 5-11.

39. Сауткин В. Государственное инспектирование: стратегия и практика / В. Сауткин // Народное образование. – 2001. – № 8. – С. 7-16.

40. Бережкова Н. В. Осуществление прокурорского надзора в области образования / Н. В. Бережкова // Административное право и процесс. – 2015. – № 12. – С. 77-78.

41. Скабунськієне Н. Забезпечення якості у вищій освіті: досвід Литви / Н. Скабунськієне, А. Серпатаускас // Вища школа. – 2015. – № 2-3. – С. 10-18.

В статті обґрунтовується цілесобразність аналізу зарубіжного досвіду правового регулювання відносин державного контролю в сфері вищої освіти та можливості його застосування для України в умовах сучасних процесів реформування. Автор звертає увагу на наявність кількох базових моделей регулювання таких відносин, аналізує переваги та недоліки кожної з них. Обґрунтовується необхідність урахування досвіду України в умовах перегляду правових основ державного контролю в цілому і в сфері вищої освіти в частині апробованого часу і практикою позитивного досвіду; звуження сфери такого контролю; створення спеціалізованих суб'єктів контролю з активним участю громадськості; впровадження оптимальних форм і методів; посилення основ прозорості, оперативності, неупередженості. В роботі сформульовані конкретні пропозиції о можливості застосування позитивного зарубіжного досвіду для України в сучасних умовах.

Ключевые слова: высшее образование, государственный контроль, зарубежные страны, опыт, заимствования, пути.

The article analyzes the experience of foreign countries in the legal regulation of issues of state control in higher education. The author conditionally identifies three basic models of such control and its legal regulation, depending on the availability of basic subjects, the extent to which the state interferes in matters of higher education and its procedures. Paying attention to the analysis of each model, the author, using the example of the experience of specific countries (conditionally singles out a total model of state control, a liberal model and a mixed model of such control), outlines the features of the legal regulation of the relevant control issues – the level of regulation, the degree of centralization of control powers, the presence of one or several basic subjects And the distribution of control powers between them, the implementation of the principle of specialization in the monitoring process, the main forms and me The degree of detailed regulation of the procedural aspect of the relevant control. In the paper, it is justified the appropriateness of borrowing in the aspect of Ukraine's entry into the European space of higher education only of the positive experience, tested by time and practice, and vice versa, leaving out of attention in the aspect of borrowing negative, controversial experience to eliminate possible problem moments in the process of law enforcement. The

author formulates concrete proposals for borrowing for Ukraine the experience of legal regulation of issues of state control in the sphere of higher education on the basis of an analysis of the experience of the countries of the three highlighted models of such regulation. In particular, it is expedient to justify the introduction of a mixed system of state control in the sphere of higher education, with simultaneous concentration of control powers among state bodies (powers of a general nature of the state level) and specialized bodies (representative version of the composition with active participation of independent experts), with detailed regulation of the quality of educational Services (personnel, technical, methodological, organizational issues) and providing autonomy to subjects of educational activity in solving related issues. Necessary is the detailed regulation of procedural issues of state control in the sphere of higher education with their simultaneous classification in the form of classification. The author defends the position of the need to consider the appropriate type of control as an administrative procedure and accordingly formulates the proposal to concentrate the relevant legal requirements in a single codified administrative and procedural act, drawing attention to the positive experience of regulating such issues in foreign countries. Specific proposals are formulated for the domestic legislation regarding the solution of issues of legal regulation of relations of state control in the sphere of higher education.

Key words: higher education, state control, foreign countries, experience, borrowing, ways.



УДК 342.7

Олексій Навроцький,

канд. економ. наук,
доцент кафедри економіки та менеджменту
економічного факультету, аспірант юридичного факультету
Харківського національного університету імені В.Н. Каразіна

ОСНОВНІ ФОРМИ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ ПРАВ ДИТИНИ

Статтю присвячено визначенню форм публічного адміністрування прав дитини. Встановлено, що форми публічного адміністрування прав дитини являють собою напрями та способи реалізації публічного адміністрування прав дитини на підставі нормативно-правових актів, що здійснюється органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування шляхом виконавчо-розпорядчої діяльності для втілення державної політики та законів України, а також міжнародних договорів щодо забезпечення прав дитини. Запропоновано форми публічного адміністрування прав дитини поділяти на правові та організаційні.

Ключові слова: права дитини, забезпечення прав дитини, публічне адміністрування, форми публічного адміністрування.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Визначення основних форм публічно-правового адміністрування прав дитини є важливим завданням у дослідженні адміністративно-правового регулювання забезпечення прав дитини в Україні. У цьому разі важливим вбачається правильне уявлення про саму категорію публічного адміністрування, яка є запозиченою в іноземних державах, та врахування її відмінностей від категорій публічного управління, державного управління, публічної адміністрації. Ураховуючи, що під публічно-правовим адмініструванням прав дитини ми розуміємо самостійний вид публічної діяльності, що регламентована нормативно-правовими актами та здійснюється органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, має владний, управлінський, виконавчо-розпорядчий характер та спрямована на втілення державної політики та виконання законів України, а також міжнародних договорів щодо забезпечення прав дитини як особливого об'єкта публічного адміністрування, важливим є окреслення форм, через які публічне адміністрування прав дитини реалізується на практиці, що дає змогу не існувати лише як задеклароване поняття, а відображати дієвість управлінської діяльності в означеній сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Останнім часом на форми публічного адміністрування у різних сферах звертали увагу у дисертаційних дослідженнях В. О. Закриницька (Адміністративно-правові засади управління у сфері соціального захисту сім'ї, дітей та молоді», 2014 рік), О. В. Золотоноша («Організаційно-правові засади публічного адміністрування у сфері економіки на місцевому рівні», 2016 рік), Л. П. Котяш («Адміністративно-правове регулювання державної реєстрації юри-

дичних осіб в Україні», 2017 рік), І. П. Яковлев («Форми і методи публічного адміністрування у державній митній справі», 2016 рік) та інші вчені. Однак окремого дослідження, що присвячено формам публічного адміністрування прав дитини, на тепер в Україні не проведено.

Виходячи з наведеної нами постановки проблеми у загальному вигляді, у статті ми ставимо за **мету** на підставі аналізу наукових поглядів надати теоретико-правову характеристику форм публічно-правового адміністрування прав людини та розмежувати її види. Зазначена мета передбачає виконання таких завдань: визначити стан наукового дослідження форм публічного адміністрування; з'ясувати основні властивості форм публічного адміністрування; розкрити поняття форм публічного адміністрування прав дитини; з'ясувати підстави та встановити критерії відокремлення правових форм публічного адміністрування прав дитини від організаційних форм.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. У дослідженні форм публічного адміністрування прав дитини насамперед слід зазначити те, що «форма», виходячи із загальнотеоретичних положень, завжди розумілася як зовнішній прояв, зовнішнє оформлення, вираження будь-якого предмета, процесу або явища. Якщо розглядати форму як філософську категорію, то вона характеризується подвійною сутністю: внутрішньою – як організація змісту [1, с. 434] та зовнішньою (лат. forma – зовнішній вид) як спосіб зовнішнього прояву змісту, а також спосіб зв'язку елементів змісту [2, с. 483], а також як співвідношення між способом організації речі і власне матеріалом, із якого ця річ складається [3, с. 949]. Тому, як зазначає І. П. Яковлев, через освоєння форм публічного адміністрування відкривається доступ до

усвідомлення змісту цієї владної активності. Поза конкретними способами зовнішнього вираження публічне адміністрування залишається доволі абстрактним явищем для посадових осіб. Спрямованість на задоволення публічного інтересу, гласність, готовність до координації та інші якісні сторони сучасного урядування доносяться до приватних осіб через зміну співвідношення наявних та впровадження нових форм. Дотримання вимог кожної з форм, їх адекватне застосування дозволяє також розрізнити реальний (практичний, прикладний) та декларований зміст публічного адміністрування [4, с. 80]. Р. Пилипів, досліджуючи форми і методи адміністративної діяльності патрульної поліції за законодавством України, зазначає, що в правовій науці сформувалося уявлення про те, що форми адміністративної (публічної) або управлінської діяльності поділяють на дві основні групи: правові та не правові (організаційні) [5, с. 126]. Прихильниками такої думки є багато вчених, наприклад Б. М. Габрічидзе, В. К. Колпаков, Ю. С. Назар, О. І. Остапенко, В. О. Серьогін та О. Н. Ярмиш та деякі інші. Правові форми пов'язані зі встановленням і застосуванням норм права. До першої групи належать такі прояви правових форм, як правотворча та правозастосовна діяльність. Не правові форми публічної діяльності, відповідно, не пов'язані з реалізацією владних виконавчо-розпорядчих повноважень і не спричиняють юридичних наслідків (проведення суспільно-організаційних заходів; проведення організаційно-технічних заходів), їх мета полягає у сприянні створенню ефективних умов для реалізації повноважень відповідних структур та підрозділів. Це досягається створенням належних умов функціонування системи органів як внутрішньо організаційно, так і зовнішньо організаційно. Зазначене забезпечується як матеріально-технічним оснащенням, так і вирішенням проблем створення умов для реалізації прав та свобод громадян, а також наданням їм певної інформації, виданням відповідних рішень та адміністративно-правових актів.

В. К. Колпаков, вважаючи, що під формами розуміється зовнішнє вираження (зовнішнє оформлення) діяльності суб'єкта публічної адміністрації щодо реалізації своїх функцій у межах встановленої компетенції [6, с. 43], зазначає, що форми діяльності публічної адміністрації класифікуються на підставі двох критеріїв. Перший критерій – наслідки (правовий ефект) застосування тієї чи іншої форми. За цим критерієм вони поділяються на правові і не правові форми. До правових належать форми, використання яких спричиняє виникнення юридичних наслідків. Це, наприклад, прийняття нормативних та індивідуальних актів, укладання адміністративних договорів, здійснення реєстраційних та інших юридично значущих дій. До не правових належать форми, які безпосередньо юридичного значення не мають (проведення ревізії, нарада, консультація). Другий критерій – спосіб реалізації методів публічного адміністрування. За цим критерієм форми публічного адміністрування поділяють на прийняття

нормативних актів; прийняття ненормативних актів; укладання адміністративних договорів; вчинення реєстраційних та інших юридично значущих дій; здійснення організаційних дій; виконання матеріально-технічних операцій [7, с. 40].

Однак окремі вчені не погоджуються з тим, що видами адміністративних форм діяльності можуть бути не правові форми. Так, К. С. Бельський на прикладі використання організаційно-примусових дій доводить, що такі дії не можуть бути не правовими, адже вони засновані на праві. Отже є правовими. Інакше вони не мають юридичної сили [8, с. 546]. Частково погоджуючись з К. С. Бельським, Б. М. Габрічидзе та Б. П. Єлесеєв вказують на те, що на практиці іноді важко розрізнити форми управлінської діяльності, оскільки «всі форми державного управління – правові й не правові (здійснення організаційних дій, наради, семінари тощо; матеріально-технічні дії) – у певному розумінні є правовими, які мають відповідну юридичну базу, ґрунтуються на правових актах та приписах, без яких не можуть виникати, функціонувати та застосовуватися на практиці. Правовий складник так чи інакше є в будь-якій із названих форм незалежно від того, до яких з існуючої класифікації – до правових чи не правових – їх слід віднести. Звичайно, це не свідчить про відсутність розбіжностей між ними» [9, с. 346]. Приблизно таких же поглядів дотримуються й українські вчені-адміністративісти А. І. Берлач та О. П. Рябченко, зазначаючи, що використання терміна «не права» (у разі класифікації форм адміністративної діяльності) є дещо некоректним, оскільки останній розглядається також як синонім слів «протиправний», «незаконний» та ін. А. І. Берлач, вважає, що автори мали на увазі, найімовірніше за все, відмінний від правової форми, тобто такий, що не породжує правового акта, хоча вся процедура має чітко визначений правовий характер. А тому, на думку науковців, у теорії потрібно вживати термін «організаційна форма» [10, с. 254] або, як зазначає О. П. Рябченко, «не права форма – це форма, що не має юридичних наслідків» [11, с. 246]. Ми також дотримуємося цієї точки зору, що для уникнення неоднозначного розуміння категорії «не права форма» слід застосовувати термін «організаційна форма». Це позбавить неправильного тлумачення її змісту як протиправної, тієї, що реалізується не правовим шляхом та суперечить і порушує норми права. Тому у цьому разі слід використовувати термін «організаційна форма».

Ураховуючи зазначений, розроблений правовою доктриною термінологічний матеріал, зазначимо, що ми дотримуємося думки стосовно того, що в нашому контексті формами публічного адміністрування прав дитини є правові та не правові форми (організаційні). Коли вживається термін «не правові», не мається на увазі неправомірні, не передбачені законодавством або такі форми, що суперечать чинному законодавству або порушують його. Йдеться про не правовий характер як такий, що не породжує норм права, а конкретна, не пра-

вова форма публічного адміністрування прав дитини (організаційна, матеріально-технічна) здійснюється відповідними суб'єктами, звісно, у межах правового поля, але вона не породжує створення нових правових приписів.

Слід навести також поділ на види форм публічного адміністрування, який здійснив І. П. Яковлев. Вчений виокремлює залежно від зв'язку зі змістом три форми публічного адміністрування: 1) процедурна форма – правове або інколи не правове (хоча здійснюване на підставі визначеної матеріальними юридичними приписами компетенції) впорядкування структури адміністрування: визначення суб'єктів, підстав, послідовності, строків, альтернатив тощо; 2) правова форма закріплення і розвитку адміністрування, що не виключає його фіксування за допомогою інших соціальних регуляторів, які відіграють субсидіарну роль, підпорядковуючись правовій регламентації та базуючись на ній; 3) форми зовнішнього вираження адміністрування (у філософській термінології – «функціонування» змісту) [4, с. 151-152]. Така позиція, звісно, має право на існування. Але ми дозволимо собі висловити деякі зауваження з приводу «форми зовнішнього вираження адміністрування», що віднесено І. П. Яковлевим до третього виду форм публічного адміністрування. Наша позиція полягає в тому, що, враховуючи те, що форми публічного адміністрування і так є зовнішнім виразом зазначеного самостійного виду діяльності «публічне адміністрування», немає необхідності дублювати змістову характеристику публічного адміністрування у вигляді форм зовнішнього вираження адміністрування. Тому ми виключаємо можливість існування зазначеної форми публічного адміністрування як такої, що не містить змістового навантаження у разі характеристики вказаної форми та ототожнює поняття самого публічного адміністрування із формами публічного адміністрування.

У свою чергу Р. Пилипів форми публічного адміністрування поділяє на а) правові та б) організаційні (разом із матеріально-технічними), які у свою чергу забезпечують внутрішні організаційні відносини та зовнішні адміністративно-юрисдикційні повноваження [5, с. 129]. Такий поділ форм публічного адміністрування вважається нами найбільш прийнятливим, адже Р. Пилипів чітко розмежував види форм публічного адміністрування, чітко надав їм характеристику та зазначив, що між цими формами простежується взаємозв'язок, що означає, що одна форма не може існувати без іншої і реалізуються у процесі здійснення публічного адміністрування у сукупності та нерозривній єдності.

Також зазначимо, що під правовими формами публічного адміністрування І. П. Яковлев розуміє такі способи його зовнішнього вираження, яким властива імперативна зв'язаність та наступність із правовим наслідком; правовий наслідок при цьому може виникати в результаті усвідомлених вольових або інколи неусвідомлених дій та має вираження у: виникненні, зміні, припиненні правовідносин; виникненні, зміні, припиненні, призупиненні, поновленні

об'єктивного та суб'єктивного права/обов'язку матеріального або процедурно змісту (у т.ч. відповідні модифікації правових статусів); неможливості виникнення суб'єктивних прав і/або правовідносин (правоперешкодження) [4, с. 153]. У свою чергу О. В. Золотоноша під формами забезпечення публічного адміністрування розуміє певні системні утворення та способи оформлення змісту публічного адміністрування, що найбільшою мірою відповідають інтересам і є найбільш ефективними для конкретної адміністративно-територіальної одиниці, мають власні складники, що тісно взаємопов'язані та реалізуються з метою отримання того чи іншого результату. До основних форм забезпечення публічного адміністрування, вважає вчений, слід віднести насамперед публікацію та застосування актів публічного адміністрування, що стосуються розвитку регіону. Ця форма є складною та довготривалою, оскільки передбачає підготовку, укладання та підписання документів щодо здійснення спільних дій та їх унормування. Тобто можна стверджувати, що у межах цієї форми здійснюється функція адміністративної правотворчості. Форми забезпечення публічного адміністрування повинні сприяти формуванню належного рівня проживання населення та реалізації як державних, так і місцевих інтересів [12, с. 8-9].

Висновки

Ураховуючи вищезазначене, пропонуємо власне визначення форм публічно-правового адміністрування прав дитини та визначимо види, на які ми ці форми поділяємо. Так, нами вважається за доцільне визначити форми публічно-правового адміністрування прав дитини як напрями та способи реалізації публічно-правового адміністрування прав дитини на підставі нормативно-правових актів, що здійснюється органами державної виконавчої влади, органами місцевого самоврядування шляхом виконавчо-розпорядчої діяльності для втілення державної політики та законів України, а також міжнародних договорів щодо забезпечення прав дитини.

Вважаємо, що до правових форм публічного адміністрування прав дитини належать законодавчо регламентовані дії суб'єктів публічного адміністрування, що породжують правові приписи у сфері забезпечення прав дитини у ході здійснення ними виконавчо-розпорядчої діяльності. У свою чергу організаційні форми публічного адміністрування прав дитини являють собою законодавчо регламентовані дії суб'єктів публічного адміністрування, що не породжують, не змінюють та не ліквідують правових приписів та спрямовані на організаційне забезпечення здійснення виконавчо-розпорядчої діяльності у сфері забезпечення прав дитини.

У цьому разі форми публічного адміністрування прав дитини знаходять свій прояв у ході реалізації в Україні нещодавно запровадженої Програми Раннього Втручання. Як відомо, пілотний проект «Створення системи надання послуг раннього втручання» спрямовано на

забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя на 2017-2020 роки Закарпатській, Львівській, Одеській та Харківській областях [13]. Підписання Урядом України, Дитячим фондом ООН (ЮНІСЕФ), міжнародними та національними громадськими організаціями меморандуму щодо запровадження національної платформи раннього втручання породжує здійснення відповідними суб'єктами правових та організаційних форм публічно-правового адміністрування захисту прав дітей. Так, правова форма публічного адміністрування прав дітей у цьому разі буде проявлятися у затвердженні плану. Визначення координаторів з питань створення, функціонування та розвитку в Україні єдиної системи надання послуг раннього втручання являє собою організаційну форму, а визначення їх завдань та повноважень для надання консультативної допомоги у реалізації пілотного проекту «Створення системи надання послуг раннього втручання» являє собою правову форму, адже тільки після того, як буде прописано завдання та повноваження відповідних координаторів Програми, у них з'явиться правова підстава такі завдання та повноваження виконувати. Інакше їхня діяльність буде позбавлена правового підґрунтя та не матиме правових наслідків. Затвердження Тимчасового типового порядку міжвідомчої взаємодії закладів (установ) незалежно від форми власності та відомчого підпорядкування з метою надання послуг раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя, Тимчасового положення про центр (відділення, кабінет) раннього втручання, форми документів для закладів (установ), які надають послуги раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя, Тимчасового порядку раннього виявлення (скринінгу) у дітей відставання та порушення розвитку та надання послуг раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя, Методичних рекомендацій впровадження практики надання послуг раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя, Критеріїв та чітких цілей, які мають бути досягнуті за результатами впровадження пілотного проекту «Створення системи надання послуг раннього втручання» для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя є правовими формами здійснення публічного адміністрування прав дитини.

Проведення тренінгів міждисциплінарних команд раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя, які будуть задіяні в реалізації зазначеного пілотного проекту, їх навчання та підвищення кваліфікації за відповідними спеціальностями та професіями являє собою організаційну форму публічного адміністрування прав дитини у ході реалізації проекту «Створення системи надання послуг раннього втручання», адже реалізується шляхом здійснення певних дій, що не породжують створення, зміну або ліквідацію правових приписів, а саме: проведення

тренінгів (англ. «totrain» навчати, тренувати) – особливих форм навчання, підвищення кваліфікації, опанування новими знаннями, неформальне конструктивне спілкування, розширення досвіду та ін.

До організаційних форм публічного адміністрування прав дитини також можна віднести аналіз національного та міжнародного законодавства з питань охорони здоров'я, освіти, соціального захисту населення та фінансів, який провадиться (чи повинен провадитися) з метою розроблення та затвердження тимчасових документів (про які йшлося вище за текстом), прийняття яких буде вже правовою формою публічного адміністрування прав дитини та визначення положень (організаційна форма), які потребують змін для впровадження послуг раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя. Після того, як такі положення будуть визначені та сформульовано і запроваджено конкретні зміни, яких вони потребують на нормативному рівні, ухвалені рішення органами публічного адміністрування, що спрямовані на виконання зазначених вище норм, будуть являти собою правову форму публічного адміністрування прав дитини. Також затвердження наказів міністерств з урахуванням міжнародного та вітчизняного досвіду у цьому напрямі є правовою формою публічного адміністрування прав дитини. Але слід обумовити, що такої правовій формі, як затвердження наказів міністерств з урахуванням міжнародного та вітчизняного досвіду, передують організаційна форма у вигляді вивчення міжнародного досвіду впровадження практики надання послуг раннього втручання для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя і залучення недержавних організацій як надавачів послуг.

Список використаних джерел:

1. Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова ; 5-е изд. – М. : Политиздат, 1987. – 590 с.
2. Данильян О. Г. Философия : учебник / О. Г. Данильян, В. М. Тараненко. – Х. : Прапор, 2005. – 496 с.
3. Новейший философский словарь : 3-е изд., исправл. / [состав. и гл. науч. ред. А. А. Грицанов]. – Мн. : Книжный Дом, 2003. – 1280 с.
4. Яковлев И. П. Формы и методы публичного администрирования у державній митній справі : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Іван Петрович Яковлев. – Одеса, 2016. – 224 с.
5. Пилипів Р. Новий погляд на класифікацію форм і методів адміністративної діяльності патрульної поліції за законодавством України / Р. Пилипів // Visegrad Journal on Human Rights. – 2016. – № 5/2. – С. 125–131.
6. Колпаков В. К. Поняття форм публічного адміністрування / В. К. Колпаков // Адміністративне право і процес. – 2012. – № 2. – С. 43–51.
7. Колпаков В. К. Публічна адміністрація в парадигмі сучасного адміністративного права / В. К. Колпаков // Збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конфе-

ренції. – 2017. – Вип. 18. – С. 39–40. – Серія «Сектор безпеки України».

8. Бельский К. С. Полицейское право : лекционный курс / К. С. Бельский ; под ред. А.В. Куракина. – М. : Дело и Сервис, 2004. – 816 с.

9. Габричидзе Б. Н. Российское административное право : учебник для вузов / Б. Н. Габричидзе, Б. П. Елесеєв. – М. : НОРМА- ИНФРА-М, 1998. – 622 с.

10. Берлач А. І. Адміністративне право України : навч. посіб. для дист. навч. / А. І. Берлач. – К. : Ун-т «Україна», 2005. – 472 с.

11. Рябченко О. П. Держава і економіка: адміністративно-правові аспекти правовідносин : моногра-

фія / О. П. Рябченко ; за заг. ред. О.М. Бандурки. – Х. : Нац. ун-ту внутр. справ, 1999. – 304 с.

12. Золотоноша О. В. Організаційно-правові засади публічного адміністрування у сфері економіки на місцевому рівні : автореф. ... дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Олег Вікторович Золотоноша. – К., 2016. – 17 с.

13. Деякі питання реалізації пілотного проекту «Створення системи надання послуг раннього втручання» для забезпечення розвитку дитини, збереження її здоров'я та життя: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 грудня 2016 р. № 948-р // Урядовий кур'єр.–2017. – № 4.

Статья посвящена формам публичного администрирования прав ребенка. Установлено, что формы публичного администрирования прав ребенка представляют собой направления и способы реализации публичного администрирования прав ребенка на основании нормативно-правовых актов, которое осуществляется органами государственной исполнительной власти, органами местного самоуправления путём исполнительно-распорядительной деятельности для воплощения государственной политики и законов Украины, а также международных договоров относительно обеспечения прав ребёнка. Предложены формы публичного администрирования прав ребёнка разделять на правовые и организационные.

Ключевые слова: права ребенка, обеспечение прав ребенка, публичное администрирование, формы публичного администрирования.

The article is devoted to the forms of public administration of the rights of the child. It is established that the forms of public administration of the rights of the child represent the ways and means of implementing public administration of the rights of the child on the basis of normative and legal acts that are carried out by the bodies of state executive power and local self-government bodies through the implementation of executive and administrative activities for the implementation of state policy and laws of Ukraine. The same international treaties on ensuring the rights of the child. The forms of public administration of the rights of the child were divided into legal and organizational ones.

Key words: child's rights, child's rights, public administration, forms of public administration.



УДК 342.9:342.8

Олена Яра,

канд. юрид. наук, доцент,
декан юридичного факультету
Національного університету біоресурсів і природокористування України

Євген Шульга,

канд. юрид. наук, доцент кафедри міжнародного права
та порівняльного правознавства
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ РОЛІ Й ОСОБЛИВОСТЕЙ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ВИБОРЧИХ ВІДНОСИНАХ

У статті здійснено спробу визначення ролі й особливостей адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин. Установлено, що адміністративна відповідальність за порушення у сфері виборчих відносин є важливим фактором дотримання законності й правопорядку під час організації та проведення виборів. Визначено, що особливостями адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є подвійність характеру підстав її настання, що регулюється низкою нормативно-правових актів, а також притаманний їй склад суб'єктів, особливе місце серед яких займає адміністративний суд.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, адміністративний проступок, виборчі відносини, особливості адміністративної відповідальності, роль адміністративної відповідальності.

Постановка проблеми. Необхідною умовою становлення України як демократичної правової держави та розвитку вітчизняного громадянського суспільства є постійне вдосконалення виборчого законодавства й імплементація міжнародних виборчих стандартів у вітчизняне правове поле. Чесні, рівні та справедливі вибори можуть відобразити справжнє народовладдя, після чого можна буде говорити про реальну участь народу в управлінні справами держави й окремих територій, про те, що воля виборчого корпусу стала основою діяльності державних і муніципальних органів. Однак загальновідомо, що будь-які права безглузді у відриві від можливості їх реалізації. З огляду на це правове забезпечення виборчих відносин стає можливим лише за наявності напрацювання дієвих механізмів їх реалізації заходами державного примусу, особливе місце серед яких займає інститут адміністративної відповідальності. Від його ефективності залежить вільна реалізація виборчих прав, об'єктивне та чесне встановлення результатів волевиявлення громадян.

Нині виборчі відносини постійно зазнають протиправних посягань. Так, з огляду на досвід проведення останніх президентських виборів в Україні 2014 р. найбільш поширеними видами деліктів були адміністративні проступки, серед яких найчастіше вчинялися спроби зірвати вибори (21,07%), порушення порядку агітації (17,21%), насильство (13,65%), перешкоджання здійсненню агітації (11,87%), порушення в роботі виборчків (11,87%) [1]. Це свідчить про те, що левова частка заходів державного примусу припадає на заходи адміністративної відповідальності. За таких умов виникає об'єктивна

необхідність визначення ролі та значення адміністративної відповідальності в сучасних виборчих відносинах. Визначення ролі вказаного виду державного примусу дасть можливість у подальшому оцінити його ефективність, визначити проблеми й окреслити основні шляхи його вдосконалення.

Окремі питання інституту адміністративної відповідальності, зокрема у сфері виборчих відносин, були предметом досліджень таких учених, як В. Авер'янов, О. Бандурка, Ю. Битяк, В. Гаращук, В. Галунько, Е. Демський, С. Додін, Р. Калюжний, С. Ківалов, Т. Коломєць, В. Колпаков, Б. Кофман, В. Курило, І. Луговий, Д. Лук'янець, В. Стукаленко, М. Тищенко тощо. Однак переважна більшість наявних наукових праць стосуються або окремо питань адміністративної відповідальності, або правового регулювання виборчих відносин. Належної уваги ролі й особливостям адміністративної відповідальності у виборчих відносинах приділено не було.

Мета статті – сформулювати теоретико-правові підходи до визначення ролі й особливостей адміністративної відповідальності у виборчих відносинах.

Виклад основного матеріалу. Проблема дослідження адміністративних проступків і адміністративної відповідальності в галузі виборчих правовідносин не нова, проте вона має важливе теоретичне й практичне значення. Особливістю адміністративних проступків як єдиної причини настання адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є те, що вони мають подвійну правову природу й

підлягають виокремленню, адже випливають із положень адміністративного й виборчого права. Тому для застосування адміністративних санкцій необхідно, щоб проступок у сфері виборчих відносин мав ознаки порушення правової норми, установленої адміністративним законодавством.

Аналіз ролі та значення можна здійснити, лише встановивши поняття та причини настання адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин. Загальнотеоретичне поняття адміністративної відповідальності, на думку В. Колпакова, визначається як форма реагування держави на правопорушення, що полягає в застосуванні уповноваженим органом або посадовою особою передбаченого стягнення до суб'єкта проступку [2, с. 289]. Дещо схожу позицію демонструє й Ф. Шульженко, оскільки під поняттям адміністративної відповідальності визначає специфічне реагування держави на адміністративне правопорушення, що полягає в застосуванні уповноваженим органом або посадовою особою передбаченого законом стягнення до суб'єкта правопорушення [3, с. 107]. Таким чином, дослідники акцентують увагу на реакції компетентних органів державної влади на вчинений проступок.

Традиційно розглядаючи поняття «адміністративна відповідальність» із позиції різновиду юридичної відповідальності, слід зазначити, що в науковій літературі під поняттям «юридична відповідальність» у публічно-правовій сфері розуміється застосування до порушника правових заходів державного примусу уповноваженими на те державними органами, накладені на правопорушника певні правові обмеження особистого чи майнового характеру. Так, О. Скакун під юридичною відповідальністю розуміє передбачені законом види й заходи державно-владного (примусового) зазначення особою втрат благ особистого, організаційного й майнового характеру за вчинене правопорушення [4, с. 431]. Слід зазначити, що переважна більшість вітчизняних і зарубіжних учених-правників сходяться в думці, що юридична відповідальність завжди пов'язана з державним примусом, а отже, супроводжується настанням негативних наслідків для правопорушника у вигляді обмежень особистого й майнового характеру.

Юридична відповідальність є невід'ємним компонентом виборчого процесу. Вона виступає в якості однієї з правових гарантій проведення вільних демократичних виборів, які здійснюються на основі загального, рівного й прямого виборчого права під час таємного голосування. Слід зазначити, що останнє є публічно-правовим засобом забезпечення суспільного інтересу й правопорядку під час реалізації громадянами виборчих прав і права на участь у референдумі.

Незважаючи на ту обставину, що виборче законодавство врегульовує досить складну процедуру виборів, а також містить значну кількість заборон, санкцій за порушення яких повинні бути передбачені адміністративним законодавством, чинний Кодекс України

про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) має одну статтю, яка містить 14 складів адміністративних проступків і встановлює відповідальність за порушення законодавства про вибори Президента України й народних депутатів України [5]. Згідно із цим законодавчим актом відповідальність правопорушників настає за такі дії: порушення порядку ведення Державного реєстру виборців; порушення права громадянина на ознайомлення з відомостями Державного реєстру виборців; порушення порядку ведення передвиборної агітації; порушення обмежень щодо ведення передвиборної агітації; ненадання можливості оприлюднити відповідь щодо інформації, поширеної стосовно суб'єкта виборчого процесу; порушення права на користування приміщеннями під час виборчої кампанії; виготовлення або розповсюдження друкованих матеріалів передвиборної агітації, які не містять відомостей про установу, що здійснила друк, їх тираж, інформацію про осіб, відповідальних за випуск; порушення порядку розміщення агітаційних матеріалів чи політичної реклами або розміщення їх у заборонених законом місцях; порушення порядку надання або отримання внеску на підтримку політичної партії; замовлення або виготовлення виборчих бюлетенів понад установлену кількість; ненадання копії виборчого протоколу; невиконання рішення виборчої комісії, комісії з референдуму; відмова у звільненні члена виборчої комісії або безпідставне звільнення з роботи; порушення порядку опублікування документів, пов'язаних із підготовкою й проведенням виборів, референдуму; порушення порядку подання фінансового звіту.

Слід зазначити, що вказані склади проступків не є вичерпними, адже містяться також у низці нормативно-правових актів, основними з яких є Закони України «Про вибори народних депутатів» [6], «Про вибори Президента України» [7], «Про місцеві вибори» [8] тощо. Особливе місце в системі адміністративного законодавства про вибори займає Кодекс адміністративного судочинства України, норми якого визначають процесуальний порядок вирішення спорів в адміністративних судах.

Характеризуючи аналізований вид юридичної відповідальності, слід указати на особливість підстав її настання, що є не лише вчиненням адміністративного проступку, передбаченого КУпАП, а й іншими галузями законодавства, зокрема виборчого. Тому підставою для настання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері виборчих відносин є низка нормативно-правових актів, які регулюють однотипні правовідносини у сфері забезпечення, організації та проведення виборів.

Очевидно, що головним елементом механізму правового регулювання адміністративної відповідальності є насамперед її нормативно-правова основа – законодавство України. У зв'язку із цим те чи інше діяння (дія чи бездіяльність) стає елементом складу правопорушення лише тоді, коли воно заборонене нормою права. Тобто відсутність відповідного закону,

що встановлює протиправність і караність окремого діяння, усуває будь-яку протиправність цього діяння, можливість наявності самого складу правопорушення, тому взагалі виключає наявність будь-якої юридичної відповідальності, а також саму можливість її існування.

Слід погодитись із думкою Д. Бахраха, відповідно до якої нормативна основа адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері виборчих відносин – це система діючих норм адміністративного права, що закріплює перелік складів адміністративних правопорушень у сфері забезпечення, організації та проведення виборів, систему адміністративних стягнень і принципів їх накладення, коло суб'єктів, які мають право накладати адміністративні покарання, процедуру притягнення до відповідальності, її процесуальну форму [9, с. 480]. Отже, нормативною основою адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є норми законодавства про адміністративні правопорушення та норми виборчого законодавства, що встановлюють їх загальні положення й принципи, перелік видів адміністративних стягнень і правила їх застосування, склади адміністративних правопорушень, підвідомчість і підсудність справ про адміністративні правопорушення, зокрема встановлення заходів забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, порядок виконання постанов про накладення адміністративних стягнень. Фактичною підставою адміністративної відповідальності є вчинення адміністративного правопорушення, охоронюваного нормами адміністративного та виборчого права.

Говорячи про процесуальну підставу, слід зазначити, що такою є постанова у справі про адміністративний проступок, що містить рішення судді, органу державної влади або його посадової особи про накладення адміністративного стягнення конкретному суб'єкту адміністративного проступку у сфері виборчих відносин. З огляду на це наявність нормативної підстави адміністративного проступку у сфері виборчих відносин створює передумови для притягнення невизначеного кола осіб до адміністративної відповідальності; наявність фактичної підстави як передумови для притягнення до відповідальності конкретної особи, що здійснила проступок у сфері виборчих відносин; наявність процесуальної підстави, що дозволяє реалізувати зміст адміністративної відповідальності.

Окрім розрізненості нормативно-правових підстав адміністративної відповідальності за вчинення проступків у сфері виборчих відносин і наявності специфічного суб'єктного складу слід також звернути увагу на те, що основними завданнями адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є забезпечення законності та правопорядку. Нині склалася ситуація колізійності між концептуальними засадами, на яких базується інститут адміністративної відповідальності, та реальними потребами в ефективних і сучасних засобах державного примусу. Статистичні дані вказують на щорічне збільшення на 20% дорослого

населення, яке притягується до адміністративної відповідальності. Зазначені обставини прямо вказують на те, що незважаючи на всі зусилля держави, адміністративна відповідальність не виконує повною мірою власних функцій [10, с. 5–6]. Такі дані прямо свідчать про те, що адміністративна відповідальність в її сучасній іпостасі неналежним чином виконує покладені на неї завдання, що означає необхідність удосконалення її правових механізмів.

Особливості адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин також можна розкрити, аналізуючи їх специфічні риси:

- підставою для адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є не лише порушення норм адміністративного, але й виборчого права;

- відмінність адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин від інших видів юридичної відповідальності полягає в наявності окремого переліку адміністративних стягнень, специфічних за змістом і відмінних від інших заходів стягнень (чітко визначених у КУпАП) і впливу, що застосовуються в різних галузях права (наприклад, кримінального);

- наявність специфічних органів державної влади та їх посадових осіб, що мають право накладати адміністративні стягнення, тобто власного суб'єктного складу. Варто зазначити, що основним суб'єктом відносин адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є адміністративний суд;

- особливий спрощений порядок притягнення до адміністративної відповідальності, що забезпечує його економічність і оперативність у застосуванні.

Висновки

З огляду на все вищевказане слід зробити деякі висновки. Адміністративна відповідальність за порушення виборчих прав громадян є важливим фактором дотримання законності у сфері виборчих відносин з огляду на забезпечення ефективної реалізації ретроспективної відповідальності осіб за порушення нормативних положень чинного конституційного законодавства. Адміністративна відповідальність у виборчих відносинах полягає в накладенні адміністративного стягнення з боку уповноваженого органу або посадової особи на особу, яка вчинила правопорушення, що посягає на права громадян обирати й бути обраними в органи державної влади й органи місцевого самоврядування, а також на право участі в усіх виборчих діях, установлених законодавством України в період підготовки та проведення виборчих кампаній.

Особливостями адміністративної відповідальності у сфері виборчих відносин є подвійність характеру підстав її настання. Так, підставою для настання адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері виборчих відносин є не лише КУпАП, але й низка нормативно-правових актів: Закони України «Про вибори народних депутатів», «Про вибори Президента України», «Про місцеві вибори»

тощо, які регулюють однотипні правовідносини у сфері забезпечення, організації та проведення виборів. Окрім того, адміністративна відповідальність у сфері виборчих відносин характеризується притаманним їй складом суб'єктів, особливе місце серед яких посідає адміністративний суд.

Реалізація адміністративної відповідальності за порушення виборчого законодавства є основним засобом захисту виборчих прав громадян України; вона займає центральне місце серед інших видів юридичної відповідальності, переваги яких полягають насамперед в економічності, спрощеності порядку й оперативності накладення адміністративних стягнень. Однак і надалі залишається невирішеним питання щодо ступеня їх ефективності з огляду на слабкі механізми їх реалізації та відносно незначні розміри штрафних санкцій.

Список використаних джерел:

1. Северин О. Президентські вибори – 2014. Результати моніторингу порушень / О. Северин // Журнал Критика [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://m.krytyka.com/ua/>.

2. Колпаков В. Адміністративне право України / В. Колпаков. – К. : Юрінком Інтер, 1999. – 289 с.

3. Шульженко Ф. Юридична відповідальність за правопорушення у сфері економіки : [навч. посібник] / Ф. Шульженко, Є. Невмержицький. – К. : КНЕУ, 2003. – 171 с.

4. Скакун О. Теорія держави і права : [підручник] / О. Скакун. – Харків : Консум, 2006. – 656 с.

5. Кодекс про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 80731-X // Відомості Верховної Ради України. – 1984. – № 51. – С. 1122. – Ст. 2127-21.

6. Про вибори народних депутатів України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2012. – № 10–11. – Ст. 73.

7. Про вибори Президента України : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999. – № 14. – Ст. 81.

8. Про місцеві вибори : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2015. – № 37–38. – Ст. 366.

9. Бахрах Д. Административное право России. Учебник для вузов / Д. Бахрах. – М., 2000. – 480 с.

10. Лук'янець Д. Адміністративно-деліктні відносини в Україні: теорія та практика правового регулювання : [монографія] / Д. Лук'янець. – Суми : ВТД «Університетська книга», 2006. – 367 с.

В статье предпринята попытка определения роли и особенностей административной ответственности в сфере избирательных отношений. Установлено, что административная ответственность за нарушения в сфере избирательных отношений является важным фактором соблюдения законности и правопорядка во время организации и проведения выборов. Определено, что особенностями административной ответственности в сфере избирательных отношений является двойственность характера оснований ее наступления, что регулируется рядом нормативно-правовых актов, а также присущий ей состав субъектов, особое место среди которых занимает административный суд.

Ключевые слова: административная ответственность, административный проступок, избирательные отношения, особенности административной ответственности, роль административной ответственности.

The article determines the role and peculiarities of administrative responsibility in the field of electoral relations. It has been established that administrative responsibility for violations in the field of electoral relations is an important factor in adhering to the rule of law and law and order during the organization and holding of elections. It is determined that the peculiarities of administrative responsibility in the field of electoral relations are the duality of the nature of the grounds for its onset, which is regulated by a wide range of legal acts, as well as its own structure of subjects, a special place among which is the administrative court.

Key words: administrative liability, administrative misconduct, election relations, peculiarities of administrative responsibility, role of administrative responsibility.

347.37

Марія Бондаренко,*аспірант кафедри фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

МІСЦЕ ПОДАТКОВОГО ПЛАНУВАННЯ В СИСТЕМІ КАТЕГОРІЙ «ПРАВО» ТА «ЗАКОННИЙ ІНТЕРЕС»

Стаття присвячена дослідженню категорій «право» та «законний інтерес» з метою визначення місця податкового планування в системі цих категорій. Значна увага присвячена характеристиці правових основ податкового планування. У результаті сформульовано висновки стосовно природи, особливостей та подальшого розвитку законодавчої та наукової бази податкового планування.

Ключові слова: податкове планування, правові основи податкового планування, інтерес, законний інтерес, право, фактори, що впливають на бажання платника податків скоротити свої податкові відрахування.

Постановка проблеми. Бажання платника податків зменшувати обсяги своїх податкових відрахувань піддавалися дослідженню з боку фахівців різних галузей: права, економіки, соціології, політології та ін. Більшість учених до причин, що підштовхують платників податків до скорочення своїх податкових відрахувань, відносять моральні, економічні та політичні. Підсумовуючи точки зору науковців, можна виокремити чинники, що, на думку фахівців, мають найбільший вплив на платника: це нестабільна політична ситуація в країні та глобальна фінансова криза; надмірно високі ставки прямих і непрямих податків і зборів; складність, недостатній рівень юридичної техніки під час написання та постійна зміна податкового законодавства [2, с. 153]; корупція та зловживання владою контролюючими органами [18]; низький рівень правосвідомості та знань у галузі права населення країни. На нашу думку, визначальним для особи стосовно скорочення обсягу її податкового обов'язку є інтерес, пов'язаний із захистом її майна.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню категорії «інтерес» у науковій літературі було приділено значну увагу. Так, проблемами інтересу в юриспруденції займалися класики юридичної думки І. Л. Брауде, Г. Ф. Шершеневич, Н. М. Коркунов. Категорія «інтерес» також піддавалась дослідженню вченими у галузі фінансового права: у своїх роботах детально аналізували її Є. В. Лакушева, О. В. Макухта і ін. Однак дослідження місця податкового планування в системі категорій «інтерес» та «право» досі ніким не проводилось.

Мета. Отже, основне завдання нашої статті – дослідити та продемонструвати різницю між категоріями «інтерес», «законний інтерес» та «право», визначити місце податкового планування в їх системі.

Виклад основного матеріалу. «Інтерес» – загальнонаукове, фундаментальне поняття, яке є об'єктом вивчення різних наук: філософії, соціології, економіки, психології, юриспруденції та ін. Б. О. Дзгоева зазначає, що фундаментальне значення категорія «інтерес» набула в робо-

тах філософів матеріалізму [8, с. 7]. На думку К. А. Гельвеція, духовний світ не менше підкоряється закону інтересу, ніж фізичний світ підкорений закону руху [3]. Вперше визначну роль інтересу в юриспруденції було відзначено Рудольфом фон Ієрингом у XIX сторіччі, який визначав його як практичну основу права у суб'єктивному сенсі [12, с. 481].

Сучасна юридична література містить різні погляди на визначення та зміст категорії «інтерес». Так, В. Г. Голубцов визначає інтерес як потребу, що виражається у прагненні певного суб'єкта скористатися конкретним соціальним благом [6, с. 43]. Дещо інше визначення надає С. В. Михайлов, на думку якого інтерес у юриспруденції – це потреба суб'єкта, що має суспільний характер, проявляється в діяльності зі встановлення, зміни, припинення, захисту суб'єктивних прав та обов'язків з використанням юридичних засобів [17, с. 23]. На нашу думку, визначення С. В. Михайлова потребує певних уточнень. По-перше, оскільки інтерес у праві прийнято поділяти на приватний та публічний, складно погодитися з твердженням, за яким інтерес у юриспруденції носить виключно суспільний характер. Адже поняття «суспільний» виражає відношення характеризованого явища до певної групи осіб, а не конкретного індивіда. Коли йдеться про інтерес, доречніше вважати, що він може виражати потребу суспільства в цілому, його груп та окремої особи. По-друге, інтерес не завжди має втілення в діяльності. Діяльність, пов'язана з втіленням інтересу, – його реалізація, що означає вже інший тип понять та відносин. У свою чергу І. Л. Брауде ототожнює поняття «інтерес» і «благо» [4, с. 57]. Також повною мірою не можемо погодитися з таким підходом, підтримуючи справедливую критику на цей рахунок Г. А. Свердлика, який, вказуючи на відмінність зазначених термінів, зазначав, що благо – це, скоріше, об'єкт, на оволодіння яким спрямований інтерес [24, с. 10]. На нашу думку, благо та інтерес можуть певним чином ототожнюватися тільки в рамках певного контексту, використовуючись як синоніми. У такому разі категорія «інтерес» набуває вузького значення.

Отже, категорія «інтерес» у юриспруденції – складна та багатогранна категорія, що справедливо піддавалася дослідженню науковцями різних галузей права. На нашу думку, слушною є точка зору Д. О. Гетьманцева, який «інтересу» як правовій категорії надавав різних значень, а саме: 1) критерію розмежування публічного та приватного права; 2) спонукання до реалізації суб'єктивного права; 3) певного «блага», «користі» [5, с. 82]. Отже, підсумовуючи різні наукові підходи, можна зазначити, що інтерес в юриспруденції – одна з основних категорій, що визначає детермінацію дій суб'єкта.

З позиції податкового права всі інтереси платників податків можна розділити на законні та незаконні. Незаконні інтереси платника – це втілені інтереси, за які Податковим кодексом України передбачено покарання. Стосовно законних інтересів суб'єкта в юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо того, що вони в себе включають. Ряд науковців, окрім поняття «законний інтерес», виділяють також «правовий інтерес», при цьому розмежовуючи їх.

Так, Р. Е. Гукасян, зазначаючи нетотожність правових і законних інтересів, вказує на можливість існування правових за змістом, але таких, що не охороняються законом, інтересів і, навпаки, тих, що знаходяться під охороною закону, але не є правовими [7, с. 113]. На нашу думку, такий підхід може існувати на теоретично-філософському рівні, коли досліджуються правові явища в історичному контексті. Інший погляд стосовно неоднаковості правових і законних інтересів належить Б. О. Дзгоевій, яка в основу їх розмежування кладе критерій правової регламентації [8, с. 15]. На думку вченої, зазначені категорії необхідно поділяти на такі, що врегульовані в законодавстві, та ті, що не знайшли прямого закріплення в нормативно-правових актах [8, с. 15].

Нам складно погодитися з наведеними вище позиціями стосовно поділу інтересів, що не суперечать закону, на правові та законні. Перш за все, через некоректність підібраних термінів. Слід зазначити, що такі категорії, як «правовий» та «законний», мають певну специфіку стосовно їх зіставлення: «вони в жодному разі не повинні ототожнюватися і водночас протиставлятися, їх слід розглядати у єдності» [11, с. 152]. Закон – форма вираження права, що реалізується шляхом здійснення певних процедур з боку уповноважених державних органів. Не вдаючись до глибинних теоретично-філософських міркувань стосовно категорій «закон» і «право», оскільки це не є предметом дослідження нашої роботи, хотілося б у контексті порівняння цих понять зіставити їх як частину і ціле. По-друге, незрозумілим видається правовий статус інтересів у разі їх поділу на правові та законні, тобто те, яким чином вони між собою співвідносяться: якщо наслідувати логіку вчених, що визнають такий поділ, законні інтереси мають вищу юридичну силу, ніж правові, адже вони підтверджені законом. Звісно, така ідея не може бути визнана правильною.

Ще одна точка зору на поділ інтересів, що не суперечать закону, належить Н. А. Шайке-

нову. Так, здійснюючи поділ таких інтересів на законні та юридичні, він зазначає: «...інтереси, що знаходяться в сфері правового регулювання, проте не забезпечені суб'єктивними правами, доцільно охарактеризувати терміном «законні інтереси», а інтереси, реалізація яких забезпечена суб'єктивними правами, – «юридичні інтереси» [27, с. 160]. У такому визначенні автора незрозумілим видається не лише підбір та співвідношення термінів «законні інтереси» та «юридичні інтереси», а й взаємозв'язок зазначених понять із «суб'єктивними правами».

Наведене вище зіставлення, суміщення та плутання понять призводить до неправильного розуміння їх суті та змісту суміжних термінів. На нашу думку, принципово важливо, досліджуючи інтереси суб'єктів, що не суперечать приписам законодавчих актів, дослідити їх співвідношення з правами. При цьому нема принципової відмінності у тому, як називати ці інтереси: законні, юридичні, правові і т. ін. На нашу думку, зазначені характеристики інтересу є синонімами, що суттєво не впливають на зміст, а лише вказують на їх законне походження.

Проблема співвідношення понять «законний інтерес» і «право» є актуальною за великим рахунком тому, що законодавець використовує обидва ці поняття в тексті закону як синонімічні конструкції, що, на наш погляд, є помилковим підходом. Адже, характеризуючи певні явища як право, законодавець, зрозуміло, окреслює їх правову природу та наслідки, що згодом не викликає суперечностей, – стосовно законних інтересів такої однозначності не виникає.

У контексті нашої роботи співвідношення права та законного інтересу нас цікавить насамперед для того, щоб визначити, до якого із перелічених типів правових явищ належить податкове планування, адже це надалі визначатиме його правовий статус.

Слід зазначити, що для правової науки дослідження співвідношення законного інтересу та права не є новим. У різні часи фахівці різних галузей права приділяли цьому увагу, що свідчить про актуальність цієї тематики. Тому хотілося б звернутися до думки, висловленої видатним ученим XIX століття М. М. Коркуновим: «Те, що закон чогось не забороняє, зовсім не значить, щоб він цим не зобов'язав інших не заважати йому в здійсненні незаборонених дій. Закон нікому не забороняє милуватися заходом сонця. Однак це не значить ще, щоб я зобов'язаний був через це не загороджувати своїми будівлями відкритого виду на захід. Нікому не заборонено милуватися заходом сонця, але права на це закон не встановлює... Дозволити одному – не значить зобов'язати іншого. Дозволена дія може стати правом тільки коли буде заборонено здійснення усього, що заважає дозволеним діям, тому що тільки за цієї умови буде встановлений відповідний обов'язок» [15, с. 160]. Отже, науковець наголошує на відмінності законного інтересу та права, яка полягає в тому, що перший характеризується дозволом, не забезпеченим обов'язком, тоді як право має «більшу силу» через таку забезпеченість.

Продовжуючи позицію нетотожності законного інтересу та права, ще один видатний вчений того періоду Г. Ф. Шершеневич акцентував увагу на їх забезпеченні в законі: «Якщо правопорушення – протиправна дія, то правопорушення немає там, де дія людини залишається в межах дозволеного об'єктивним правом, навіть якщо при цьому були порушені законні інтереси іншої людини, забезпечені наданим їй суб'єктивним правом» [13, с. 66].

Як зазначалося вище, проблема співвідношення понять «законний інтерес» та «право» є актуальною не тільки для правової науки, а й для правозастосування. Щодо цього до Конституційного суду України було звернення 50 народних депутатів України, основою якого стало чітке розмежування понять «інтерес» і «суб'єктивне право». Маємо вдало підстав говорити про те, що в даному разі «інтерес» вживається у значенні «законний інтерес», що є предметом нашого дослідження. У рішенні на вказане звернення Конституційний Суд України вказує на логічно-смісловий зв'язок між аналізованими поняттями, адже обидва вони опосередковуються об'єктивним правом, гарантуються та охороняються державою. При цьому Конституційний Суд України розмежує ці поняття на основі того, що: «... і суб'єктивне право, і пов'язаний з ним інтерес є дозволами. Але перше є особливим дозволом, тобто дозволом, що відображається у відомій формулі: «Дозволено все, що передбачено у законі», а друге – простим дозволом, тобто дозволом, до якого можна застосувати не менш відоме правило: «Дозволено все, що не забороняється законом». Інтерес, навіть перебуваючи під охороною закону чи права, на відміну від суб'єктивного права, не має такої правової можливості, як останнє, оскільки не забезпечується юридичним обов'язком іншої сторони. Законний інтерес відбиває лише легітимне прагнення свого носія до того, що не заборонено законом, тобто тільки його бажання, мрію, потяг до нього, а отже – й не юридичну, а фактичну (соціальну) можливість. Це прагнення у межах сфери правового регулювання до користування якимсь конкретним матеріальним або нематеріальним благом. Відмінність такого блага від блага, яке охоплюється змістом суб'єктивного права, полягає в тому, що користування благом, на яке особа має право, визначається можливістю в рамках закону, а до якого має законний інтерес – без вимог певних дій від інших осіб або чітко встановлених меж поведінки».

Серед сучасників, що певною мірою досліджували співвідношення права і законного інтересу, на окрему увагу, на нашу думку, заслуговує праця О. В. Малько, який присвятив дослідженню цієї проблематики окрему працю. Науковець, чітко розмежовуючи право та законний інтерес, надає доволі вичерпне визначення останньому: «законний інтерес – це відображений в об'єктивному праві чи такий, що витікає із його загального смислу та в певній мірі гарантований державою простий юридичний дозвіл, що виражається у прагненні суб'єкту користуватися конкретним соціальним благом, а також

в певних випадках звертатися за захистом до компетентних органів – з метою задоволення своїх потреб, що не суперечать суспільним» [16, с. 66].

Отже, підсумовуючи все вищевикладене та ґрунтуючись на нетотожності термінів «законний інтерес» та «право», можна говорити про більшу правову силу поняття «право». Для нашого дослідження це має сенс у контексті визначення місця податкового планування в системі цих понять насамперед через те, що відносячи його до однієї з цих двох категорій, ми визначаємо його правовий статус. З огляду на це, необхідно звернутися до правових основ податкового планування, щоб визначити, яким саме чином воно закріплюється, гарантується та захищається чинним законодавством.

Натепер податкове законодавство України не визначає поняття податкового планування, не закріплює його принципів та іншим чином прямо не згадує його в законодавчих нормах. Однак така ситуація не заперечує його існування. Отже, відсутність прямого закріплення податкового планування на законодавчому рівні зумовлює необхідність пошуку підтвердження його правового обґрунтування не тільки в податковому, а й у законодавстві інших галузей права.

Перш за все, вся ідея податкового планування існує довкола ідеї захисту майна особи (платника податків) – частини її прибутку, що необхідно передати державі у формі податкових відрахувань. В даному випадку ми стикаємося з доволі тісним перетином двох законодавчих систем – податкової та цивільної. Так, стаття 14.1.105 Податкового кодексу України вказує на вживання терміна «майно» для цілей податкового права у значенні, наведеному в Цивільному кодексі України [19, ст. 14.1.105]. У свою чергу, стаття 190 Цивільного кодексу України майном як особливим об'єктом визнає окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Майнові права визнаються речовими правами [26, ст. 190], до яких входить і право власності.

Слід наголосити, що право власності належить до основоположних прав людини. Так, Протокол до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод статтею 1 гарантує кожній фізичній або юридичній особі право на мирне володіння своїм майном. Такого права людина не може бути позбавлена інакше, як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права [22, ст. 1]. Про значимість права власності свідчить також закріплення його у Загальній декларації прав людини 1948 року, де у статті 17 визначається право кожної людини на володіння майном як одноособово, так і разом з іншими; «нікого не може бути безпідставно позбавлено свого майна» [10].

Українське законодавство також містить гарантії права власності та його захисту. Зокрема, стаття 41 Конституції України закріплює заборону протиправного позбавлення будь-кого права власності; право власності є непорушним [14]. У статті 319 Цивільного кодексу України

закріплюється право власника на володіння, користування та розпорядження своїм майном на свій розсуд. Також гарантується право власника вчиняти щодо свого майна будь-які законні дії. Стаття 16 Цивільного кодексу України забезпечує право особи на звернення до суду за захистом свого майнового права чи інтересу [26, ст. 319; ст. 16]. У свою чергу стаття 55 Конституції України гарантує можливість кожному будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань [14, ст. 55].

На підтвердження вищезазначеного можна також навести рішення Європейського суду з прав людини за справою від 9 січня 2007 року «Інтерсплав проти України». Заявник звернувся до Суду за захистом порушеного права, стверджуючи, що практика держави безпідставно відмовляти у підтвердженні права заявника на відшкодування ПДВ становила втручання у мирне володіння його майном, що призвело до значних втрат у господарській діяльності заявника [23]. Із зауважень сторін за обставинами справи слід звернути увагу на той факт, що «уряд України стверджував, що право заявника на відшкодування ПДВ можна вважати «майном у сенсі статті 1 Першого протоколу тільки після того, як суми відшкодування підтверджено рішенням суду. У разі, якщо податкові органи заперечують право заявника на отримання відшкодування ПДВ, то право заявника на отримання «майна» або «законне сподівання» на його отримання визначається лише рішенням суду» [23]. На це зауваження Уряду Європейський суд з прав людини висловився так: «поняття «майно у першій частині статті 1 Першого протоколу має автономне значення, яке не залежить від формальної класифікації, прийнятої у національному законодавстві» [23]. Слід зазначити, що йдеться про положення статті 1 Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка визначає захист власності [22]. У результаті пункті 40 зазначеного Рішення Суд визнав непропорційним втручання у право власності заявника, зазначивши, що «фактично постійні затримки відшкодування і компенсації у поєднанні із відсутністю ефективних засобів запобігання або припинення такої адміністративної практики, так само як і стан невизначеності щодо часу повернення коштів заявника, порушує «справедливий баланс» між вимогами публічного інтересу та захистом права на мирне володіння майном... Заявник перебував і продовжує перебувати під надмірним для нього тягарем. Відповідно, у справі було і продовжується порушення статті 1 Першого протоколу» [23].

Отже, з вищенаведеного видно, що право власності особі гарантується як на державному, так і на міжнародному рівні. Це, на нашу думку, є однією з основ, що забезпечує особі право на податкове планування. Адже платник податків, обираючи такий спосіб здійснення захисту своїх майнових прав, як податкове планування, не порушує приписів законодавства, а виконує свій податковий обов'язок найбільш сприятливим чином. Слід зазначити, що під висловом

«найбільш сприятливим чином» необхідно розуміти не тільки очевидну вигоду для платника податків – йдеться й про переваги для держави, про що йтиметься далі. На підтримку наведеного вище в законодавчих актах права платника податків на податкове планування хотілося б привести рішення Конституційного Суду Російської Федерації. Так, у своїй постанові від 27 травня 2003 року № 9-П цей судовий орган вказав на необхідність регулювання податкових з урахуванням загальноправових принципів, тобто платник податків може не обмежуватися лише гарантіями, наданими податковим законодавством, а використовувати весь спектр прав, що йому гарантує правова система держави. Таким чином, також фіскальне право держави визнається не безмежним, а таким, що обмежується правами та свободами людини та громадянина [20].

Одне з основних положень, що визначає право платника податків на податкове планування, закріплене статтею 4.1.4 Податкового кодексу України – презумпція правомірності рішень платника податку. Відповідно до неї рішення приймається на користь платника податків у разі, коли норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, через що виникає можливість прийняття рішення на користь обох сторін [19, ст. 4.1.4].

Окрім іншого, Податковий кодекс України закріплює принцип правомірності рішень платника податків у разі адміністративного порядку оскарження рішень податкових органів. Відповідно до пункту 21 статті 56 Податкового кодексу України, коли існує можливість прийняття рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу, рішення приймається на користь платника податків у разі, коли норми податкового законодавства суперечать одна одній та припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів [19, ст. 56.21].

Як зазначається у Листі ДПС України від 10.05.2012 № 8132/6/10-1115/1990 «Про надання інформації», частіше за все подібні колізії виникають на основі конкуренції загальних та спеціальних норм. При цьому вказується на необхідність використання правила «пріоритетність спеціальних норм над загальними». Однак практика застосування норм судами свідчить про застосування презумпції правомірності рішення платника податку у разі, коли суперечність між контролюючим органом та платником податків не може бути подолана шляхом застосування загальноправових правил врегулювання колізій – надання переваги спеціальній нормі або тій, що була прийнята пізніше [21].

Дещо схожим чином підходить до подібних проблем судова практика США. Так, Верховний Суд США у справі *Gould v. Gould*

встановив необхідність дотримуватися прямих приписів податкового закону, не розширюючи сферу його дії та не виходячи за межі тексту; у разі наявності сумнівів, рішення приймається на користь платника податків [1]. У свою чергу, О. О. Уварова обгрунтовувала надання переваги невідному суб'єкту у разі наявності неточностей законодавства шляхом аналізу статті 57 Конституції України, якою гарантовано кожному право знати свої права та обов'язки. На думку вченої, така гарантія нівелюється нечітким та неточним формулюванням закону [25].

Розглядаючи правові основи податкового планування, необхідно також звернутися до питання про правові пільги, адже сама можливість їх застосування гарантує платнику податків право на податкове планування. Особливо значення при цьому набуває добровільний порядок їх застосування – на розсуд платника податків. Так, пункт 3 статті 30 Податкового кодексу України закріплює саме право платника податків на використання податкової пільги, а пункт 4 статті 30 – добровільне право платника податків відмовитися від використання податкової пільги чи зупинити її використання на один або декілька податкових періодів [19, ст. 30.3; ст. 30.4].

Ще одним різновидом податкового планування, який закріплює Податковий кодекс України, є право платника податків на отримання податкової консультації – індивідуалізованого рішення податкового органу, що надається безоплатно за вимогою платника податків з питань практичного використання норм податкового законодавства, що тягне за собою правові наслідки у вигляді неможливості притягнення до відповідальності, в тому числі фінансової, платника податків (податкового агента та/або його посадової особи), який діяв відповідно до індивідуальної податкової консультації, наданої йому у письмовій формі, а також узагальнюючої податкової консультації, за діяння, що містить ознаки податкового правопорушення, зокрема на підставі того, що у подальшому така податкова консультація була змінена або скасована [19, ст. 53.1; ст. 52.1; ст. 52.2].

Слід зазначити, що такий вид взаємодії між контролюючим органом та платником податків визнаний у світі та має загальну назву «фіскальний рескрипт (rescript fiscal)», який залежно від країни законодавця чи різних наукових позицій може мати такі назви, як, наприклад: «інститут попереднього рішення», «горизонтальний моніторинг» та ін. Звертаємо увагу саме на закріпленість права платника на отримання податкової консультації, а також можливість зробити вибір стосовно її форми: усної чи письмової [19, ст. 52.2].

Таким чином, проаналізувавши різні галузі законодавства, ми можемо дійти висновку, що воно не лише визнає можливість особи на податкове планування – воно його встановлює, закріплює, гарантує, охороняє та забезпечує законом. Отже, можна цілком справедливо встановити, що податкове планування – це визнане законом право особи. Слід зазначити, що необхідність досить об'ємного аналізу правових основ подат-

кового планування викликана не лише його природою, а, передусім, метою – нагально продемонструвати, що податкове планування – це саме право особи, якого вона не може бути позбавлена контролюючим органом, що досить часто ототожнює податкове планування з ухиленням від сплати податків. Ми наголошуємо на тому, що податкове планування – це право, а не законний інтерес, тому що, проаналізувавши природу та співвідношення цих понять, можемо дійти висновку, що законний інтерес має нижчу юридичну силу, ніж право.

Висновки з дослідження

Таким чином, хочемо наголосити, що визнання податкового планування в якості права особи є важливим елементом у визначенні його правового статусу. Отже, будь-яке небажання контролюючого органу визнавати податкове планування особи може бути розцінене як порушення її права, що зрештою буде тягнути за собою правові наслідки.

Список використаних джерел:

1. Gould v. Gould, U.S. 151 (1917) [Електронний ресурс]: – Режим доступу: <http://supreme.iustia.com/us/245/151/case.html>.
2. Бачинська І. Актуальні проблеми державного управління / І. Бачинська а// Збірник наукових праць Одеського регіонального інституту державного управління. – Одеса: ОРІДУ НАДУ. – 2008. – С. 149–155.
3. Большая советская энциклопедия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://bse.sci-lib.com>.
4. Брауде И. Л. К вопросу об объекте правоотношения по советскому гражданскому праву / И. Л. Брауде // Советское государство и право. – 1951. – М., 1951. – № 3. – С. 56–58.
5. Гетьманцев Д. О. Фінансово-правове зобов'язання як окрема категорія фінансового права: монографія / Д. О. Гетьманцев. – Київ: Юрінком Інтер, 2001. – 368 с.
6. Голубцов В. Г. Сочетание публичных и частных начал в регулировании внешних отношений с участием государства: монография / В. Г. Голубцов. – СПб.: Юридический центр-Пресс, 2005. – 249 с.
7. Гукасян Р. Е. Правовые и охраняемые законом интересы / Р. Е. Гукасян // Советское государство и право. – 1973. – № 7. – С. 113–116.
8. Дзгоева Б. О. Соотношение частных и публичных интересов в правовом регулировании рекламы: монография / Б. О. Дзгоева. – Москва: Проспект, 2014. – 128 с.
9. Жернаков М. В. Стимули платників податків і зборів як учасників відносин податкового адміністрування / М. В. Жернаков // Форум права. – 2011. – № 4. – С. 262–266.
10. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року (Прийнята і проголошена резолюцією 217 (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року) // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
11. Загальна теорія держави і права / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.]; за ред. Цвіка, О. В. Петришина. – Х.: «Право», 2010. – 584 с.

12. Иеринг Р. Цель в праве. Избранные труды / Р. Иеринг. – СПб. : Юридический Пресс, 2006. – 547 с.

13. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права / П. И. Стучка ; сост. : Клява Г.Я. – Рига : Латв. гос. изд-во, 1964. – 748 с.

14. Конституция Украины від 28.06.1996 № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

15. Коркунов Н. Очерк теорий административной юстиции // Журнал гражданского и уголовного права: издание С.-Петербургского Юридического Общества. – С.-Пб. : Тип. Правительствующего Сената, 1885. – Кн. 9. – С. 1-28.

16. Малько А. В. Основы теории законных интересов / А. В. Малько // Журнал российского права. – М. : Норма, 1999. – № 5. – С. 65–72.

17. Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве / С. В. Михайлов. – М. : «Статут», 2002. – 205 с.

18. Нашкерська М. М. Особливості ухвалення та уникнення від сплати податків [Електронний ресурс] / М. М. Нашкерська. – Режим доступу : http://archive.nbuv.gov.ua/portal/chem_biol/nvnlntu/18_7/258_Naszkerska_18_7.pdf.

19. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, 15-16, 17. – Ст.112.

20. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 мая 2003 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности положения статьи 199 Уголовного кодекса Российской Федерации в

связи с жалобами граждан П. Н. Белецкого, Г. А. Никовой, Р. В. Рукавишниковой, В. Л. Соколовского и Н. И. Таланова» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2003. – Т. 24. – С.2431.

21. Про надання інформації : Лист ДПС України від 10.05.2012 № 8132/6/10-1115/1990 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://tax.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/listi-dps/print-61946.html>.

22. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20.02.1952 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 32. – Ст. 453.

23. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Інтерсплав проти України» від 9 січня 2007 року (заява № 803/02) // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_535.

24. Свердлык Г. А. Гражданско-правовые способы сочетания общественных, коллективных и личных интересов : учеб. пособ. / Г. А. Свердлык. – Свердловск: Изд-во Свердловского юридического института, 1980. – 72 с.

25. Уварова О. О. Принципы права у право-застосуванні: загальнодержавна характеристика / О. О. Уварова. – Х. : Право, 2008. – 240 с.

26. Цивільний Кодекс України від 16.01.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40-44. – Ст. 356.

27. Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности / Н. А. Шайкенов. – Свердловск: Изд-во Урал. ун-та, 1990. – 200 с.

Статья посвящена исследованию категорий «право» и «законный интерес» с целью определения места налогового планирования в системе этих категорий. Значительное внимание уделено характеристике правовых основ налогового планирования. В результате сформулированы выводы относительно природы, особенностей и дальнейшего развития законодательной и научной базы налогового планирования.

Ключевые слова: налоговое планирование, правовые основы налогового планирования, интерес, законный интерес, право, факторы, влияющие на желание плательщика сократить свои налоговые отчисления.

The article is devoted to the study of categories “right” and “legitimate interest” in order to determine the place of tax planning in the system of these categories. Much attention is devoted to the characterization of the legal basis of tax planning. As a result, conclusions are formulated on the nature, features and further development of the legislative and scientific base of tax planning.

Key words: tax planning, legal bases of tax planning, interest, legitimate interest, right, factors that influence the taxpayer's desire to reduce their tax deductions.

УДК 347.73

Руслан Браславський,*канд. юрид. наук,
докторант кафедри фінансового права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У статті наводиться алгоритм розвитку суспільних відносин у сфері податкового права. Такими алгоритмізаторами виступають принципи податкового законодавства, які знаходять свою безпосередню формалізацію в межах приписів ст. 4 Податкового кодексу України. У межах актів чинного законодавства принципи права можуть отримувати пряме або опосередковане закріплення. Відповідні принципи податкового законодавства перебувають у чіткій і злагодженій системі. Для комплексності розуміння цієї категорії в статті розглянуто також доктринальні визначення такого поняття, як «система». Саме через визначення понять та основоположних принципів описується система податкового законодавства.

Ключові слова: податкове право, принципи, податкове законодавство, конститутивність, органічна єдність, макросистема, мікросистема.

Постановка проблеми. Для забезпечення належної алгоритмізації розвитку суспільних відносин на нормативному рівні повинні впроваджуватись керівні основи найвищої міри імперативності. При цьому такі основи мають забезпечувати систематизацію й упорядкування суспільних відносин унаслідок своєї основоположності, логічно зумовленої конститутивності. Такими алгоритмізаторами виступають принципи податкового законодавства, які знаходять свою безпосередню формалізацію в межах приписів ст. 4 Податкового кодексу України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Значення системності принципів податкового законодавства розглядалось такими науковцями, як С.П. Погребняк, А.А. Храбров, О.М. Мінаєва. Проте окремі аспекти цього питання потребують додаткової уваги.

|| **Мета статті** – здійснення аналізу системності принципів податкового законодавства.

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що найбільш системна й комплексна дефініція принципів права була запропонована С.П. Погребняком. Під принципами права дослідник пропонує розуміти систему сталих та імперативних за своїм характером вимог, що отримують формалізацію в межах приписів чинного законодавства та можуть детермінуватись як основоположні, змістовні риси, які в єдності свого змісту визначають характер системи права, окреслюють притаманні їй ознаки та встановлюють перспективи поступального розвитку [1].

Варто зауважити, що в межах актів чинного законодавства принципи права можуть отримувати пряме або опосередковане закріплення. Часто конкретизація змісту принципів права та визначення їх природи відбувається в межах судової практики [2]. Як зазначає А.А. Храбров, загалом принципи права отримують своє формалізоване закріплення в межах приписів чинного законодавства. Роль і значення принципів

права дослідник характеризує таким чином: а) визначають зміст права; б) характеризують зовнішню й внутрішню сторону права; в) детермінують право крізь призму його як динамізму, так і статичності. При цьому дослідник схиляється до того, що у своїй реалізації принципи права перебувають у перманентній динаміці [3].

У положеннях ст. 4 Податкового кодексу України законодавцем здійснено закріплення принципів податкового законодавства в межах єдиної, злагодженої системи, завдання якої полягає в тому, щоб найвищою мірою узагальненості охопити всі аспекти регулювання суспільних відносин, які мають місце у сфері оподаткування.

Для комплексності розуміння цієї категорії необхідно розглянути також доктринальні визначення поняття «система». Загальноприйнятим є підхід, згідно з яким під системою розуміють сукупність взаємопов'язаних елементів, які перебувають у перманентній взаємодії один з одним. При цьому зазначається, що така сукупність характеризується відносною самостійністю та органічною єдністю, а також вирізняється власною автономністю й внутрішньою цілісністю в процесі свого функціонування [5; 6]. У межах вищезазначеного підходу система розглядається як явище «замкнутого» характеру. Тобто до уваги не береться той аспект, що окремо взяті системи можуть перебувати у взаємодії між собою або із зовнішніми елементами, які не входять до відповідних систем. Саме тому зауважуємо, що більш послідовним під час визначення змістового наповнення цієї категорії був основоположник теорії систем Л. фон Бергаланфі, який детермінував систему як комплекс взаємодіючих між собою елементів, що перебувають у певних відношеннях як між собою, так і із зовнішнім середовищем [7].

Під системою принципів податкового законодавства варто розуміти взаємодіючу множинність основоположних вимог податкового законодавства, які висувають вимоги найвищої

міри імперативності до діяльності установчого й регулятивного характеру, що реалізується учасниками податкових відносин. При цьому зауважимо, що система принципів податкового законодавства може розглядатись у вузькому й широкому сенсі. Так, у вузькому сенсі під принципами податкового законодавства необхідно розуміти 11 вимог найвищої міри імперативності, що знайшли безпосередню формалізацію в межах приписів п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України. Вищезазначені вихідні положення можна детермінувати як поіменовані принципи податкового законодавства, які були чітко визначені та закріплені в належній лаконічній формі законодавцем.

Під час дослідження змісту основоположних засад, що містяться в п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України, можливий розподіл їх на установчі та регулятивні. На нашу думку, до принципів установчого характеру належать такі: соціальної справедливості, нейтральності оподаткування, фіскальної достатності, рівномірності та зручності сплати загальнообов'язкових платежів, економічності оподаткування, єдності підходів до встановлення податкових платежів, стабільності. Кожен із наведених принципів спрямований на те, щоб було дотримано правильний та одноманітний підхід до законодавчого закріплення елементів і механізмів сплати податків та зборів. Відповідні основоположні засади мають на меті дотримання належного порядку податкової нормотворчості, а також встановлення одноманітних підходів до закріплення матеріальних аспектів загальнообов'язкових платежів податкового характеру.

Водночас ми можемо виділити також принципи регулятивного характеру, серед яких виокремлюємо такі: невідворотності настання юридичної відповідальності, загальності оподаткування, принцип-презумпцію правомірності рішень платника податків рівності платників податків. Необхідно підкреслити, що принципи регулятивного характеру спрямовані на те, щоб забезпечити уніфіковані підходи до впорядкування діяльності учасників податкових відносин. Такі керівні ідеї податкового законодавства мають на меті забезпечення правильного рівня функціонування «живих», тобто таких, що виражаються в дійсності на сьогодні, суспільних відносинах, які мають місце в податковій сфері [8].

Водночас варто брати до уваги той аспект, що в межах ст. 4 Податкового кодексу України також отримали своє закріплення непоіменовані принципи податкового законодавства. Зокрема, зауважимо, що нормативний припис ст. 4 Податкового кодексу України містить щонайменше 4 «приховані» принципи. Ці принципи податкового законодавства А.М. Котенко визначає як непоіменовані. До зазначених принципів науковцем віднесено принципи, закріплені в п. п. 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 ст. 4 Податкового кодексу України [9]. Отже, учений непоіменованими називає такі принципи, які містить податкове законодавство: а) загальнодержавні, місцеві податки та збори, справляння яких не передбачене Податковим кодексом України, сплаті не

підлягають; б) податкові періоди та строки сплати податків і зборів встановлюються з огляду на необхідність забезпечити своєчасне надходження коштів до бюджетів з урахуванням зручності виконання платником податкового обов'язку, а також зменшення витрат на адміністрування податків і зборів; в) встановлення й скасування податків і зборів, а також пільг їх платникам здійснюється відповідно до Податкового кодексу України Верховною Радою України, а також Верховною Радою Автономної Республіки Крим, сільськими, селищними, міськими радами в межах їх повноважень, визначених Конституцією та законами України; г) під час встановлення чи розширення наявних податкових пільг такі пільги застосовуються з наступного бюджетного року [4].

Що ж стосується системи принципів податкового законодавства в широкому розумінні цього поняття, то під нею варто розуміти всі вихідні положення, які в прямій (п. п. 4.1–4.5 ст. 4 Податкового кодексу України) або непрямої (постають із системного й послідовного тлумачення приписів податкового законодавства) формі отримали своє закріплення в межах положень податкового законодавства.

Загалом варто зазначити, що систему принципів податкового законодавства можна поділити на три рівні, кожен із яких фактично утворюватиме відносно відособлену, самостійну систему принципів. Для здійснення такого поділу використано частки макро-, мезо-, мікро-, які застосовуються для характеристики рівнів функціонування та структури певного явища, сфери діяльності. Так, нами виокремлено макросистему принципів, мезосистему принципів та мікросистему принципів.

До макросистеми принципів податкового законодавства ми відносимо всі вихідні положення, що були закріплені законодавцем у межах положень ст. 4 Податкового кодексу України «Основні засади податкового законодавства». Тобто макрорівень принципів податкового законодавства, згідно із цим підходом, охоплюється поняттям «основні засади податкового законодавства». Відповідний рівень принципів включає в себе такі інтегративні складники, як власне принципи податкового законодавства (п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України) та інші вихідні положення податкового законодавства (п. п. 4.2–4.5 ст. 4 Податкового кодексу України). У цьому разі ми розглядаємо макросистему як надсистему, яка включає в себе відповідні інтегративні складники.

Що ж стосується мезосистеми принципів податкового законодавства, то до неї ми відносимо мезосистему власне принципів податкового законодавства та мезосистему інших вихідних положень податкового законодавства. Вихідні положення податкового законодавства, які входять до відповідних мезосистем, можуть бути детерміновані як підсистеми, що є складниками єдиної макросистеми основних засад податкового законодавства. Фактично до відповідних підсистем ми включаємо підсистему поіменованих принципів податкового законодавства та підсистему непоіменованих

принципів податкового законодавства. Мезосистема формує «середній» рівень систем принципів податкового законодавства.

Коли ж мова йде про мікросистему, то її основоположні елементи визначаються на основі такого класифікаційного критерію, як спрямованість дії тих чи інших вихідних положень податкового законодавства. Так, у межах положень п. 4.1 ст. 4 Податкового кодексу України ми можемо виділити принципи, які належать до мікросистеми принципів установчого характеру та мікросистеми принципів регулятивного характеру. У цьому разі до принципів установчого характеру ми відносимо такі вихідні положення, як принцип соціальної справедливості, принцип фіскальної достатності, принцип економічності оподаткування, принцип рівномірності та зручності сплати податків і зборів тощо. Вищезазначені вихідні положення формують відносно самостійну системнообрамлену групу принципів, за допомогою якої визначаються вимоги до здійснення нормотворчої діяльності у сфері оподаткування. До мікросистеми принципів регулятивного характеру ми відносимо принцип-презумпцію правомірності рішень платника податків, принцип невідворотності настання юридичної відповідальності, принцип рівності та недискримінації платників податків тощо. Відповідні принципи податкового законодавства мають специфічно орієнтоване спрямування, що полягає в забезпеченні належного правозастосування в податково-правовій сфері. Фактично окреслені мікросистеми є інтегративними складниками мезосистеми власне (поіменованих) принципів податкового законодавства.

Вважаємо за доцільне сказати, що відповідна системна взаємодія основних засад податкового законодавства будується на тій логіці, що

кожен рівень систем вищого порядку «поглинає» системи нижчого рівня. У цьому аспекті проявляється взаємоінтегративність відповідних систем. Така взаємоінтегративність можлива у висхідному порядку, тобто в напрямі від мікросистем до макросистеми. При цьому варто зазначити, що макросистема є системою найвищого порядку, яка інтегрує в собі всі вихідні положення податкового законодавства. Проте в будь-якому разі ми повинні чітко усвідомлювати, що відповідний розподіл має умовний характер. Здійснене нами структурування й розділення систем вихідних положень податкового законодавства має своїм завданням забезпечити наочність складного та багаторівневого характеру взаємодії досліджуваних принципів (див. рис. 1).

Варто зауважити, що множинність систем вихідних положень податкового законодавства не порушує логіку функціонування відповідних окремо взятих систем. Кожна з вищезазначених систем принципів податкового законодавства зберігає власну специфіку та відносну відособленість. При цьому наголошуємо на тому, що відповідні системи перебувають у перманентній взаємодії. Кожна з них взаємоінтегрується, тим самим змістовно доповнюючи іншу. Незважаючи на множинність систем принципів податкового законодавства та складність взаємодії між ними, кожна з відповідних систем зберігає самотність і самостійність. Неуніфікований характер системи принципів податкового законодавства призводить до структурного ускладнення досліджуваного явища, тим самим наочно демонструючи його багатогранність і різноаспектність.

Загалом необхідно зауважити, що система основних засад податкового законодавства ви-



Рис. 1. Структура системної взаємодії основних засад податкового законодавства

різняється підвищеною мірою стійкості. Це зумовлюється, зокрема, тим, що відповідні принципи вирізняються усталеністю та універсальністю сформованих у їхніх межах імперативних вимог. Досить важливим є також той факт, що з техніко-юридичної позиції конструювання нормативних приписів вихідного характеру, як правило, супроводжується структурними змінами в межах тих чи інших інститутів конкретної галузі законодавства. Зазначений аспект зумовлює необхідність дотримуватись виваженого підходу до модернізації конкретної системи вихідних положень, у тому числі й системи принципів податкового законодавства.

На сьогодні актуальним залишається питання з приводу того, чи можна говорити про включення принципів податкового законодавства, які не закріплені в прямій формі, до системи основ податкового законодавства. У цьому разі ми дотримуємось тієї позиції, що такі вихідні положення, які можуть бути виокремлені шляхом системного й послідовного тлумачення приписів податкового законодавства, є такими, що також органічно вписуються в систему вихідних положень податкового законодавства, при цьому займаючи певною мірою специфічне положення, оскільки джерелом їх синтезу є складний процес системно-аналітичної діяльності.

Висновки

Варто зазначити, що завдяки принципам, які містить податкове законодавство, забезпечується реалізація систематизуючої та стабілізуючої функцій. З приводу стабілізуючої функції основоположних ідей права варто зазначити, що вона має своїм проявом фіксування й закладення вимог, які вимагають беззастережного підпорядкування, реагування, виконання, тобто імперативних вимог, які спрямовані на те, щоб була дотримана сталість розвитку сфери податкового права. Принципи, що містяться в податковому законодавстві, відіграють роль обрамлюючого чинника для всієї сфери оподаткування, за допомогою чого стає можливим дотримання поступальності та деякої плановості в розвитку відносин у податковій сфері.

В статтє приводится алгоритм розвитку общественных отношений в сфере налогового права. Такого рода алгоритмизаторами выступают принципы налогового законодательства, которые находят свою непосредственную формализацию в рамках предписаний ст. 4 Налогового кодекса Украины. В пределах актов действующего законодательства принципы права могут получать прямое или опосредованное закрепление. Соответствующие принципы налогового законодательства находятся в четкой и слаженной системе. Для комплексности понимания данной категории рассмотрены также доктринальные определения такого понятия, как «система». Именно через определение понятий и основных принципов описывается система налогового законодательства.

Ключевые слова: налоговое право, принципы, налоговое законодательство, конститутивность, органическое единство, макросистема, микросистема.

In this article the algorithm of public relations in the field of tax law. Such principles serve as algorithms of tax laws, which are a direct formalization under the provisions of Art. 4 Tax Code of Ukraine. Within the acts of the current legislation the principles of law can receive their direct or indirect fixing. Appropriate tax law principles are clear and coordinated system. For an understanding of the complexity of this category in the article the doctrinal definition also such thing as a "system". It is because definitions and fundamental principles of the system is described tax legislation.

Key words: tax law, principles, tax legislation, constitutionality, organic unity, macrosystem, microsystem.

Якщо вести мову про систематизуючу функцію, варто зауважити, що її зміст зводиться до того, що завдяки принципам, які відображені в податковому законодавстві, забезпечується комплексний і послідовний регулюючий вплив нормативно-правових актів, які належать до податкового законодавства. Насправді основні, керівні ідеї, які закріплені в податковому законодавстві, дають змогу об'єднати всі податкові приписи нормативного характеру в цілісну конструкцію нормативного характеру.

Список використаних джерел:

1. Погребняк С.П. Основоположний принципи права (змістовна характеристика) : [монографія] / С.П. Погребняк. – Х. : Право, 2008. – 240 с.
2. Кашанина Т.В. Юридическая техника : [учебник] / Т.В. Кашанина. – М. : Норма – Инфра-М, 2011. – 496 с.
3. Храбров А.А. Правове регулювання принципів податкового права (теоретичний аспект) / А.А. Храбров // Очерки налогово-правовой науки современности : [монография] / под общ. ред. Е.Ю. Грачевой и Н.П. Кучерявенко. – М. ; Х. : Право, 2013. – С. 47–62.
4. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2755-17/ed20160801>.
5. Афанасьев В.Г. Системность и общество / В.Г. Афанасьев. – М. : Политиздат, 1980. – 368 с.
6. Философский энциклопедический словарь / редкол. : С.С. Аверинцев и др. – 2-е изд. – М. : Советская энциклопедия, 1989. – 815 с.
7. Bertalanffy L. General System Theory – A Critical Review / L. von Bertalanffy // General Systems. – 1962. – Vol. 7. – P. 1–20.
8. Мінаєва О.М. Процедурне регулювання податкових відносин (методологічний аспект) : дис. ... докт. юрид. наук / О.М. Мінаєва. – Запоріжжя, 2017. – 402 с.
9. Котенко А.М. До питання про принципи у податково-правовому регулюванні / А.М. Котенко // Фінансове право. – 2014. – № 2. – С. 22–24. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Fp_2014_2_9.

УДК 347.73

Сергій Лук'янець,здобувач кафедри фінансового права
Університету державної фіскальної служби України

ОЗНАКИ ПОДАТКУ: ТЕОРЕТИЧНИЙ ТА ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ

Статтю присвячено науково-аналітичному дослідженню ознак податку в контексті теоретичних і прикладних аспектів вивчення піднятої проблематики. Проаналізовано наукові праці сучасних авторів та норми чинного законодавства з огляду на предмет проведеного автором дослідження. Враховуючи наведені погляди вчених стосовно правової природи податку, зроблено висновок щодо можливості виокремлення значно більшої кількості ознак останнього, ніж ті, що закріплені в чинному Податковому кодексі України. Наголошується на тому, що законодавчо закріплена в більшості країн світу грошова форма податку застосовується в будь-якому разі, проте в окремих випадках об'єкт вимірюється не в національній валюті. Встановлено, що наявність (появу) об'єкта оподаткування варто розглядати не як умову сплати податку, а як юридичний факт, що зумовлює виникнення податкового обов'язку.

Ключові слова: податок, збір, мито, цільові, організаційні, системні ознаки податку, родові риси податку, податковий обов'язок, грошова форма податку.

Постановка проблеми. Необхідно провести науково-аналітичне дослідження ознак податку в контексті теоретичних і прикладних аспектів вивчення піднятої проблематики. Проаналізовано наукові праці сучасних авторів та норми чинного законодавства з огляду на предмет проведеного автором дослідження.

Метою статті є розгляд теоретичних і прикладних аспектів виділення ознак податку.

Виклад основного матеріалу. Нормативно закріплене визначення терміна «податок» не містить усіх його суттєвих рис. Отже, варто окремо зупинитись на їх характеристичні.

Безумовно, низка ознак податку встановлена самим Податковим кодексом України. Так, у ст. 6 Податкового кодексу України податок визначається як обов'язковий, безумовний платіж до відповідного бюджету, що справляється з платників податку відповідно до цього кодексу [18]. З огляду на це можна виокремити такі ознаки податку:

- обов'язковість;
- безумовність;
- надходження до бюджету;
- справляння платником;
- сплата відповідно до норм Податкового кодексу України.

Однак з огляду на сформоване вченими уявлення про суть податку можна виокремити значно більше його ознак, ніж закріплено в Податковому кодексі України. Деякі науковці пропонують усю сукупність типових ознак податку поділити на три групи: цільові, організаційні та системні. До кола цільових ознак відносять такі: а) компетентні органи управління; б) цільове призначення податку (склад витрат, що покриваються податковим збором); в) цільове призначення наданих пільг (галузь вкладення коштів, залишених у платника податків).

До організаційних ознак відносять такі: а) об'єкт податку – те, що ним оподатковується

(дохід, майно тощо); б) джерело виплати податку – фонд або кошти, з яких він сплачується (поточний дохід, кредит тощо); в) базу (основу) податку – суму, з якої він стягується; г) ставку (шкалу ставок) податку – його розмір на одиницю обкладання; д) суб'єкта оподаткування – особу, зобов'язану за законом сплачувати податок; е) його платника – особу, на яку покладається тягар податку.

До системних ознак відносять такі: а) частку податку в бюджетних надходженнях; б) його частку в загальному податковому тиску на платника податків; в) ступінь задоволення податком фінансових потреб сфери його призначення; г) ступінь збирання податку; г) економічні наслідки наданих пільг щодо сплати податку (збитки, майбутні доходи); д) витрати на збір податку [4, с. 123–124; 26, с. 14–15].

Інші вчені пропонують визначити коло загальних (родових) рис, що притаманні і податкам, і зборам, і іншим загальнообов'язковим платежам податкового характеру. Так, на переконання О.О. Головашевича, І.Є. Криницького та В.В. Капустника, незважаючи на схожість податку та збору, це все-таки різні важелі, а тому вони мають також особливі (видові) ознаки. До загальних ознак цих обов'язкових платежів пропонується віднести такі:

- насичення бюджету й цільових фондів;
- надходження коштів у казну для задоволення суспільних витрат;
- обов'язковість сплати, виконання якої забезпечується примусовою силою держави;
- безповоротність;
- безеквівалентність;
- безоплатність;
- безумовність;
- законодавче закріплення;
- регулювання їх актом компетентного органу державної влади;
- систематичність (регулярність) їх стягування;

– здійснення контролю державними органами [10; 5, с. 23–25; 7, с. 27–30].

Більш спрощено підходить до визначення ознак податків О.В. Дьомін, який вказує на притаманність податку обов'язковості, індивідуальної безвідплатності, грошової форми сплати, публічних цілей оподаткування [6, с. 69].

Отже, вважаємо за необхідне охарактеризувати наведені ознаки податку та більш ґрунтовно розкрити їх. Більшість учених виділяють грошову форму податку як одну з основних його ознак [11, с. 102]. Із цього приводу О.В. Дьомін зазначає, що сутність податку полягає у відчуженні державою на свою користь належних приватним особам грошових коштів [6, с. 68]. Витікає ця ознака з положень ст. 35 Податкового кодексу України, відповідно до норм якої сплата податків і зборів здійснюється в грошовій формі в національній валюті України, крім випадків, передбачених цим кодексом або законами з питань митної справи [18]. У цьому випадку законодавець передбачає диференціацію порядку сплати податку, проте це не стосується форми його сплати. У будь-якому разі застосовується грошова форма, проте в окремих випадках (наприклад, під час оподаткування імпорту товарів) об'єкт вимірюється не в національній валюті. Саме цей аспект мав на увазі законодавець.

Варто наголосити на тому, що грошова форма податку закріплена в більшості країн. Так, у Російській Федерації податок стягується з організацій і фізичних осіб у формі відчуження приналежних їм за правом власності, господарського відання або оперативного управління грошових коштів [16]. Відповідно до норм ст. 1 Закону Естонії «Про оподаткування» від 16 грудня 1993 р. «податок – це грошове зобов'язання, яке покладене на платника законом про податок або прийнятою на підставі закону постановою зборів одиниці місцевого самоврядування» [20, с. 212]. У ст. 12 Податкового кодексу Республіки Казахстан податки визначені як законодавчо встановлені державою в односторонньому порядку обов'язкові грошові платежі в бюджет, що мають безповоротний і безоплатний характер [8]. Проте як експеримент в Україні певний час існував загальнообов'язковий платіж, який можна було сплачувати в натуральній формі. Ідеться про фіксований сільськогосподарський податок, який було запроваджено в 1998 р. та який певний час міг сплачуватися шляхом поставки товарної сільськогосподарської продукції. Цей експеримент не був вдалим, тому досить швидко із Закону України «Про фіксований сільськогосподарський податок» було виключено положення про його сплату в натуральній формі [22].

Важливою ознакою податку є його безумовність. Як вбачається, безумовність податку виходить із самої природи публічного регулювання. Сплата податку має на меті забезпечити фінансування публічних інтересів, тому всі мають сплачувати законно встановлені податки та збори, що постає з норм Конституції України [9]. Аналізуючи ознаку умовності

податку, М.П. Кучерявенко вказує на те, що на перший погляд може скластись враження про наявність певних умов сплати податків (наприклад, сплата податку на прибуток пов'язана з одержанням прибутку). При цьому вчений наголошує, що безумовність платежу характеризується тим, що в податках умовою сплати може бути формування об'єкта оподаткування: до одержання прибутку не може існувати обов'язок зі сплати податку на прибуток, оскільки немає об'єкта. М.П. Кучерявенко стверджує: «Умовний характер платежу означає, що об'єкт оподаткування існує, проте обов'язок щодо сплати відповідного платежу виникає за певної події. Наприклад, мито сплачується залежно від вартості певного товару (яка існує незалежно від обов'язку зі сплати мита), однак тільки за певної умови – перетину митного кордону» [11, с. 94].

Ми вважаємо переконливою аргументацію М.П. Кучерявенка щодо безумовності податків. При цьому наявність (появу) об'єкта оподаткування варто розглядати не як умову сплати податку, а як юридичний факт, що зумовлює виникнення податкового обов'язку. Із цих позицій логічною й обґрунтованою є думка О.І. Липка: «Безумовність пов'язана з неможливістю платника висувати умови державі, яка встановлює та зобов'язує сплачувати податки. Платник не може поставити перед державою питання про виконання останньою для платника певних дій чи надання послуг. Податок платиться незалежно від того, чи отримає платник якісь блага для себе (як частини соціуму) і чи «відчує» він на собі витрату державою (органом місцевого самоврядування) сплачених ним податків» [13, с. 72].

Деякі вчені поряд із названими ознаками виокремлюють безповоротність податку [15, с. 40–41]. На перший погляд після сплати податку держава або територіальна громада (якщо мова йде про місцеві податки) самостійно розпоряджається цими сумами, будь-якої компенсації чи зворотних дій щодо платника не передбачається. Однак чинне податкове законодавство містить низку випадків, коли сплачені у формі податків кошти повертаються платникам. Насамперед ідеться про повернення надміру сплачених чи помилково сплачених податків. Відповідно до пп. 14.1.115 п. 14.1 ст. 14 Податкового кодексу України надміру сплачені грошові зобов'язання – це суми коштів, які на певну дату зараховані до відповідного бюджету понад нараховані суми грошових зобов'язань, граничний строк сплати яких настав на таку дату [18]. Помилково та/або надміру сплачені суми грошового зобов'язання підлягають поверненню платнику податків у разі подання заяви на повернення сплачених податків у довільній формі. У такій заяві має бути зазначено напрям перерахування коштів: на поточний рахунок платника податків в установі банку; на погашення грошового зобов'язання (податкового боргу) з інших платежів, контроль за справлянням яких покладено на контролюючі органи, незалежно від виду бюджету; повернення готівковими коштами за

чеком у разі відсутності в платника податків рахунку в банку.

Іншим випадком повернення сплачених у формі податку коштів є застосування специфічних механізмів, притаманних окремим платежам. У цьому разі йдеться про механізм бюджетного відшкодування, що міститься в правовому механізмі податку на додану вартість. Відразу варто зауважити, що поява подібного інструменту в механізмі податку на прибуток підприємств виключена, оскільки бюджетне відшкодування характерне для непрямих податків. Суть бюджетного відшкодування зводиться до повернення суми податку в разі експорту товару або послуги, тобто застосовується воно в разі кінцевої реалізації товару поза межами України.

Пов'язаною з ознакою безповоротності податку є його індивідуальна безвідплатність. Після сплати податку в державі не виникає зустрічних зобов'язань до конкретного платника. О.В. Дьомін підкреслює, що пряма вигода (зацікавленість) платити податки відсутня, а платник, сплативши податок, не набуває додаткових суб'єктивних прав, не може вимагати від держави зустрічного задоволення [6, с. 152].

Під час сплати податок зараховується до державного чи місцевого бюджету або розподіляється між ними в пропорціях, встановлених Бюджетним кодексом України. У цьому разі простежується така ознака податку, як зарахування його до бюджету відповідного рівня. Е.В. Порохов наголошував на тому, що податки мають бути насамперед засобом формування доходів конкретного грошового фонду – державного бюджету [19, с. 39]. На цій ознаці заговорив увагу С.Д. Ципкін: «З правової позиції податок означає насамперед платіж до бюджету» [25, с. 49]. Подібної думки дотримуються й інші фахівці, які вважають, що податок завжди сплачується в бюджет – загальнодержавний або місцевий, а також може розподілятися між ними. Кошти від сплати податків не призначені для конкретних цільових витрат [17, с. 72; 2, с. 13–14; 3, с. 69; 20, с. 284–285].

Варто підкреслити, що останні розглянуті нами ознаки податку (безумовність, безповоротність, індивідуальна безвідплатність) відмежовують його від іншого загальнообов'язкового платежу – збору.

Далі варто розглянути відмінність податку від збору та мита. І.І. Янжул зазначав, що і податки, і митні платежі схожі за своєю примусовістю. Є.А. Ровинський відносив мито до податків, Д.М. Львов – до непрямих податків, а І.Т. Тарасов відокремлював мита від податків за ознакою неперіодичності сплати мита [27, с. 509; 24, с. 225; 14, с. 406; 23, с. 583]. На переконання Е.М. Берендтса, реалізація податкового обов'язку під час сплати податку й мита була публічно-правовим зобов'язанням приватної особи на користь держави. Учений вказував: «Обов'язок платежу податку не є обов'язком одноразовим, що припиняється,

не повторюється періодично, а є обов'язком, який триває залежно від того, чи продовжує існувати підстава оподаткування, яка встановлена законом або визнана. Податковий обов'язок не є наслідком звернення до держави або її органів за будь-якою послугою. Він існує незалежно від будь-яких особливих відносин між владою та громадянами; він існує в силу закону та його вимог, звернених до самих громадян, які за певними, зазначеними в законі, ознаками визнаються такими, що підлягають оподаткуванню. За сплатою податку не відбувається якої-небудь дії з боку влади в інтересах сплати податку, якщо не враховувати видачу квитанції під час внесення податку, що слугує доказом виконання податкового обов'язку» [1, с. 250–252]. Саме в цьому положенні науковця бачимо додаткові аргументи на користь відмежування податку від мита та збору, які мають умовний характер.

О.О. Головашевич заговорив увагу на різниці процедур виконання обов'язку зі сплати податків, зборів і мита. На його переконання, сплата податків пов'язана з поданням податкової декларації та має періодичний характер (податок на прибуток підприємств, податок на доходи фізичних осіб). Процедури сплати зборів можуть мати несистематичний або навіть разовий характер (збір за першу реєстрацію транспортного засобу). Учений зауважує: «Процедури сплати мита реалізуються під час митного оформлення товару під час перетину державного кордону» [12, с. 98].

На динаміку нормативного регулювання понять «податок» і «збір» в Україні звертають увагу О.В. Шульженко та В.В. Капустник. Учені зазначають недосконалість визначення податку в Законі України «Про систему оподаткування», відповідно до якого під податком і збором (обов'язковим платежем) до бюджетів та до державних цільових фондів варто було розуміти обов'язковий внесок до бюджету відповідного рівня або державного цільового фонду, здійснюваний платниками в порядку та на умовах, що визначаються законами України про оподаткування [21]. Цілком аргументовано згадані науковці вказують на відсутність у такому визначенні істотних правових ознак, притаманних податку, і юридичних критеріїв для відмежування податку та збору. На переконання О.В. Шульженка, порівняння правової природи податків у загальноприйнятому їх розумінні (податок на прибуток підприємств тощо) та, наприклад, відрахувань у пенсійний фонд, у формі мита, екологічних платежів і фінансових санкцій не дасть змогу відрізнити їх крізь призму положень ст. 2 Закону України «Про систему оподаткування» [26, с. 16]. В.В. Капустник, порівнюючи вказане визначення з дефініціями податку та збору, встановленими Податковим кодексом України, вказує на позитивну динаміку законодавчих змін: «На рівні закону закріплено суттєві ознаки, що покладаються в основу розмежування різних типів загальнообов'язкових платежів» [7, с. 26–27].

Висновки

З огляду на наведені погляди вчених щодо правової природи податку зроблено висновок про можливість виокремлення значно більшої кількості ознак останнього, ніж ті, що закріплені в чинному Податковому кодексі України. Законодавчо закріплена в більшості країн світу грошова форма податку застосовується в будь-якому разі, проте в окремих випадках об'єкт вимірюється не в національній валюті. Наявність (появу) об'єкта оподаткування варто розглядати не як умову сплати податку, а як юридичний факт, що зумовлює виникнення податкового обов'язку.

Список використаних джерел:

1. Берендтс Э.Н. Русское финансовое право / Э.Н. Берендтс. – СПб. : Типо-Литография Санкт-Петербургской одиночной тюрьмы, 1914. – 453 с.
2. Воротіна Н.В. Теоретичні питання податкового законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н.В. Воротіна. – К., 1996. – 24 с.
3. Гаврилюк Р.О. Правова природа податку / Р.О. Гаврилюк // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. праць. – 2000. – № 100. – С. 68–74.
4. Глухов В.В. Налоги. Теория и практика : [учеб. пособие] / В.В. Глухов, И.В. Дольдз. – СПб. : Специальная литература, 1996. – 282 с.
5. Головашевич О.О. Правове регулювання оподаткування доходів фізичних осіб в Україні : дис. ... канд. юрид. наук / О.О. Головашевич. – Х., 2007. – 193 с.
6. Демин А.В. Налоговое право России : [учеб. пособие] / А.В. Демин. – М. : РИОР, 2008. – 382 с.
7. Капустник В.В. Правове регулювання податкового періоду : дис. ... канд. юрид. наук / В.В. Капустник. – Х., 2015. – 199 с.
8. Кодекс Республики Казахстан о налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.salyk.kz>
9. Конституція України : Закон України станом на 1 вересня 2016 р. (відповідає офіційному тексту). – Х. : Право, 2016. – 82 с.
10. Криницький І.С. Правове регулювання оподаткування майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І.С. Криницький. – Х., 2002. – 22 с.
11. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права : в 6 т. / Н.П. Кучерявенко. – Х. : Легас ; Право, 2001–2008. – Т. 3 : Учение о налоге. – 2005. – 600 с.
12. Ларіна О.В. Правове регулювання процедур виконання обов'язку із сплати податків та зборів : дис. ... канд. юрид. наук / О.В. Ларіна. – Х., 2014. – 200 с.
13. Липко О.Ю. Правове регулювання механізму податку: зміст та складові : дис. ... канд. юрид. наук / О.Ю. Липко. – Х., 2013. – 207 с.
14. Львов Д.М. Курс финансового права / Д.М. Львов. – Казань, 1888. – 285 с.
15. Налоговое право России : [учебник для вузов] / под общ. ред. Ю.А. Крохина. – М. : НОРМА, 2003. – 641 с.
16. Налоговый кодекс Российской Федерации // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 31. – Ст. 3824.
17. Пацурківський П.С. Податковий закон як правова форма фінансової діяльності держави / П.С. Пацурківський // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. праць. – 1996. – № 4–5. – С. 69–88.
18. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 13–17. – Ст. 112.
19. Порохов Е.В. Теория налоговых обязательств : [учеб. пособие] / Е.В. Порохов. – Алматы, 2001. – 640 с.
20. Пришва Н.Ю. Правові проблеми регулювання обов'язкових платежів : дис. ... докт. юрид. наук / Н.Ю. Пришва. – К., 2004. – 279 с.
21. Про систему оподаткування : Закон України від 25 червня 1991 р. № 1251-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 39. – Ст. 510.
22. Про фіксований сільськогосподарський податок : Закон України від 17 грудня 1998 р. № 320-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 5–6. – Ст. 39.
23. Тарасов И.Т. Очерк науки финансового права. Введение: Общая часть / И.Т. Тарасов. – Ярославль : Законоведение, 1883–1885. – 710 с.
24. Финансовое право : [учебник] / под общ. ред. Е.А. Ровинского. – М. : Юридическая литература, 1971. – 268 с.
25. Цыпкин С.Д. Доходы государственного бюджета СССР: правовые вопросы / С.Д. Цыпкин. – М., 1973. – 222 с.
26. Шульженко О.В. Правове регулювання податкової бази : дис. ... канд. юрид. наук / О.В. Шульженко. – Х., 2012. – 199 с.
27. Янжул И.И. Основные начала финансовой науки: учение о государственных доходах / И.И. Янжул. – М. : Статут, 2002. – 555 с.

Статья посвящена научно-аналитическому исследованию признаков налога в контексте теоретических и прикладных аспектов изучения поднятой проблематики. Проанализированы научные труды современных авторов и нормы действующего законодательства с учетом предмета проведенного автором исследования. Учитывая приведенные взгляды ученых относительно правовой природы налога, сделан вывод о возможности выделения значительно большего числа признаков последнего, чем те, которые закреплены в действующем Налоговом кодексе Украины. Подчеркивается, что законодательно закрепленная в большинстве стран мира денежная форма налога применяется в любом случае, однако в отдельных случаях объект измеряется не в национальной валюте. Установлено, что наличие (появление) объекта налогообложения следует рассматривать не как условие уплаты налога, а как юридический факт, который обуславливает возникновение налогового долга.

Ключевые слова: налог, сбор, пошлина, целевые, организационные, системные признаки налога, родовые черты налога, налоговый долг, денежная форма налога.

The article is devoted to the scientific-analytical study of tax characteristics in the context of theoretical and applied aspects of studying the raised issues. The author analyzes the scientific works of contemporary authors and the norms of the current legislation in view of the subject of the research by the author. Taking into account the above views of scientists regarding the legal nature of the tax, it was concluded that it is possible to distinguish a much larger number of signs of the latter than those stipulated in the current Tax Code of Ukraine. It is noted that in the overwhelming majority of countries, the monetary form of the tax is legally fixed in any case, but in some cases the object is measured not in the national currency. It is established that the presence (appearance) of the object of taxation should be considered not as a condition of payment of tax, but as a legal fact that causes the emergence of tax liability.

Key words: tax, collection, duty, target, organizational, systemic features of tax, generic features of tax, tax duty, monetary form of tax.



УДК 342.722.1

Ольга-Марія Бачинська,*аспірант кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИНЦИПІВ НЕДИСКРИМІНАЦІЇ ТА РІВНОСТІ У ПРАВІ

Стаття присвячена аналізу природи та сутності принципів недискримінації та рівності. Автор розмежовує дані принципи на основі розгляду законодавства України, міжнародних нормативно-правових актів у сфері захисту прав людини, практики Європейського суду з прав людини та аналізу вітчизняної юридичної доктрини.

Ключові слова: принцип недискримінації, принцип рівності, дискримінація, юридична рівність, боротьба з дискримінацією, захист прав людини.

Постановка проблеми. Забезпечення прав і свобод людини і громадянина є однією з найважливіших функцій сучасних демократичних держав. Конституція України на виконання цієї фундаментальної засади у ст. 3 задекларувала, що «людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Принципи рівності та недискримінації є надзвичайно важливими для забезпечення прав і свобод людини і громадянина. Якщо принцип рівності своїм корінням сягає ще часів античності, то принцип недискримінації є відносно новим для світового співтовариства. Саме тому важливе дослідження поняття недискримінації та розмежування даних принципів. Вивчення сутності та змісту принципу недискримінації має визначальний характер для його ефективного законодавчого врегулювання та реалізації на практиці.

Аналіз досліджень і публікацій з даної теми. Принцип рівності у своїх роботах досліджували О. Банчук, О. Васильченко, П. Рабінович, Г. Христова, С. Шевчук та інші. Принцип недискримінації був предметом дослідження О. Панкевича, С. Погребняка, З. Равлінко та інших.

Однак у юридичній доктрині відсутній єдиний підхід до співвідношення між принципами рівності та недискримінації. Деякі вчені ототожнюють дані принципи, інші вважають, що принцип недискримінації є похідним від принципу рівності, решта науковців підтримують самостійність цих принципів.

Взаємозв'язок принципів рівності і недискримінації є очевидним. Однак характер цього зв'язку залишається не до кінця з'ясованим у правовій науці України. **Метою** цієї статті є аналіз змісту принципів недискримінації та рівності, обґрунтування самостійності принципу недискримінації та визначення його відмінностей від принципу рівності.

Виклад основного матеріалу дослідження. Натепер конституційний принцип недискримінації в системі принципів прав і свобод людини і громадянина займає особливе місце, оскільки діє у зв'язці з досить дослідженим у науці принципом рівності осіб. Однак зміст даних принципів, незважаючи на їх безсумнівну схожість, все-таки відрізняється.

Більшість держав світу визнають, що усі люди з народження повинні бути наділені рівними правами та свободами через їх належність до одного людського роду. Україна не стала винятком. Принцип рівності закріплений у ч. 1 ст. 24 Конституції України: «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом», тоді як принцип недискримінації знайшов своє вираження у ч. 2 цієї статті: «Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» [1]. І хоча в самому тексті цієї статті немає формулювання поняття «дискримінація», але його зміст свідчить про те, що мається на увазі заборона дискримінації за різними ознаками людини.

Правовий розвиток принцип недискримінації отримав у профільному законі «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Так, відповідно до цього закону «дискримінація – це ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними» [2]. Дефініція дискримінації за ознакою статі наводиться у Законі України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків».

Взагалі, нормативне оформлення принципу недискримінації в українському праві наявне. Проте відсутній реальний механізм захисту осіб, що постраждали від дискримінації. Декларативний характер антидискримінаційних норм має результатом неефективний рівень протидії та боротьби з дискримінацією.

Принцип недискримінації є продовженням принципу рівності, але не збігається з ним і має свій власний зміст, про що свідчить аналіз багатьох міжнародних нормативно-правових актів, які розрізняють принципи рівності і недискримінації.

Захист від дискримінації є одним із фундаментальних прав людини, яке визнане міжнародним правом і повинне забезпечуватися сучасними демократичними державами. Крім того, Рада Європи та Європейський союз мають широкий досвід боротьби із дискримінацією, який, безсумніву, буде корисним і для України.

Так, у ст. 1 Загальної декларації прав людини говориться: «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах», тоді як ст. 2 зазначає: «Кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища» [3]. У цій Декларації наводиться відмінність між рівністю гідності та прав людини і заборонаю дискримінації цих прав за переліченими ознаками.

У ст. 3 Конвенції ООН про права інвалідів зазначається, що до принципів даної Конвенції належить принцип недискримінації, а у ст. 5, що має назву «Рівність і недискримінація», проводиться відмінність між цими поняттями. Так, рівність розглядається у тому значенні, що всі особи рівні перед законом і мають право на рівний захист закону, а також рівне користування ним без будь-якої дискримінації. Згідно ж із принципом недискримінації держави-учасники забороняють будь-яку дискримінацію за ознакою інвалідності і гарантують особам з інвалідністю рівний і ефективний правовий захист від дискримінації [4].

У праві Ради Європи принцип недискримінації знайшов своє втілення у ст. 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка забороняє дискримінацію за будь-якою ознакою у процесі користування визнаними в ній правами та свободами [5]. Стаття 14 також визначає, що дискримінація має місце, якщо об'єктивно наявні три елементи: виявлені факти свідчать про упередженість (наявність різного ставлення та підходів); різний підхід розумно не виправданий; відсутня належна пропорційність між використаними засобами і метою, що ставиться. Також Протокол № 12 до Конвенції встановлює загальну заборону дискримінації за будь-якою ознакою.

Європейська соціальна хартія містить заборону будь-якої дискримінації під час здійснення прав, передбачених цією Хартією, а також положення, що зобов'язують держав-учасниць

створювати переваги для окремих груп населення (осіб з інвалідністю, жінок тощо) [6].

Положення про захист від дискримінації також містяться в Рамковій конвенції про захист національних меншин, Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, а також Конвенції Ради Європи про доступ до офіційних документів. Гарантії захисту від пропаганди дискримінації передбачені також Додатковим протоколом до Конвенції про кіберзлочинність.

Також важливо звернутися до практики Європейського суду з прав людини, який неодноразово трактував поняття «дискримінація». Так, у справі «Stummer v. Austria» Суд розглядає дискримінацію як будь-яке відмінне ставлення з особами, що перебувають в однаковій ситуації, коли таке поводження ґрунтується на певній ознаці людини та не має об'єктивного виправдання [7]. У справі «D.H. and others v. Czech Republic» Суд зазначає, що принцип недискримінації може ототожнюватися з принципом рівного поводження, але не з принципом рівності загалом [8].

У вітчизняному правознавстві співвідношення між принципами рівності та недискримінації трактується по-різному. Деякі автори вважають, що ці принципи є тотожними, інші підкреслюють різну правову природу рівності та недискримінації.

Зокрема, С. Шевчук переконаний, що заборона дискримінації у ст. 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод становить, по суті, втілення принципу рівності, встановленого в інших положеннях Конвенції [9, с. 624]. О. Панкевич стверджує, що заборона дискримінації виступає одним зі складників загальноправової засади рівності [10, с. 22]. Г. Христова вважає, що принцип недискримінації існує як субпринцип у межах принципу рівності [11, с. 11-20].

Водночас інші науковці наголошують на тому, що принцип недискримінації не є ні похідним, ні тотожним принципу рівності. Так, С. Погребняк трактує принцип недискримінації як засаду, що забороняє дискримінацію, а «право на захист від дискримінації» визначає як фундаментальне право людини [12, с. 54].

У правовій науковій доктрині України юридична рівність розглядається у таких площинах: як рівна повага в межах певного процесу ухвалення рішень (вимога виявляти рівну повагу до думки кожного), як об'єктивне неупереджене ставлення (вимога однакового розгляду однакових ситуацій), як рівність розподілу благ (вимога отримання кожним рівної частки певного блага), як рівність результату (вимога, згідно з якою індивіди після процедури розподілу повинні опинитися в однакових умовах). Крім того, виділяються такі види рівності: рівність прав і свобод, рівність обов'язків, рівність перед законом, рівність перед судом.

С. Погребняк зазначає, що пояснення існування самого принципу рівності полягає в тому, що всі люди володіють основними (фундаментальними) правами і володіють ними однаковою мірою, тому що ці права пов'язані з ознака-

ми людського роду, стосовно яких усі людські істоти є рівними [12, с. 56].

Під впливом ідеї правової рівності, що є вимогою чесної рівності можливостей, дещо зміщуються акценти розуміння принципу недискримінації. У сучасній інтерпретації він означає заборону необґрунтованого відмінного ставлення (а саме встановлення відмінностей, винятків, обмежень чи переваг) до осіб, які знаходяться в однаковій ситуації, чи однакового підходу до осіб, які перебувають у різних ситуаціях [13, с. 25].

Не можна вважати, що зміст принципу рівності і принципу недискримінації ідентичні. Вони багато в чому збігаються, але відрізняються у своїй сутності, а тому повинні розглядатися як самостійні засади правового статусу особи. До змісту принципу рівності прав і свобод людини входить забезпечення рівних умов для реалізації особистістю належних їй прав, свобод і обов'язків, тоді як принцип недискримінації передбачає створення умов для неприпустимості обмеження належних людині прав, свобод чи обов'язків залежно від її антропологічних чи соціальних якостей.

Вибір людиною способу життя та поведінки не повинен обмежуватися побоюваннями дискримінації та утисками її прав через приналежність до певної меншості. Саме приналежність до певної групи є ознакою, яка дозволяє встановити дискримінацію особи.

Якщо відбувається порушення прав певної людини, то в будь-якому разі це буде правопорушенням, незалежно від тих причин, якими керувалася особа, вчиняючи цю дію. Таке правопорушення стає дискримінацією, якщо воно зумовлене або спричинене певними ознаками людини, які відрізняють її від інших, – кольором шкіри, віком, станом здоров'я тощо.

Тут можна говорити про доцільність забезпечення державою не принципу рівності, оскільки він передбачає необхідність забезпечувальних заходів держави щодо встановлення для всіх її жителів рівних умов, а принципу недискримінації, тобто обов'язкового дотримання тих законів і правил, які не дозволяють порушувати права громадян, що належать до певних груп саме на підставі їх належності до цих груп.

Крім того, важливо зазначити, що принцип недискримінації тісно пов'язаний не лише із принципом рівності. Розглядаючи справи про дискримінацію, Європейський суд з прав людини використовує принцип пропорційності та об'єктивності. У справах про ймовірну дискримінацію Суд досліджує такі елементи: 1) мають бути встановлені факти, що свідчать про різне ставлення; 2) ця відмінність у ставленні не виправдана легітимною метою, тобто відсутнє об'єктивне обґрунтування мети і результатів відповідного заходу; 3) відсутня розумна сумірність між засобами, що використовуються, і метою, що досягається [13, с. 28].

Ефективна реалізація принципу недискримінації в практичній площині має результатом досягнення справедливості та верховенства права, оскільки призводить до такої ситуації

в правовій системі, коли права осіб не утискаються на підставі належності до певної групи чи особливої ознаки.

Висновки

Принцип недискримінації відіграє досить вагому роль, оскільки його реалізація впливає, передусім, на можливість використання людиною її конституційних прав і свобод.

У правовій доктрині України більшість учених відстоюють думку, що принцип недискримінації є тотожним принципу рівності громадян або є його органічним продовженням. Однак на основі аналізу українського законодавства, міжнародних правозахисних актів та практики Європейського суду з прав людини можемо зробити висновок, що принципи рівності та недискримінації не є аналогічними.

Ці принципи хоч і є близькими, проте мають різний зміст та відрізняються за своєю суттю. Принцип рівності ґрунтується на створенні рівних умов для реалізації особою належних їй прав. А принцип недискримінації створює умови, за яких встановлюється неприпустимість обмеження прав свобод і обов'язків людини залежно від антропологічних чи соціальних ознак.

Принцип недискримінації є невідчужуваним та тісно пов'язаний не лише із принципом рівності, а й із засадами справедливості, об'єктивності, пропорційності, верховенства права та поваги до прав людини.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
2. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 р. № 5207-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 76. – Ст. 65.
3. Загальна декларація прав людини від 10.12.1948 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
4. Конвенція ООН про права інвалідів від 13.12.2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_g71.
5. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Європейська соціальна хартія (переглянута) від 03.05.1996 // Голос України. – 2006. – 30 лист. (№ 227).
7. Stummer v. Austria (Judgement 07 July 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int>.
8. D.H. and others v. Czech Republic (Judgement 07 November 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int>.
9. Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції / Ста-

ніслав Шевчук. – 2-ге вид., випр., допов. – К. : Реферат, 2007. – 848 с.

10. Панкевич О. Заборона дискримінації: деякі загальнотеоретичні й філософсько-правові аспекти інтерпретації (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини) / О. Панкевич // Вісник Національної академії правових наук України. – 2014. – № 3(78). – С. 20–31.

11. Христова Г. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації / Г. Христо-

ва // Вісн. Нац. акад. прав. наук України : зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій та ін. – Х. : Право, 2013. – № 4(75). – С. 11–20.

12. Погребняк С. Генезис ідеї рівності як основоположного принципу права / С. Погребняк // Вісник Академії правових наук України. – 2010. – № 3. – С. 50–58.

13. Погребняк С. Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності // Вісник Академії правових наук України. – 2007. – № 3. – С. 23–34.

Стаття посвячена аналізу природи і сутності принципів недискримінації та рівності. Автор розграничує дані принципи на основі розгляду законодавства України, міжнародних нормативно-правових актів в сфері захисту прав людини, практики Європейського суду по правам людини та аналізу отечественної юридическої доктрини.

Ключевые слова: принцип недискримінації, принцип рівності, дискримінація, юридическе рівність, боротьба з дискримінацією, захист прав людини.

The article is devoted to the analysis of the nature and essence of the principles of non-discrimination and equality. The author delineates these principles on the basis of consideration of Ukrainian legislation, international normative legal acts in the field of human rights protection, the practice of the European Court of Human Rights and the analysis of domestic legal doctrine.

Key words: non-discrimination principle, equality principle, discrimination, legal equality, fight against discrimination, protection of human rights.



УДК 340.134

Надія Левицька,*канд. юрид. наук, доцент кафедри основ права України
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ЮРИДИЧНІ КОНСТРУКЦІЇ ТА СИСТЕМА ПРАВА: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Стаття присвячена сучасному порівняльному аналізу термінів «юридична конструкція» та «система права» на основі наукових досліджень. Зроблено висновок, що ці категорії є цілісними і самостійними правовими явищами, кожне з яких займає власне місце в механізмі правового регулювання, що юридична конструкція володіє більш високим рівнем організації та має більший регулятивний та правореалізаційний потенціал, ніж система права.

Ключові слова: юридична конструкція, система права, норма права, правовий інститут, цілі, функції, уніфікація.

Постановка проблеми. В умовах модернізації правова система України для того, щоб відповідати сучасним вимогам, потребує нових шляхів пізнання права. Зміст права при більш детальному аналізі виявляється об'ємним, багатовимірним, що включає багато правових явищ, з яких складається цілісний юридичний організм. Право за своєю суттю є системою [1, с. 22, 27], а застосування системних понять може надати методологічну допомогу в більш глибокому розумінні взаємозв'язку елементів права. Позасистемні зв'язки права впливають на внутрішньосистемні, і навпаки. Нині актуальний науковий аналіз із позицій правового моделювання певного сегменту суспільних відносин, що здійснюється за допомогою юридичних конструкцій і правових засобів. Така ситуація зумовлена тим, що саме системний підхід дозволяє показати цілісність системи права, гармонійний взаємовплив його елементів, те, чому саме норми права об'єднуються в окремі інститути, а ті у свою чергу утворюють більш нормативні масиви.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Дослідження через спектр юридичної конструкції в системі права вкрай важливе: воно дає змогу глибше спроекувати сутність, призначення, структурну організацію змісту права. Незважаючи на те, що вивченню проблематики юридичних конструкцій приділено увагу у багатьох наукових працях учених (С. Алексєєв, Н. Влащенко, Г. Гурвіч, Ж. Дзейко, А. Іванчин, Р. Ієрінг, В. Карташов, Т. Кашаніна, Д. Керімов, Б. Кістяківський, М. Коркунов, О. Мурашин, В. Нерсесянц, А. Піголкін, М. Тарасов, Ю. Тихомиров, Ю. Шемшученко, О. Черданцев, О. Ющик та ін.), а також захищено ряд дисертацій за останні роки в Україні (А. Осауленка «Нормативна конструкція ретроспективної відповідальності у публічному праві сучасної України»; І. Бабіна «Юридична конструкція податку»; А. Дутко «Юридичні конструкції та їх використання в законотвірчій практиці України»), є певне різноголосся щодо поняття юридичних конструкцій, їх класифікації та визначення їхньої ролі, значення у складній системі правових

явищ. Така категорія, як «система права», була об'єктом глибокого наукового дослідження, яке зумовлене універсальним характером даної правової категорії, у працях таких відомих учених, як: С. Алексєєва, С. Братусь, Л. Дембо, М. Марченко, Д. Керімова, А. Піголкіна, С. Полєніна, Ю. Тихомиров, Л. Явич, В. Якушева та ін. В Україні основні закономірності виникнення, існування, розвитку системи права розглядаються в роботах таких учених, як С. Бобровник, П. Євграфов, В. Горшенєв, А. Заєць, М. Козюбра, А. Колодій, В. Копейчиков, О. Лисенкова, Л. Луць, В. Погорілко, С. Погребняк, І. Погрібний, П. Рабінович, О. Скакун, М. Цвік, О. Ющик та ін.

Метою даної статті є розгляд з використанням методологічного підходу юридичних конструкцій як понятійної форми юридичного мислення, яка виражена в системі норм, впливу юридичної конструкції на елементи системи права та з'ясування співвідношення таких правових категорій, як «юридична конструкція» та «система права».

Виклад основного матеріалу дослідження. Використовуючи принцип єдності і диференціації, на основі якого будуються всі системні утворення в системі права, виокремимо співвідношення юридичної конструкції та системи права, яке дозволить не тільки забезпечити наукову визначеність, але й виявити значення досліджуваних правових явищ у їх формуванні. Більшість вітчизняних та зарубіжних учених юридичні конструкції розглядають у таких значеннях: як один із засобів юридичної техніки, тобто техніки відображення правових норм у законах, інших нормативних документах [2, с. 497]; як елемент змісту права [3]; як прийом (засіб) наукового пізнання, а також засіб тлумачення норм права та встановлення юридичних фактів [4, с. 120-154]. Кожна юридична конструкція є сукупністю об'єктивно необхідних упорядкованих і взаємопов'язаних елементів. При цьому, з одного боку, юридичні конструкції самі є системами, а з іншого – самі логічно організовані в систему більш високо-

го рівня, виступаючи її елементами [5, с. 156]. До того ж юридична конструкція повинна бути внутрішньо несуперечливою, а всі її елементи мають бути чітко визначені в законодавстві [6, с. 69]. Відсутність у юридичній конструкції одного з елементів або додавання зайвих елементів веде до дефектів у законодавстві – виникненню колізій, прогалин у праві [7, с. 68].

У загальній теорії права систему права розуміють як зумовлену економічним і соціальним устроєм структуру права, що відображає внутрішню узгодженість і єдність юридичних норм і одночасно їх поділ на відповідні галузі та інститути [8, с. 75]; як наукову конструкцію, яка має суб'єктивну основу, однак їх водночас може існувати декілька [9]; як сукупність чинних принципів і норм права, якій притаманні єдність, узгодженість, диференціація (поділ) і групування норм у відносно самостійні структурні утворення (інститути, галузі та підгалузі права); як сукупність впорядкованих і взаємоузгоджених між собою норм права, які характеризують внутрішню будову права [10, с. 812].

Аналізовані явища як базові поняття концепцій юридичної конструкції та системи права покликані забезпечувати досягнення цілей правового регулювання. Метою створення юридичної конструкції пов'язують з появою «правових ситуацій», тобто типових життєвих ситуацій, що вимагають правового вирішення [11, с. 24-41]. Румунська дослідниця А. Нашіц з посиланням на R. Saleilles, F. Geny, J. Dabin, а також на G. Marty і P. Ruyaud пише про «центральну ідею» конструкції, навколо якої відбувається угруповання комплексу норм на основі їх логічної єдності [12]. Система права є внутрішньо єдиним і цілісним нормативним утворенням, частини якої виконують самостійну роль у механізмі впливу права з метою їх упорядкування та задоволення суб'єктивних інтересів та потреб їх учасників. Єдність системи права зумовлена єдністю цілей і завдань правового регулювання, єдністю правових принципів, що визначають сутність права, а також єдністю системи в регулюванні суспільних відносин. Отже, як за допомогою юридичних конструкцій, так і за допомогою частин системи права досягають особливого правового стану і процесу, до якого прагнули учасники правовідносин. Тому цілеспрямованість наповнює юридичним змістом не тільки норми системи права, але й юридичні конструкції.

Досліджувані категорії характеризуються функціонально спрямованістю, оскільки дають можливість вирішувати конкретні правові завдання. Юридичні конструкції наділені функціями, які відображають їх призначення, напрями їх впливу на суспільні відносини, мету у механізмі правового регулювання. Вони виконують прагматичну, інформативно-логічну, ідентифікаційну, абстрактно-фіксуєчу та інноваційну функції. Через структурні елементи система права виконує також певні функції, впливаючи при цьому на регулювання суспільних відносин та забезпечуючи їх. Кожен елемент системи права виконує свою специфічну

функцію, іншими словами, він кристалізується навколо конкретної функції.

Для досліджуваних понять характерна наявність правової норми. Правова наука застосовує правову норму як один із теоретичних методів пізнання права. Норма права є частиною системи права – це найпростіше, односистемне правове утворення, за допомогою якого відображається й закріплюється найпростіше правило юридично значущої поведінки. Норма права передбачає свободу учасників регульованих суспільних відносин у подвійному сенсі: по-перше, як здатність волі суб'єкта свідомо обирати той чи інший варіант поведінки, а по-друге, як можливість діяти, переслідувати й здійснювати певні цілі [13, с. 127]. На думку А. Черданцева, юридичні конструкції, які виражені в нормах права, не мають межі, оскільки юридична наука вивчає норми права, а значить, і юридичні конструкції, так чи інакше виражені в нормах права [4, с. 150]. Тому, діставши відображення в нормах права, юридична конструкція не тотожна їм. Норми права або комплекс норм, які об'єднуються в цілісне утворення, беруть участь у формуванні юридичних конструкцій і виконують певне завдання, надаючи їм регулятивного значення [14, с. 824]. Конструкція як набір елементів являє собою органічну систему, де елементи об'єднані в юридичну конструкцію не довільно [15, с. 56-61, 456-457]. Це означає, зокрема, що: ідея конструкції є основою для об'єднання елементів; кожен елемент у рамках конструкції виконує самостійне завдання; кожен елемент може мати власну структуру, з унікальними властивостями, а також може справляти зворотній вплив на конструкцію в цілому, елемент може повністю визначати спосіб, за допомогою якого реалізується ідея конструкції. Юридична конструкція надає нормам права логічності, обумовлює послідовність їх письмового викладу, зумовлює зв'язок між нормами права, сприяє повному, чіткому врегулюванню суспільних відносин. Ще Н. Коркунов вказував на відносну стійкість юридичних конструкцій порівняно з часто змінними нормами права [16, с. 37]. З приводу стабільності теоретичних конструкцій як «ядра правового знання» М. М. Тарасов пише, що конструкції «... транслюються через епохи, зберігаючи свою цінність незалежно від філософських картин світу, етичних імперативів і наукових парадигм» [17, с. 30]. Це означає, що, незважаючи на зміну правових норм і відповідних нормативних конструкцій, теоретичні конструкції зберігаються у відносно незмінному вигляді. Використання юридичної конструкції націонале законодавця на те, щоб з достатньою повнотою регламентувати всі її елементи. За висловом В. Горшенєва, юридичні конструкції являють собою схеми, моделі, типові зразки, трафарет, використовувані законодавцем для формулювання правових норм, побудови права, його систематизації, з їх допомогою зводиться «скелет» права [18, с. 113-118]. Так, Д. Вінницький зауважив, якщо законодавець у процесі створення норм права мислить юридичними конструкціями як абстрактними образами побудови норма-

тивного матеріалу, а вже після цього – нормами права, які мають більш конкретний характер, то це свідчить про те, що юридичні конструкції безпосередньо відображають глибокі внутрішні зв'язки, які існують у системі норм певної галузі права [19, с. 37].

Цікавим у цьому сенсі може виявитися таке висловлювання Р. Герінга, у якому він пов'язує поняття «юридичної конструкції» з правовим інститутом. «Правовий інститут, – пише він, – є не простим зібранням окремих правоположень, що стосуються одного і того ж відношення, а чимось природно відмітним від нього. Положення права – матерія <...> вони мають лише матеріальне існування; інститути ж права являють собою логічні індивідуальності, юридичні тіла, ми охоплюємо і наповнюємо їх уявленням про індивідуальне буття і життя. Вони виникають, гинуть, діють, вступають у зіткнення з іншими, вони мають свої завдання, цілі, яким служать, і відповідно цьому – своєрідні сили і властивості і т. п.» [20, с. 359]. Аналогічну думку висловлює С. Алексєєв, а саме, що особлива юридична конструкція того чи іншого комплексу норм і є тією головною (а безпосередньо в регулятивній і охоронній сферах – єдиною) підставою, що об'єктивно виділяє даний комплекс норм в особливий первинний структурний підрозділ – правовий інститут [21, с. 63]. У цьому разі ототожнюються поняття «юридична конструкція» і «правовий інститут», тоді як у дійсності це різні явища. Правовий інститут – це елемент системи права, наділений сукупністю правових норм, які регулюють певну групу (вид) однорідних суспільних відносин права [22, с. 211], тоді як юридичні конструкції складаються з правових засобів (заборона, дозвіл, зобов'язання). Якщо розглядати в контексті поняття правового інституту, тоді поняття юридичної конструкції є значно ширшим. В одному правовому інституті може існувати кілька правових конструкцій, і чим більший нормативний масив тієї чи іншої галузі, а також окремих інститутів у межах галузі, тим більша наявність юридичних конструкцій. Подібність цих правових явищ полягає у сукупності правових норм, а відмінність – у функціональному призначенні: призначення правового інституту – досягнення конкретних регулятивних цілей, а юридичної конструкції – додавання зібраним нормам внутрішньої єдності, функціональності. При цьому юридична конструкція повинна бути внутрішньо несуперечливою, а всі її елементи повинні бути чітко визначені в законодавстві [23, с. 69].

Для даних правових категорій характерна наявність процесу уніфікації, тобто приведення чинного права до єдиної системи, усунення розбіжностей і надання одноманітності правовому регулюванню подібних або близьких видів суспільних відносин. Юридична конструкція являє собою явище, яке дозволяє уніфікувати структурні підрозділи системи права. Уніфікація на рівні системи права є формою вираження інтеграційних процесів, вони зумовлені ускладненням суспільного життя і розвитком суспільних відносин. Об'єднанні в групи норми, які регулюють типові, схожі правовідносини

в межах галузі, підгалузі, інститутів, субінститутів, можна назвати своєрідними правовими засобами, які є одним із головних моментів уніфікації. Саме тут уніфікація набирає свою силу. Уніфікація може проходити двома способами: це злиття близьких структурних частин системи права, а в іншому – самостійність кожного зберігається, і для них створюються нові правила, термінологія, керівні начала принципи і т. п. У першому випадку уніфікація набирає забарвлення більш глибокого і, якщо вона можлива, то їй надається перевага. Уніфіковані юридичні конструкції – це ті, які призначені виключно для гармонізації українського законодавства і міжнародного права.

Потрібно відзначити, що система права та юридична конструкція співвідносяться з ефективністю правового впливу. Дієвість зазначених явищ залежить від їх нормативної якості. Для нормативності характерно, що відображається в нормах, будучи нормативним узагальненням. Від того, як наповнені норми в інтелектуальному порядку, узагальненні, від того, як рівень їх «узагальненості» можна розвивати, залежить якість нормативності. І річ не в тому, що юридичні норми є центральним, ключовим компонентом правової дійсності, а в тому, що саме за допомогою юридичних норм різноманітні засоби впливу, захисту і т.п. набувають правового характеру [24, с. 94]. Знову ж таки юридична конструкція – найбільш складний у творчо-організаційному плані прийом правотворчої техніки, який знаходиться в одному ряду з такими феноменами, як правові ідеї, правові принципи, аналогія права і закону, правові аксіоми, з вільним законодавством, слід ставити питання про необхідність їх оптимізації [25, с. 9]. З іншого боку, юридичні конструкції виступають як засіб, за допомогою якого здійснюється тлумачення права, і є засобом пізнання, який займає проміжне положення між теорією та дійсністю. Юридична конструкція дозволяє суб'єктам правотворчої діяльності вникати в сутність складних переплетень у структурі права, виділити підстави і визначити процедуру застосування юридичних засобів, створити дієвий механізм забезпечення правореалізації. Недоліки юридичної техніки, одним із прийомів якої є юридична конструкція, – правові колізії, прогалини, порушення міжгалузевих і внутрішньогалузевих зв'язків права – збільшують неправомірність у тлумаченні нормативного матеріалу, що знижує результативність цих правових явищ.

Відмінність юридичної конструкції та системи права як правових феноменів полягає в тому, що окремо один від одного ці правові явища не завжди можуть досягнути поставленої мети у вирішенні певного завдання. Система права виникає тільки за умови особливого системного угруповання частин, які складаються в правову модель, що і являє собою конструкція. У свою чергу юридична конструкція відображає внутрішню структуру правового явища, а не просто окремі його властивості. Система права та юридичні конструкції дозволяють визначити місце і роль у механізмі правового регулювання,

простежити їх правову впорядкованість. Тому ці правові явища інтегруються у правові норми, імплементуються в механізмі правового регулювання. Система права складається із системи правових норм, а юридичні конструкції – із системи правових засобів і/або інших правових явищ. При цьому правові засоби можуть бути частиною юридичної конструкції, але і можуть утворювати самостійний структурну частину правової галузі.

Висновки

Проведений порівняльний аналіз юридичної конструкції та системи права дозволяє зробити висновок про те, що, незважаючи на наявність значних площин у термінологічному зіткненні, зазначені правові категорії все ж є різними правовими явищами. Юридична конструкція відрізняється від системи права більш високим рівнем організації та структуризації та містить більше регулятивних та правореалізаційних можливостей. Значення досліджуваних правових явищ полягає в тому, що вони доповнюють один одного, а використання юридичних конструкцій полегшує формулювання норм права. Юридичні конструкції поширюються на всю систему права, надають нормативній регламентації суспільних відносин чіткості та визначеності, відображають складну структурну побудову регульованих правом суспільних відносин [26, с. 78].

Список використаних джерел:

1. Алексеев С. С. Проблемы теории права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – 342 с.
2. Общая теория государства и права / под ред. М. Н. Марченко. – М., 2001. – 504 с.
3. Алексеев С. С. Восхождение к праву: поиски и решения / С. С. Алексеев. – М., 2001. – С. 277-282; Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) / Н. Н. Тарасов // Российский юридический журнал. – 2000. – № 3. – С. 26-31.
4. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике / А. Ф. Черданцев. – Екатеринбург, 1993. – 298 с.
5. Фролов В. А. Юридические конструкции реализации запретов и ограничений при ввозе или вывозе через таможенную границу таможенного союза / В. А. Фролов // Административное и муниципальное право. – 2014. – № 11. – С. 154-167.
6. Батайкин П. А. К вопросу об эффективности юридических конструкций гражданско-правовой отрасли / П. А. Батайкин // Право и экономика. Документы. Комментарии. Практика. – 2013. – № 12. – С. 67-73.
7. Головина С. А. Трудовой договор как юридическая конструкция / С. А. Головина // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2013. – Выпуск 3. – С. 65-71.
8. Оніщенко Н. М. Правова система: проблеми теорії: монографія. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2002. – 352 с.
9. Райхер В. К. О системе права / В. К. Райхер // Правоведение. – 1975. – № 3. – С. 60-70; Поленина С. В. Выступление на круглом столе журнала «Советское государство и право». Система советского права и перспективы ее развития // Советское государство и право. – 1982. – № 6. – С. 104.
10. Пархоменко Н. М. Система права // Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007.
11. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. – М., 2000. – 378 с.
12. Нашиц А. Правотворчество. Теория и законодательная техника / А. Нашиц. – М., 1974. – С. 213; Лукич Р. Методология права / Р. Лукич. – М., 1981. – С. 276.
13. Хропанюк В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк. – М.: Интерстиль, 2000. – 377 с.
14. Червонюк В. И. Юридические конструкции в структуре права / В. И. Червонюк // Юридическая техника. – 2013. – № 7 (ч. 2). – С. 818-831.
15. Сырых В. М. Логические основания общей теории права: в 2-х т. / В. М. Сырых // Элементный состав. – 2-е изд., испр. и доп. – М., 2001. – Т. 1. – 561 с.
16. Коркунов М. Н. Лекции по общей теории права / М. Н. Коркунов. – СПб., 2004. – 469 с.
17. Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) / Н. Н. Тарасов // Рос. юрид. журнал. – 2000. – № 3. – С. 29-35.
18. Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве / В. М. Горшенев // Советское государство и право. – 1978. – № 3. – С. 113-118.
19. Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики / Д. В. Винницкий. – СПб., 2003. – 280 с.
20. Иеринг Р. Избранные труды : в 2-х т. / Р. Иеринг. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – Т. II. – 598 с.
21. Алексеев С. С. Структура советского права / С. С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1975. – 297 с.
22. Скакун О. Ф. Теория держави та права / О. Ф. Скакун. – Х., 1997. – 496 с.
23. Батайкин П. А. К вопросу об эффективности юридических конструкций гражданско-правовой отрасли / П. А. Батайкин // Право и экономика. Документы. Комментарии. Практика. – 2013. – № 12. – С. 63-69.
24. Алексеев С. С. Теория права / С. С. Алексеев. – М.: Издательство БЕК, 1995. – 379 с.
25. Шаханов В. В. Правовые парадигмы: автореф. дис ... канд. юрид. наук / В. В. Шаханов. – Владимир, 2005. – С. 9.
26. Шутак І. Д. Юридична техніка : навч. посібник для вищ. навч. закл. / І. Д. Шутак, І. І. Онищук. – Івано-Франківськ, 2013. – 496 с.

Статья посвящена современному сравнительному анализу юридической конструкции и системы права на основании научных исследований. Сделан вывод, что данные категории являются целостными и самостоятельными правовыми явлениями, каждое из которых занимает свое место в механизме правового регулирования, а также юридическая конструкция обладает более высоким уровнем организации и имеет больший регулятивный и правореализационный потенциал, чем система права.

Ключевые слова: юридическая конструкция, система права, норма права, правовой институт, цель, функции, унификация.

The article is devoted to the modern comparative analysis of terminological views between the legal structure and the system of law on the basis of scientific research. It is concluded that these categories are integral and independent legal phenomena, each of which takes its place in the mechanism of legal regulation, as well as the legal structure has a higher level of organization and has more regulatory and right-realization potential than the system of law.

Key words: legal structure, system of law, norm of law, legal institute, goal, functions, unification.



УДК 343.271.2

Олена Євдокімова,*канд. юрид. наук, доцент,**доцент кафедри кримінального права № 1**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ БАЗОВОЇ ОДИНИЦІ ОБЧИСЛЕННЯ РОЗМІРУ ШТРАФУ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена питанню визначення базової одиниці обчислення розміру штрафу у Кримінальному кодексі України, аналізу положень зарубіжного кримінального законодавства та теоретичних позицій з цього питання, формулюванню висновків та пропозицій, спрямованих на вдосконалення відповідних кримінально-правових норм.

Ключові слова: покарання, штраф, розмір штрафу, базова одиниця розрахунку штрафу.

Постановка проблеми. Незважаючи на те, що штраф є найбільш м'яким видом покарання в системі покарань, йому притаманний значний карально-превентивний потенціал. Він є альтернативою видам покарань, пов'язаних з обмеженням волі особи, позбавленим негативних наслідків, зумовлених тривалою ізоляцією засудженого від суспільства. Виконання цього виду покарання не потребує суттєвих фінансових витрат з боку держави, навпаки, цей кримінально-правовий захід виступає джерелом наповнення державного бюджету. Майнові обмеження, що утворюють його зміст, здатні забезпечити ефективну реалізацію цілей кримінального законодавства. Проте, для того щоб штраф був дієвим інструментом у протидії злочинності, важливою є зважена нормативна регламентація порядку обчислення його розміру за вчинене злочинне діяння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретико-прикладні питання інституту покарання та його призначення розглядалися у працях: П. П. Андрушка, М. І. Бажанова, Л. В. Багрій-Шахматова, І. М. Гальперіна, О. П. Гороха, Т. А. Денисової, О. О. Дудорова, М. Д. Дурманова, В. К. Дуюнова, В. Т. Маляренко, М. І. Мельника, А. С. Міхліна, А. А. Музики, Ю. А. Пономаренка, В. О. Попраса, О. П. Рябчинської, В. В. Сташиса, В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна, М. Д. Шаргородського, С. С. Яценка та ін. Проте й досі деякі питання не втратили свого дискусійного характеру та потребують проведення подальших наукових досліджень, зокрема, у сфері визначення порядку обчислення розміру штрафу у Кримінальному кодексі України.

Метою статті є аналіз регламентованого законодавцем порядку обчислення розміру штрафу у Кримінальному кодексі України та дослідження можливих способів його реформування.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 2 ст. 53 Кримінального кодексу України (далі – КК) розмір штрафу визначається судом залежно від тяжкості скоєного злочину та з

урахуванням майнового стану винного в межах від 30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ) до 50000 НМДГ, якщо статтями Особливої частини КК не передбачено вищого розміру штрафу. За скоєння злочину, за який передбачене основне покарання у виді штрафу понад 3000 НМДГ, розмір штрафу, що призначається судом, не може бути меншим за розмір майнової шкоди, завданої злочинцем, або отриманого внаслідок скоєння злочину доходу, незалежно від граничного розміру штрафу, передбаченого санкцією статті Особливої частини КК. Таким чином, чинне кримінальне законодавство України базується на «змішаному» способі обчислення розміру штрафу, а саме через використання умовної одиниці, розмір якої визначається у нормативно-правовому акті, та пропорційно до заподіяної шкоди або доходу, отриманого внаслідок скоєння злочину.

Як умовна одиниця розміру штрафу за скоєний злочин у КК виступає неоподаткований мінімум доходів громадян, тобто певна сума мінімального розміру доходу фізичної особи, що не підлягає оподаткуванню. Визначення розміру НМДГ міститься у Податковому кодексі України, згідно з положеннями якого якщо норми інших законів містять посилання на НМДГ, то для їх застосування використовується сума в розмірі 17 грн., крім норм адміністративного та кримінального законодавства в частині кваліфікації адміністративних або кримінальних правопорушень, для яких сума НМДГ встановлюється на рівні податкової соціальної пільги. Отже, згідно з чинним законодавством України мінімальний розмір штрафу за злочин становить 510 грн. Цей показник є незмінним з моменту набуття чинності КК України, тобто з 2001 р. мінімальний розмір штрафу залишається стабільним, незважаючи на погіршення економічної ситуації, інфляційні процеси в Україні, девальвацію національної валюти – гривні, яка з моменту грошової реформи 1996 р. знецінилась майже у 15 разів (1330%). У зв'язку з цим постає питання відповідності чинного мінімального розміру штрафу та його базової оди-

ниці виміру завданням, що стоять перед кримінальним законодавством України.

Серед правників все частіше висловлюються думки про необхідність перегляду підходів до обчислення розміру штрафу та його базової одиниці у КК. При цьому пропонуються різні варіанти, наприклад, визначення розміру штрафу у твердій грошовій сумі [1, с. 50]; автономній величині, грошове значення якої встановлюється в законі або кодексі [2], денних ставок [3, с. 584] або прожитковому мінімумі [4].

Удосконалення порядку обчислення розміру штрафу у кримінальному законодавстві України неможливе без звернення до міжнародного досвіду. Саме вивчення основних підходів правової регламентації цього питання у зарубіжному праві дозволяє визначити потенційні шляхи вдосконалення відповідних положень КК у тому числі й за рахунок рецепції правових підходів, які на практиці довели свою ефективність.

Застосування компаративного методу дослідження свідчить, що у зарубіжному кримінальному праві використовуються різні способи обчислення розміру штрафу. *Перший* полягає у встановленні розміру штрафу у твердій сумі національної валюти (наприклад, ст. 23, 25 КК Голландії, ст. 131-13 КК Франції, ст. 48 КК Швейцарії, ст. 38 КК Бельгії, ст. 47 Республіки Болгарії). Так, за ст. 131-13 КК Франції залежно від тяжкості скоєного злочину штраф може бути призначений у розмірі до 20000 франків.

Згідно з *другим* – розмір штрафу визначається в умовних одиницях, якими виступають: 1) *розмір мінімального прожиткового мінімуму* (ст. 47 КК Литовської Республіки); 2) *розмір мінімальної заробітної плати* (ст. 49 КК Республіки Таджикистан, ст. 51 КК Республіки Вірменії, ст. 44 КК Азербайджанської Республіки, ст. 42 КК Грузії; ст. 41 КК Латвійської Республіки); 3) *розмір місячного розрахункового показника, встановленого законодавством* (ст. 40 КК Казахстан); 4) *умовна одиниця, розмір якої встановлюється у КК* (ст. 64 КК Республіки Молдови); 5) *денна ставка оплати праці* (ст. 28 КК Естонії, ст. 19 КК Австрії; ст. 33 КК Польщі, § 40 КК Німеччини); *базова величина, встановлена нормативно-правовим актом на день постановлення вироку* (ст. 50 КК Республіки Білорусь). У межах даного методу простежуються два самостійні підходи, які стосуються порядку обчислення розрахункової одиниці, а саме її розмір: 1) визначається залежно від доходу винної особи або 2) встановлюється нормативно-правовим актом. Так, за ст. 55 КК Естонської Республіки розмір денної ставки обчислюється виходячи із середнього денного доходу засудженого після вирахування податків, з урахуванням його сімейного і майнового стану. Водночас за ст. 50 КК Республіки Білорусь базова величина для розміру штрафу визначається відповідною постановою Ради Міністрів. У межах останнього підходу можна виокремити два окремі напрями, які різняться своїми темпоральними ознаками. Так, застосуванню підлягає розмір розрахункової одиниці, що діяв на момент: 1) *скоєння злочину* або 2) *по-*

становлення вироку. Наприклад, за ст. 40 КК Республіки Казахстан штраф призначається в розмірі, відповідному певній кількості місячних розрахункових показників, встановлених законодавством і діючих на момент призначення покарання, або в розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за певний період на момент скоєння ним злочину. Відповідно до ст. 41 КК Латвійської Республіки, розмір штрафу визначається у певних розмірах місячних заробітних плат, встановлених на момент постановлення вироку.

Третій метод – «змішаний», бо в законі одночасно передбачається декілька можливих варіантів обчислення розміру штрафу, наприклад, у визначених законом умовних одиницях (штрафо-дні, розмір мінімальної заробітної плати; дохід, отриманий за певний період часу тощо) та пропорційно до завданої майнової шкоди чи прибутку, отриманого внаслідок скоєння злочину (наприклад, статті 50, 52 КК Іспанії, ст. 44 КК Киргизької Республіки; § 51 КК Данії). Так, за § 51 КК Данії штраф визначається або у штрафоднях або в іншому розмірі, якщо застосування штрафодня за злочин, пов'язаний з отриманням значної протиправної вигоди, призводить до встановлення покарання, розмір якого нижчий, ніж вважається прийнятним з урахуванням розміру прибутку, який отримала чи могла отримати особа внаслідок скоєного злочину.

Таким чином, є багато спільних рис у правовій регламентації порядку обчислення розміру штрафу в українському та зарубіжному кримінальному праві, зокрема, що стосується визначення розміру штрафу пропорційно до шкоди або доходу, отриманого внаслідок скоєння злочину. Що ж стосується змісту базової величини штрафу, то рецепція зарубіжного досвіду в цьому аспекті можлива лише з урахуванням особливостей соціально-економічного розвитку України.

Саме тому визначення розміру штрафу у КК у *твердій грошовій сумі*, зважаючи на складну та нестабільну соціально-економічну ситуацію в Україні, є невиправданим та передчасним. До того ж цей спосіб притаманний лише деяким із європейських країн, тоді як більшість ідуть шляхом використання різних видів умовних (базових) величин.

Обчислення розміру штрафу за допомогою *базової одиниці, величина якої визначається у законі про кримінальну відповідальність*, заслуговує на увагу, бо це може дозволити автономно змінювати розмір штрафу і тим самим коригувати ступінь його суворості стосовно ступеня тяжкості окремих злочинів виходячи з потреб кримінальної політики України. Проте для впровадження такого способу необхідно встановити чіткі критерії обчислення самої цієї базової величини, щоб це відбувалось не довільно, а її розмір був соціально зумовлений, тобто мав певне соціально-економічне та політичне підґрунтя.

Певний практичний інтерес становить зарубіжний досвід із використання *денної ставки* як базової величини обчислення розміру штра-

фу. Теоретично денна ставка являє собою щоденний дохід винного, за винятком виплат, що йдуть на утримання сім'ї. Обчислюючи денну ставку, суд виходить із чистого доходу, який підсудний має або міг мати в середньому в день. Так, за § 19 КК Австрії денна ставка вирається з урахуванням особистих обставин та майнового становища винного на момент постановлення обвинувального вироку судом першої інстанції. Відповідно до § 3 ст. 33 КК Польщі суд, встановлюючи денну ставку, враховує доходи винного, його особисті і сімейні умови, матеріальне становище і можливості отримання заробітку. Перевага цього способу обчислення штрафу полягає в тому, що кількість денних ставок залежить від тяжкості скоєного злочину, а її розмір визначається на підставі матеріальних доходів і витрат особи, яка скоїла злочин, тим самим досягається індивідуалізація призначеного покарання. Безумовно, такий порядок дозволяє забезпечити однакову репресивність даного виду покарання для осіб, що мають різний майновий стан. Проте його впровадження потребуватиме розроблення та закріплення на законодавчому рівні чіткої методики розрахунку денної ставки, придатної для практичного застосування, а саме:

1. Згідно із стандартною міжнародною класифікацією джерелами походження доходу визнаються: 1) трудові доходи; 2) підприємницькі доходи; 3) інвестиційні доходи; 4) доходи від власності; 5) державні соціальні трансферти; 6) родинна допомога і трансферти. Усі джерела доходів можуть мати різний податковий статус, тобто доходи можуть оподатковуватися або звільнятися від оподаткування. Наприклад, трудові та підприємницькі доходи оподатковуються у більшості країн, а державні соціальні трансферти (пенсії, стипендії, державні субсидії) чи родинні трансфери (грошові перекази, аліменти) зазвичай оподаткуванню не підлягають [5, с. 537]. Безумовно, що не всі з цих видів доходів також мають враховуватися судом для обчислення розміру денної ставки, тому для забезпечення уніфікації судових рішень у цьому аспекті видається доцільним нормативно-правове визначення та закріплення вичерпного переліку доходів, на підставі яких суд вирішував би питання про розмір денної ставки.

2. Грошові доходи особи можуть динамічно змінюватися протягом певного періоду часу, а тому правового врегулювання потребуватиме також і механізм обчислення середнього доходу винного, а саме тривалість розрахункового періоду для визначення розміру денної ставки. Наприклад, він може дорівнювати останнім шести або дванадцяти місяцям, що передуватимуть місяцю постановлення вироку, або календарному року, що передує року постановлення вироку тощо. Крім цього, немаловажним для обчислення середнього доходу обвинуваченого є час, який включається до цього розрахункового періоду, зокрема чи складається він з усіх календарних днів, чи, навпаки, до нього не включаються, наприклад, святкові або вихідні дні, в які згідно з чинним законодавством робітники не працюють тощо. Вважаємо, що без чіткої

нормативно-правової регламентації механізму обчислення денної ставки діяльність суду з визначення її розміру буде значно ускладнена, а подекуди це може привести до прийняття різних рішень за наявності однакових обставин.

3. Згідно із зарубіжною практикою обчислення розміру денної ставки, суд під час її встановлення зобов'язаний враховувати майновий стан винного, а тому необхідно чітко визначитися з порядком його врахування, а саме: з переліком та порядком оцінки майна винного (рухомого та нерухомого), яке підлягатиме врахуванню для обчислення розміру денної ставки; з колом осіб, які мають інформувати суд про таке майно тощо. Так, у правовій літературі висловлюється думка, що обвинувачений має надавати суду інформацію про грошові кошти, нерухомість, транспортні засоби та ін., що належать йому на праві власності [6, с. 130 – 133].

4. Розмір денної ставки є оціночним поняттям, бо встановлюється на розсуд суду залежно від доходу та майнового стану винної особи, проте у кримінальному законодавстві зарубіжних країн, які використовують цей спосіб обчислення розміру штрафу, тим не менш закріплюються граничні мінімальні та максимальні межі денної ставки у національній валюті. Так, за § 19 КК Австрії мінімальний розмір денної ставки встановлюється у розмірі 2 євро, а максимум – 327 євро. Відповідно до § 3 ст. 33 КК Польщі денна ставка не може бути нижчою за 10 злотих або вищою за 2000 злотих. Проте встановлення граничних меж розміру денної ставки штрафу у твердій грошовій сумі, враховуючи нестабільну економічну ситуацію в Україні, викликає певні сумніви, бо може бути пов'язане з тими самими проблемами, що й обчислення розміру штрафу в абсолютних грошових величинах.

Таким чином, використання денної ставки для обчислення розміру штрафу не тільки дозволить вибирати міру покарання відповідно до ступеня тяжкості скоєного злочину, а й забезпечить індивідуалізацію ступеня репресивності даного виду покарання відповідно до матеріального стану винної особи. Проте впровадження цього способу визначення розміру штрафу у кримінальне законодавство України потребує комплексного наукового дослідження та подальшої виваженої правової регламентації методики обчислення середнього доходу та врахування майнового стану винного. Інакше відсутність чіткого нормативно-правового врегулювання зазначених аспектів може значно ускладнити діяльність суду з призначення штрафу за скоєний злочин. Водночас необхідність удосконалення порядку обчислення штрафу є нагальною потребою сьогодення. Саме тому для її вирішення більш обґрунтованим та менш складним в аспекті правової регламентації видається підхід щодо використання в якості базової одиниці обчислення розміру штрафу іншого соціального стандарту – розміру прожиткового мінімуму.

Слід зазначити, що цей соціальний стандарт передбачається для обчислення розміру штрафу у кримінальному законодавстві деяких

зарубіжних країн (наприклад, КК Литви). Також він застосовується для визначення розміру стягнення й у чинному законодавстві України, наприклад у ч. 3, 4 ст. 120 Податкового кодексу України. Що ж стосується КК України, то прожитковий мінімум виступає як базова величина обчислення розміру заподіяної майнової шкоди або одержаної незаконної вигоди внаслідок скоєння злочину. Так, відповідно до п. 5 підрозділу 1 розділу XX та підпункту 169.1.1 пункту 169.1 статті 169 розділу IV Податкового кодексу України розмір НМДГ для кваліфікації злочинів дорівнює 50 % розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, встановленого законом на 1 січня звітного податкового року.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про прожитковий мінімум», прожитковий мінімум – це вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродуктових товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості [7]. Згідно зі ст. 6 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» він є базовим державним соціальним стандартом, на основі якого визначаються державні соціальні гарантії та стандарти, у тому числі неоподатковуваний мінімум доходів громадян, розмір мінімальної заробітної плати, мінімальної пенсії за віком, стипендії та інших соціальних виплат [8]. Звідси можна зробити висновок, що розмір прожиткового мінімуму – це гарантований державою необхідний мінімальний дохід людини. У зв'язку з цим видається, що саме цей соціальний стандарт має виступати орієнтиром для визначення мінімального розміру штрафу у КК України.

Розмір прожиткового мінімуму встановлюється щорічно в Законі про Державний бюджет України (ст. 4 ЗУ «Про прожитковий мінімум»). Саме в межах прожиткового мінімуму відбувається індексація грошових заощаджень та доходів населення (Ст. 2 ЗУ «Про індексацію грошових доходів населення» [9]), тобто збереження їхньої реальної величини завдяки повній або частковій компенсації втрат в умовах зростання цін на споживчі товари і послуги [10, с. 51-57]. У зв'язку з цим використання цього соціального стандарту для обчислення розміру покарання дозволить у майбутньому попередити знецінення розміру штрафу та забезпечити його пропорційність мінімальному рівню доходів населення в умовах можливих змін у соціально-економічній сфері України.

У Кримінальному кодексі України розмір штрафу та майнової шкоди визначаються за допомогою тієї ж самої умовної одиниці – НМДГ, проте методика її розрахунку для покарання та для кваліфікації різна. НМДГ для встановлення розміру покарання дорівнює 17 грн., НМДГ для кваліфікації – це 50% розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи, встановленого законом на 1 січня звітного податкового року. Проте в умовах значного збільшення розміру прожиткового мінімуму порівняно з НМДГ такий стан кримінального

законодавства призводить до суттєвого «розбалансування» співвідношення між тяжкістю злочинів та межами їх караності. Саме тому цілком логічним видається використання однакового критерію для обчислення як розміру штрафу, так і майнової шкоди чи доходу, отриманого внаслідок скоєння злочину. Це допоможе зберегти баланс між тяжкістю кримінального правопорушення та його межами кримінальної відповідальності в умовах майбутніх подальших змін розмірів прожиткового мінімуму.

Висновки

Отже, реформування порядку обчислення розміру штрафу є нагальною потребою для кримінального законодавства України. Найбільш пріоритетним способом його вдосконалення вбачається впровадження в якості базової одиниці штрафу розміру денної ставки як щоденного доходу винного, що дозволить забезпечити однакову репресивність штрафу для осіб, що мають різний майновий стан. Проте такий спосіб потребує розроблення та нормативно-правового закріплення чіткого механізму обчислення середнього доходу винного та врахування його майнового стану. У зв'язку з цим видається, що нині найбільш оптимальним варіантом реформування порядку обчислення штрафу є визначення його розміру за допомогою розміру прожиткового мінімуму. Це дасть можливість забезпечити економічну обгрунтованість та достатній рівень репресивності даного виду покарання відповідно до динамічних змін доходів населення. Використання єдиної базової одиниці для розрахунку тяжкості кримінального правопорушення та розміру штрафу дозволить зберегти пропорційність між тяжкістю злочину та його караністю в умовах нестабільної економічної ситуації в Україні, сприятиме індивідуалізації покарання таким чином, щоб міра кримінальної відповідальності була відчутною для засудженого, але водночас посиленою для виконання представниками різних соціально-економічних груп населення.

Список використаних джерел:

1. Попрас В. О. Штраф як вид покарання за кримінальним правом України : монографія / В. О. Попрас. – Х.: Право, 2009. – 224 с. – С. 50.
2. Мойсик В. Р. Щодо визначення грошового виміру кримінального покарання й адміністративного стягнення [Електронний ресурс] / В. Р. Мойсик // Вісник Верховного Суду України. – 2011. – № 3. – С. 35–36. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2011_3_7.
3. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи : порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія / М. І. Хавронюк. – К. : Юрисконсульт, 2006. – 1048 с.
4. Звірко О. Є. Критерії визначення розмірів матеріальної шкоди, завданої злочинним діянням, та розмірів штрафів за вчинені злочини / О. Є. Звірко // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 9. – С. 66, 67.

5. Науково-практичний коментар до Податкового кодексу України: в 3 т. / кол. авторів. – К.: Міністерство фінансів України, Національний університет ДПС України, 2010. – 2389 с.

6. Рагоз А. И. Качество уголовного закона. Проблемы Общей части : монография / отв. ред. А.И. Рагоз. – Москва : Проспект, 2016. – 288 с.

7. Про прожитковий мінімум: Закон України від 15.07.1999 № 966-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 38. – Ст. 348.

8. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії : Закон України від 05.10.2000 № 2017-III // Відомості Верховної Ради України. – 2000. – № 48. – Ст. 409.

9. Про індексацію грошових доходів населення : Закон України від 03.07.1991 № 1282-XII // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1991. – № 42. – Ст. 551.

10. Економічна енциклопедія : у 3-х т. / відп. ред. С. В. Мочерний та ін. – К.: Видавничий центр «Академія», 2000. – Т. 1. – 864 с.

Стаття посвячена вопросу определения базовой единицы исчисления размера штрафа в Уголовном кодексе Украины, анализу положений зарубежного уголовного законодательства и теоретических позиций по этому вопросу, формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование соответствующих уголовно-правовых норм.

Ключевые слова: наказание, штраф, размер штрафа, базовая единица расчета штрафа.

The article is devoted to the issue of determining the basic unit of calculating the fine in the Criminal Code of Ukraine, analyzing the provisions of foreign criminal law and the theoretical position on this issue, formulating conclusions and proposals aimed at improving the relevant criminal law.

Key words: punishment, fine, fine, base unit for calculating a fine.



УДК 343.352

Максим Желік,*аспірант кафедри кримінального права і процесу
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»*

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПРИЙНЯТТЯ ПРОПОЗИЦІЇ» ТА «ПРИЙНЯТТЯ ОБІЦЯНКИ» ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Аналізуються відповідні зміни до КК України у зв'язку з ухваленням Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність до стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 квітня 2013 р. На підставі аналізу наукової літератури досліджено підходи щодо поняття і значення «прийняття пропозиції, обіцянки неправомірної вигоди». Сформульовано низку пропозицій, спрямованих на вдосконалення кримінального законодавства і практики його застосування.

Ключові слова: неправомірна вигода, підкуп, службова особа, кримінальне законодавство.

Постановка проблеми. Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення національного законодавства у відповідність до стандартів Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією» від 18 квітня 2013 р. № 221-VII, поняття «хабар» у кримінальному законодавстві України було замінено на юридичну конструкцію «неправомірна вигода». Відповідно, основною новелою в цій частині стала диференціація кримінальної відповідальності за спеціальним суб'єктом, а також встановлення кримінальної відповідальності не лише за одержання особою неправомірної вигоди, але й за прийняття її пропозиції чи обіцянки, які визнаються закінченими вже на початок виконання суспільно-небезпечного діяння. Вказані положення базуються на нормах міжнародного законодавства та є ще одним кроком у боротьбі з проблемою корупції в Україні.

Незважаючи на наявні теоретичні напрацювання, у правозастосовній діяльності виникають труднощі щодо застосування норм, які регламентують кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди. Це пов'язано з тим, що через велику розмаїтість форм скоєння корупційних злочинів (прийняття пропозиції, прийняття обіцянки неправомірної вигоди, прохання її надати, пропозиція чи обіцянка здійснити вплив за надання такої вигоди) судові та правоохоронні органи не вміють чітко їх розмежовувати та, як наслідок, допускають помилки під час здійснення кримінально-правової кваліфікації. Очевидно, що такий стан речей зумовлений відсутністю єдності у теоретичних розробках у цій частині, а також недосконалістю кримінального законодавства та практики його застосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості об'єктивної сторони складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди, рідко були об'єктом самостійних кримінально-правових

досліджень. Разом із тим окремо досліджувались питання об'єктивної сторони складів злочинів у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [1], зловживання впливом [2], підкупом працівника підприємства, установи чи організації [3]. Водночас вважати дослідження цієї проблематики вичерпним неможливо, оскільки у контексті реформування національного законодавства виникають питання, що потребують наукового осмислення та аналізу.

Мета наукової статті полягає в аналізі понять «прийняття пропозиції» та «прийняття обіцянки» за кримінальним правом України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Насамперед необхідно розглянути семантичний зміст поняття «пропозиція», яке у тлумачних словниках української мови трактується як те, що виноситься на обговорення, розгляд; порада, вказівка стосовно того, як діяти, що робити [4, с. 258]; що пропонується кому-небудь замість чогось або на вибір як угода, умова та інше [5, с. 396]. У п.3 примітки до ст. 354 КК України передбачено, що під пропозицією слід розуміти висловлення працівнику підприємства, установи чи організації, особі, яка надає публічні послуги, або службовій особі наміру про надання неправомірної вигоди, а під обіцянкою – висловлення такого наміру з повідомленням про час, місце, спосіб надання неправомірної вигоди.

У кримінально-правовій літературі вказується, що визначення як корупційного правопорушення діяння у вигляді прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди для себе чи інших осіб хоч і впливає з положень ст. 27 Конвенції ООН проти корупції, однак не враховує особливостей української правової системи порівняно з правовими системами більшості держав світу [6, с. 322–323].

О. О. Дудоров під пропозицією здійснити вплив за надання неправомірної вигоди розу-

міє висловлення в усній або письмовій формі недвозначного наміру (бажання, готовності) здійснити вплив на прийняття рішення особою, уповноваженою на виконання функцій держави, за умови надання неправомірної вигоди на користь як її одержувача, так і третіх осіб [7, с. 145]. З вищенаведеного незрозумілим є те, що автор розуміє під поняттям «недвозначний намір». У свою чергу, поняття «двозначний» трактується як таке, що має два значення [8, с. 221]. Отже, звідси випливає, що недвозначний намір – це намір, який має одне значення. Однак у цьому разі виникає слушне запитання: як зрозуміти особі, яка пропонує неправомірну вигоду, що особа, яка зловживає впливом, чи інша особа має однозначний намір її прийняти, а також у яких конкретних діях чи бездіяльності це повинно проявитися? Прийняття пропозиції означає, що відповідна особа висловила згоду в будь-який спосіб та не заперечує чи в будь-який інший спосіб не реагує (мовчазна згода) на пропозицію того, хто пропонує або обіцяє надати неправомірну вигоду в майбутньому [9, с. 377-378]. Згода на прийняття пропозиції може бути здійснена в будь-якій формі (усній, письмовій, SMS-повідомленням тощо), зміст якої фактично обмежується лише тим, що особа схвалює (не заперечує) намір того, хто прагне у майбутньому передати їй неправомірну вигоду [10, с. 11]. Зміст вищевикладеного викликає ще більше запитань, оскільки в такому разі помах рукою службової особи чи її мовчання слід розцінювати як прийняття пропозиції неправомірної вигоди. Для прикладу, службова особа, якій запропонували неправомірну вигоду за вчинення чи невчинення відповідних дій, у відповідь може змовчати, оскільки могла не почути чи не зрозуміти відповідної пропозиції. Тому такі дії аж ніяк не можуть підпадати під ознаки складів злочинів, які полягають у прийнятті пропозиції неправомірної вигоди. Можна навести ще інший приклад. Особа, так би мовити, прийняла пропозицію неправомірної вигоди помахом голови лише для того, щоб позбутись надтоїдливих та незаконних прохань, однак не мала на меті незаконно збагатитись. Видається, що, якщо і дійсно мав місце факт прийняття пропозиції, то його буде складно довести у правозастосовній діяльності.

Окрім того, не виключені випадки помилкового трактування особою, яка пропонує неправомірну вигоду, того, що службова чи інша особа прийняла відповідну пропозицію. Для прикладу, родичі хворого, який перебуває у реанімації, пропонують лікарю неправомірну вигоду у розмірі двох тисяч гривень, якщо він проведе вдало операцію. У свою чергу лікар говорить: «Я згідний, зроблю операцію якнайкраще». У цьому разі позицію лікаря можна трактувати двозначно: 1) прийняття пропозиції неправомірної вигоди; 2) відсутність факту прийняття неправомірної вигоди. У другому випадку лікар міг сказати вищезазначену фразу лише для того, щоб заспокоїти родичів хворої особи, однак у нього не було корисливих мотивів. У кримінально-правовій літературі Д. О. Шумейко зауважує, що за наявності в

сторони обвинувачення інших, більш вагомих доказів (аудіо-відео записи, на яких особа обумовлює розмір неправомірної вигоди, способи її передачі тощо) усі факти у своїй сукупності будуть свідчити про наявність підстав для притягнення особи до кримінальної відповідальності [11, с. 43]. Така позиція, безумовно, є справедливою, однак обумовлення розміру неправомірної вигоди, способів її передачі тощо характерне не для прийняття пропозиції, а для прийняття обіцянки неправомірної вигоди. Зрозуміло, що законодавець, передбачивши кримінальну відповідальність за прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди, мав намір «присікти» вчинення відповідних злочинів ще на ранній стадії, однак навряд чи це є виправданим кроком. Зауважимо, що у КК України є безліч злочинів, які за ступенем суспільної небезпеки є більш небезпечними і завдають значно більшу шкоду. Прикладом такого злочину є державна зрада. Однак законодавець не вважав за необхідне передбачити відповідальність громадянина України за досягнення ним лише самої згоди з представником іноземної держави чи організацією на вчинення зрадницьких дій. Мабуть, таке рішення законодавця зумовлене складністю доведення цієї категорії справ, а також наданням можливості особі покаятись і звернути зі злочинного шляху.

Видається, що законодавцю необхідно відмовитись від криміналізації прийняття пропозиції неправомірної вигоди за таких підстав: по-перше, факт прийняття пропозиції неправомірної вигоди без «підкріплення» його відповідними діями немає чіткого вираження на практиці (усна форма, SMS-повідомлення тощо), що свідчить лише про можливе виявлення умислу, за що не передбачена кримінальна відповідальність; по-друге, вказаний факт складно, а то й неможливо довести у правозастосовній діяльності, оскільки для того, щоб притягнути службу чи іншу особу, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, до кримінальної відповідальності, потрібні вагомі докази, які підтверджували б факт її підкупу, а не припущення окремих осіб, оскільки усі сумніви тлумачаться на користь особи, діяння якої кваліфікуються. У свою чергу, аналіз матеріалів судової практики України, які розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень України, засвідчує, що не знайдено жодного вироку суду, де б особу було притягнуто до кримінальної відповідальності за прийняття пропозиції неправомірної вигоди. Окрім того, передбачення кримінальної відповідальності за сам лише факт прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди позбавляє можливості особу в подальшому відмовитись від своїх злочинних намірів. Слід нагадати, що законодавець навіть для осіб, які вчинили державну зраду, передбачає можливість їх звільнення від кримінальної відповідальності за умови, якщо вони на виконання злочинного завдання іноземної держави, іноземної організації або їх представників жодних дій не вчинили. Тому не виключені випадки, коли особа може погодитися прийняти обіцянку неправомірної вигоди.

мірної вигоди (обумовити розмір неправомірної вигоди, узгодити час і місце зустрічі тощо), однак у подальшому передумати та не чинити жодних дій для її отримання. Однак, якщо факт прийняття нею обіцянки неправомірної вигоди буде зафіксований правоохоронними органами засобами аудіо-, відеоконтролю, показаннями свідків тощо, відповідно до положень КК України вона буде притягнена до кримінальної відповідальності як за вчинення вже закінченого корупційного злочину.

У подальшому необхідно розглянути об'єктивну сторону складів злочинів, які полягають у прийнятті обіцянки неправомірної вигоди. Так, семантичний зміст поняття «обіцянка» означає добровільно дане зобов'язання зробити що-небудь [12, с. 508]. Відповідно, прийняття особою обіцянки щодо надання їй неправомірної вигоди полягає у виявленні нею згоди (бажання) прийняти (одержати) таку вигоду у відповідь на висловлення особою, яка її обіцяє, наміру її надати з повідомленням про час, місце та спосіб надання такої вигоди та передбачає коригування суми, форми чи виду неправомірної вигоди [13, с. 26]. З вищенаведеного випливає, що прийняття пропозиції та прийняття обіцянки неправомірної вигоди є дещо схожими поняттями, однак прийняття обіцянки має більш конкретне вираження, оскільки службова особа чи інша особа, дії якої підпадають під ознаки досліджуваних складів злочинів, не лише дає згоду прийняти пропозицію неправомірної вигоди, але й обумовлює місце, час, адресатів її майбутнього одержання тощо. Тому у разі застосування оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування відповідних злочинних дій, показів свідків тощо, вину особи може бути доведено. Разом із тим видається, що коригування суми, форми чи виду неправомірної вигоди тощо є не чим іншим, як готуванням, яке вчиняється у формі «іншого умисного створення умов для вчинення злочину», що полягає у вчиненні будь-яких дій, що полегшують можливість виконання подальших дій, безпосередньо спрямованих на скоєння злочину.

Слід нагадати про те, що ст. 4 5 та ч. 4 ст. 74 КК України передбачено, що особа, яка вчинила корупційний злочин, в тому числі і той, що передбачений ст. 354, 368, 368-3, 368-4, 369-2 КК України, не може бути звільнена від кримінальної відповідальності чи кримінального покарання. Звідси випливає, що немає значення, чи особа одержала неправомірну вигоду чи лише прийняла пропозицію чи обіцянку, в будь-якому разі щодо неї не можуть застосовуватись вищеназвані заходи заохочення. У кримінально-правовій літературі Д. О. Шумейко зауважує, що вчинення дій, які полягають у прийнятті пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди, не має того рівня суспільної небезпеки, щоб визнаватися закінченим злочином «на одному рівні» з отриманням неправомірної вигоди, більше того таким, покарання за яке аналогічне покаранню за одержання неправомірної вигоди [11, с. 44]. Така позиція заслуговує на увагу, оскільки прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди ще не свідчить про

остаточний намір особи у майбутньому одержати неправомірну вигоду, адже не виключено, що вона може передумати. З цього приводу слід погодитись із позицією Л. О. Ужви, який вважає, що між помислами людини та її реальними діями часто існує величезна прірва, а тому невідомо, чи зважиться людина на виконання певних злочинних дій. Навіть обіцянку вчинити будь-що у звичайній ситуації важко розцінювати як закінчену дію доти, доки її не буде виконано і не буде отримано наочний результат її виконання [14].

Слід зазначити, що відповідно до кримінального законодавства України прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди вважається закінченим злочином з моменту виявлення на це згоди спеціальним суб'єктом. Натомість аналіз судової практики України в цій частині свідчить про те, що спостерігається ситуація, коли правоохоронні та судові органи у разі одержання особою частини неправомірної вигоди (що, видається, є більш суспільно небезпечним, ніж прийняття пропозиції чи обіцянки неправомірної вигоди) кваліфікують її дії як готування чи замах на скоєння злочину. Таким чином, редакція ч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, ч. 3, 4 ст. 368-3, ч. 3, 4 ст. 368-4, ч. 2, 3 ст. 369-2 КК України у нинішньому вигляді суперечить законам юридичної логіки.

Висновки

За таких умов, видається, потрібно декриміналізувати відповідальність за прийняття пропозиції (обіцянки) неправомірної вигоди (ч. 3, 4 ст. 354, ст. 368, ч. 3, 4 ст. 368-3, ч. 3, 4 ст. 368-4, ч. 2, 3 ст. 369-2 КК України), оскільки прийняття пропозиції неправомірної вигоди є всього лиш виявленням умислу, що не підлягає кримінально-правовій оцінці, натомість прийняття обіцянки неправомірної вигоди потрібно розглядати як готування до скоєння злочину та кваліфікувати відповідні дії за ч. 1 ст. 14 та відповідною статтею Особливої частини КК України, де передбачена відповідальність за одержання неправомірної вигоди конкретним суб'єктом.

Список використаних джерел:

1. Рябенко М. В. Кримінально-правова охорона професійної діяльності, пов'язаної з наданням професійних послуг: дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / М. В. Рябенко. – Київ, 2016. – 267 с.
2. Кочерова Н. О. Зловживання впливом: соціальна обумовленість криміналізації та характеристика складу злочину: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Н. О. Кочерова; Держ. НДІ М-ва внутр. справ України. – К., 2013. – 200 с.
3. Кашкаров О. О. Кримінально-правова характеристика одержання незаконної винагороди працівником державного підприємства, установи чи організації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / О. О. Кашкаров; МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2012. – 17 с.

4. Словник української мови: в 11-ти т. / ред. коллег. І. К. Білодід (голова) [та ін.]. – К.: Наукова думка, 1970 – 1980. – Т. 8. – 928 с.

5. Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т. / [уклад.: В. В. Яременко, О. М. Сліпущко]. – 2-ге вид., виправ. – К.: АКОНІТ, 2001. – Т. 2: К–П. – 938 с.

6. Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання корупції» / М. І. Хавронюк. – К.: Атака, 2011. – 424 с.

7. Дудоров О. О. Зловживання впливом: у пошуках істини між «духом» і «буквою» кримінального закону / О. О. Дудоров // Право і громадянське суспільство. – 2015. – № 3. – С. 136–178.

8. Словник української мови: в 11-ти т. / ред. коллег. І. К. Білодід (голова) [та ін.]. – К.: Наукова думка, 1970 – 1980. – Т. 2. – 552 с.

9. Калитаєв В. В. Кримінально-правова характеристика прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою / В. В. Калитаєв // Держава і право. – 2013. – № 60. – С. 375–380.

10. Особливості розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної

вигоди службовою особою: метод. рек. / Чернявський С. С., Вакуленко О. Ф., Толочко О. М. [та ін.]. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2014. – 67 с.

11. Шумейко Д. О. Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: проблеми правової кваліфікації / Д. О. Шумейко // Юридичний часопис національної академії внутрішніх справ. – 2015. – № 1. – С. 39–51.

12. Словник української мови: в 11-ти т. / ред. коллег. І. К. Білодід (голова) [та ін.]. – К.: Наукова думка, 1970 – 1980. – Т. 5. – 840 с.

13. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: навч.-практ. посіб. / В. І. Тютюгін, Ю. В. Гродецький, с. В. Гізімчук; за ред. В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна. – Х.: Право, 2014. – 232 с.

14. Ужва Л. О. Доцільність криміналізації пропозиції неправомірної вигоди чи хабара / Л. О. Ужва // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=462>.

Анализируются соответствующие изменения в УК Украины в связи с принятием Закона Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно приведения национального законодательства в соответствие со стандартами Уголовной конвенции о борьбе с коррупцией» от 18 апреля 2013 г. На основании анализа научной литературы исследованы подходы относительно понятия и значения «принятия предложения, обещания неправомерной выгоды». Сформулирован ряд предложений, направленных на совершенствование уголовного законодательства и практики его применения.

Ключевые слова: неправомерная выгода, подкуп, должностное лицо, уголовное законодательство.

The proper changes are analysed in the Criminal code of Ukraine in connection with passing an Act of Ukraine “About making alteration in some legislative acts of Ukraine in relation to bringing a national legislation over in accordance with the standards of Criminal convention about a fight against a corruption” from April, 18 in 2013. Based on the analysis of scientific literature studied approaches to the concept and importance of «accepting proposal, promise or receipt of illegal benefit». A number of proposals aimed at improving the criminal law and practice.

Key words: illegal benefit, bribery, official, criminal legislation.



УДК 343

Юрій Новосад,*канд. юрид. наук, начальник відділу нагляду за додержанням законів
органами фіскальної служби*

ПРО ДЕЯКІ ЗМІСТОВНІ ЕЛЕМЕНТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРОКУРАТУРИ ЯК СУБ'ЄКТА БОРотьБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ В УКРАЇНІ

У статті узагальнено результати наукових досліджень, присвячених діяльності прокуратури України у сфері боротьби зі злочинністю, установлені проблеми з означеної тематики, а також обґрунтована необхідність активізації її розроблення з урахуванням сучасних соціально-правових реалій і можливостей цього державного органу.

Ключові слова: злочинність, боротьба зі злочинністю, суб'єкт, прокуратура, дослідження, діяльність, ефективність.

Постановка проблеми. Як свідчить практика, суттєве звуження конституційних функцій прокуратури, що відбулось у 2016 р. [1], призвело до певної дезорганізації та зниження рівня взаємодії правоохоронних органів, а також до різкого збільшення кількості зареєстрованих злочинів в останні роки (2013–2016) [2]. Однією з умов, що сприяє такому стану злочинності в Україні, є неналежний науковий супровід діяльності прокуратури у сфері боротьби зі злочинністю, особливо з урахуванням соціально-правових реалій і можливостей цього державного органу в сучасних умовах. Проблемними у зв'язку із цим є й питання, що пов'язані з реалізацією прокуратурою передбаченого в законі завдання щодо координації діяльності правоохоронних органів у зазначеній сфері суспільних відносин (ст. 25 Закону України «Про прокуратуру») [3]. Ці та інші проблемні аспекти й визначили змістовні елементи предмета нашого дослідження та суть його завдань.

Як показало вивчення наукової та навчально-методичної літератури, питаннями підвищення ефективності діяльності прокуратури у сфері боротьби зі злочинністю досить плідно займаються як науковці, які розробляють проблеми прокурорського нагляду, так і кримінологи. Зокрема, в цьому контексті потужне доктринальне підґрунтя створили такі науковці, як В.С. Бабкова, О.М. Бандурка, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, М.М. Говоруха, В.М. Гусаров, Л.М. Давиденко, О.М. Джужа, В.В. Долежан, Л.С. Жиліна, І.М. Козьяков, О.Г. Колб, М.В. Косюта, Т.В. Корнякова, В.В. Кулаков, М.Й. Курочка, М.П. Курило, О.М. Литвинов, О.М. Литвак, М.І. Мичко, М.В. Руденко, Г.П. Серета, М.І. Скригонюк, Є.О. Шевченко та ін. Проте в умовах проведення правової реформи в Україні, а також суттєвого підвищення рівня злочинності за останні роки (2014–2016 рр.) [2], питання щодо підвищення рівня ефективності та місця прокуратури в системі суб'єктів боротьби зі злочинністю вивчені недостатньо, що й стало вирішальним у визначенні теми нашого дослідження.

Виклад основного матеріалу. Про необхідність більш глибокої наукової розвідки питань запобіжної діяльності прокуратури свідчать різноманітні доктринальні джерела. Так, в останніх виданнях курсу «Кримінологія» цей аспект викладено лише фрагментарно та поверхово. Зокрема, в підручнику «Кримінологія», опублікованому в 2014 р., зазначено, що основними напрямками діяльності прокуратури в цьому контексті є: 1) кримінологічний аналіз злочинності й участь прокурора на цій підставі в заходах щодо запобігання злочинності; 2) участь у комплексному плануванні та розробленні заходів щодо запобігання злочинності, сприяння у складанні планів щодо запобігання злочинності й іншим негативним явищам і процесам, які її породжують; 3) контроль за виконанням правоохоронними органами заходів щодо усунення причин і умов, які сприяли вчиненню конкретного злочину; 4) активізація діяльності громадськості із запобігання злочинності; 5) організація роботи з кримінологічної поінформованості населення про злочинність і правової пропаганди, участь прокурора в зазначених заходах; 6) координація запобіжної діяльності правоохоронних органів, що дозволяють надавати їй безпечну цілеспрямованість і результативність, уміло поєднувати можливості й ресурси останніх [4, с. 153]. Але про те, якими формами, методами чи засобами прокуратура має реалізувати зазначені завдання у сфері запобігання злочинам, автори підручника відповіді не дали, що стало додатковим аргументом під час вибору об'єкта й предмета дослідження, а також під час визначення його мети та завдань.

Аналогічний підхід застосовано й авторським колективом підручника «Профілактика злочинів», що вийшов друком у 2011 р., де це питання розкрито в підрозділі 3.3 «Правоохоронні органи як суб'єкти профілактичної діяльності» [5]. Його автори виділили, зокрема, такі напрями профілактичної діяльності: а) у межах наглядової функції прокуратури здійснювати нагляд за дотриманням законності, реалізацією програм, планів і постанов, спрямованих на

профілактику злочинності; б) координувати діяльність правоохоронних органів у галузі профілактичної діяльності, що надаватиме цьому процесу системності, логіки й послідовності й тим самим значно підвищить ефективність такої діяльності; в) постійно проводити кримінологічний аналіз ситуації й теорії обслуговування щодо окремих її видів і конкретних злочинів, а також установити закономірності розвитку ситуації й на їх підставі зробити обґрунтований прогноз розвитку кримінологічної ситуації; г) на підставі визначеного розвитку та виявлених причин і умов злочинності здійснювати комплексне планування профілактичної діяльності; р) організувати висвітлення в засобах масової інформації реальної криміногенної ситуації та механізму найбільш поширених злочинів із метою віктимологічної профілактики, інформувати населення про діяльність правоохоронних органів із метою налагодження партнерських стосунків; д) уживати заходів щодо стимулювання участі населення в профілактичній діяльності; е) у межах визначеної компетенції всіляко сприяти правовому вихованню населення [5, с. 81]. Проте знову ж таки, як і в попередньому виданні, у цьому підручнику зміст діяльності прокуратури в зазначених напрямках не описаний.

Таким самим шляхом, як показало вивчення наукової літератури, пішли й зарубіжні фахівці. Лейтмотив участі всіх суб'єктів у запобіжній діяльності досить образно висловив у свій час німецький учений Г.Й. Шнайдер: кримінологи – це ті люди, хто «задумує» та розвиває теоретичні конструкції для створення проєктів кримінально-правових ознак злочинів, які в подальшому використовуються політиками, коли ці теорії отримують підтримку з боку суспільної думки [349, с. 376]. Звичайно, це є досить вузький і формальний підхід до місця й ролі суб'єктів запобіжної діяльності, включаючи прокуратуру, до вирішення складних завдань із запобігання та протидії злочинам. Додатковим доказом із цього приводу є як назва, так і зміст одного з розділів підручника «Кримінологія» – «Формальна реакція на злочинність» [6, с. 376–433], у якому Г.Й. Шнайдер зробив висновок про те, що оскільки суспільство дозволяє собі розкіш карати людей шляхом помсти або завдання їм шкоди, то спеціалісти-професіонали зобов'язані вказати суспільству, з якими економічними, соціальними й психологічними збитками це втручання буде пов'язане [6, с. 418]. Так цим авторам уявляється діяльність із запобігання злочинам, що є неприйнятним з огляду на ті напрацювання, які маємо з означеної проблематики у вітчизняних кримінологів.

Російський дослідник, професор А.І. Долгова, визначаючи місце й роль прокуратури серед суб'єктів кримінологічного запобігання злочинам (до суб'єктів загальносоціального й індивідуального запобігання вона цей орган не відносить), зробила такий висновок: на прокуратуру покладається обов'язок координації діяльності правоохоронних органів по боротьбі зі злочинністю, включаючи її попередження [7, с. 360].

Але правовий і організаційно-управлінський аспект зазначеної діяльності прокуратури ця дослідниця також не запропонувала. Нічого із цього приводу не зазначено і в інших російських кримінологічних виданнях [8].

Не менше запитань, ніж відповідей на них, на відміну від чинного законодавства України, можна знайти й в нормативно-правових актах зарубіжного походження. Так, у КК Республіки Польща як у загальній, так і в особливій частинах взагалі відсутні завдання щодо запобігання новим злочинам як із боку засуджених, так і з боку інших осіб, що також стало одним із аргументів для вибору теми, об'єкта й предмету цього дослідження. Варто зазначити, що досить ґрунтовно до вирішення означеної проблематики підійшли казахські науковці, які в підручнику «Кримінологія» (2008 р.) приділили цьому питанню окремий підрозділ 4 «Роль органів прокуратури в попередженні злочинності» (глава Х «Попередження злочинності») [9, с. 173–179].

Цікавий і одночасно потужний навчально-методичний і науковий матеріал зібрали в цьому напрямі й науковці інших спеціалізацій і спеціальностей. Зокрема, як свідчать результати аналізу наукової літератури, досить детально питання діяльності прокуратури України досліджують представники спеціальності 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура й адвокатура». При цьому найбільш наближеними до теми нашої роботи є праці М.В. Косюти, зокрема його докторська дисертація «Проблеми та шляхи розвитку прокуратури України в умовах побудови демократичної правової держави» (2002 р.), у якій визначено концептуально-прикладні засади прокурорського нагляду, включаючи й сферу запобігання злочинам, хоча дещо фрагментарно та неповно [10].

У загальних рисах деякі питання цього дослідження висвітлені в докторській дисертації М.І. Мичка «Проблеми функцій і організаційного устрою прокуратури України» (2002 р.), у якій автор досить детально описав зміст наглядової функції діяльності прокуратури, що досить важливо з огляду на створення відповідних правових механізмів і гарантій реалізації завдань із запобігання злочинам [11]. Значне методологічне підґрунтя для проведення такого дослідження створено й в інших дисертаціях на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура й адвокатура». Зокрема, організаційно-правові проблеми контролю в прокурорській діяльності розкрито в дисертаційній роботі В.С. Бабкової (1998 р.) [12]. Аналогічні питання, але під час здійснення прокурорського нагляду у виконавчому провадженні, розглянув у своїй дисертації М.М. Говоруха (2008 р.) [13]. В.М. Гусаров у кандидатській дисертації «Проблеми організації роботи міської (районної) прокуратури» (1995 р.), крім питань, що становлять предмет його дослідження, торкнувся й тих аспектів діяльності прокуратури, які пов'язані з реалізацією на практиці наглядової функції цього державного органу [14].

Ураховуючи, що в ході відбування покарання засуджені вчиняють нові злочини [15, с. 6–7], а також те, що персонал органів і установ виконання покарань України також нерідко вчиняє злочини, зокрема у сфері правосуддя (перевищення службових повноважень, отримання неправомірної вигоди, нанесення тілесних ушкоджень засудженим тощо) [16, с. 217–236], важливе значення для розроблення науково обґрунтованих пропозицій у контексті нинішніх реформ в Україні має дисертація Л.С. Жиліної «Прокурорський нагляд за додержанням законів при провадженні слідчих дій» (1999 р.) [17]. Для вирішення завдань цього наукового напрацювання теоретико-прикладний інтерес становить також дисертаційна робота І.М. Козьякова «Співвідношення прокурорського нагляду й відомчого контролю за законністю оперативно-розшукової діяльності» (2001 р.) [18]. Виходячи з того, що перед органами й установами виконання покарань, крім основних законодавчо визначених завдань (ст. 1 Кримінально-виконавчого кодексу України), стоять також завдання щодо забезпечення відшкодування засудженими завданої в ході їхньої попередньої злочинної діяльності моральної та матеріальної шкоди потерпілим від злочинів особам (згідно з офіційними даними, щорічно таке відшкодування становить менше ніж 40% від визначених судом сум), відповідне практичне значення має й дисертаційна робота В.В. Кривобока (1997 р.) [19].

Проблеми організації роботи прокуратури України з нагляду за додержанням законів, що окреслюють оперативно-розшукову діяльність і досудове слідство, дослідив у своїй дисертації В.В. Кулаков (1999 р.), що має бути використано для вироблення правових механізмів запобіжної діяльності прокуратури [20]. Дотичними до змісту завдань цього дослідження є результати дисертаційної роботи М.П. Курило «Прокурорський нагляд за додержанням прав і законних інтересів засуджених до позбавлення волі» (1998 р.) [21].

У контексті виявлення рівня ефективності реалізації прокуратурою на практиці завдань із запобігання злочинам відповідне теоретико-пізнавальне й прикладне значення має дисертація В.І. Малюги «Принципи організації та діяльності прокуратури України» (2002 р.) [22]. Таке ж значення має й дисертаційна робота Г.П. Середи «Організаційно-правові аспекти прокурорського нагляду за додержанням законів при прийманні, реєстрації, перевірці та вирішенні заяв і повідомлень про злочини» (2000 р.) [23]. Для вирішення проблем правового характеру, що пов'язані із запобіганням рецидиву [24, с. 172–175], відповідне значення має й дисертаційна робота М.І. Скригонюка «Прокурорський нагляд за додержанням законів України при умовно-достоюковому звільненні засуджених від кримінального покарання» (1999 р.) [25]. Ураховуючи численні проблеми, пов'язані з належним розглядом, справедливим вирішенням звернень громадян і запобіганням злочинам, у цьому контексті певне теоретико-прикладне значення має дисертаційна робота Є.О. Шев-

ченко «Прокурорський нагляд за додержанням законодавства про звернення громадян» (2008 р.) [26]. Вивчення змісту дисертаційних робіт на здобуття наукового ступеня доктора й кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура й адвокатура» дає підстави стверджувати, що й інші наукові напрацювання 90-х рр. XX ст. і початку XXI ст. безпосередньо стосуються проблем, що визначили предмет нашого дослідження.

Висновки

Таким чином, проведений аналіз наукових напрацювань, що безпосередньо стосуються проблеми діяльності прокуратури як суб'єкта боротьби зі злочинністю в Україні, свідчить про те, що потенційні можливості вчених у цьому контексті використовуються на законодавчому та практичному рівнях недостатньо, а це негативно впливає на якість реформ, які здійснюються у сфері діяльності зазначеного державного органу, а також знижують ефективність його впливу на злочинність у нашій державі. Виходячи із цього, варто активізувати зусилля науковців у цьому напрямі, ураховуючи актуальність і теоретико-практичне значення розроблення зазначеної проблематики.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : зі змінами. – Х. : Право, 2016. – 68 с.
2. Кулик О.Г. Сучасна кримінальна ситуація в Україні: тенденції і прогноз / О.Г. Кулик [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nbuv.gov.ua>.
3. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>.
4. Кримінологія : [підруч.] / за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головкина. – Х. : Право, 2014. – 440 с.
5. Профілактика злочинів : [підруч.] / [О.М. Джу́жа, В.В. Василевич, О.Ф. Гада та ін.] ; за заг. ред. проф. О.М. Джу́жи. – К. : Атіка, 2011. – 720 с.
6. Шнайдер Г.Й. Кримінологія : [учебник] [пер. с нем.] / Г.Й. Шнайдер ; под общ. ред. Л.О. Иванова. – М. : Изд. группа «Прогресс» – «Универс», 1994. – 504 с.
7. Кримінологія : [учебник] / под общ. ред. проф. А.И. Долговой. – М. : Изд. группа ИНФРА-М–НОРМА, 1997. – 784 с.
8. Кримінологія : [учебник] / под ред. проф. В.Д. Малкова. – М. : ЗАО Юстицформ, 2004. – 528 с.
9. Кримінологія : [учебник]. – Алматы : «Международный центр научных исследований и правовой экспертизы РК», 2008. – 614 с.
10. Косюта М.В. Прокурорська система України в умовах демократичного суспільства : [монографія] / М.В. Косюта. – О. : Юрид. літ., 2002. – 230 с.
11. Мичко М.І. Проблеми функцій і організаційного устрою прокуратури України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / М.І. Мичко ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2002. – 38 с.

12. Бабкова В.С. Організаційно-правові проблеми контролю в прокурорській діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.С. Бабкова ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1998. – 17 с.

13. Говоруха М.М. Організаційно-правові аспекти діяльності прокурора у виконавчому провадженні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / М.М. Говоруха ; Академія адвокатури України. – К., 2008. – 21 с.

14. Гусаров В.М. Проблеми організації роботи міської (районної) прокуратури : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.М. Гусаров ; Нац. юрид. акад. України. – Х., 1995. – 19 с.

15. Про діяльність підрозділів охорони, нагляду й безпеки кримінально-виконавчих установ у 2014 р. : [інформ. бюл.]. – К. : ДПТС України, 2014. – 72 с.

16. Кримінологічні й оперативно-розшукові засади запобігання злочинам і правопорушенням, що вчиняються персоналом виправних колоній : [монографія] / [В.В. Коваленко, О.М. Джужа, О.Г. Колб та ін.] ; за заг. ред. В.В. Коваленка. – К. : Атіка – Н, 2011. – 368 с.

17. Жиліна Л.С. Прокурорський нагляд за додержанням законів при провадженні слідчих дій : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Л.С. Жиліна ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 18 с.

18. Козьяков І.М. Співвідношення прокурорського нагляду і відомчого контролю за законністю оперативно-розшукової діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / І.М. Козьяков ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2001. – 20 с.

19. Кривобок В.В. Діяльність прокурора по забезпеченню відшкодування матеріальної шкоди, заподіяної злочинцем : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.В. Кривобок ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1997. – 19 с.

20. Кулаков В.В. Проблеми організації роботи апарату обласної прокуратури по нагляду за додержанням законів органами, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.В. Кулаков ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1999. – 20 с.

21. Курило М.П. Прокурорський нагляд за додержанням прав та законних інтересів засуджених до позбавлення волі : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / М.П. Курило ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 1998. – 18 с.

22. Малюга В.І. Принципи організації та діяльності прокуратури України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / В.І. Малюга ; Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. – К., 2002. – 20 с.

23. Серета Г.П. Організаційно-правові аспекти прокурорського нагляду за додержанням законів при прийманні, реєстрації, перевірці та вирішенні заяв і повідомлень про злочини : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Г.П. Серета ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2000. – 18 с.

24. Про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання і заміну невідбутої частини покарання більш м'яким : постановва Пленуму Верховного Суду України від 26 квіт. 2002 р. № 2 // Постанови Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах. – К. : Скіф, 2009. – С. 172–175.

25. Скригонюк М.І. Прокурорський нагляд за додержанням законів України при умовно-достроковому звільненні засуджених від кримінального покарання : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / М.І. Скригонюк ; Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 1999. – 20 с.

26. Шевченко Є.О. Прокурорський нагляд за додержанням законодавства про звернення громадян : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Є.О. Шевченко ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2008. – 19 с.

В статье обобщены результаты научных исследований, посвященных деятельности прокуратуры в сфере борьбы с преступностью; установлены проблемные вопросы по данной тематике, а также обоснована необходимость активизации ее разработки с учетом современных социально-правовых реалий и возможностей этого государственного органа.

Ключевые слова: преступность, борьба с преступностью, субъект, прокуратура, исследование, деятельность, эффективность.

The article summarizes the results of scientific studies on the prosecution of Ukraine in the fight against crime set out issues with the designated topics, as well as the necessity of intensification of its development with current modern legal realities and possibilities of public authority.

Key words: crime, fight against crime, subject, Prosecutor's Office, research, activity, efficiency.



УДК 343.241(477)

Олександр Ободовський,канд. юрид. наук, доцент кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРО КАРАНІСТЬ ЗЛОЧИНІВ, УЧИНЕНИХ НЕПОВНОЛІТНІМИ: ВІД ОСОБЛИВОСТЕЙ ДО САМОСТІЙНОСТІ

Стаття присвячена огляду питань, які виникають під час призначення покарання неповнолітнім. У Кримінальному кодексі України положення про застосування покарання до неповнолітніх закріплені як додатковий поряд із відповідними положеннями, передбаченими для повнолітніх осіб. Це призводить до низки проблем у практиці застосування Закону України про кримінальну відповідальність. Ключем до розв'язання зазначених проблем може стати підхід, за якого покарання неповнолітнім визначатиметься не в межах санкції, встановленої для повнолітніх осіб, а в межах окремої санкції.

Ключові слова: неповнолітні, призначення покарання, обставини, які пом'якшують покарання, диспозиція, санкція.

Постановка проблеми. На кожне злочинне діяння держава має певним чином відреагувати. Відреагувати незалежно від того, хто вчинив це діяння, – особа, яка досягла вісімнадцятирічного віку, чи особа, яка є неповнолітньою. Однією з форм такої реакції є призначення винному покарання.

У конкретному випадку вибір виду та (або) меж покарання для неповнолітнього може становити певні труднощі. Це пов'язано з тим, що чинний Кримінальний кодекс України (далі – КК України) орієнтований насамперед на встановлення санкцій (покарань) для повнолітніх, особливості ж призначення покарання неповнолітнім особам визначені наче на додаток до цього. Водночас для кожної людини справа (провадження) саме щодо неї є основною, а всі інші справи (провадження) витісняються ніби на другий план. Тому суд мав би призначати покарання неповнолітнім, виходячи не з додатковості відповідних положень КК України, а з того, що вони мають самостійне основне значення.

Питання про караність учинених неповнолітніми злочинів – це частина більш загальної проблематики – проблематики про злочинність неповнолітніх і заходи державного реагування на неї. З іншого боку, тема про караність злочинних діянь неповнолітніх тісно пов'язана з ученням про покарання та про призначення покарання. У зазначених напрямках виконано досить багато наукових досліджень, представлених кандидатськими й докторськими дисертаціями, монографіями, статтями і т. д. За результатами цих досліджень напрацьовано низку теоретичних положень, які могли б сприяти покращенню законодавчого регулювання питань, що виникають під час призначення покарання неповнолітнім, крім того, вони могли б стати орієнтирами для правозастосовної практики. Однак навіть дуже поверховий аналіз матеріалів судової практики показує, що суди все ще допускають помилки в застосуван-

ні покарання до осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку. Це підтверджує необхідність подальших досліджень питання про караність злочинів, учинених неповнолітніми.

Метою статті є розгляд положень КК України про призначення покарання неповнолітнім і формулювання висновків про засади, відповідно до яких має здійснюватися законодавче регулювання зазначеного питання, а також прийняття рішення органом правозастосування.

Виклад основного матеріалу. Хоча в КК України і є окремий розділ, присвячений особливостям кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх (розділ XV Загальної частини), особливості караності вчинених зазначеними особами злочинних діянь передбачені також і в інших розділах Загальної частини КК, зокрема в розділі XI («Призначення покарання»).

Учинення злочину неповнолітнім є обставиною, яка пом'якшує покарання (п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України). Відповідно до роз'яснень, наданих Пленумом Верховного Суду України в постанові «Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх» (абзац 2 п. 10), ця обставина «обов'язково має враховуватись при призначенні покарання – незалежно від того, чи досяг підсудний на час розгляду справи повноліття» (курсив наш. – О. О.) [1]. Висновок про обов'язковість урахування вказаної обставини як такої, що пом'якшує покарання, можливо, був зроблений, виходячи з буквального розуміння формулювання ч. 1 ст. 66 КК України, де вжито слово «визнаються», а не «можуть бути визнані» чи щось подібне. А.С. Хильченко також дотримується думки про те, що обставини, закріплені в ч. 1 ст. 66 КК України, обов'язково мають ураховуватись під час призначення покарання: «Кожна з обставин, передбачених ч. 1 ст. 66 КК України, має обов'язкове

пом'якшуюче значення...» [2, с. 248]. Очевидно, іншої позиції дотримується Л.К. Маньковський: «Усі обставини, які впливають на призначення покарання неповнолітньому, мають ураховуватися в їх сукупності. Тобто *сам факт учинення злочину особою, яка не досягла 18-річного віку, ще не є підставою для обов'язкового пом'якшення становища* такої особи» (курсив наш. – О. О.) [3, с. 178].

Водночас Т.І. Іванюк звертає увагу на можливість неодноразового врахування під час призначення покарання такої обставини, як «учинення злочину неповнолітнім»: при оцінці особи винного і як обставини, яка пом'якшує покарання, і тому пропонує виключити цю обставину з ч. 1 ст. 66 КК України та віднести її до ознак, які характеризують особу винного [4, с. 4, 8]. Виключити з переліку обставин, що пом'якшують покарання, Т.І. Іванюк пропонує й обставину, закріплену в п. 9 ч. 1 ст. 66 КК України, а саме: виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, поєднане з учиненням злочину у випадках, передбачених КК України. Як зазначає дослідниця, вплив цієї обставини на призначення покарання «передбачено в ч. 3 ст. 43 КК України, а тому визнання її ще й обставиною, яка пом'якшує покарання, призводить по суті до подвійного її врахування при призначенні покарання» [4, с. 4, 8].

Така ж ситуація може скластися, якщо суд одночасно буде керуватися й положеннями, передбаченими в тих статтях розділу XV Загальної частини КК України, які встановлюють особливості застосування певного виду покарання до неповнолітніх, і положеннями п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України. Тоді, з одного боку, неповноліття винного стане підставою для призначення покарання в меншому розмірі (на менший строк) порівняно з розміром (строком), у якому (на який) відповідне покарання може бути призначене повнолітній особі, а з іншого – буде врахований як обставина, що пом'якшує покарання.

Формально КК України не містить перешкод для зазначеного подвійного врахування: відповідно до ч. 3 ст. 66 Кодексу суд не може ще раз враховувати при призначенні покарання як таку, що його пом'якшує, обставину, яка закріплена в переліку обставин, що пом'якшують покарання, якщо вона передбачена в статті Особливої частини КК України як ознака злочину, що впливає на його *кваліфікацію*, а вчинення злочину неповнолітнім не передбачене в статтях Особливої частини КК України як обставина, що впливає на кваліфікацію злочину. Проте формальний підхід до застосування КК України в такому разі призводить до *викривлення сутності* припису ч. 3 ст. 66 Кодексу й до прийняття несправедливого рішення: в одних ситуаціях подвійне врахування неможливе, а в інших, виявляється, уже дозволене.

Для того, щоб не допустити подвійного врахування такої обставини, як учинення злочину неповнолітнім, при прийнятті рішення можна виходити з типу поєднання покарань, які

за певний злочин можуть бути застосовані до неповнолітніх, і покарань, передбачених за цей же злочин у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України (покарань, які за цей же злочин можуть бути застосовані до повнолітніх). Зазначених типів, очевидно, буде немало, але практичне значення матиме виділення насамперед таких: типу, коли застосування положень Загальної частини КК України, якими визначені види й розмір (строки) покарань неповнолітніх, призводить до того, що суд здійснюватиме призначення покарання в більш м'яких межах порівняно з межами, передбаченими в санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України, і типу, за якого вказане пом'якшення не застосовується, отже, суд при призначенні покарання має виходити з тих же меж, що й для повнолітніх осіб.

Перший тип поєднання покарань можна спостерігати, наприклад, у разі вчинення умисного вбивства з корисливих мотивів (п. 6 ч. 2 ст. 115 КК України). У санкції передбачені такі основні види покарань, як позбавлення волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років, довічне позбавлення волі, а також додаткове покарання у вигляді конфіскації майна. До неповнолітнього не можна застосувати довічне позбавлення волі (ч. 2 ст. 64, ч. 1 ст. 98 КК України) і конфіскацію майна (ч. 2 ст. 98 КК України). Тому суд може призначити неповнолітньому лише покарання у вигляді позбавлення волі (на строк від десяти до п'ятнадцяти років). Отже, у розглянутому прикладі така обставина, як учинення злочину неповнолітнім, урахована вже при визначенні меж караності діяння, а тому врахування цієї обставини ще й на підставі п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України як такої, що пом'якшує покарання, призведе до подвійного її врахування.

Про другий тип можемо говорити в разі вчинення, зокрема, крадіжки, передбаченої ч. 3 ст. 185 КК України (карається позбавленням волі на строк від трьох до шести років), грабежу, передбаченого ч. 2 ст. 186 КК України (карається позбавленням волі на строк від чотирьох до шести років), розбою, передбаченого ч. 1 ст. 187 КК України (карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років). Усі названі злочини є тяжкими (ч. 4 ст. 12 КК України). За їх учинення покарання у вигляді позбавлення волі може бути призначене неповнолітньому на строк не більше семи років (п. 3 ч. 3 ст. 102 КК України). Отже, і для повнолітнього, і для неповнолітнього покарання визначатиметься в тих самих межах: покарання у вигляді позбавлення волі на строк від трьох до шести, від чотирьох до шести й від трьох до семи років відповідно. Іншими словами, для неповнолітнього не відбулося пом'якшення меж караності діяння. Тому вчинення злочину неповнолітнім можна було б ураховувати при призначенні покарання як обставину, що його пом'якшує.

Проте окреслений підхід залишає без відповіді низку питань, зокрема, про те, як бути, коли виконання вимог, установлених у Загальній частині КК України, призводить до *погіршення* становища неповнолітнього (по-

рівняно зі становищем повнолітньої особи). Справді, аналізуючи шляхи вдосконалення системи покарань неповнолітніх, Н.Л. Березовська пише: «...Сьогодні до неповнолітніх <...> суд із усіх передбачених видів покарань фактично може застосувати і, як правило, застосовує покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк» (курсив наш. – О. О.) [5, с. 126]. І далі: «... Закріпивши в КК України особливості системи покарань неповнолітніх, законодавець намагався поставити неповнолітнього в більш сприятливі умови порівняно з повнолітніми <...>, а фактично поставив неповнолітніх у більш скрутне становище. Так, якщо для повнолітніх осіб санкція статті є альтернативною, то для неповнолітніх у більшості випадків вона стає безальтернативною» (курсив наш. – О. О.) [5, с. 126].

У ситуаціях, які маються на увазі, теж можна побачити деякі елементи пом'якшення становища неповнолітньої особи. Це пом'якшення, проте, насправді є уявним. Зокрема, неповнолітньому, який не працює, за заподіяння умисних тілесних ушкоджень середньої тяжкості (ч. 1 ст. 122 КК України) не можна призначити ані виправні роботи, ані обмеження волі. Тому залишається тільки найбільш суворий вид покарання, установлений санкцією ч. 1 ст. 122 КК України, – позбавлення волі на певний строк. Отже, у цій частині відбувається збільшення суворості реакції держави на вчинений неповнолітнім злочин (порівняно із суворістю відповідної реакції на злочин повнолітньої особи). У той же час повнолітньому покарання у вигляді позбавлення волі за цей злочин призначається на строк від одного (ч. 2 ст. 63 КК України) до трьох років, а ось неповнолітньому – на строк від *шести місяців* (ч. 1 ст. 102 КК України) до трьох років. Однак неможливість застосувати до неповнолітнього більш м'які, ніж позбавлення волі, види покарань (у той час як для повнолітніх така можливість існує) зводить зазначене пом'якшення покарання на нівець. При цьому зниження нижньої межі строку покарання у вигляді позбавлення волі блокує застосування при призначенні покарання п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України.

Трапляються й інші ситуації, які неможливо вирішити запропонованим вище способом. Наприклад, у санкції ст. 124 КК України передбачені такі види покарань, як громадські роботи (на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин), виправні роботи (на строк до двох років), арешт (на строк до шести місяців), обмеження волі (на строк до двох років). Покарання у вигляді обмеження волі застосувати до неповнолітнього не можна (ч. 3 ст. 61, ч. 1 ст. 98 КК України). Отже, виключається застосування найбільш суворого виду покарання з тих, які передбачені в санкції. І вже лише це дає підстави охарактеризувати реакцію держави на злочин, учинений неповнолітнім, як більш м'яку (порівняно з реакцією на злочин, учинений повнолітнім). Якщо винний не працює, то суд не може призначити й виправні роботи. Таким чином, залишаються громадські роботи й арешт. Однак мінімальний строк, на який мо-

жуть бути призначені громадські роботи відповідно до санкції статті, перевищує максимальну тривалість покарання цього виду для неповнолітніх (ч. 1 ст. 100 КК України). Розглядаючи таку ситуацію (на прикладі цієї й інших санкцій), Н.Л. Березовська робить висновок про те, що застосувати до неповнолітніх покарання у вигляді громадських робіт у цьому разі не можна [5, с. 145–146]. Але це покарання передбачене в санкції статті, воно застосовується до осіб, які досягли шістнадцятирічного віку (вік суб'єкта злочину, про який ідеться), а тому, очевидно, у суду мала б бути можливість призначити винному покарання цього виду. Ще одне покарання – арешт, який може бути призначено на строк від п'ятнадцяти до сорока п'яти діб (ст. 101 КК України). Неважко помітити, що й у разі застосування до неповнолітнього покарання за вчинення злочину, передбаченого ст. 124 КК України, пом'якшення становища неповнолітнього є досить-таки умовним.

Крім того, ученими зверталася увага на випадки, у яких до неповнолітнього не можна застосувати жодне з покарань, передбачених у санкції статті (санкції частини статті) Особливої частини КК України. Цю ситуацію Н.Л. Березовська аналізує на прикладі санкції (зокрема, ч. 1 ст. 296 КК України) і доходить висновку про те, що в разі вчинення відповідного злочину особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку і в якій при цьому немає самостійного доходу, власних коштів або майна, на яке може бути звернене стягнення, санкцію ч. 1 ст. 296 КК України не можна застосувати [5, с. 145]. Про це ж говорить і В.К. Грищук: «...ч. 1 ст. 296 КК взагалі складно застосувати до 14-річних неповнолітніх» [6, с. 147].

Пленум Верховного Суду України в постанові «Про практику застосування судами України законодавства в справах про злочини неповнолітніх» (п. 18) роз'яснив: «Якщо санкцією закону, за яким засуджується неповнолітній, передбачено лише такі види покарань, які з огляду на вік підсудного чи його стан не можуть до нього застосовуватися, суд звільняє його від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру або відповідно до ст. 7 КПК [1960 р.] закриває справу й звільняє його від кримінальної відповідальності, або постановляє обвинувальний вирок і звільняє засудженого від покарання» [1]. Така ж позиція (щоправда, стосовно не тільки неповнолітньої, а й будь-якої іншої особи, до якої не можна застосувати жодне з покарань, передбачених у санкції) дещо раніше була висловлена й у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику призначення судами кримінального покарання» (абзац 7 п. 8) [7]. Висновок Пленуму Верховного Суду України В.К. Грищук не без іронії називає «геніальним» і ставить при цьому риторичне запитання: «Так навіщо ж тоді, як то кажуть, «городити город», установлюючи кримінальну відповідальність за хуліганство з 14 років?» [6, с. 148].

Прагнучи знайти вихід із розглянутої ситуації, Пленум Верховного Суду України пропонує не найкращий варіант: для прийняття тих

рішень, про які згадується в постановах Пленуму Верховного Суду України, мають бути наявні підстави (у постанові «Про практику призначення судами кримінального покарання» так і сказано: «... за наявності до того підстав...»). Але ж хіба неможливість застосувати до винного жодне з покарань, передбачених у санкції, завжди автоматично означає наявність підстав для прийняття тих рішень, про які зазначено в постановах?

Перше рішення – звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру. Таке рішення суд може прийняти лише щодо неповнолітнього, який уперше вчинив злочин невеликої тяжкості або необережний злочин середньої тяжкості, виправлення якого можливе без застосування покарання (ч. 1 ст. 97 КК України). Отже, у випадках, коли, скажімо, злочин вчинено не вперше або виправлення неповнолітнього неможливе без застосування покарання, прийняття рішення про звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру виключається (формулювання санкції, яке не дозволяє застосувати до неповнолітнього жодне з покарань, передбачених у ній, зовсім не свідчить про те, що виправлення неповнолітнього можливе без застосування покарання, а тому не може розглядатися як законодавча вказівка про можливість такого виправлення).

Друге рішення – закриття справи й звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності відповідно до ст. 7 КПК 1960 р. У ст. 7 КПК України 1960 р. йшлося про порядок звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку зі зміною обстановки (ч. 1 – ч. 4), у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 6), а також про звільнення від покарання у зв'язку з тим, що на час розгляду справи в суді особу не можна вважати суспільно небезпечною (ч. 5), та у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 6) (рішення про звільнення від покарання, очевидно, – третій варіант, який пропонувався Пленумом Верховного Суду України). Щоб прийняти рішення про звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності, мають бути відповідні підстави, а саме: втрата вчиненим діянням суспільної небезпечності або втрата суспільної небезпечності винною особою (ст. 48 КК України), закінчення строків давності (ст. 49, ч. 1, ч. 2 ст. 106 КК України). Так само й звільнення неповнолітнього від покарання можливе лише за наявності встановлених у КК України підстав: щире розкаяння та подальша бездоганна поведінка неповнолітнього, унаслідок чого він на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання (ч. 1 ст. 105 КК України), або, що теж можливо, бездоганна поведінка й сумлінне ставлення до праці, з урахуванням чого неповнолітнього на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечним (ч. 4 ст. 74 КК України), або закінчення строків давності (ст. 80; ч. 1, ч. 3 ст. 106 КК України). У разі відсутності передбачених у КК України підстав звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідаль-

ності чи звільнення його від покарання є таким же порушенням закону, як і призначення покарання, коли воно не може бути застосоване до винного.

Як бути в ситуації, коли жодне з покарань, передбачених у санкції, застосувати не можна, і підстав для звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності чи для звільнення його від покарання немає, у КК України не сказано. Звичайно, оціночні поняття, використані в законі для формулювання підстав звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання, створюють спокусу «підтягнути» конкретну ситуацію під законодавчу формулу. Але таке «підтягування», хоч і вимушене, усе ж користі не принесе.

Розв'язати проблеми, які виникають під час призначення покарання неповнолітнім, можна було б шляхом внесення змін до КК України, як це запропоновано, зокрема, Н.Л. Березовською [8, с. 12–13; 5, с. 155–158]. Але внесення змін до закону – то справа майбутнього, та й зробити це може (за загальним правилом) лише Верховна Рада України. Необхідність же призначати покарання неповнолітнім на основі чинного, нехай і недосконалого, КК України існує вже зараз. І суд не може чекати того часу, коли положення Кодексу будуть сформульовані так, що ніяких труднощів у застосуванні покарання до неповнолітніх більше не буде.

Ключем до розв'язання питань (якщо й не всіх, то принаймні їх частини), що виникають під час застосування покарання до неповнолітніх, без внесення змін до КК України, міг би стати інший, ніж той, який набув поширення, погляд на злочини неповнолітніх і на положення КК України, якими визначені особливості караності цих злочинів. Прикметною в аспекті сказаного є позиція Н.Л. Березовської: зазначаючи, що навіть у разі вчинення неповнолітнім особливо тяжкого злочину «призначення неповнолітньому покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк <...> має відповідати принципу гуманізму» і «максимальний строк позбавлення волі <...> необхідно скоротити наполовину», дослідниця вбачає в пропонуваному законодавчому рішенні доведення встановленої в п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України тези про те, що «неповноліття саме по собі визнається пом'якшуючою обставиною» [5, с. 100]. Пом'якшуюча обставина, указана в п. 3 ч. 1 ст. 66 КК України (як і будь-яка інша), адресована насправді не Верховній Раді України, а суду. Але паралель, проведена Н.Л. Березовською між пом'якшуючою обставиною й установленими в КК України межами, у яких певний вид покарання призначається неповнолітнім, є одним із проявів відображеної в Кодексі закономірності.

Багато злочинів, передбачених у КК України, можуть бути вчинені як повнолітньою особою, так і неповнолітньою, причому одна й та сама особа, звичайно ж, не може одночасно бути й повнолітньою, і неповнолітньою. Злочину, учиненому повнолітньою особою, відповідає реакція держави, установлена в санкції, умовно кажучи, для повнолітньої особи. Злочину неповнолітньої особи теж відповідає санкція,

але «своя», інша, ніж санкція для особи повнолітньої. Тоді кожний злочин, що може вчинитися й особою, яка вже досягла вісімнадцятирічного віку, і особою, яка цього віку ще не досягла, передбачений насправді не в одній диспозиції, якій відповідає лише одна санкція, а принаймні в двох диспозиціях, кожній з яких відповідає «власна» санкція.

У чинному КК України санкції, у межах яких призначається покарання неповнолітнім, окремо не сформульовані («В Особливій частині КК України, – слушно зазначає Н.Л. Березовська, – немає жодної санкції статті <...>, де були б установлені верхня та нижня межа санкції при покаранні неповнолітніх» [5, с. 145]). Ці санкції мають визначитися на основі санкцій статей (санкцій частин статей) Особливої частини КК України – санкцій, у межах яких призначається покарання повнолітнім, з урахуванням при цьому визначених у Загальній частині КК України особливостей караності злочинних діянь, учинених неповнолітніми. Для того, щоб визначені таким чином санкції не були, як висловився Є.С. Назимко, «заручниками» статусу «особливостей» (так Є.С. Назимко охарактеризував не власне санкції, а сам інститут покарання неповнолітніх) [9, с. 1], ці санкції мають бути (багато в чому) самостійними, що дозволить їм завжди давати відповідь на запитання, якою має бути реакція держави на злочинні діяння неповнолітніх.

Висновки

Злочини, учинені неповнолітніми, караються на основі тих положень КК України, які орієнтовані на застосування їх до повнолітніх, з урахуванням при цьому певних особливостей. Такий підхід призводить до того, що в практиці правозастосування виникають запитання, прямої відповіді на які Закон України про кримінальну відповідальність не дає. Виходом із цієї ситуації могло б стати визнання сукупності положень, які визначають покарання, що можуть бути призначені неповнолітньому за той чи інший злочин, санкцією кримінально-правової норми, яка не розчиняється в санкції, що передбачена для повнолітньої особи, а існує поряд із нею.

Стаття посвячена обзору питань, що виникають при назначенні покарання неосередньолетнім. В УК України положення о примененні покарання к неосередньолетнім закреплени как дополнительные к ряду проблем в практике применения Закона Украины об уголовной ответственности. Ключом к решению указанных проблем может стать подход, при котором наказание неосередньолетнім будет определяться не в пределах санкции, установленной для совершеннолетних лиц, а в пределах отдельной санкции.

Ключевые слова: неосередньолетние, назначение наказания, обстоятельства, смягчающие наказание, диспозиция, санкция.

The article is devoted to the questions that arise during the infliction of punishment to the juveniles. In the Criminal Code of Ukraine the provisions about application of the punishment to juveniles are fixed as supplementary beside the relevant provisions that to adults are provided. This leads to a number of problems in practice of applying of the law about criminal responsibility. The approach, according to which the punishment to the juveniles will be determined not in the scopes of the sanction that to the adults is fixed but in the scopes of the distinct sanction, can be a key to solving of specified problems.

Key words: juveniles, infliction of punishment, circumstances, that mitigate punishment, disposition, sanction.

Список використаних джерел:

1. Про практику застосування судами України законодавства у справах про злочини неповнолітніх : постанова Пленуму Верховного Суду України від 16 квітня 2004 р. № 5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va005700-04>.
2. Макаренко А.С. Призначення покарання за наявності обставин, що пом'якшують покарання, та деякі проблеми врахування суддівського розсуду / А.С. Макаренко // Право України. – 2011. – № 7. – С. 241–250.
3. Маньковський Л.К. Місце обставин, що пом'якшують покарання, у загальних засадах його призначення неповнолітнім / Л.К. Маньковський // Право і суспільство. – 2013. – № 2. – С. 173–180.
4. Іванюк Т.І. Обставини, які пом'якшують покарання, за кримінальним правом України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Т.І. Іванюк ; Київський націон. ун-т ім. Тараса Шевченка. – Київ, 2006. – 16 с.
5. Березовська Н.Л. Покарання неповнолітніх і виправно-трудоий вплив : [монографія] / Н.Л. Березовська. – Одеса : Фенікс, 2011. – 250 с.
6. Гришук В.К. Акцелерация и ретардация: некоторые проблемы уголовной ответственности в Украине / В.К. Гришук // Конституционные основы уголовного права : матер. I Всероссийского конгресса по уголовному праву, посвящ. 10-летию Уголовного кодекса Российской Федерации. – М. : Проспект, 2006. – С. 145–148.
7. Про практику призначення судами кримінального покарання : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03/print1483091766949045>.
8. Березовська Н.Л. Покарання, пов'язані з виправно-трудоий впливом, що застосовуються до неповнолітніх : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / Н.Л. Березовська ; Одеська націон. юрид. акад. – Одеса, 2010. – 18 с.
9. Назимко Є.С. Теоретико-прикладні засади становлення та розвитку інституту покарання неповнолітніх у кримінальному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юрид. наук / Є.С. Назимко ; Харків. націон. ун-т внутр. справ. – Харків, 2016. – 36 с.

УДК 343.97

Наталія Магас,*аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ПРИЧИНИ ЛАТЕНТНОСТІ КОРУПЦІЙНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Стаття присвячена визначенню поняття причин латентності злочинності, класифікації таких причин, а також встановленню, які причини латентності притаманні корупційній злочинності як одному із найбільш латентних видів злочинності. У статті розглянуто погляди як вітчизняних, так і зарубіжних авторів на цю проблему, а також зроблено відповідні висновки на основі цих позицій, анкетування студентів з України та Польщі та даних досліджень міжнародної організації Transparency International.

Ключові слова: латентна злочинність, причини латентності злочинності, корупційна злочинність, природна та штучна латентність.

Постановка проблеми. Як відомо, будь-яке явище має свої причини та наслідки. Таке явище, як злочинність, не є винятком. Визначення причин виникнення та зміни показників злочинності є важливим завданням сучасної кримінології, якому приділяють значну увагу як науковці, так і практики. Проте для ефективної боротьби зі злочинністю важливо звертати увагу не лише на її зареєстровану частину, а й на латентну, яка подекуди значно перевищує першу. Йдеться, зокрема, про корупційну злочинність, рівень латентності котрої становить за різними оцінками близько 90-99%, що свідчить про те, що дослідження цього явища та боротьба з ним без аналізу його латентного складника є, по суті, неефективними. Для збільшення ефективності боротьби з корупційною злочинністю потрібно перш за все зменшити рівень її латентності, адже важко боротись із тим, про що немає інформації. При цьому одним із важливих завдань на шляху до цієї мети є визначення причин такої латентності, що, у свою чергу, дасть можливість впливати на ці причини: усунути чи хоча б мінімізувати їхній вплив на рівень латентності.

Метою статті є встановлення основних причин, що зумовлюють латентність злочинності загалом та корупційної злочинності зокрема.

Стан дослідження. Дослідження причин латентності злочинності певною мірою торкалися вітчизняні та іноземні автори багатьох підручників із кримінології, зокрема Ю. Ф. Іванов, О. М. Джу́жа, Ю. В. Александров, А. П. Гель, Г. С. Семаков, А. П. Закалюк, Б. Холіст, А. Габерле, К. Краєвські та багато інших. Питанню латентної злочинності, і причин латентності зокрема, присвячена монографія В. Ф. Оболонцева, монографія за редакцією І. С. Іншакова. Окремі дослідження з приводу причин неповідомлення про корупційні злочини проводилися міжнародною організацією, що веде боротьбу з корупцією, – Transparency International. При цьому недостатньо уваги в науковій літературі приділено саме причинам латентності корупційної злочинності.

Виклад основного матеріалу. Під причинами латентності злочинів необхідно розуміти «сукупність обставин соціального, правового, особистого й іншого характеру, що перешкоджають виявленню, реєстрації та облікові злочинів, а також їх розкриттю, зокрема й забезпеченню повноти й усебічності їх розкриття» [1, с. 72]. Таке визначення наводять автори підручника з кримінології О. М. Джу́жа та Ю. Ф. Іванов, і воно повною мірою відображає ознаки, що притаманні причинам латентності злочинів та об'єднують їх, оскільки включає причини різного характеру, котрі можуть стосуватися як природної, так і штучної латентності злочинності.

Фактори, що зумовлюють існування латентної злочинності, автори згаданого підручника поділяють на об'єктивні та суб'єктивні. Об'єктивні полягають усередовищі й обставинах, в яких здійснюються злочини. До суб'єктивних факторів вчені відносять «небезпечність особи, що скоїла злочин; бажання приховати свою злочинну діяльність; небажання потерпілого повідомляти про злочин; недоліки в роботі правоохоронних органів тощо» [1, с. 72], тобто йдеться про обставини, спричинені суб'єктами, що тим чи іншим чином пов'язані зі скоєним злочином.

Причини латентності злочинності можна також класифікувати за суб'єктом, який «спричинив» цю латентність: суб'єкт злочину, потерпілий, особи, що причетні до злочину, правоохоронні органи.

На підставі проведеного анкетування серед працівників правоохоронних органів і науковців та інших поглядів на цю проблему В. Ф. Оболонцев обставини, що слугують причинами латентизації, поділяє на три групи також за суб'єктом, через котрого злочини залишилися прихованими: 1) ті, що безпосередньо пов'язані з діями злочинців; 2) обставини, пов'язані з діяльністю правоохоронців; 3) діяльність інших осіб, обізнаних про вчинені злочини [2, с. 37].

Серед причин латентності виділяють причини природної та штучної латентності злочинів.

До причин природної латентності відносять, наприклад, маскування і конспірації

злочинів, що вчиняються, вмілий вибір злочинцем жертви (це особи, які незацікавлені в оприлюдненні факту скоєного злочину). Мотивами, що утримують потерпілих від заяви про скоєний злочин, на думку авторів підручника з кримінології Ю. В. Александрова, А. П. Геля і Г. С. Семакова, можуть бути «небажання оприлюднення інтимного боку життя, страх, відсутність віри у професіоналізм правоохоронних органів і їх здатність розкрити злочин, бажання уникнути зайвих проблем тощо» [3, с. 59]. А якщо йдеться про корупційні злочини, то, на думку згаданих учених, «причетність потерпілого до вчиненого злочину в таких випадках є основною причиною їх латентності» [3, с. 59].

Відсутність ефективного механізму забезпечення безпеки осіб, які сприяють розкриттю злочинів і здійсненню правосуддя, еважливим фактором природної латентності злочинів, у зв'язку з яким про злочини не повідомляють свідки, особи, причетні до злочинів, та потерпілі. До факторів природної латентності об'єктивного характеру належить також відсутність належного матеріально-технічного забезпечення правоохоронних органів, що не дає працівникам цих органів можливості повно та об'єктивно виявляти скоєні злочини, зокрема корупційні [3, с. 59].

Серед причин штучної латентності можна назвати «недоліки у реєстрації, обліку і статистичній звітності, суттєві прорахунки й недоліки в діяльності правоохоронних органів, а також зловживання і халатність з боку посадових осіб, на яких покладено функції розкриття й розслідування злочинів» [3, с. 58-59]. Особливо небезпечними є випадки умисного приховування злочинів працівниками правоохоронних органів. Частими мотивами цього є бажання створити уявлення про успішність та ефективність діяльності цих органів. Це дуже актуально для корупційних злочинів, оскільки шанси на притягнення до відповідальності винних осіб, на жаль, є доволі незначними. Тому офіційна статистика, що стосується корупційної злочинності, насправді не дає правдивої інформації про реальний стан справ, що, у свою чергу, має свій негативний вплив на весь процес боротьби з корупційною злочинністю.

Автори монографії «Теоретичні основи дослідження та аналізу латентної злочинності» до детермінантів кримінальної латентності відносять три групи причин: 1) невиявлення фактів злочинів правоохоронними органами; 2) приховування фактів вчинення злочинів правоохоронними органами; 3) низький рівень повідомлення громадянами про злочини, скоєні щодо них, та про злочини, скоєні іншими особами.

Відповідно до думки експертів, яку наводять автори згаданої монографії, співвідношення згаданих факторів у структурі детермінації таке: невиявлення правоохоронними органами злочинів – 40% випадків, приховування фактів скоєння злочинів правоохоронними органами – 10% випадків, громадяни не повідомляють про факти скоєння злочинів щодо них – 40% випадків, громадяни не повідомляють про відомі

їм факти скоєння злочинів іншими особами – 10% випадків.

Працівники правоохоронних органів серед причин невиявлення злочинів правоохоронними органами називають цілий ряд. До тих, що можуть стосуватись корупційної злочинності, можна віднести такі:

- злочинці вчиняють та приховують злочини в такий умілий спосіб, що правоохоронні органи не можуть виявити такі злочини;
- недостатня мотивація до роботи у працівників правоохоронних органів (низька зарплата);
- небажання працівників правоохоронних органів виявляти складні злочини, оскільки через різні корупційні схеми підозрюваний може уникнути відповідальності;
- відсутність ефективних методів виявлення злочинів;
- погана навченість працівників;
- надто велика кількість роботи;
- громадяни недостатньо мірою допомагають правоохоронним органам виявляти злочини [4, с. 753-756].

Схожі позиції з приводу причин латентності злочинності висловлюють і польські кримінологи.

Так, польські вчені – автори підручника з кримінології Кишиштоф Краєвські, Йоанна Бляхут та Анджей Габерledo причин виникнення латентної злочинності відносять такі:

- спосіб функціонування правоохоронних органів, їхня кількість;
- права, обов'язки, принципи контролю, розрахунку й оцінки ефективності діяльності поліції, її технічне оснащення, кваліфікація працівників;
- правоохоронна політика (практика прийому поліцією повідомлень про злочини, їхня реєстрація);
- ставлення громадян щодо явища злочинності та їхня готовність повідомляти поліцію про скоєння злочинів.

Серед причин неповідомлення поліції про злочини потерпілими особами згадані польські вчені називають такі:

1) ставлення до діяння. Потерпілий може не усвідомлювати, що відповідне діяння є злочином, чи злочин не може мати великого значення для потерпілого. Така ситуація можлива у разі корупційної злочинності, адже частина корупційних злочинів не сприймаються населенням саме як злочини, а вважаються адміністративними правопорушеннями;

2) ставлення до злочинця. Потерпілий може боятися злочинця (страх перед помстою). Така ситуація є дуже частою у разі корупційної злочинності, оскільки особи, які, зокрема, вимагають неправомірну вигоду, мають впливове становище, а потерпілий часто перебуває у певній залежності від них;

3) ставлення до правоохоронних органів, що може проявлятися у небажанні звертатися до поліції, відсутності віри в результативність діяльності поліції; вагань, чи поліція взагалі відреагує на повідомлення; попередньому негативному досвіді взаємодії з поліцією. Ця група

причин може бути характерною для всіх видів латентної злочинності, проте для корупційної вона залишається однією із найбільш актуальних;

4) потерпілий сам скоїв правопорушення. Причиною неповідомлення про злочин тоді слугує страх щодо виявлення власної неправомірної поведінки. Така ситуація є типовою для певних видів корупційних злочинів, наприклад: одержання неправомірної вигоди є, по суті, «двостороннім» злочином і супроводжується її наданням;

5) власні якості особи. Готовність до повідомлення може залежати від статі потерпілого, його віку, особистості. Невіра в можливість викриття злочинця, невелика вартість вкраденого, бажання уникнення додаткових клопотів, брак часу можуть слугувати причиною неповідомлення про злочини потерпілими особами [5, с. 226-227]. Ця причина також може зумовлювати корупційну злочинність.

До причин латентності злочинності польський професор Войціх відносить такі: злочин було скоєно близькою особою, або потерпілий висловив згоду на скоєння злочину; страх потерпілого перед втратою власної репутації у разі повідомлення про злочин; відсутність впевненості потерпілого, чи він став жертвою злочину; страх потерпілого перед помстою; складна об'єктивна сторона злочину, приховування слідів злочину виконавцями [6, с. 111-112]. Фактично кожна з названих обставин може слугувати причиною латентності корупційної злочинності.

Дуже важливою причиною латентності злочинності є толерантність суспільства до певних категорій злочинів. Яскравим прикладом у цьому сенсі є корупційна злочинність.

Польський вчений Брунон Холист серед причин, через які саме потерпілі не повідомляють про злочини, взяв за все називає те, що таке повідомлення їм просто не вигідне.

Серед причин латентності злочинності вчений зазначає такі: злочин вважається потерпілим надто незначним, аби було виправданим повідомляти про нього поліцію; потерпілий боїться помсти злочинців; потерпілий погоджується на протиправну поведінку злочинця; витрати, понесені у результаті злочину, є мінімальними, початок досудового розслідування приведе до втрати часу; потерпілий має антагоністичне ставлення до органів поліції; потерпілий не переконаний щодо справедливості покарань, що застосовуються за відповідні злочини; потерпілий не вірить в ефективність діяльності правоохоронних органів і щодо виміру справедливості; потерпілий взагалі не хоче брати участь у кримінальному процесі; потерпілий шукає справедливості шляхом самосуду [7, с. 66]. Усі названі обставини окремо чи в поєднанні кількох із них можуть бути причиною латентності корупційної злочинності.

Варто наголосити, що різні групи (види) корупційної злочинності можуть мати свої основні та другорядні причини латентності. Так, латентність «дрібної» чи побутової корупційної злочинності найчастіше зумовлюється

неповідомленням із різних причин про неї громадянами, а також небажанням правоохоронних органів реєструвати такі злочини з огляду на часту безуспішність їх розкриття.

Якщо ж йдеться про злочинність VIP-корупціонерів, яка, на слуху думку М. О. Маршуби, має найбільший рівень латентності, то причини такої латентності тут будуть відрізнятися. М. О. Маршуба наголошує, що «латентність корупційної діяльності таких осіб посилюється їх політичним впливом, особливим правовим статусом, що передбачає можливість кадрових призначень у тому числі керівників правоохоронних органів. Через управлінську залежність останні здебільшого проявляють певну поблажливість до визначеного кола осіб, винних у вчиненні корупційних злочинів, та індиферентність у питаннях їх службових зловживань» [8, с. 127]. Тобто основною причиною латентності цієї групи корупційних злочинів є впливовість їх виконавців.

До причин, що збільшують рівень латентності корупційної злочинності, Г. Л. Шведова відносить такі, як «гінзація економіки, організованість, професіоналізм злочинності, корупційність співробітників правоохоронних органів, що супроводжується спробами злочинців уникнути покарання» [9, с. 577]. При цьому вчена, підтримуючи думку А. П. Закалюка, вважає, що «основною причиною латентності корупційних злочинів є незацікавленість учасників корупційних відносин у розголошенні фактів їх вчинення, внаслідок чого повідомлення про них не надходять до правоохоронців» [9, с. 577].

У 2016 році нами було здійснено дослідження на тему корупції серед 150 студентів із Польщі та 150 студентів з України. Респондентами були студенти з різних факультетів: хімії, психології та права (по 50 студентів з кожного факультету в Польщі та в Україні). Участь у дослідженні взяли студенти Ягеллонського університету у Кракові та Львівського національного університету імені Івана Франка.

На питання «Якщо у Вас хтось вимагав бачити неправомірну вигоду, то чи повідомили би Ви про це правоохоронним органам?» 33,5% польських студентів відповіли так, 66,5% – ні. Серед причин неповідомлення респонденти з Польщі назвали небажання витратити на це час – 73%, страх перед переслідуванням через таке повідомлення – 18%, брак довіри до правоохоронних органів – 10%. Для частини респондентів (10%) повідомлення залежало б від ваги та обставин справи.

Серед польських студентів тільки в 4 випадках назвали неправомірну вигоду. При цьому лише одна особа повідомила про це правоохоронні органи, інші не повідомили через небажання витратити на це свій час.

Варто зауважити, що серед 150 польських студентів лише 5 (тобто 3,3%) дали неправомірну вигоду, і при цьому правоохоронні органи про це не дізнались.

Для порівняння візьмемо результати анкетування українських студентів. 31% студентів давали неправомірну вигоду, при цьому лише в двох випадках інформація про це стала відома

правоохоронним органам. Від 23,4% студентів вимагали неправомірну вигоду. З них про це повідомили правоохоронні органи лише 4 особи, тобто 10%. Решта не повідомила про це правоохоронні органи, тому що не довіряють правоохоронним органам (52,7%), не хотіли витратити на це час (47,2%), боялись переслідування за таке повідомлення – (30,5%), самі скоїли злочин, даючи неправомірну вигоду – (36,1%).

На питання «Якщо у Вас хтось вимагав би неправомірну вигоду, то чи повідомили би Ви про це правоохоронним органам?» 33,4% українських правоохоронним органам (52,7%), не хотіли витратити на це час – 35,3%, страх перед переслідуванням через таке повідомлення – 34,5%, брак довіри до правоохоронних органів – 46,2%.

Як бачимо, рівень готовності до повідомлення про вимагання неправомірної вигоди серед польських та українських студентів є майже однаковий, при цьому існує різниця щодо того, в чому головна причина такого повідомлення, і нею для українських студентів є брак довіри до правоохоронних органів, а для польських студентів – небажання витратити на це свій час.

Із цих результатів ми можемо зробити висновок, що однією з найважливіших причин такого великого рівня латентності корупційної злочинності є проблема неефективної діяльності правоохоронних органів в Україні.

Корисними як із наукової, так і з практичної точки зору є результати досліджень, що проводяться міжнародною громадською організацією боротьби з корупцією та дослідження питань корупції у світі Transparency International, відповідно до яких в Україні у 2013 р. не вважали за потрібне повідомляти про корупцію 74% опитаних, а у 2016 р. – 42%. 63% респондентів у 2013 р. вважали, що це нічого не змінить, а у 2016р. так вважали лише 16%, боялися наслідків – 24% у 2013р., а у 2016 р. – 14% [10]. Тобто, як бачимо, відсоток осіб, котрі не вважали за потрібне повідомляти про корупцію, значно зменшився за 3 роки, але тим не менше і надалі залишається дуже високим. І хоча Україна і рухається вгору у рейтингу Transparency International, все ж наша держава залишається близькою до кінця даного списку, що свідчить про певний прогрес у боротьбі з корупцією, але водночас і про те, що залишилося багато роботи у цьому напрямі.

Висновки

Під причинами латентності злочинності слід розуміти сукупність обставин соціального, правового, особистого й іншого характеру,

що перешкоджають виявленню, реєстрації та обліку злочинів, а також їх розкриттю, зокрема й забезпеченню повноти й усебічності їх розкриття. Причини латентності злочинності можна поділити на об'єктивні та суб'єктивні, причини природної та штучної латентності, класифікувати за суб'єктом тощо. До основних причин латентності корупційної злочинності можна віднести неповідомлення громадянами про корупційні злочини з різних причин (відсутність довіри до правоохоронних органів, причетність потерпілих до скоєного злочину, страх перед помстою з боку осіб, які скоїли корупційний злочин, небажання витратити на це свій час тощо), неефективну роботу та халатність працівників правоохоронних органів. Якщо йдеться про корупційну злочинність VIP-корупціонерів, то головною причиною того, що такі злочини залишаються прихованими, є впливове становище виконавців даних злочинів.

Список використаних джерел:

1. Іванов Ю. Ф. Кримінологія: навч. посіб. / Ю. Ф. Іванов, О. М. Джужа – К.: Вид. Паливода А.В., 2006. – 264 с.
2. Оболонцев В. Ф. Латентна злочинність: проблеми теорії та практики попередження / В. Ф. Оболонцев. – Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2005. – 128 с.
3. Александров Ю. В., Гель А. П., Семаков Г. С. Кримінологія: курс лекцій / Ю. В. Александров, А. П. Гель, Г. С. Семаков. – К.: МАУП, 2002. – 295 с.
4. Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности: монография / под ред. С. М. Иншакова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2011. – 839 с. – (Серия «Научные издания для юристов»).
5. Błachut J. Kryminologia / J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski. – Arche. – Gdańsk, 2006. – 516 s.
6. Wójcik Jerzy Wojciech Kryminologia. Współczesne aspekty. Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska – LEX. – Warszawa, 2014. – 384 s.
7. Hołyst B. Kryminologia / B. Hołyst. – Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN. – 1994. – 651 s.
8. Маршуба М. О. Корупційна злочинність в Україні: сучасний стан та основні стратегії протидії / М. О. Маршуба // Питання боротьби зі злочинністю. – 2016. – Вип. 31. – С. 123–134.
9. Шведова Г. Л. Окремі кримінологічні проблеми корупційної злочинності в українському суспільстві / Г. Л. Шведова // Актуальні проблеми держави і права. – О.: Юрид. літ., 2010. – Вип. 55. – С. 575–578.
10. Веб-сайт громадської організації «Transparency International Україна» [Електронний ресурс]. – Режим доступу до ресурсу: <http://ti-ukraine.org/>.

Статья посвящена определению понятия причин латентности преступности, классификации таких причин, а также установлению того, какие причины латентности присущи коррупционной преступности как одному из наиболее латентных видов преступности. В статье рассмотрены взгляды как отечественных, так и зарубежных авторов на эту проблему, а также сделаны соответствующие выводы на основе этих позиций, анкетирования студентов из Украины и Польши и результатов исследований международной организации Transparency International.

Ключевые слова: латентная преступность, причины латентности преступности, коррупционная преступность, естественная и искусственная латентность.

The article is devoted to the definition of notion of reasons for crime latency, classification of these reasons as well as to establishing what reasons of latency is inherent in corruptive crime as one of the most latent types of crime. The views of national as well as foreign authors on this problem are considered and the corresponding conclusions are made on the basis of these views, survey of students from Ukraine and Poland and results of researches of the international organization Transparency International.

Key words: latent crime, reasons for crime latency, corruptive crime, natural and artificial latency.



УДК 343.125:342.72/.73](477)(043.3)

Олександр Винокуров,*аспірант кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
адвокат*

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ПЕНІТЕНЦІАРНОГО СУДДІ ЯК ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ ПРАВ УВ'ЯЗНЕНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

У науковій статті досліджені актуальні теоретичні та практичні проблеми захисту прав, свобод та законних інтересів особи, до якої на стадії досудового розслідування застосований запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, у разі реалізації стороною захисту права на оскарження неналежних умов тримання під вартою. Зазначено, що запровадження інституту пенітенціарного судді у кримінальному судочинстві України є важливою гарантією захисту прав ув'язнених на оскарження нелюдських умов тримання під вартою. Проаналізовано досвід деяких зарубіжних країн та охарактеризовані перспективи запровадження інституту пенітенціарного судді у кримінальне судочинство України.

Ключові слова: досудове розслідування, захисник, оскарження, пенітенціарний суддя, підозрюваний, слідчий ізолятор, сторона захисту, тримання під вартою.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Для здійснення ефективного і дієвого захисту прав підозрюваного, до якого на стадії досудового розслідування застосований запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, необхідна наявність у кримінальному процесуальному законодавстві України дієвого правового механізму оскарження неналежних умов тримання під вартою. Однак слід констатувати, що натепер у вітчизняній правовій системі ще немає чіткого механізму, що визначав би, куди може поскаржитися ув'язнений у разі, коли його умови тримання під вартою є неналежними [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Теоретичним та практичним проблемам, пов'язаним із дотриманням прав ув'язнених та засуджених у пенітенціарних установах, приділялась увага у наукових працях таких учених та практиків, як К. А. Автухов, О. М. Ашенко, О. В. Гальцова, О. П. Кривецького, А. П. Гель, А. О. Помалюс, М. В. Романов, М. М. Сикала, В. О. Човган, Ю. Ю. Трубіна, І. С. Яковець та інших.

Разом із тим проблема захисту прав і свобод підозрюваного, взятого під варту, в аспекті реалізації права на оскарження неналежних умов тримання під вартою та запровадження у зв'язку із цим у кримінальне судочинство України інституту пенітенціарного судді як гарантії захисту прав ув'язнених до цього часу залишається недослідженою.

Метою цієї статті є аналіз проблем та дослідження перспектив запровадження інституту пенітенціарного судді у кримінальному судочинстві України як гарантії захисту ув'язнених у разі оскарження неналежних умов тримання під вартою, внаслідок чого

зроблена спроба внести пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства України.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Умови і порядок тримання під вартою, права та обов'язки осіб, які тримаються під вартою (ув'язнених), визначені нормами Закону України «Про попереднє ув'язнення» № 3352-ХІІ від 30 червня 1993 року (далі – Закон № 3352-ХІІ), Правилами внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби, затвердженими наказом Міністерства юстиції України № 460/5 від 18.03.2013 (далі – Правила № 460/5), Інструкцією про порядок і умови тримання засуджених, узятих під варту та затриманих військовослужбовців, затвердженою Наказом Міністерства оборони України № 656 від 26.09.2013.

Відповідно до частини 3 статті 1 Закону України «Про попереднє ув'язнення» тримання осіб, узятих під варту, відповідно до завдань кримінального судочинства здійснюється на принципах неухильного додержання Конституції України, вимог Загальної декларації прав людини, інших міжнародних правових норм і стандартів поведіння з ув'язненими і не може поєднуватися з навмисними діями, що завдають фізичних чи моральних страждань або принижують людську гідність [2]. Пунктом 1.3 Правил № 460/5 регламентовано, що ув'язненими є особи, які тримаються під вартою на підставі ухвали слідчого судді (суду), і засуджені, вироки щодо яких не набрали законної сили [3].

Однак, незважаючи на наявність нормативних гарантій забезпечення прав і дотримання законних інтересів ув'язнених у разі застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, на практиці в слідчих ізо-

ляторох (далі – СІЗО) допускаються суттєві порушення їхніх прав [4, с. 72-73].

Згідно зі статтею 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – КЗПЛ), кожен, чії права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження [5].

Водночас Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) неодноразово встановлював порушення Україною статей 3, 13 Конвенції у зв'язку з відсутністю на національному рівні ефективних засобів правового захисту під час розгляду скарг осіб на неналежні умови тримання під вартою, оскільки, згідно з практикою ЄСПЛ, наявне в Україні законодавство та адміністративна практика не забезпечують реального та ефективного розгляду відповідних скарг і життя у зв'язку з цим необхідних заходів. Зокрема, до такого висновку ЄСПЛ приходив у рішеннях від 28 березня 2006 року у справі «Мельник проти України» (Melnik v. Ukraine), заява № 72286/01; від 25 жовтня 2007 року у справі «Яковенко проти України» (Yakovenko v. Ukraine), заява № 15825/06; від 10 грудня 2009 року у справі «Коктиш проти України» (Koktysh v. Ukraine), заява № 43707/07; від 14 жовтня 2010 року у справі «Логвиненко проти України» (Logvinenko v. Ukraine), заява № 13448/07; від 12 січня 2012 року у справі «Іглін проти України» (Iglin v. Ukraine), заява № 39908/05 та інших.

У нещодавно ухваленому рішенні від 22.10.2015 у справі «Сергій Антонов проти України» (заява № 40512/13) ЄСПЛ, встановивши порушення Україною вимог ст. 13 КЗПЛ та присуджуючи заявнику 7 000 євро справедливої сатисфакції, констатував, що в національному законодавстві України відсутній ефективний та доступний засіб правового захисту щодо скарги заявника на відсутність належної медичної допомоги в місцях попереднього ув'язнення [6].

З метою створення в Україні ефективного правового механізму оскарження умов тримання під вартою 08 липня 2016 року до Верховної Ради України було внесено проект Закону № 4936 «Про превентивні і компенсаційні засоби у зв'язку з катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поведженням або покаранням щодо засуджених та осіб, узятих під варту, та запровадження інституту пенітенціарних суддів» (надалі – Законопроект).

Цим законопроектом вперше у кримінальному процесуальному законодавстві України передбачається запровадження інституту пенітенціарних суддів і пропонується доповнити статтю 21 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» частиною шостою, яка впроваджує у судоустрій України нового суб'єкта – пенітенціарного суддю, який уповноважений здійснювати правосуддя в окремих категоріях справ щодо осіб, які тримаються в установах попереднього ув'язнення та виконання покарань, а також звільнених із цих установ осіб.

Згідно із законопроектом, головною формою роботи пенітенціарного судді є судові засідання в установі попереднього ув'язнення чи виконання покарання. Законопроектом визначено процесуальні повноваження пенітенціарного судді та надано визначення поняття його правового статусу [7].

Також пропонується внести зміни до КПК України, якими визначити, що клопотання про вирішення питань, які виникають під час тримання під вартою чи виконання вироку, подається до пенітенціарного судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого перебуває особа, яка взята під варту, або відбуває покарання засуджений, – у разі необхідності вирішення таких питань: про умовно-дострокове звільнення від відбування покарання; про заміну невідбутої частини покарання більш м'яким; про звільнення від відбування покарання вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років; про звільнення від покарання за хворобою; про застосування до засуджених примусового лікування та його припинення (крім клопотання про припинення примусового лікування, яке подається до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться установа або заклад, в якому засуджений перебуває на лікуванні); про оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністрації установ виконання покарань, центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, його територіальних органів, їх посадових осіб, якщо ці рішення, дії чи бездіяльність стосуються реалізації прав окремої особи, яка тримається в установах попереднього ув'язнення чи виконання покарань; про встановлення обґрунтованості індивідуальних обмежень прав осіб, які тримаються в установах попереднього ув'язнення чи виконання покарань; про застосування превентивних та компенсаційних заходів до осіб, які тримаються в установах попереднього ув'язнення чи виконання покарань; про негайне звільнення особи, яка незаконно (за відсутності законної підстави) перебуває в установі виконання покарань, та інших питань про всякого роду сумніви і протиріччя, що виникають під час виконання вироку та тримання під вартою, за винятком питань, які безпосередньо стосуються змісту вироку [7].

З метою перевірки підстав для застосування превентивних заходів пенітенціарний суддя, згідно із законопроектом, зобов'язаний здійснювати особистий візит до установи попереднього ув'язнення чи виконання покарань. Під час такого візиту пенітенціарний суддя вживає усіх заходів для фіксування фактів, на які скаржитись заявник, в тому числі розмірів та стану камер, кількості осіб, що в них тримаються, наявності та якості медичного та харчового забезпечення, тілесних ушкоджень та інших фактів, які можуть свідчити про порушення прав ув'язнених. Якщо питання підлягає вирішенню пенітенціарним суддею, а особа, яка звернулася до суду, перебуває в установі попереднього ув'язнення чи виконання покарань, засідання відбувається безпосередньо у

відповідній установі з особистою участю особи, яка звернулася до суду. За наслідками розгляду клопотання пенітенціарний суддя постановляє ухвалу, яка може бути оскаржена в апеляційному порядку. Пенітенціарний суддя не звільняється від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ним таких повноважень ураховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення [7].

Варто зазначити, що в деяких країнах Європейського Союзу, зокрема в Італії, Польщі, Франції та інших, інститут пенітенціарних суддів, які наділені повноваженнями щодо здійснення судового контролю за установами виконання покарань, функціонує вже тривалий час.

Зокрема, у Франції пенітенціарний суддя – це член Спостережної комісії, яка створюється при кожній установі виконання покарань. Такий суддя повинен відвідувати пенітенціарні заклади не менше одного разу на місяць з метою перевірки умов тримання під вартою засуджених. Із результатами власних спостережень він ознайомлює компетентні органи, щороку направляє Міністру юстиції звіт про виконання покарань у ввірені йому тюремних закладах. Пенітенціарні судді призначаються строком на три роки, і до їх компетенції належить: визначення варіантів проживання засудженого поза установою виконання покарань, скорочення строку покарання, відстрочка виконання покарання, надання короткострокової відпустки, умовне звільнення засудженого. Своє рішення пенітенціарний суддя, як правило, вносить порадившись із Комісією з виконання покарань, до складу якої входять: власне пенітенціарний суддя – голова Комісії, прокурор, начальник установи, консультативні члени (член директорського персоналу, старший наглядач, один із наглядачів, соціальні працівники, лікар і психіатр). Засідання Комісії повинні проводитись не менше одного разу на місяць, на них розглядаються пропозиції пенітенціарного судді, зокрема, з питань зміни умов відбування покарань засудженим [8, с. 46-47].

У Польщі пенітенціарний суддя наділений повноваженнями зі здійснення пенітенціарного нагляду за законністю і правильністю виконання покарання у вигляді позбавлення волі, арешту, затримання, а також за накладенням дисциплінарних стягнень. У разі виявлення неодноразових, грубих порушень у діяльності установи виконання покарань, СІЗО або інших місцях перебування позбавлених волі осіб, або якщо наявні там умови не гарантують дотримання прав осіб, які в них утримуються, пенітенціарний суддя звертається до відповідного органу із пропозицією усунути це порушення. Якщо порушення не були усунені у визначений строк, то пенітенціарний суддя звертається із пропозицією до Міністра юстиції про припинення діяльності або повної чи часткової ліквідації даного закладу. Таким чином, пенітенціарний суддя, здійснюючи контроль за діяльністю пенітенціарного закладу, може радикально вплинути на ситуацію у виправному закладі Польщі, аж до його повної ліквідації [9, с. 11].

У рішенні від 16.09.2014 у справі «Стелла ті інші проти Італії» (заява N 49169/09) ЄСПЛ окреслив певні критерії ефективності судового розгляду скарг на умови тримання під вартою, визнавши належними засобами правового захисту та оголосивши неприйнятною заяву проти Італії з огляду на те, що заявнику потрібно було звернутися за захистом свого права до «пенітенціарного судді», перед тим як поскаржитись до ЄСПЛ [10, с. 190-191].

На думку О. П. Кривецького, яку ми підтримуємо, нині настав час остаточно врегулювати ту негативну частину суспільних відносин, які фактично існують між ув'язненими та органами й установами виконання покарань і складаються з приводу не лише катувань і нелюдського поводження, а й з приводу забезпечення належних умов тримання, покладення на державу відповідальності за «якість» системи покарань, що створена і фінансується державою, можливості засуджених впливати на процес відбування покарання шляхом ефективного оскарження дій і рішень посадових і службових осіб органів і установ виконання покарань. Адже таких механізмів у вітчизняній правовій системі натепер не існує. Все це дає підстави стверджувати, що поданий законопроект № 4936 є вкрай актуальним і своєчасним [11].

М. М. Сикал у своєму дисертаційному дослідженні вказує, що наявність у судових системах багатьох зарубіжних країн пенітенціарних суддів або пенітенціарних суддів позитивно впливає на ефективність судового контролю за діяльністю установ виконання покарань відповідних держав, оскільки це зумовлюється тим, що пенітенціарний суддя із самого початку відбування засудженим покарання вивчає дотримання порядку та належних умов відбування покарання засудженим. У зв'язку із цим вечний пропонує внести зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», передбачивши у ньому наявність пенітенціарних суддів та суддів [12, с. 67].

У цілому погоджуючись з М. М. Сикал, ми вважаємо, що компетенцію пенітенціарних суддів слід поширювати не лише на розгляд скарг засуджених під час відбування ними кримінальних покарань у кримінально-виконавчих установах, але й на розгляд скарг ув'язнених із питань, що виникають під час їхнього перебування в установах попереднього ув'язнення, в т. ч. щодо неналежних умов тримання під вартою.

Варто зазначити, що 07.09.2016 Верховною Радою України було прийнято Закон України № 1491-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення доступу до правосуддя осіб, які утримуються в установах попереднього ув'язнення та виконання покарань», який набрав чинності 08.10.2016 і яким доповнено статті 537, 539 КПК України положеннями про те, що оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністрації установи попереднього ув'язнення здійснюється в порядку адміністративного судочинства [13].

Однак ми переконані, що оскарження ув'язненими умов тримання під вартою в порядку адміністративного судочинства, врахову-

ючи реальні строки та динаміку розгляду справ адміністративними судами, переваженість адміністративних судів та специфіку справ, пов'язаних з оскарженням неналежних умов тримання під вартою, не сприятиме ефективному і швидкому відновленню та захисту прав ув'язнених. Тому, на нашу думку, запровадження механізму захисту прав ув'язнених необхідно здійснювати саме в порядку кримінального судочинства, що якраз і впроваджується положеннями законопроекту № 4936.

Однак маємо зазначити, що ст. 6 Законопроекту № 4936, яка має назву «Ініціювання та компетенція застосування превентивних та компенсаційних заходів», наділяє правом на звернення до пенітенціарного судді із клопотанням про застосування превентивних та компенсаційних заходів лише особу, взяту під варту, чи засудженого, не наділяючи таким правом їхнього захисника. У зв'язку із цим з метою зміцнення гарантій захисту прав ув'язнених під час реалізації права на оскарження неналежних умов тримання під вартою ст. 6 законопроекту № 4936 необхідно доповнити положенням про те, що із відповідним клопотанням до пенітенціарного судді може також звертатися і захисник (адвокат).

Висновки

Вважаємо, що запровадження в Україні правового інституту пенітенціарних суддів є необхідним, оскільки сприятиме підвищенню ефективності реалізації права сторони захисту на оскарження неналежних умов тримання під вартою ув'язненої особи, що зрештою матиме наслідком зменшення кількості рішень ЄСПЛ проти України з питань відсутності у вітчизняному законодавстві ефективного механізму захисту прав ув'язнених від неналежних умов тримання під вартою.

Список використаних джерел:

1. Офіційний сайт Міністерства юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://minjust.gov.ua/ua/news/47327>.
2. Про попереднє ув'язнення : Закон України від 30 червня 1993 року N 3352-ХІІ (зі змінами і доповненнями, в редакції від 01.03.2016) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3352-12/page>.
3. Правила внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України : наказ Міністерства юстиції України від 18 березня 2013 року № 460/5 // Офіційний веб-сайт Верховної Ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0445-13>.

4. Помалюс А. Порушення вимог щодо умов тримання у слідчих ізоляторах державної пенітенціарної служби України в рішеннях Європейського суду з прав людини / А. Помалюс // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2015. – № 3. – С. 70–77.

5. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

6. Справа «Сергій Антонов проти України» : рішення Європейського суду з прав людини від 22.10.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_b08/page2.

7. Про превентивні і компенсаційні засоби у зв'язку з катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поведінням або покаранням щодо засуджених та осіб, узятих під варту, та запровадження інституту пенітенціарних суддів : проект Закону України [подано 08.07.16] // Верховна Рада України : офіц. веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59613.

8. Давыдова И. А. Судебный контроль за исполнением уголовных наказаний : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Давыдова Ирина Александровна. – Рязань, 2005. – 249 с.

9. Руднев В. И. Пенитенциарный судья. К вопросу о судебном контроле за исполнением наказаний / В. И. Руднев // Российская юстиция. – 2001. – № 8. – С. 11–13.

10. Яковець І. С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує честь і гідність поведіння чи покарання / І. С. Яковець, І. О. Човган // Вісник криминологічної асоціації України. – 2016. – № 2(13). – С. 184–198.

11. Кривецький О. П. Перспективи запровадження інституту пенітенціарних суддів / О. П. Кривецький. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.nbuviap.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2506:perspektivi-zaprovdzhennya-institutu-penitentsiarnikh-suddiv&catid=8&Itemid=350.

12. Сикал М. М. Контроль за діяльністю державної кримінально-виконавчої служби України : правові та організаційні засади : дис. ... канд. юр. наук / Сикал Максим Миколайович ; Національний авіаційний університет. – Київ, 2012. – 259 с.

13. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення доступу до правосуддя осіб, які утримуються в установах попереднього ув'язнення та виконання покарань : Закон України від 07.09.2016 № 1491-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1491-19/>.

В научной статье исследованы актуальные теоретические и практические проблемы защиты прав, свобод и законных интересов лица, к которому на стадии досудебного расследования применена мера пресечения в виде содержания под стражей, при реализации стороной защиты права на обжалование ненадлежащих условий содержания под стражей. Отмечено, что введение института пенитенциарного судьи в уголовном судопроизводстве Украины является важной гарантией защиты прав заключенных на обжалование нечеловеческих условий содержания под стражей. Проанализирован опыт некоторых зарубежных стран и охарактеризованы перспективы внедрения института пенитенциарного судьи в уголовное судопроизводство Украины.

Ключевые слова: досудебное расследование, защитник, обжалование, пенитенциарный судья, подозреваемый, следственный изолятор, сторона защиты, содержание под стражей.

The article examines the actual theoretical and practical problems of rights, freedoms and legitimate interests protection of the person, to whom a preventive measure such as putting into custody has been applied at the pre-trial investigation stage, in the course of realization by defense of the right to challenge improper detention conditions. It is mentioned that implementation of the penitentiary judge institution into the Ukrainian criminal procedure is an important guarantee of the prisoners' rights to challenge inhuman detention conditions. The experience of some foreign countries has been analyzed and the prospects of the institution of penitentiary judge implementation into the Ukrainian criminal procedure are described.

Key words: pre-trial investigation, defense attorney, challenging, penitentiary judge, suspect, pretrial detention facility, defense, custody.



УДК 351.746.1(477)(094.9)

Юліана Найдьон,*канд. юрид. наук,
доцент, докторант
Національної академії Служби безпеки України*

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИЗНАЧЕННЯ ОПЕРАТИВНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню наукового дискурсу щодо теоретичних основ оперативної діяльності СБ України як одного із видів діяльності уповноважених оперативних підрозділів Служби, спрямованого на своєчасне виявлення розвідувально-підривної та іншої протиправної діяльності та запобігання їй, а також недопущення трансформації потенційних загроз державній безпеці у реальні.

Ключові слова: оперативна діяльність, контррозвідувальна діяльність, оперативно-розшукова діяльність, розвідувально-підривна діяльність.

Постановка проблеми. Сучасний етап будови національної державності України характеризується складним політичним та економічним станом розвитку нашої країни. Адже принципово нові загрози, спричинені специфікою соціальних, економічних та політичних умов розвитку сучасного світового співтовариства, впливають на характер та особливості розвитку безпекового середовища, у якому Україні необхідно будувати нову систему відносин між громадянином, суспільством та державою. Особливо небезпечними у контексті зазначеного слід вважати комбіновані, інтегровані військово-політичні та економічні протистояння у вигляді безстатусного, часто прихованого конфлікту. Саме такою виявилась сучасна зовнішня загроза, що проявляється у військовій агресії; проведенні розвідувально-підривної, диверсійної діяльності, спрямованої на розпалювання міжетнічної, міжконфесійної, соціально ворожнечі та ненависті, сепаратизму і тероризму; створенні та всебічній підтримці військових квазіутворень на тимчасово окупованій території частини Донецької та Луганської областей; окупації території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя; дестабілізації обстановки у Балто-Чорноморсько-Каспійському регіоні; проведенні торговельно-економічної та інформаційно-психологічної війни.

Зазначене спричинило не тільки значний спад економіки України, нестабільну соціально-політичну ситуацію в країні, а й чисельні людські жертви, серед яких, згідно зі звітом Організації Об'єднаних Націй, проведенням 13 червня 2017 року, зафіксовано 10090 вбитих та 23966 поранених у результаті бойових дій [1]. Зовнішня агресія проти України стала масштабним випробуванням на міцність для національного сектору безпеки й оборони, результати якого, на жаль, не повною мірою відповідають сучасним потребам протидії конгломерату збройного конфлікту та його незмінного супутнього явища – активізації протиправних посягань на державну безпеку країни. Зазна-

чене зумовлюється недосконалістю чинного законодавства й інституційної системи, неефективністю використовуваних підходів теорії та практики до організації процесу виявлення й реагування на реальні та потенційні загрози державній безпеці України, що досягається у тому числі проведенням Службою безпеки України (далі – СБ України) оперативної діяльності як складової частини забезпечення державної безпеки. Незважаючи на те, що оперативна діяльність як теоретична, правова та практична категорія вживається у нормативно-правових актах, наукових доробках та практичних матеріалах контррозвідувальної й оперативно-розшукової діяльності, її визначення не знайшло відповідного закріплення. Зазначене породжує неоднозначність розуміння сутності, змісту, мети, завдань та основоположних засад теорії та практики оперативної діяльності, що значною мірою може впливати на здійснення СБ України протидії протиправним посяганням іноземних спецслужб, злочинних організацій, окремих груп та осіб на державну безпеку України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукове усвідомлення феномену оперативної діяльності як ефективного інструменту виявлення потенційних загроз державній безпеці та запобігання їх трансформації в реальні необхідне для розроблення й реалізації нової парадигми діяльності СБ України у сфері забезпечення державної безпеки як сучасної спеціальної служби, визначення її сутності, мети та завдань. Не менш важливим є й питання удосконалення практичних засад діяльності СБ України, яка, зважаючи на сучасні загрози державній безпеці, потребує вироблення принципово інших підходів до тактики негласного виявлення розвідувально-підривної, терористичної та іншої протиправної діяльності й запобігання їй, орієнтації діяльності Служби не на майбутню кримінальну процесуальну перспективу, а на викриття потенційних загроз безпеці держави.

Проблеми, пов'язані з теоретичними та організаційно-правовими основами становлення і розвитку діяльності органів державної безпеки, були об'єктами наукових розвідок учених різних історичних періодів. Так, Е. І. Борисоглібський, Ю. Є. Булигін, В. П. Гавриков, Д. В. Гребельський, Г. Ф. Григоренко, Л. О. Григорян, П. С. Дмитрієв, Ю. Б. Долгополов, В. П. Єрошин, А. Є. Лунев, В. Н. Єрьомін, Л. І. Єфремов, К. Х. Ішполітов, С. В. Корнаков, Ю. Я. Коршунов, Б. П. Курашвілі, В. Г. Курдаков, В. І. Масленніков, О. Н. Пупков, В. І. Рикунів, М. О. Середюк, Б. С. Тетерін, В. Д. Трофимов, В. Н. Уділов, В. П. Фомічов, А. П. Фролов, Ф. А. Щербак та інші радянські вчені досліджували правові, теоретичні, організаційні аспекти діяльності органів державної безпеки. Основні наукові здобутки радянського періоду висвітлювали теоретико-правові та організаційні основи: забезпечення державної безпеки; діяльності радянських контррозвідальних підрозділів; а також особливості форм та методів проведення підривної діяльності розвідок імперіалістичних держав. Водночас оперативна діяльність як окрема категорія теорії та практики діяльності органів державної безпеки не була вироблена радянськими науковцями.

Проблеми правового та організаційного забезпечення виявлення розвідувально-підривної та іншої протиправної діяльності та запобігання їй виступають предметом досліджень й багатьох сучасних науковців, серед яких: О. М. Бандурка, В. О. Глушков, О. М. Джужа, А. П. Закалюка, О. Г. Кальман, О. О. Кваша, М. І. Камлик, І. П. Козаченко, В. О. Козенюк, О. М. Костенко, В. В. Крутов, О. Р. Лебедев, В. К. Лисиченко, О. М. Литвинов, А. І. Марушак, В. П. Меживий, І. І. Мусієнко, Д. Й. Никифорчук, В. Г. Пилипчук, М. А. Погорецький, І. М. Рижов, І. В. Сервецький, І. В. Слюсарчук, В. В. Сташис, В. Я. Тацій, В. П. Тихий, М. О. Шилін, М. Є. Шумило, О. М. Юрченко, О. Н. Ярмиш та інші. Разом із тим системний аналіз наукових доробок, дисертаційних досліджень, навчально-методичної літератури, присвячених правовим та організаційним основами протидії протиправним посяганням іноземних спецслужб, окремих організацій, груп та осіб на державну безпеку України, свідчить про фрагментарне дослідження проблем визначення теоретичних, правових та організаційних основ оперативної діяльності СБ України, що зумовлює необхідність проведення окремого дослідження у визначеному напрямі.

Зазначене зумовлює необхідність дослідження наукового дискурсу проблем теорії та практики оперативної діяльності та визначає мету даної статті.

Виклад основного матеріалу. Аналіз дисертаційних досліджень, монографій, окремих наукових доробок, присвячених проблемам правового та організаційного забезпечення державної безпеки різних історичних періодів, свідчить про відсутність одностайності наукових позицій щодо розуміння поняття оператив-

ної діяльності. При цьому слід зауважити, що сутність та зміст оперативної діяльності, як основоположного складника протидії розвідувально-підривній та іншій протиправній діяльності взагалі фактично залишилися поза увагою наукових досліджень, зміст яких не містить обмежень доступу. Вивчення ж динаміки теоретико-прикладного осмислення оперативної діяльності свідчить, що остання як теоретична та прикладна категорія з'явилася за часів діяльності органів державної безпеки СРСР, дослідження оперативного досвіду яких має значення для формування наукових, правових та організаційних основ оперативної діяльності СБ України. Адже опанування досвіду минулого визначається потребами розвитку фундаментальних та прикладних досліджень, спрямованих на вдосконалення оперативної діяльності СБ України.

Так, у контррозвідальному словнику визначено, що оперативна діяльність – це основний вид діяльності розвідувальних та контррозвідальних апаратів, що полягає в отриманні (переважно негласним шляхом) відомостей щодо фактів, подій, осіб, що мають відношення до підривної діяльності противника, та, у разі необхідності, впливу на них за допомогою застосування оперативних сил, засобів, форм та методів [2]. Спираючись на проведений аналіз змісту наукових доробок радянських часів, можна зробити висновок, що оперативна діяльність у теорії контррозвідальної та агентурно-оперативної діяльності органів державної безпеки радянських часів вважалась основним складником діяльності контррозвідальних підрозділів, сутність якої полягала у негласному (конспіративному) виявленні, попередженні та припиненні розвідувально-підривних посягань на державну безпеку шляхом застосування спеціальних сил та засобів, форм, методів.

Важливість та необхідність наукового осмислення оперативної діяльності підтверджується й результатами досліджень стану забезпечення державної безпеки у пострадянський період. Цікавим з точки зору дослідження сутності та змісту оперативної діяльності є запропонований В. О. Білецьким підхід до її розуміння як поняття, що характеризує діяльність усіх підрозділів правоохоронних органів та спеціальних служб України, уповноважених на її здійснення Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність». При цьому, на думку В. О. Білецького, основними видами оперативної діяльності є: розвідувальна, контррозвідувальна та оперативно-розшукова [6].

Слушними є висновки М. О. Шиліна щодо сутності оперативної діяльності саме СБ України, яка в інтересах забезпечення безпеки держави, повинна мати переважно превентивний характер, а не здійснюватись за наявності складу злочину або факту початку кримінального провадження [7].

На думку таких науковців, як В. А. Ліпкан та О. С. Ліпкан, під оперативною діяльністю розуміється конспіративна частина діяльності спецслужб, здійснювана специфічними силами,

засобами і методами, що включає агентурний, оперативно-технічний та інформаційно-аналітичний складники [4, с. 237].

У контексті зазначеного заслуговує на увагу думка В. Г. Пилипчука, М. О. Будакова та В. М. Гірича, які в аналітичній доповіді «Система органів управління і правового забезпечення діяльності спецслужб (досвід країн Європейського Союзу та Північної Америки)» зазначили, що у європейських державах спецслужбам надані повноваження щодо проведення спеціальної, таємної, оперативної діяльності [11, с. 232]. Окреслена позиція є, на нашу думку, досить аргументованою та такою, що спирається на історичний досвід діяльності спецслужб. У минулому, як вже наголошувалося, діяльність органів державної безпеки мала назву «оперативна» або «агентурно-оперативна» (ще й досі ці терміни вживаються як у наукових дослідженнях, так і в матеріалах контррозвідувальній та оперативно-розшукової діяльності).

Спираючись на вивчення досвіду діяльності національних розвідувальних та контррозвідувальних органів, яких традиційно відносять до спецслужб України, можна констатувати наявність її відповідних складових частин: негласної (оперативної) та такої, що не пов'язана із використанням спеціальних засобів та методів, тобто «неоперативної». Оперативна (негласна) діяльність пов'язана з використанням конфіденційного співробітництва, оперативно-технічних та інших оперативних засобів (оперативних обліків, автоматизованих інформаційних систем, документів прикриття тощо). При цьому сутнісною ознакою оперативної діяльності є її орієнтація не на майбутню кримінальну процесуальну перспективу, а на своєчасне виявлення потенційних загроз державній безпеці України та недопущення їх трансформації у реальні.

Іншим видом (не оперативним) діяльності спецслужб в Україні як за радянських часів, так і сьогодні, вважалась та, що не пов'язана з використанням оперативних за своїм характером засобів і методів, притаманних, наприклад, адміністративно-правовій, фінансово-господарській діяльності тощо. В окремих випадках оперативні засоби та методи використовуються й у ході інших видів діяльності СБ України, таких як, наприклад, кримінальної процесуальної, проте саме визначені законом завдання (забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду для того, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений тощо [КПК]) й відрізняють її від оперативної.

Отже, з одного боку, було визнано існування певного виду діяльності, що притаманна саме оперативним підрозділам спецслужб, відрізняється від кримінальної процесуальної або адміністративно-правової і має тільки їй властиві ознаки. Зазначене дає нам підстави дійти висновку, що саме оперативна діяльність, яка здійснюється спеціально уповноваженими суб'єктами у передбачених нормативно-правовими актами формах відповідно до поставлених

завдань і характеризується тільки їй притаманними засобами й методами з обов'язковим використанням допомоги осіб на умовах добровільності та конфіденційності, становить основний напрям забезпечення державної безпеки.

Незважаючи на активність наукових думок щодо сутності та змісту оперативної діяльності як наукової категорії теорії оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності, її визначення все ще не сформульовано. При цьому дослідження поняття оперативної діяльності, як основоположного складника виявлення, попередження та припинення розвідувально-підривної та іншої протиправної діяльності, є важливим з точки зору не тільки розвитку теоретичних засад забезпечення державної безпеки, а й оптимізації практичної діяльності в частині вивчення її характерних ознак та проявів у вирішенні покладених на СБ України чинним законодавством завдань. Вироблення єдиного підходу до розуміння оперативної діяльності матиме значення й для удосконалення правового забезпечення діяльності СБ України у зв'язку з тим, що у законодавчих та підзаконних нормативно-правових актах, що становлять правову основу діяльності СБ України, вживається термін «оперативний» у словосполученні з іншими словами, у тому числі й словом «діяльність».

Зокрема, у змісті Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – ОРД), одним із суб'єктів якої є СБ України, зазначено, що ця діяльність здійснюється із застосуванням у тому числі оперативних засобів (ст. 2). ОРД може здійснюватись виключно оперативними підрозділами, визначеними у Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» державних органів (ст. 5). Уповноважені оперативні підрозділи мають право, окрім іншого, проводити оперативну закупку (ст. 5) [8]. У Законі України «Про контррозвідувальну діяльність» визначається, що підрозділи та співробітники СБ України серед інших, передбачених ст. 7 зазначеного закону прав, мають право: використовувати оперативні сили та засоби; вести оперативний облік тощо [9]. Згідно з положеннями Закону України «Про Службу безпеки України», СБ України уповноважена проводити гласні та негласні оперативні заходи у порядку, визначеному Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (ст. 25) [3]. Наявність терміна «оперативний» у законодавчих актах, що становлять правову основу діяльності СБ України, свідчить про те, що оперативність як правова та практична категорія наявна у діяльності СБ України, водночас її зміст потребує чіткого визначення, що сприятиме уникненню неоднозначності розуміння останнього.

У Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України, що визначає систему поглядів на розвиток безпекових та оборонних спроможностей України у середньостроковій перспективі, передбачається удосконалення бюджетної політики у секторі безпеки і оборони шляхом раціонального розподілу видатків на розвиток, бойову підготовку і оперативну діяльність відповідно до найкращих практик держав – членів

НАТО [10]. Окреслене вище свідчить про те, що оперативна діяльність існує як правова та практична категорія сектору безпеки та оборони не тільки в Україні, а й в інших країнах та міжнародних організаціях у тому числі військово-політичного характеру. Проте, на жаль, розуміння її сутності та змісту не знайшло свого відображення у жодному із законодавчих актів, ні у наукових джерелах. Зазначене спричинило неоднозначність розуміння терміна «оперативність» у спеціальній науковій літературі, що зумовлює дискусійні погляди на поняття та зміст оперативної діяльності СБ України.

Узагальнюючи окреслені наукові підходи щодо розуміння оперативної діяльності, можна констатувати спільність думок щодо її віднесення до основної складової частини діяльності органів державної безпеки, основоположним компонентом якої є негласність (конспіративність) її здійснення. Зазначена думка підтверджується сучасними потребами практики виконання покладених на Службу безпеки України чинним законодавством функціональних завдань, вирішення яких є запорукою результативної нейтралізації загроз життєво важливим інтересам України. Це можна здійснити переважно завдяки негласній, прихованій діяльності відповідних суб'єктів. Негласність виконання покладених на СБ України завдань зумовлена й зростанням рівня латентної злочинності, використанням іноземними спеціальними службами, окремими організаціями, групами та особами конспіративних методів реалізації їх злочинних посягань на державну безпеку України, протидія яким набуває особливої актуальності в умовах подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності нашої держави.

Висновки

Важливість та необхідність наукового осмислення оперативної діяльності мала місце ще за часів започаткування органів державної безпеки та спостерігається й у пострадянський період, де, незважаючи на певну розбіжність поглядів, останню вважають притаманною державним органам, що мають статус правоохоронних чи спецслужб, а негласність визначається її сутністю.

Беручи до уваги проведений аналіз, можна визначити сутність оперативної діяльності СБ України, під якою слід розуміти завчасне виявлення шляхом негласного використання спеціальних, передбачених законом сил і засобів потенційних загроз суверенітету, конституційному ладу, територіальній цілісності, економічному, науково-технічному та оборонному потенціалу України, законним інтересам держави та правам громадян, особливо розвідувального та терористичного характеру, та недопущення їх трансформації в реальні загрози державній безпеці України.

Зміст оперативної діяльності СБ України, у свою чергу, полягає у негласному виявленні розвідувально-підривної, терористичної та іншої протиправної діяльності та запобіганні їй з

метою забезпечення державної безпеки, а також усуненні причин та умов, що сприяють реалізації злочинних посягань на державну безпеку України.

Зважаючи на результати проведеного аналізу наукових розвідок, що стосувалися проблем розуміння оперативної діяльності, положень чинних законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, можна зробити висновок, що оперативна діяльність є невід'ємним складником протидії Служби безпеки України злочинним посяганням на державну безпеку країни. З огляду на зазначене, оперативна діяльність має посідати важливе місце в системі оперативно-службової діяльності органів та підрозділів СБ України та потребує ґрунтовного наукового осмислення, багатодисциплінарного аналізу у контексті забезпечення державної безпеки, а також розвитку теоретичних поглядів, здатних відповідним чином відобразити у наукових категоріях уявлення про сучасні соціальні, політичні та економічні процеси, пов'язані із діяльністю спеціальних служб та правоохоронних органів у протидії розвідувально-підривній та іншій протиправній діяльності.

Список використаних джерел:

1. Conflict in Ukraine enters fourth year with no end in sight / United Nations Human Rights Office of the High Commissioner // UN report [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.ohchr/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews/UN-reports>.
2. Контрразведывательный словарь. – Высшая краснознаменная школа Комитета Государственной Безопасности при Совете Министров СССР им. Ф.Э. Дзержинского, 1972. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://counterintelligence.academic.ru/526/оперативная_деятельность_\(органов_государственной_безопасности_СССР\)](http://counterintelligence.academic.ru/526/оперативная_деятельность_(органов_государственной_безопасности_СССР)).
3. Про Службу безпеки України : Закон України від 25.03.1992 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 27. – Ст. 382.
4. Ліпкан В. А. Національна і міжнародна безпека / В. А. Ліпкан, О. С. Ліпкан. – 2-е вид., доп. і перероб. – К.: «ТЕКСТ», 2008. – 400 с.
5. Литвин М. М. Інтегроване управління кордонами : підручник / М. М. Литвин. – Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2012. – 416 с.
6. Білецький В. О. Оперативно-розшукова діяльність, як складова інтегрованого управління кордонами / В. О. Білецький // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток». [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=602?c.1>.
7. Шилін М. О. Оперативно-розшукова діяльність та негласні слідчі дії: проблеми правового регулювання у світлі нового кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс] / М. О. Шилін // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2013. – Режим доступу : http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/soc_gum/Vnaru/2013_1/09Shilin.pdf.
8. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 22. – Ст. 303.

9. Про контррозвідальну діяльність : Закон України від 03.04.2003 // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 12. – Ст. 89.

10. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 4 березня 2016 року «Про Концепцію розвитку сектору безпеки і оборони України» : Указ Президента України від 14 березня 2016 року

№ 92/2016 / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.president.gov.ua/documents/922016-19832>.

11. Правові та організаційні засади реформування сектору безпеки і Служби безпеки України : збірник документів і матеріалів / упоряд.: О.Ф. Белов, В.Г. Пилипчук, С.Є. Кучерина. – Х. : Право, 2015. – 414 с.

Статья посвящена рассмотрению научного дискурса теоретических основ оперативной деятельности СБ Украины как одного из видов деятельности уполномоченных оперативных подразделений Службы, направленного на своевременное выявление и предупреждение разведывательно-подрывной и другой противоправной деятельности, а также недопущение трансформации потенциальных угроз государственной безопасности в реальные.

Ключевые слова: оперативная деятельность, контрразведывательная деятельность, оперативно-розыскная деятельность, разведывательно-подрывная деятельность.

The article deals with the theoretical foundations of an operative activity of the Security Service of Ukraine, as one of the authorized operative units activities in combating reconnaissance, subversive and other illegal activities of foreign secret services, organizations, groups and individuals.

Key words: operative activity, counterintelligence activity, operative-searching activity, intelligence, subversion.



УДК 343.852

Михайло Панасюк,*аспірант кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ДО ВАГІТНИХ ЖІНОК І ЖІНОК, ЯКІ МАЮТЬ ДІТЕЙ ДОШКІЛЬНОГО ВІКУ

У статті розглянуто окремі питання застосування запобіжних заходів кримінального провадження до підозрюваних, обвинувачених, підсудних вагітних жінок і жінок, які мають дітей дошкільного віку, а також особливості дотримання прав їхніх дітей. Проаналізовано обставини, передбачені в Кримінальному процесуальному кодексі України, відповідно до яких здійснюється обрання запобіжних заходів кримінального провадження до суб'єктів кримінального провадження. У кримінальному процесі України є значні прогалини щодо захисту материнства та дитинства, зокрема під час застосування запобіжних заходів. У статті обґрунтована потреба ввести норму для регулювання застосування заходів забезпечення кримінального провадження до вагітних жінок і жінок, які мають дітей дошкільного віку.

Ключові слова: застосування заходів забезпечення кримінального провадження, дотримання прав людини в кримінальному процесі, право на материнство, жінки з дітьми, діти дошкільного віку, вагітна жінка, права дітей.

Постановка проблеми. У новому Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України) чітко не врегульовані питання застосування заходів забезпечення кримінального провадження до вагітних жінок і жінок, у яких є діти дошкільного віку. Ця проблема досить важлива, адже стосується не тільки прав підозрюваних, обвинувачуваних жінок, але й ненароджених дітей, дітей дошкільного віку. Права дітей не повинні обмежуватися внаслідок необдуманих дій їхніх матерів, тому потрібно враховувати під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження, а також доповнити розділ 6 КПК України статтями, які регулюватимуть застосування заходів забезпечення кримінального провадження щодо вагітних жінок і жінок, у яких є діти дошкільного віку.

Над питаннями запобіжних заходів у контексті нового кримінального процесуального кодексу працювали такі українські вчені: Ю.П. Аленін, В.І. Борисов, І.В. Гловюк, Н.В. Глинська, В.Я. Горбачевський, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, О.П. Кучинська, Л.М. Лобойко, В.Т. Маляренко, В.В. Назаров, В.Т. Нор, Г.М. Омеляненко, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, О.Г. Шило та інші.

Мета статті – дослідити проблеми, які виникають під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження до підозрюваних, обвинувачених вагітних жінок і жінок, у яких є діти дошкільного віку.

Виклад основного матеріалу. Гармонійний розвиток галузевих юридичних наук і вітчизня-

ного законодавства – це запорука ефективної правозастосовної діяльності в нашій державі. Зрозуміло, що досягнення науки кримінального процесуального права та новації в кримінальному процесуальному законодавстві зумовлюють взаємний розвиток один одного.

Кримінальне провадження є тією сферою правозастосовної державної діяльності, де найбільш імовірним є втручання у сферу приватного життя, обмеження конституційних прав, свобод і законних інтересів особи. У ході проведення такої обмежувальної діяльності в кримінальному провадженні відбувається звуження прав особи, обмеження їх певними умовами порівняно з правами інших осіб, не залучених у сферу кримінального провадження. Особа не може повною мірою розпоряджатися собою або своїм майном, зазнає інших незручностей, пов'язаних зі зміною обсягу її прав.

Вимога дотримання прав і свобод осіб у кримінальному судочинстві має специфічний характер, оскільки закон дозволяє (усупереч волі та бажанню таких осіб) обмеження цих прав і свобод виключно в передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України порядку, зокрема через застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

КПК України 1960 р. містив лише главу «Запобіжні заходи», а в новому КПК України передбачений самостійний розділ «Заходи забезпечення кримінального провадження». Тому виникає питання про можливість ототожнення кримінально-процесуального примусу та заходів забезпечення кримінального провадження.

В.В. Назаров стверджує, що поняття «запобіжних заходів» і «заходів забезпечення кримінального провадження» є тотожними, оскільки вони дають можливість виявити, збирати та

зберігати докази, попередити можливу протиправну поведінку чи виключити можливість підозрюваного, обвинуваченого ухилитися від слідства суду [8]. Під заходами забезпечення кримінального провадження прийнято розуміти передбачені КПК України заходи примусового характеру, які застосовуються за наявності підстав і в порядку, установленому законом, із метою запобігання й подолання негативних обставин, що перешкоджають або можуть перешкоджати вирішенню завдань кримінального провадження, забезпеченню його дієвості [4, с. 367].

До заходів забезпечення кримінального провадження ст. 131 КПК України віднесено такі: виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід; накладення грошового стягнення; тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна; затримання особи; запобіжні заходи. Серед запобіжних заходів виділяють особисте зобов'язання, особисту поруку, заставу, домашній арешт і тримання під вартою (ст. 176 КПК України) [2]. Передбачені в новому КПК України заходи забезпечення кримінального провадження здатні виконати головну кримінально-процесуальну функцію – забезпечити належну поведінку суб'єктів кримінального провадження, коло яких визначене відповідними нормами кримінального процесуального закону.

Незважаючи на різні дефініції, застосування запобіжних заходів переслідує дві мети.

1. Забезпечувальна – створення умов і вжиття заходів для виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків:

- 1) прибути за викликом до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, а в разі неможливості прибути за викликом у призначений строк – задалегідь повідомити про це зазначених осіб;
- 2) виконувати обов'язки, покладені на нього рішенням про застосування запобіжних заходів;
- 3) підкорятися законним вимогам і розпорядженням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду.

2. Превентивна – запобігання спробам:

- 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду;
- 2) знищити, сховати чи спотворити будь-які з речей або документів, що мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення;
- 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста в цьому ж кримінальному провадженні;
- 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином;
- 5) учинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити вчиняти кримінальне правопорушення, у якому особа підозрюється, обвинувачується [10, с. 149].

Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються лише у зв'язку з правопорушенням, тобто в межах конкретного кримі-

нального провадження, а також лише з підстав і в порядку, визначеному КПК України. Ці заходи застосовуються всупереч волі та бажанню учасників кримінального провадження, однак навіть коли особа не заперечує проти обмеження її прав і свобод, що пов'язане із застосуванням цих заходів, вони все одно мають примусовий характер, оскільки сама можливість застосування примусу передбачена законом [11, с. 118].

У юридичній літературі запропоновано декілька класифікацій запобіжних заходів за різними критеріями. Л.М. Лобойко всі заходи забезпечення кримінального провадження залежно від суворості наслідків, що настають для учасників, щодо яких вони застосовуються, та інших ознак поділяє на дві групи:

- 1) запобіжні заходи;
- 2) інші заходи забезпечення кримінального процесу [7, с. 161].

Л.Д. Коваленко виділяв таку класифікацію заходів забезпечення кримінального провадження:

- 1) за режимом обмеження прав і свобод:
 - ізоляційні запобіжні заходи: тримання під вартою, затримання, домашній арешт. Ці заходи фізично обмежують особисту свободу підозрюваного, обвинуваченого, ізолюючи його від суспільства. Характер правообмежень у цьому разі зумовлює необхідність установлення строку дії цих заходів;

- неізоляційні психолого-примусові запобіжні заходи, пов'язані із застосуванням щодо підозрюваного, обвинуваченого психічного впливу, який полягає в покладенні на нього певних обов'язків, пов'язаних із забезпеченням їх належної поведінки й можливості застосування більш суворих запобіжних заходів у разі їх невиконання. До цієї групи належать усі інші запобіжні заходи, зокрема особисте зобов'язання, особиста порука, застава;

- 2) залежно від форми досудового розслідування запобіжні заходи можна поділяти на:

- заходи, що застосовуються під час досудового розслідування злочинів (у формі досудового слідства): можуть застосовуватися всі заходи забезпечення кримінального провадження;

- заходи, що застосовуються під час досудового розслідування кримінальних проступків (у формі дізнання): не допускається застосування запобіжних заходів у вигляді домашнього арешту, застави або тримання під вартою (ст. 299 КПК);

- 3) залежно від поширеності дії на тих суб'єктів, щодо яких може бути застосовано запобіжні заходи, вони поділяються на:

- загальні – ті, що застосовуються до всіх суб'єктів кримінального провадження (особисте зобов'язання, заставу, домашній арешт тощо);

- спеціальні – ті, що застосовуються до спеціальних суб'єктів (неповнолітніх, обмежено осудних осіб (передання їх під нагляд батьків, опікунів чи піклувальників, адміністрації виховної дитячої установи, поміщення до психіатричного закладу в умовах, що виключають небезпечну поведінку обмежено осудних осіб)) [5, с. 170].

Ф.М. Кудін запропонував іншу класифікацію заходів забезпечення кримінального провадження, яка спирається на спосіб здійснення кримінально-процесуального впливу. Усі заходи кримінально-процесуального примусу за цим критерієм поділяються на такі: заходи попередження (затримання особи, запобіжні заходи, тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом відсторонення від посади, поміщення особи в приймальник-розподільник для дітей); заходи припинення (привід, накладення грошового стягнення, видалення із залу судового засідання); заходи забезпечення (виклик слідчим, прокурором і судовий виклик, тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна, арешт майна, одержання зразків для експертизи, обшук, освідчення, призначення стаціонарної психіатричної експертизи) [6, с. 93].

В.І. Фаринник цілком справедливо зазначає, що рішення про обрання запобіжного заходу – дуже серйозний і відповідальний крок, адже будь-який запобіжний захід завжди пов'язаний з обмеженням особистої свободи людини, тому може застосовуватися лише за наявності дійсної на те необхідності, зі вказаних у законі підстав і з додержанням визначеного процесуального порядку. При цьому в основі рішення про застосування того чи іншого запобіжного заходу завжди повинна лежати сукупність конкретних доказів, які свідчать про необхідність попередження неналежної поведінки підозрюваного чи обвинуваченого [9, с. 45].

Під час вирішення питання про обрання запобіжного заходу, крім наявності ризиків, зазначених у ст. 117 КПК України, слідчий суддя, суд на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, зокрема:

1) вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення;

2) тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі в разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується;

3) вік і стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого;

4) міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, зокрема наявність у нього родини й утриманців;

5) наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання;

6) репутацію підозрюваного, обвинуваченого;

7) майновий стан підозрюваного, обвинуваченого;

8) наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого;

9) дотримання підозрюваним, обвинувачуваним умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше;

10) наявність повідомлення особі про підозру в учиненні іншого кримінального правопорушення;

11) розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини [2].

Обставини, перелічені в цій статті, не є вичерпними, і слідчий суддя, суд може визнати такими й інші обставини.

Із підстав, перелічених вище, законодавець виділив одну з вагомих, що враховується під час вирішення питання про застосування заходів забезпечення кримінального провадження: міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його проживання, зокрема наявність у нього родини й утриманців. Потрібно зауважити, що є ще одна вага обставини – це вік і здоров'я підозрюваного, обвинуваченого. Ці підстави безпосередньо пов'язані з не названою, але важливою підставою: вагітність або наявність дітей дошкільного віку в обвинуваченої, підозрюваної, дотримання прав дітей особи, щодо якої обирається запобіжний захід. Виділення цієї обставини є важливим у зв'язку з виконанням жінкою своїх сімейних прав і обов'язків матері щодо своєї малолітньої дитини (дитини дошкільного віку), зокрема ненародженої.

Десятки років доля дітей обвинувачених або підозрюваних у вчиненні злочину жінок не аналізувалася. Немає даних про затриманих за підозрою у вчиненні злочину вагітних жінок чи жінок, у яких є неповнолітні діти. Жорсткість закону можна зрозуміти, коли справа стосується злочинниць (жінок, які вчинили злочин, вина яких доведена, винесено обвинувальний вирок і призначене покарання). Такі жінки потребують виправлення та ресоціалізації. Але до моменту винесення вироку матері її діти не повинні перебувати в неналежних умовах.

Заходи забезпечення кримінального провадження потрібно застосовувати дуже уважно, оцінюючи всі обставини й урахуовуючи особливості справи та суспільну небезпеку підозрюваної чи обвинуваченої особи. Особливо ретельного розгляду потребують питання застосування заходів забезпечення кримінального провадження до вагітних, зокрема таких, що не досягли повноліття. Наявними нормами вищезазначені обставини не охоплюються, а отже, потребують доопрацювання.

Сімейні права є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути передані іншій особі. Сімейні обов'язки є такими, що тісно пов'язані з особою, а тому не можуть бути перекладені на іншу особу [3]. Під час обрання заходів забезпечення кримінального провадження жінці-матері (вагітній або такій, що виховує дітей дошкільного віку) повинні враховуватися права дітей, адже питання виживання, виховання та навчання дитини повинні бути пріоритетними й становлять вищий суспільний інтерес, особливо під час застосування такого запобіжного заходу, як тримання під вартою. Слідчому, прокурору, слідчому судді варто взяти до уваги під час обрання запобіжних заходів вищезазна-

чені обставини й по можливості здійснювати заміну такого запобіжного заходу, як тримання під вартою, домашнім арештом.

Висновки

Кримінальним процесуальним кодексом та іншими законами України передбачений дієвий механізм дотримання прав людини в кримінальному процесі під час затримання. Однак є вразлива категорія затриманих, щодо яких у національному законодавстві не розроблено дієвого захисту прав і свобод. Це вагітні жінки або жінки, у яких на вихованні знаходяться діти дошкільного віку. Передбачені законодавцем норми кримінального процесу не враховують потреб цієї категорії затриманих. Під час обрання запобіжного заходу обвинуваченій, підозрюваній вагітній жінці або жінці, яка має дітей дошкільного віку, слідчому, судді або суду слід урахувувати низку обставин, пов'язаних із виконанням такою обвинуваченою соціальної ролі матері, виконанням обов'язків зі збереження життя дитини та її виховання. Соціальна роль матері передбачає низку цивільних і сімейних прав та обов'язків щодо дітей дошкільного віку, що повинні здійснюватися особисто.

У кримінальному процесі мають дотримуватися права матері на виховання малолітніх дітей, зокрема дітей дошкільного віку, адже Законом України «Про охорону дитинства» держава гарантує дитині права на охорону здоров'я, на достатній життєвий рівень, на проживання в сім'ї разом із батьками або в сім'ї одного з них, на піклування батьків, на спілкування з батьками [1].

Спираючись на все вищезазначене, потрібно доповнити ст. 178 КПК України пунктом 4-а: «Вагітність або наявність дітей дошкільного віку в обвинуваченої, підозрюваної та дотримання прав дітей особи, щодо якої обирається запобіжний захід».

В статье рассмотрены отдельные вопросы применения мер уголовного производства к подозреваемым, обвиняемым, подсудимым беременным женщинам и женщинам, имеющим детей дошкольного возраста, а также особенности соблюдения прав их детей. Проанализированы обстоятельства, предусмотренные в УПК Украины, согласно которым осуществляется избрание меры пресечения уголовного производства к субъектам уголовного производства. В уголовном процессе Украины есть значительные пробелы по защите материнства и детства, в частности в применении мер. В статье обоснована необходимость ввести норму для регулирования применения мер обеспечения уголовного производства к беременным женщинам и женщинам, имеющим детей дошкольного возраста.

Ключевые слова: применение мер обеспечения уголовного производства, соблюдение прав человека в уголовном процессе, право на материнство, женщины с детьми, дети дошкольного возраста, беременная женщина, права детей.

The article deals with separate issues of application of preventive measures of criminal proceedings to suspects, defendants, defendants of pregnant women and women who have children of preschool age, as well as the peculiarities of observance of the rights of their children. The circumstances are foreseen in the CPC of Ukraine, according to which the election of preventive measures of criminal proceedings is carried out to the subjects of criminal proceedings. In the criminal process of Ukraine, there are significant gaps in the protection of motherhood and childhood, in particular in the application of preventive measures. The article substantiates the need to introduce a norm to regulate the application of measures to ensure criminal proceedings for pregnant women and women who have children of preschool age.

Key words: application of measures to ensure criminal proceedings, observance of human rights in criminal proceedings, right to motherhood, women with children, preschool children, pregnant women, children's rights.

Список використаних джерел:

1. Про охорону дитинства : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2402-14>.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page7>.
3. Сімейний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. – Х. : Право. – 2012. – Т. 1. – 2012. – 664 с.
5. Кримінальний процес: [підручник] / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалова, Д.П. Письменного. – К. : ЦУЛ. – 2013. – 544 с.
6. Кудин Ф.М. Принуждение в уголовном судопроизводстве / Ф.М. Кудин. – Красноярск: изд-во Красноярск. ун-та. – 1985. – 136 с.
7. Лобойко Л.М. Кримінальний процес: [підручник] / Л.М. Лобойко. – К. : Істина. – 2014. – 432 с.
8. Назаров В.В. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження / В.В. Назаров [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/evpe_2013_20_pdf.
9. Фаринник В.І. Особливості застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні / В.І. Фаринник // Юридичний вісник України. – 2012. – Т.1. – 664 с.
10. Фаринник В.І. Поняття та підстави застосування запобіжних заходів, не пов'язаних із тимчасовою ізоляцією особи / В.І. Фаринник // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2015. – № 5. – С. 146–156.
11. Шило О.Г. Заходи забезпечення кримінального провадження за новим КПК України / О.Г. Шило // Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення: матеріал. постійно діючого наук.-практ. семінару. – Вип. 4. – Х. : ТОВ «Оберіг». – 2012. – С. 187–191.

УДК 341:004

Микола Камчатний,аспірант кафедри міжнародного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАБОРОНЕНІ ЗАСОБИ ВЕДЕННЯ КІБЕРВІЙНИ

Статтю присвячено дослідженню заборонених засобів ведення кібервійни суб'єктами міжнародного права. У статті досліджено наявні поняття кіберзброї як засобу ведення війни, виокремлено основні характерні ознаки даного виду озброєнь. Розглянуто основні підходи до формування нових обмежувальних підходів щодо заборони використання кіберзброї. Автор вперше в українській доктрині аналізує питання виділення нового засобу ведення війни, порівнює наявні види озброєнь із новим – кіберзброєю.

Ключові слова: кібервійна, кіберзброя, міжнародне гуманітарне право, право збройних конфліктів, кіберпростір, кібератака, міжнародна інформаційна безпека.

Постановка проблеми. Протягом усієї історії людства велися війни. Навіть у прадавні часи люди досить швидко зрозуміли необхідність врегулювання певних аспектів щодо проведення збройних протистоянь. Спочатку сторони найчастіше домовлялися про обмеження використання певних видів озброєнь (наприклад, отруєних стріл). Також широко заборонялося позбавлення життя пораниених осіб, отруєння колодязів, позбавлення захоплених полонених деяких частин тіла. Пізніше обмежувалося право захоплювати рабів. Усе це свідчить про чітке розуміння людства на всіх етапах його розвитку, що відсутність врегулювання у вирішенні конфліктів силовими засобами сприятиме надзвичайно жорсткому їх перебігу, значним втратам та жертвам не лише серед військових, але й серед мирного населення. З часом перелік видів озброєнь, а відповідно, і заборонених засобів ведення війни поступово збільшувалися. Нині можна з упевненістю говорити про становлення нового засобу ведення війни – кіберзброю.

Аналіз останніх досліджень. У своїх працях даної проблематики фрагментарно торкалися такі українські вчені: Д. Дубов, А. Войцехівський, О. Мережко, Ю. Разметаєва, В. Бабенко. Серед закордонних учених цій темі свої роботи присвячували: Дж. Карр (J. Carr), М. Лібіцкі (M. Libicki), Х. Ліп (H. Lin), М. Магомедов, Т. Рід (T. Rid), Е. Філіол (E. Filhol), В. Хайнтшель вон Хайнег (W. Heintschel von Heinegg), Г. Шинкарецька, В. Каберник, М. Шмідт (M. Schmitt), Л. Віхул (Liis Vihul), С. Меле (Stefano Mele) та ін. Більшість авторів наголошують на тому, що використання кібернетичних засобів ведення війни є цілком реальним, а тому потребує міжнародно-правового врегулювання та відповідного закріплення.

Завданням даної статті є проведення аналізу наявних видів озброєння порівняно з новим засобом ведення війни – кіберзброєю, дослідження наслідків його застосування, з'ясування правомірності використання таких засобів з точки зору міжнародного гуманітарного права.

Виклад основного матеріалу. Вже з XIX ст. почалося активне впровадження міжнарод-

них норм, які були спрямовані на обмеження свавілля учасників конфліктів на полі бою та поза його межами. Відповідно, протягом другої половини XIX ст. було підписано низку Гаазьких та Женевських конвенцій. На цьому етапі можна остаточно говорити про утвердження такої галузі міжнародного права, як міжнародне гуманітарне право.

Поступово держави – підписанти значної кількості угод обмежували себе у засобах та методах, що вони використовували до цього з метою отримання стратегічної переваги на полі бою. Кожен з історичних етапів розвитку людства супроводжувався і певним розвитком технологій. Наслідком цього було, відповідно, і постійне оновлення видів озброєння.

Сьогодні людство остаточно увійшло в нову еру, яку вже з упевненістю можна назвати мережевою. Відповідно до сучасного стану розвитку технологій з'являються і нові засоби ведення війни. Серед інших можна виділити також такі, що застосовуються у кіберпросторі. Засобами в даному аспекті є нові види озброєнь, що спираються на використання інформаційно-комп'ютерних технологій. Такі засоби за своєю природою значно відрізняються від загальноприйнятого розуміння терміну «зброя», проте, незважаючи на це, наслідки їх застосування можна порівняти з найбільш руйнівними з тих, що були раніше, та відомих загальному колу осіб видів озброєнь.

То що ж можна вважати кіберзброєю? Як і щодо багатьох сучасних термінів, які виникають у процесі відносин інформаційно-комп'ютерних мережах, єдиного уніфікованого визначення наведеного поняття не запропоновано. Проте, спираючись на найбільш поширені визначення, можна виокремити його окремі ознаки.

В. Каберник наводить таке розуміння поняття «кіберзброя»: найрізноманітніші технічні та програмні засоби, найчастіше спрямовані на експлуатацію вразливостей у системах передачі та обробки інформації або програмо-технічних системах. Він також стверджує, що, спираючись на масштабність впливу, до кіберзброї відносять віруси типу Flame, або зомбі-мережі, які використовуються для розсилки спаму й організації розподілених атак, спрямованих на пе-

ревантаження інформаційних систем і похідну з неї відмову в обслуговуванні (так звані DOS і dDOS-атаки) [1].

Звертаючись до англomовних ресурсів, можна знайти й інші значення цього поняття. Так, наприклад, у словнику Макмілана надається досить коротке, проте містке визначення терміна кіберзброя: шкідливе програмне забезпечення, що використовується однією країною проти іншої для політичних, військових або розвідувальних цілей [2].

Оксфордський словник визначає кіберзброю як певну частину комп'ютерного програмного забезпечення або апаратного забезпечення, що використовується для ведення кібервійни [3].

С. Меле (Stefano Mele) наводить таке визначення кіберзброї: пристрій або будь-який набір комп'ютерних інструкцій, що спрямовані на незаконне пошкодження системи, яка функціонує як критична інфраструктура, її інформація, дані або програми, що містяться в ній, або є відповідними до них, або навіть призначені для сприяння перериванню (повному або частковому) чи зміні у роботі такої системи [4].

Також можна прочитати й інше визначення Меле, яке наближає це поняття до міжнародно-правової площини. Він зазначає, що це частина обладнання, пристрою або будь-якого набору інструкцій для комп'ютерів, яка використовується у конфлікті між суб'єктами, як національними, так і не національними, з метою заподіяння (навіть непрямого) фізичного збитку обладнанню чи людям, а радше саботування чи безпосереднього пошкодження інформаційних систем чутливої цілі атакованого суб'єкта [5, с. 10].

Компанія Heimdal Security, що спеціалізується на програмних продуктах з кіберзахисту, надає таке визначення: термін «кіберзброя» означає просунутий і складний фрагмент коду, який можна використовувати для військових або розвідувальних цілей. Компанія стверджує, що термін нещодавно з'явився з військової галузі, щоб назвати шкідливе програмне забезпечення, яке можна використовувати для доступу до комп'ютерних мереж супротивника [6].

П. Паганіні визначає кіберзброю як певний комп'ютерний код, який використовується або призначений для використання з метою загрози або заподіяння фізичної, функціональної або психічної шкоди структурам, системам або живим істотам [7].

Тож, виходячи з наведених визначень, можна дійти висновку, що під кіберзброєю розуміється певне програмне забезпечення або сукупність програм, які створені або використовуються з метою завдання певної шкоди супротивнику. Проте чи можна, виходячи з подібних визначень, вважати кібернетичну зброю саме зброєю, а отже і сучасним засобом ведення війни. На нашу думку, варто все ж таки навести певні ознаки кіберзброї, що відрізняють її від інших наявних комп'ютерних програм та систем, а також дали б змогу визначити її місце у системі озброєнь.

Для того, аби вважатися зброєю, кібернетичні засоби мають відповідати певній військо-

вій тактичній або стратегічній меті, сюди ж, відповідно, варто віднести і заходи щодо шпигунства, крадіжки важливої військової інформації або саботажу. Як і більшість шкідливих комп'ютерних програм, що є у сучасному світі і переважно створюються хакерами з метою заволодіння коштами або персональною інформацією, програми військового типу теж націлені на втручання у певні комп'ютери, їх блоки або мережі. Проте ціллі тут має бути отримання певної військової переваги, як то встановлення контролю над деякими інформаційними передавачами, безпілотними апаратами, виведення з ладу комп'ютерної апаратури супротивника, знищення або заміна важливої тактичної інформації і таке інше.

Варто зазначити, що зовсім не будь-яка комп'ютерна програма, що створена з метою втручання в іншу інформаційно-комп'ютерну мережу, є саме зброєю. Це та ситуація, коли варто відрізнити поняття «знаряддя» від поняття «зброя». Кількість програм, які можна використати не за їх призначенням, а з метою заподіяння шкоди іншому суб'єктові, є значно більшою за кількість програм, які спеціально для цього написані. Так само, як, наприклад, вила можуть бути зброєю за певних обставин, проте це не робить цей побутовий сільськогосподарський предмет зброєю. Тому визначальною ознакою є те, що кіберзброєю варто вважати насамперед спеціально створену програму або код.

Наступною ознакою має бути той факт, що використання кіберзброї має залишатися невідомим та непомітним для того суб'єкта, проти систем якого вона направлена якомога довше. Інакше супротивник зможе підготуватися до такої атаки, шкідливий код буде виявлено і вивчено з метою попередження подальших втручань чи мінімізації наслідків уже вчиненого. Тож тривалість часу, протягом якого дія (навіть і підготовка, або така, що спрямована на зараження якомога більшої кількості пристроїв у інформаційно-комп'ютерній мережі супротивника) кіберзброї залишається непомітною, є визначальною для успішного її застосування, оскільки розробка все нових атаквальних кодів вимагає значних ресурсів.

Аби вважатися саме засобом, комп'ютерний код має бути створений з метою урадити визначену ціль (наприклад, перехоплення сигналу безпілотного апарата, зміна координат у приладах для учасників наземних чи морських операцій). Для цього необхідно мати розвідні дані або доступ до аналогічних засобів, що є в учасника кіберпротистояння. Ця ознака підтверджує той факт, що і для створення, і для подальшого впровадження кіберзброї необхідний значний ресурс, а також доступ до багатьох засекречених матеріалів, який здатні забезпечити лише державні органи. Тобто створення і використання кіберзброї – це завжди високоорганізована діяльність найвищого рівня.

Окремою ознакою кіберзброї є її точність, тобто здатність вражати наперед визначені об'єкти інфраструктури супротивника. Ця ознака є важливою і з точки зору МГП, оскільки дозволяє мінімізувати вплив на інші, насампе-

ред цивільні, об'єкти, тим самим зменшуючи чи взагалі уникаючи їх ушкодження.

Також виділяється така умовна ознака, як простота застосування. Цією ознакою визначається, наскільки значні мають бути витрати для застосування даного виду кіберзброї і чи принесуть вони співрозмірний витратам результат [4].

Звісно, також можна виділити значний перелік суто технічних особливостей та ознак, які б дали змогу визначати кіберзброю, проте це виходить за межі даного дослідження.

Варто зазначити, що навіть попри активне впровадження у національні системи державних органів структур, що займаються питаннями кібербезпеки та кібероборони, кіберзброя на сьогодні має переважно наступальний характер. У більшості держав ці структури знаходять своє місце серед інших військових відділень у рамках міністерств оборони. Це означає, що держави визнають рівень загроз, які містять у собі кіберпротістор, що вірогідність застосування проти них новітніх видів озброєння, а саме кіберзброї, є цілком реальною. Але водночас натепер досі не існує спільної позиції міжнародного співтовариства щодо питань, які б визначили припустимість або межі використання кіберзброї. Хоча за своїми потенційними наслідками її можна віднести до зброї масового ураження.

На жаль, використання кіберзброї, власне як і загальноприйнятої конвенційної зброї, не може гарантувати ураження лише військових цілей і об'єктів. Більше того, цей новітній вид озброєння може використовуватися з метою тиску на супротивника, залякування, втручання у внутрішні справи держави. Історичні зразки атак з використанням інформаційно-комп'ютерних технологій вже підтвердили уразливу міць концентрованих кібератак [8]. Більше того, кіберзброя вже визнається летальною зброєю [9]. Це підштовхує нас до думки про те, що цей вид озброєння цілком може вважатися окремим засобом ведення війни, а також що на використання кіберозброєнь має і буде поширюватися дія міжнародного права.

Порівнюючи кіберзброю з ядерною, можна дійти висновку, що деякою мірою ці засоби є подібними. Перш за все, незважаючи на своє конвенційне закріплення, ядерна зброя не є забороненою. Відповідно, ця військова міць може використовуватися як певний засіб політичного тиску у відносинах між так званими «ядерними державами», а також у їхніх відносинах з без'ядерними, хоч це і суперечитиме Статуту ООН. Міжнародне співтовариство, підписавши декілька угод під егідою ООН, домовилося, передусім, про нерозповсюдження ядерної зброї [10]. Також багатьма країнами було підписано угоду, що заборонила випробування ядерної зброї у різних просторах [11].

Звісно, порівнювати потенційні руйнування від застосування ядерної зброї та руйнування від кібернетичної було б досить некоректно (лише тому, що від ядерної зброї шкода завдається комплексно), проте применшувати можливість кіберзагроз у XXI столітті теж не варто.

Так само доцільно було б згадати і хімічну зброю, яка теж завдає значних втрат, а також спричиняє важкі страждання у людини і, відповідно, діє на широкі маси населення і не вибірково. Досягненням міжнародного співтовариства стала спеціальна конвенція, що заборонила розробку такої зброї, а також сприяла її знищенню [12]. Також сюди можна додати і біологічну зброю, яка теж є забороненою [13].

В еру тотальної комп'ютеризації підприємств, виробництв, систем контролю на видобувних станціях, гідро- та атомних електростанціях, шахтах та багатьох інших об'єктах безпеки від використання кіберзброї зросла у рази. Будь-який з названих об'єктів може зазнати атаки з використанням інформаційно-комп'ютерних технологій. Наслідки знищення дамб (за рахунок віддаленого втручання у їх діяльність та виведення їх із ладу), зміни навігаційних даних для авіації та морського транспорту, штучного створення аварійних ситуацій на небезпечних виробництвах чи підприємствах хімічної галузі, на атомних електростанціях важко оцінити, проте зрозумілим є те, що такі втручання дозволяють поставити під загрозу життя навіть сотень тисяч людей, переважно цивільних. Варто зазначити, що спектр застосування кіберзброї є значно ширшим за наведені приклади.

Саме тому, на нашу думку, є допустимим порівняння кіберзброї зі зброєю масового ураження, оскільки натепер навіть важко точно вирахувати потенційну шкоду, яку за умов широкого використання може завдати кіберзброя. Це вкотре підтверджує, що з точки зору міжнародного права в цілому кібернетичні озброєння варто поставити в один ряд зусіманаявними забороненими міжнародним гуманітарним правом видами озброєнь і наголосити на тому, що даний вид озброєнь неможна використовувати за будь-яких умов та у будь-якому обсязі.

Якщо принцип дії вже заборонених міжнародним правом засобів ведення війни є зрозумілим, то щодо кіберзброї сьогодні ще існує багато питань. На нашу думку, варто виділити основні різновиди інформаційно-комп'ютерних технологій, що можуть бути застосовані у якості кіберзброї.

Насамперед види кіберозброєнь відрізняються залежно від задач, які постають перед тими, хто їх створює. Так, вони можуть бути націлені на викрадення, приховане відстежування або спотворення інформації. Також задачею можуть бути більш складні проникнення, що мають на меті перехоплення керування певними машинами супротивника, сукупністю комп'ютерів, що забезпечують діяльність чи комунікацію штабів або інших військових формувань. Також виділяють найбільш складні програми, які створені виключно з метою атаки на визначений об'єкт (як це було, наприклад, із вірусом Stuxnet). Відповідно до складності військової задачі формується і вартість підготовки кіберзброї.

Варто зазначити, що сьогодні, якщо розглядати потенційну ситуацію наявного конфлікту або підготовки певного суб'єкта міжнародно-

го права до вчинення втручання до іншого (у кібернетичному чи іншому просторі), кіберзброя, все ж таки, буде використовуватися як допоміжний засіб ведення війни. Так, безумовним є те, що вона здатна порушити оборонні системи супротивника, вивести з ладу певну частину військової техніки, всіляко обмежити ворога, проте водночас найшвидше після такого кібернетичного нападу буде слідувати використання класичної зброї та військових систем.

Виділяючи кіберзброю як окремий від уже усталених засіб ведення війни, варто виокремити, які саме серед наявних видів кіберзброї мають бути забороненими. Тож залежно від різних критеріїв можна виділити такі види кіберзброї: хакінг, віруси, трояни, шкідливі програмне забезпечення, логічні бомби, експлойти, генератори ключів, таргетовані атаки, використання дронів та автоматичної зброї. Деякі з них, як наслідок, можуть мати летальний характер, деякі спрямовані виключно проти техніки чи комп'ютерних систем супротивника, інші створені для отримання контролю над певною інформацією. Усі засоби ведення кібервійни також можуть бути поділені на 5 основних груп за технічним механізмом дії та особливістю застосування даного виду кіберзброї: мережева, проникаюча, попередньо встановлена, комунікаційна кіберзброя та електромагнітна зброя [14, с. 23-24].

Окремою особливістю застосування кіберзасобів є шпіонаж, що здійснюється за допомогою інформаційно-комп'ютерних технологій з метою отримання політичної, військової чи економічної переваги над супротивником. І за своїми масштабами натеper шпіонаж, мабуть, найбільш поширений вид діянь із використанням кіберзброї або інших кіберзасобів з метою вторгнення.

Не вдаючись до технічних особливостей кожного з перелічених видів кіберзброї, зазначимо, що забороненими серед них мають бути такі, що призводять до жертв, надмірних страждань чи пошкоджень цивільних фізичних об'єктів і при цьому не сприяють отриманню військової переваги. Так само мають бути заборонені такі засоби ведення кібервійни, які спрямовані на ураження невійськових об'єктів.

Звертаючись до міжнародного гуманітарного права, можна чітко визначити за аналогією, які засоби ведення кібервійни необхідно заборонити.

Аналізуючи Конвенцію про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, можна виокремити певні положення, які будуть поширюватися і на використання кіберзброї як засобу ведення кібервійни [15]. Названа конвенція зобов'язує учасників конфлікту «гуманно ставитися до осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях», не заважати діяльності міжнародних гуманітарних організацій, дотримуватися прав поранених, хворих чи полонених осіб, не порушувати прав медичних чи духовних представників, що гарантовані конвенцією. Також сторони мають забезпечувати безпеку медичних установ, а тому, відповідно, не використовувати у том числі засоби ведення

кібервійни проти них. Таке ж положення має бути застосованим і до культурних та історичних пам'яток. Конвенція також надає захист санітарному транспорту, а оскільки на сьогоdnішньому етапі вже можливі ситуації застосування інформаційно-комп'ютерних технологій і на подібних машинах, літаках або морських суднах, то вони так само підпадають під заборону застосування до них кіберзброї. Це ж положення стосується і транспортних засобів міжнародних гуманітарних безсторонніх організацій.

Наступним визначним актом є Гаазька конвенція про закони та звичаї сухопутної війни 1907 року [16]. Користуючись положеннями конвенції, сторони, що знаходяться у стані конфлікту, можуть, по-перше, визначити, яке саме населення можна вважати цивільним, а яке – ні. Відповідно до цього визначаються і права, якими МГП наділяє ці обидві групи населення держави-сторони конфлікту. Окрім цього, ст. 23 Додатку до названої конвенції говорить про те, що сторони обмежені у виборі засобів ведення війни, а також вказується, що заборонено зрадницьки вбивати військове чи цивільне населення супротивника, використовувати зброю, що завдає надмірних страждань, знищувати об'єкти супротивника, окрім випадків, коли це зумовлено воєнною необхідністю, а також наводити заборонені методи, до яких ми звернемося у наступному підрозділі. Також конвенція наводить принципи, що забороняють атакувати незахищені міста чи поселення, спонукають до збереження історичних, культурних, духовних, наукових будівель та, звісно, медичних установ.

Більш сучасним не нормативним актом, в якому кіберзброя зазначається вже як засіб ведення війни, є Таллінський Посібник (Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare). У ньому засобам та методам ведення війни присвячено окремий розділ. Зокрема, ним забороняється використовувати засоби та способи, що спричиняють зайві травми або непотрібні страждання [17, с. 119]. При цьому зазначається, що кіберзброя – це кібернетичні засоби ведення війни, які розроблені, використовуються, спрямовані на те, аби викликати травми або спричинити смерть особам, або завдати шкоду чи руйнування об'єктам, спричиняючи, у свою чергу, такі наслідки, щоб вважати кібероперацію атакою. Колектив авторів також підкреслює, що кіберінфраструктура, яка пов'язує комп'ютерну систему з ціллю, не є засобом, оскільки об'єкт має бути під контролем атакуючої сторони, щоб включати засоби ведення війни. Як і у звичайному гуманітарному праві, забороняється використовувати засоби та способи кібервійни, які за своїм характером є нерозбірливі. Засоби кібервійни будуть вважатися такими, коли вони не можуть бути: спрямовані на конкретну військову ціль або обмежені у їх впливі, як це передбачено правом збройних конфліктів. Тобто мають такий характер, що вони без будь-яких розбіжностей наносили б удари по військовим цілям та цивільним особам чи об'єктам. Таким чином, цей принцип обмежує сторону конфлікту у необачному чи неприцільному використанні засобів ведення

кібервійни, а відповідно, спонукає до ретельного виваження та направлено застосування кіберзброї лише у військових цілях. Посібник також наводить заборону на військові репресалії проти полонених, цивільних осіб, які знаходяться hors de combat, а також проти медичних працівників, установ, транспорту та обладнання, також забороняються атаки проти різноманітних цивільних об'єктів, об'єктів природного середовища та критичної інфраструктури.

Варто також погодитися з наведеним у Посібнику твердженням, відповідно до якого держави зобов'язані оцінювати власні наявні засоби ведення кібервійни, а також приводити їх у відповідність до Додаткового Протоколу I до Женевських конвенцій 1949 року, а саме ст. 36, що стосується нових видів озброєнь [18].

Підготоване у 2017 році друге видання Талліннського Посібника (Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations) в цілому повторило вже наведені заборонені засоби ведення кібервійни [19].

Серед усіх обмежень засобів ведення війни також можна окремо приділити увагу тим, які стосуються навколишнього природного середовища, оскільки, як вже зазначалося, безліч об'єктів, які здатні значно погіршити екологічну ситуацію, вже є частиною загальної інформаційно-комп'ютерної мережі, а тому стають потенційним об'єктом для вчинення кібератак. Так, ще 1976 року була підготовлена Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище [20]. Таким чином, можна визначити додатковий принцип щодо заборони використання засобів ведення кібервійни, а саме вчинення таких атак на такі визначені об'єкти, що в подальшому становитимуть загрозу погіршення екологічної ситуації, зміни або знищення природних ресурсів, впливу на погодні умови чи клімат. Оскільки за певних обставин досягти таких наслідків можна, використовуючи лише або включно кіберзброю.

На наш погляд, також окремої заборони потребує посередництво третіх сторін у вчиненні кібератак, тобто надання державі, що має на меті здійснення кібератаки, у користування потужностей власних кібернетичних інфраструктур, що суперечило б наявним міжнародним нормам. Оскільки кіберсфера і так характеризується надвисоким ступенем складності визначення похідної точки вчинення кібератаки, то подібні дії сторонніх учасників конфлікту значно ускладнять процес атрибуції вчинених діянь державі чи то агресору, чи учаснику існуючого кіберконфлікту.

Тож, проаналізувавши основні документи міжнародного гуманітарного права, варто дійти висновку, що його норми відповідають сучасним викликам у зв'язку зі створенням нових видів озброєння. Залишається відкритим питання: чи варто державам прагнути до роззброєння і у новій кібернетичній сфері, адже руйнівні потужності кіберзброї значно вищі, ніж у багатьох відомих існуючих видів озброєнь. Оскільки Статутом ООН все ж таки передбачається насамперед мирний процес вирішення спорів,

то, можливо, вже наближається час, коли ці новітні засоби будуть закріплені на міжнародному рівні нормативно [21]. Чи все ж таки, якщо відмовитися від новітніх озброєнь буде аж занадто складно, державам варто розпочати заходи щодо зміцнення довіри [22, с. 11]? Бо, як стверджує І. Лукашук, завдання таких заходів полягає у попередженні погіршення відносин у результаті взаємного непорозуміння і подальше створення впевненості [23, с. 166]. Хоча ці питання переважно стосувалися питань роззброєння у світі, проте їх актуальність і в еру розвитку кібернетичних озброєнь применшувати не варто. Але, на жаль, нині ми бачимо тенденцію до збільшення можливостей держав не лише у питаннях кібероборони, а й у розвитку наступальних кіберзасобів.

Так, вже відомим є той факт, що військовослужбовці США використовували засоби ведення кібервійни під час операцій проти Ісламської держави, а також у 2011 році під час операції у Лівії [24]. Кіберзброя використовувалася паралельно із класичними озброєннями і мала на меті переривати, порушувати процеси командування та управління ІДІЛ, змусити їх втратити довіру до своїх мереж, перевантажувати мережі так, щоб вони не змогли функціонувати, і докладати всіх зусиль, щоб терористи втратили здатність керувати та контролювати свої наявні сили [25].

Висновки

Отже, як висновок варто зазначити, що питання заборони використання засобів ведення кібервійни є надзвичайно актуальним і потребує всебічного вивчення та закріплення на міжнародному нормативному рівні. Держави світу входять у новий етап розвитку їхніх відносин, що буде характеризуватися збільшенням напруги в інформаційно-комп'ютерних мережах, де вони можуть і вже активно впроваджують свою зовнішню політику [26]. Оскільки прогрес дозволяє нам виокремлювати новий вид озброєнь, то міжнародне право має зробити все можливе задля дотримання ідей миру та безпеки, задля запобігання цивільним жертвам під час збройних конфліктів, де також використовується і кіберзброя, задля мінімізації негативного впливу кібернетичних озброєнь на цивільні об'єкти та природне середовище. Єдиним правильним шляхом є об'єднання зусиль і досягнення всебічного консенсусу з критичних питань, що регулюють відносини держав у кіберпросторі. Наукові пошуки з питань аналізу заборонених засобів ведення кібервійн у міжнародному інформаційному просторі мають бути продовжені.

Список використаних джерел:

1. Каберник В. В. Центр военно-политических исследований / В. В. Каберник // Кибервойна и кибероружие. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://eurasian-defence.ru/?q=node/3115>.
2. Macmillan Dictionary. [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/cyber-weapon>.

3. English Oxford Living Dictionaries. [Electronic resource]. – Access mode : <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cyberweapon>.
4. Hackmageddon. Information Security Timelines and Statistics [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.hackmageddon.com/2012/04/22/what-is-a-cyber-weapon/>.
5. Cyber-weapons: legal and strategic aspects Version 2.0. Observatory Infowarfare and Emerging Technologies / Stefano Mele. – Machiavelli Editions. – June 2013.
6. Heimdal Security. [Electronic resource]. – Access mode : <https://heimdalsecurity.com/glossary/cyber-weapon>.
7. Pierluigi Paganini. Cyber Weapons. – April 3, 2012. [Electronic resource]. – Access mode : <http://securityaffairs.co/wordpress/3896/intelligence/cyber-weapons.html>.
8. Камчатний М. В. Історія міжнародно-правового регулювання питань, пов'язаних із застосуванням комп'ютерних технологій / М. В. Камчатний // Проблеми законності. – 2016. – № 134. – С. 199–207.
9. Department of Defence Law of War Manual. Office of General Counsel Department of Defense, 2015. – WashingtonDC.
10. Договор о нераспространении ядерного оружия : одобрен резолюцией 2373 (XXII) Генеральной Ассамблеи от 12 июня 1968 года, [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/npt.shtml.
11. Договор о запрете испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/nuclear_seabed.pdf.
12. Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении. Принята в Париже 13 января 1993 года. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/chemweapons.shtml.
13. Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления бактериологического (биологического) оружия и токсинов и его уничтожении (Женева, 1972 г.) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/bacwear.shtml.
14. Бабенко В. Г. Основні групи кіберзброї та особливості її застосування // Актуальні задачі та досягнення у галузі кібербезпеки, Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (23–25 листопада 2016 року, м. Кропивницький).
15. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_151/page.
16. Гаазька конвенція про закони та звичаї сухопутної війни 1907 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icrc.org/rus/resources/documents/misc/hague-convention-iv-181007.htm>.
17. Michael N. Schmitt, Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare // Cambridge University Press.
18. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооружённых конфликтов [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.icrc.org/rus/assets/files/2013/ap_i_rus.pdf.
19. Michael N. Schmitt, Liis Vihul. Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations. – Cambridge University Press, 2017.
20. Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/hostenv.shtml.
21. Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice. San Francisco – 1945. [Electronic resource]. – Access mode : <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.
22. Заключительный акт СБСЕ, Хельсинки 1975. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.osce.org/ru/mc/39505?download=true>.
23. Лукашук И. И. Международное право. Особенная часть / И. И. Лукашук. – Москва, Вольтерс Клувер, 2005.
24. Nakashima, E. (2011). “U.S. Cyberweapons Had Been Considered to Disrupt Gaddafi’s Air Defenses”. The Washington Post (October 17, 2001). [Electronic resource]. – Access mode : http://articles.washingtonpost.com/2011-10-17/world/35276890_1_cyberattack-air-defenses-operation-odyssey-dawn.
25. Department of Defense Press Briefing by Secretary Carter and Gen. Dunford in the Pentagon Briefing Room. Feb. 29, 2016. [Electronic resource]. – Access mode : <https://www.defense.gov/News/Transcripts/Transcript-View/Article/682341/department-of-defense-press-briefing-by-secretary-carter-and-gen-dunford-in-the/>.
26. ABC. Margot O’Neill, Lateline Examines the Future of Cyber Warfare. 2015. [Electronic resource]. – Access mode : <http://www.abc.net.au/lateline/content/2015/s4350126.htm>.

Стаття посвящена дослідженню заборонених засобів ведення кібервійни суб'єктами міжнародного права. В статті досліджені існуючі поняття кібероружжя як засобів ведення війни, виділені основні характерні ознаки даного виду озброєння. Розглянуті основні підходи до формування нових обмежувальних підходів відносно заборони використання кібероружжя. Автор вперше в українській доктрині аналізує питання виділення нового засобу ведення війни, порівнює існуючі види озброєння з новим – кібероружжям.

Ключевые слова: кібервійна, кібероружжя, міжнародне гуманітарне право, право озброєних конфліктів, кіберпросторова, кібератака, міжнародна інформаційна безпека.

The article is devoted to the investigation of prohibited means of conducting cyberwar by subjects of international law. The article explores the existing concepts of cyber weapons as a means of warfare, identifies the main characteristics of this type of weapons. The main approaches to the formation of new restrictive approaches regarding the prohibition of the use of cyber weapons are examined. For the first time in the Ukrainian doctrine the author analyzes the issue of allocating a new means of warfare, compares existing types of weapons with the new type – cyber weapons.

Key words: cyberwar, cyber weapon, international humanitarian law, the law of armed conflicts, cyberspace, cyberattack, international information security.



УДК 341.63:347.711(477)

Марія Михайлів,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка*

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ НЕДОТРИМАННЯ ФОРМИ АРБІТРАЖНОЇ УГОДИ

У статті розглянуто питання вимог до форми арбітражної угоди та правові наслідки її недотримання, визначені етапи, на яких виникає дане питання, досліджені підстави для визнання арбітражної угоди недійсною.

Ключові слова: арбітражна угода, форма арбітражної угоди, недійсність арбітражної угоди, міжнародний комерційний арбітраж.

Постановка проблеми. Правовою підставою для розгляду спору в міжнародному комерційному арбітражі є наявність арбітражної угоди (арбітражного застереження). Арбітражна угода вказує на те, що сторони підтверджують волевиявлення передати спір на розгляд конкретного міжнародного комерційного арбітражу та визначають його компетенцію. Велике значення в цьому разі має визначення способу фіксації волевиявлення сторін щодо передачі спору на розгляд у міжнародний комерційний арбітраж, зокрема, це стосується вимог до форми арбітражної угоди. Різні підходи до форми арбітражної угоди та правових наслідків її недотримання в законодавстві держав та міжнародних договорах вказують на потребу наукового дослідження цих питань. Незважаючи на велику кількість наукових праць, у яких досліджувалась правова природа арбітражної угоди, вимоги до форми арбітражної угоди, питання недійсності арбітражної угоди, залишається низка важливих проблем, які не вирішені.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Питанню правової природи арбітражної угоди та її форми приділяли увагу ряд українських та іноземних учених, таких, наприклад, як: Л. П. Ануфрієва, О. Т. Волошук, О. М. Гончаренко, Н. Ю. Єрпильова, Р. Б. Карабельников, В. В. Комаров, В. М. Коссака, А. Г. Котельников, О. В. Кудрявцева, Л. А. Лунц, С. М. Лебедев, Р. А. Майданик, М. М. Мальський, В. І. Нагнибіда, Ю. Д. Притика, М. О. Рожкова, Г. А. Цірат, U. Naas, M. Roth тощо. Разом із тим недосить визначеною залишається наукова позиція щодо форми арбітражної угоди, підстав та правових наслідків її недотримання.

Мета статті. Для вирішення частини окресленої проблеми необхідно дослідити:
– вимоги до форми арбітражної угоди;
– підстави визнання арбітражної угоди недійсною;
– правові наслідки недотримання форми арбітражної угоди.

Вклад основного матеріалу. Вимоги до форми арбітражної угоди передбачені як національним законодавством держав, так і міжнародними договорами.

Відповідно до частини 2 статті 7 Закону України від 24 лютого 1994 року «Про міжнародний комерційний арбітраж» [1] арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електронного зв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі, і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Виходячи з практики укладення арбітражних угод, можемо зробити висновок, що перевага надається арбітражній угоді, оформленій як письмовий документ, підписаний сторонами. Саме такий спосіб фіксації є доказом досягнення згоди сторін спірних правовідносин про передачу спору на розгляд арбітражного суду, що, у свою чергу, перешкоджатиме необґрунтованій відмові від розгляду спору судом.

Вагоме значення дотримання письмової форми арбітражної угоди має і на стадії визнання та виконання арбітражного рішення, оскільки її дотримання забезпечує можливість перевірити перелік питань, які були передані на розгляд арбітражного суду.

Щодо укладення арбітражної угоди шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електронного зв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує, то відповідно до Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» така угода вважається укладеною в письмовій формі. Проте такий спосіб фіксації часто призводить до певних ускладнень, зокрема до заперечень захищеною стороною існування угоди сторін

про передачу до арбітражу спору, який виник із конкретних правовідносин. Це пов'язано з тим, що такі форми повідомлень не завжди передбачають наявність особистого підпису особи, від імені якої надсилається повідомлення, а лише містять її прізвище.

Неабиякий вплив на форму та дійсність арбітражної угоди має законодавство іноземних держав, оскільки зобов'язальні правовідносини, ускладнені іноземним елементом, можуть породжувати колізії. Так, законодавство більшості іноземних держав передбачає необхідність дотримання письмової форми арбітражної угоди, зокрема, такі норми містяться в ст. 1443 ЦПК Франції, ст. 7 Закону Канади «Про міжнародний комерційний арбітраж», в розділі 32 Закону Великобританії «Про арбітраж» тощо. Разом із тим у Швеції вимога про необхідність письмової форми арбітражної угоди не є обов'язковою.

Міжнародні договори теж неоднозначно підходять до визначення форми арбітражної угоди. Відповідно до ст. 2 Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень 1958 року [2] арбітражна угода укладається у письмовій формі у вигляді арбітражного застереження в договорі чи окремої арбітражної угоди, підписаної сторонами або шляхом обміну листами чи телеграмами. У статті 1 Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж передбачено, що термін «арбітражна угода» означає арбітражне застереження в письмовій угоді або окрему арбітражну угоду, підписану сторонами або яка міститься в обміні листами, телеграмами або в повідомленнях по телетайпу, а у відносинах між державами, в яких жоден із законів не потребує письмової форми для арбітражної угоди, – будь-яка домовленість, укладена у формі, дозволеній законами цих держав. Проте дана конвенція поширює свою дію на ті відносини, що виникають між фізичними і юридичними особами, які на момент укладення договору мають постійне місце проживання чи місцезнаходження в різних Договірних Державах, та щодо вирішення в порядку арбітражу лише тих спорів, які виникають під час здійснення операцій у зовнішній торгівлі.

Форма арбітражної угоди визначена також і Типовим законом ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж [3]. Так, відповідно до ч. 2 ст. 7 даного закону арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну листами, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електров'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує про наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в договорі на документ, який містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що договір укладений у письмовій формі, і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди.

Проте в 2006 році окремі статті Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний торговий арбітраж та Нью-Йоркської конвенції про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень були переглянуті та дані рекомендації щодо їх трактування, зокрема, це стосується і положень щодо форми арбітражної угоди. Відповідно до рекомендацій арбітражна угода укладається в письмовій формі. Арбітражна угода вважається укладеною у письмовій формі, якщо її зміст зафіксований в будь-якій формі, незалежно від того, чи укладено арбітражну угоду або договір чи ні в усній формі, на підставі поведінки сторін або за допомогою інших засобів.

Вимога про укладення арбітражної угоди в письмовій формі задовольняється електронним повідомленням, якщо у ньому інформація є доступною для її подальшого використання. «Електронне повідомлення» означає будь-яке повідомлення, яке сторони передають за допомогою повідомлень даних. «Повідомлення даних» означає інформацію, підготовлену, відправлену, отриману або збережену за допомогою електронних, магнітних, оптичних або аналогічних засобів, включаючи електронний обмін даними (EDI), електронну пошту, телеграму, телекс або телефакс, але не обмежуючись ними.

У зв'язку з різними підходами до форми арбітражної угоди в законодавстві України та міжнародних договорах, учасницею яких є Україна, пропонуємо частину 2 статті 7 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» викласти в такій редакції: «Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Угода вважається укладеною в письмовій формі, якщо вона міститься в документі, підписаному сторонами, або укладена шляхом обміну електронними повідомленнями, які сторони передають за допомогою повідомлень даних, що забезпечують фіксацію такої угоди, або шляхом обміну позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує. Посилання в угоді на документ, що містить арбітражне застереження, є арбітражною угодою за умови, що угода укладена в письмовій формі, і це посилання є таким, що робить згадане застереження частиною угоди».

Хоча арбітражна угода за правовою природою є самостійним договором, проте без договірного зобов'язання вона не має правового значення, оскільки спори можуть виникати між сторонами лише за наявності конкретних правовідносин, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні. Тому арбітражна угода має самостійне юридичне значення, хоча пов'язана із зобов'язанням, спір щодо якого виник або може виникнути в майбутньому.

Арбітражна угода за правовою природою є самостійним договором незалежно від того, чи міститься вона в окремому документі чи в основному договорі. Тому визнання основного договору недійсним не буде мати наслідком недійсність арбітражної угоди чи арбітражного застереження. Проте якщо підстава визнання договору недійсним тією чи іншою мірою стосується арбітражного застереження, то воно

також на цій підставі може бути визнане недійсним. Зокрема, до таких підстав можна віднести: відсутність дієздатності у сторін, відсутність чи недостатність повноважень у сторін на укладення договору тощо.

Спірною є думка М. М. Мальського, який зазначає, що вимоги дійсності договору, визначені цивільним законодавством, не можна застосувати до арбітражної угоди з огляду на її змішану правову природу і принцип відокремленості арбітражної угоди [4, с. 101].

Проте вважаємо, що така умова, як дотримання форми, встановленої законом, вільне волевиявлення сторін тощо, може впливати і на дійсність арбітражної угоди, незважаючи на її самостійність та відокремленість від самого договору. Так, відповідно до п. 1 ст. 8 Типового закону ЮНСІТРАЛ і п. 3 ст. II Нью-Йоркської конвенції суд Договірної Держави, якщо до нього надходить позов із питання, за яким сторони уклали угоду, повинен на вимогу однієї зі сторін направити сторони в арбітраж, якщо не виявить, що згадана угода є недійсною, втратила силу чи не може бути виконана.

З урахуванням наведеного вважаємо, що недотримання встановленої законодавством форми арбітражної угоди насамперед впливатиме на можливість розгляду спору між договірними сторонами в конкретному арбітражі. Вказане питання є ключовим та принциповим для сторін договірних зобов'язань; сама процесуальна неможливість розгляду спору в арбітражі вже є першим негативним наслідком для сторін договору у разі недотримання форми арбітражної угоди.

Не торкаючись інших спірних моментів, що можуть виникати під час укладення арбітражної угоди, слід підкреслити, що недотримання письмової форми такої угоди свідчить про недозволеність сторонами згоди щодо такого суттєвого питання, як визначення арбітражу для розгляду спорів, що можуть виникнути в рамках виконання договірних зобов'язань. Отже, недотримання форми арбітражної угоди не дає змоги вважати її укладеною, а тому неукладена угода не може породжувати будь-яких прав та обов'язків для сторін.

Разом із тим, враховуючи правову природу арбітражної угоди, необхідно підкреслити, що саме на сторони договору покладено право на її укладення та обов'язки з дотримання її форми. Отже, як визнання арбітражної угоди недійсною, так і доведення перед судом її дійсності має здійснюватися сторонами на засадах змагальності. Зокрема, позивач, звертаючись до відповідного арбітражу, повинен довести правильність визначення підсудності спору, надати докази дотримання форми арбітражної угоди.

Сторона договору не позбавлена потенційної можливості на звернення до відповідного національного суду з позовом про визнання недійсною арбітражної угоди через недотримання її форми. Саме під час розгляду такого спору суд повинен дати відповідь сторонам про дійсність або недійсність арбітражної угоди; також до вирішення такого спору арбітраж позбавлений можливості повноцінно та швидко розгля-

дати спір між договірними сторонами (у разі одночасного розгляду таких спорів). Проте це не буде позбавляти сторони права звертатися в суд і ставити питання про дійсність такої арбітражної угоди на підставах і в порядку, визначеному правом держави місця укладення арбітражної угоди, або права обраного сторонами, або права держави місця укладення договору, в якому міститься арбітражне застереження.

Для уникнення будь-яких зловживань та затягування судових процесів, враховуючи зацікавленість сторін у своєчасному та повному виконанні договірних зобов'язань, доцільно запропонувати введення реєстрації арбітражних угод у відповідних арбітражах на засадах повідомного характеру. Така реєстрація (її механізм – хто із сторін, в які строки тощо – вказується в умовах арбітражної угоди) поряд з укладеною арбітражною угодою усуватиме будь-які сумніви та спори щодо укладення арбітражної угоди. Цей допоміжний та факультативний елемент також полегшить і роботу арбітражу, оскільки наявність відповідної реєстрації свідчитиме про дійсність волевиявлення сторін договірних відносин звернутися з позовом саме в цей арбітражний суд.

Щодо дійсності арбітражної угоди то це питання передбачає розгляд двох аспектів: процесуально-правового і матеріально-правового. Процесуально-правовий аспект дійсності арбітражної угоди виявляється в категорії «допустимість». Варто враховувати, що арбітражне застереження не припустиме в таких випадках: якщо воно порушує норми про компетенцію, тобто визначені спори або категорії спорів, включені до арбітражного застереження, не можуть бути передані на вирішення третейського суду відповідно до імперативних норм національного законодавства чи міжнародних договорів; виходить із предметної і суб'єктної компетенції конкретного третейського суду; спори, які сторони побажали передати на вирішення арбітрів, взагалі не можуть бути предметом судового розгляду. Зміст матеріально-правового аспекту полягає в тому, що арбітражна угода як самостійна угода повинна відповідати визначеним вимогам, що впливають на її дійсність. При цьому матеріально-правовий аспект дійсності арбітражної угоди припускає можливість застосування іноземного права. У визначенні дійсності угоди враховується її автономність від контракту. Крім цього, вона повинна відповідати всім умовам дійсності цивільно-правової угоди. За українським законодавством такими умовами є: відповідність змісту угоди вимогам закону; дотримання форми угоди, передбаченої законом; здійснення угоди дієздатною фізичною особою; відповідність угоди, укладеної юридичною особою, її правоздатності; волевиявлення сторін повинне збігатися з їхньою справжньою волею [5, с. 70-71].

Постає питання про правові наслідки недотримання письмової форми арбітражної угоди. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» не передбачає правових наслідків у разі недотримання форми арбітражної угоди. У зв'язку із цим доречно було в законодавстві

передбачити норму, в якій зазначалося б, що недотримання письмової форми або іншої форми, що відповідно до законодавства прирівнюється до письмової форми, буде мати правовим наслідком недійсність арбітражної угоди. Також є потреба у чіткому визначенні підстав, за наявності яких може ставитися питання про недійсність арбітражної угоди. Так, зокрема, до таких підстав можемо віднести: недотримання форми визначеної законом; відсутність дієздатності у сторін; невідповідність змісту арбітражної угоди нормам чинного законодавства держави чи міжнародного договору; відсутність вільного волевиявлення осіб під час укладення арбітражної угоди тощо.

Різний підхід щодо правових наслідків недотримання письмової форми арбітражної угоди можемо знайти і в законодавстві іноземних держав. Так, наприклад, у Франції недотримання письмової форми арбітражної угоди буде мати правовим наслідком її недійсність. А у Великобританії хоча і передбачено законодавством письмову форму арбітражної угоди, проте її недотримання може не мати правовим наслідком недійсність угоди. Так, незважаючи на Закон Великобританії «Про арбітраж», усна арбітражна угода визнається дійсною за умови, що до неї застосовується положення «загального права», а не Закону «Про арбітраж».

Неабияке значення мають колізійні норми, котрі впливають на вибір законодавства держави, що буде застосовним до дійсності арбітражної угоди. Так найбільш поширеними колізійними прив'язками, що будуть застосовуватися до арбітражної угоди, є такі: право держави місця укладення арбітражної угоди; право держави місця укладення договору, в якому міститься арбітражне застереження; право держави місця проведення арбітражу; право держави, яке обрали сторони арбітражної угоди (закон «автономії волі»); право держави, де буде винесене арбітражне рішення; право держави, до суду якої подано заяву про скасування арбітражного рішення тощо. Саме правильне обрання колізійної прив'язки і буде впливати на питання дійсності арбітражної угоди та на очікуваний і бажаний правовий результат.

У літературі можна ознайомитися з різними поглядами науковців щодо застосування колізійних прив'язок до питань дійсності арбітражної угоди. Вибір права стосовно основного договору, який містить арбітражну угоду, як правило, на думку У. Хаас, не означає вибору права стосовно арбітражної угоди. Більшість правових систем розрізняють право, яке регулює основний контракт, і право, яке регулює арбітражну угоду [6, с. 291]. На думку М. Рос, слід застосовувати те ж право, що й до основного договору, якщо тільки сторони прямо не передбачили іншого [7, с. 128]. Іншу позицію займає Р. Б. Карабельников. На його думку, автоматичне поширення норм матеріального права, вибраного сторонами, на вирішення питання дійсності арбітражної угоди є порушенням принципу відокремленості арбітражної угоди. Тільки за умови, що в документі, підписаному сторонами, міститься пряма вказівка на те, що

обране сторонами право підлягає застосуванню і до питання дійсності арбітражного рішення, арбітри можуть оцінювати дійсність основного договору та арбітражної угоди за однаковими нормами [8, с. 81].

Право, яке необхідно застосовувати до дійсності арбітражної угоди, передбачено міжнародними договорами. Так, відповідно до п. 2 ст. VI Європейської конвенції про зовнішньоторговельний арбітраж 1961 року, ухвалюючи рішення з питання про наявність або дійсності арбітражної угоди, державні суди Договірних Держав, у яких виникло це питання, повинні будуть керуватися, якщо питання стосується правоздатності сторін, законом, який до них застосовується, а з інших питань:

а) законом, якому сторони підпорядкували арбітражну угоду;

б) за відсутності вказівок щодо цього – законом держави, в якій повинно бути винесено рішення;

в) у разі відсутності вказівок на закон, яким сторони підпорядкували арбітражну угоду, і якщо в той момент, коли це питання передано на вирішення державного суду, неможливо встановити, в якій державі повинно бути винесено арбітражне рішення, – законом, застосованим у силу колізійної норми державного суду, в якому порушено справу.

На відміну від Європейської конвенції ні Нью-Йоркська конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, ні Типовий закон ЮНСІТРАЛ не передбачають положення щодо можливості обрання права, яке може бути застосовним до питань дійсності арбітражної угоди. Проте на відміну від Нью-Йоркської конвенції ЮНСІТРАЛу ст. 28 передбачає колізійні норми, що можуть бути застосовні до суті спору.

Висновки

Форма арбітражної угоди повинна відповідати як вимогам національного законодавства місця її укладення, так і міжнародним договорам. Арбітражна угода укладається в письмовій формі. Вважаємо, що під письмовою формою необхідно розуміти:

– документ, підписаний сторонами;
– електронні повідомлення, які сторони передають за допомогою повідомлень даних, що забезпечують фіксацію такої угоди;

– обмін позовною заявою та відзивом на позов, в яких одна зі сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує.

Недотримання письмової форми арбітражної угоди впливатиме на можливість розгляду спору в арбітражному суді. Така процесуальна неможливість розгляду спору в арбітражі вже є першим негативним наслідком для сторін договору.

Доречно було в законодавстві передбачити норму, в якій зазначалося, що недотримання письмової форми або іншої форми, що відповідно до законодавства прирівнюється до письмової форми, буде мати правовим наслідком недійсність арбітражної угоди.

Вважаємо за доцільне також запропонувати введення реєстрації арбітражних угод у відповідних арбітражах. Така реєстрація поряд з укладеною арбітражною угодою усуватиме будь-які сумніви та спори щодо укладення арбітражної угоди.

Таким чином, удосконалення чинного законодавства та його гармонізація із законодавством іноземних держав дасть можливість уникнути багатьох проблем, що виникають на практиці і пов'язані з правовими наслідками недотримання форми арбітражної угоди.

Список використаних джерел:

1. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24 лютого 1994 року // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 25. – Ст. 198.
2. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июля 1958 г. // Офіційний вісник України. – 2004. – № 45 (26.11.2004). – С. 329. – Ст. 3004.
3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год. с изменениями, принятыми в 2006 году. Комиссия Организации

Объединенных Наций по праву международной торговли. – Вена: Организация Объединенных Наций, 2008. – С. 1–22.

4. Мальський М. М. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти: монографія / М. М. Мальський. – Львів: Літопис, 2013. – 374 с.

5. Притика Ю. Д. Арбітражна угода: теоретичні та практичні аспекти [Електронний ресурс] / Ю. Д. Притика, П. В. Куфтирєв // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2013. – № 4(48), – С. 70–71. – Режим доступу: <http://univer.km.ua/visnyk/135.pdf>.

6. Haas U. Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral awards // Practitioner's Handbook on International Arbitration, ed. by Dr. Frank-Bernd Weigand. – München: Verlag C.H. Beck, 2002. – 410 p.

7. Roth. M. The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. // Practitioner's Handbook on International Arbitration // ed. by Dr. Frank-Bernd Weigand, Verlag C.H. Beck München, 2002. – 245 p.

8. Карабельников Р.Б. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей: Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. / Р. Б. Карабельников. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2008. – 383 с.

В статье рассмотрены вопросы требований к форме арбитражного соглашения и правовые последствия ее несоблюдения, определены этапы, на которых возникает данный вопрос, исследованы основания для признания арбитражного соглашения недействительным.

Ключевые слова: арбитражное соглашение, форма арбитражного соглашения, недействительность арбитражного соглашения, международный коммерческий арбитраж.

The article deals with the requirements to the form of the arbitration agreement and the legal consequences of its non-compliance, there are defined the stages at which this question arises, the grounds for the recognition of the arbitration agreement as invalid are researched.

Key words: arbitration agreement, form of an arbitration agreement, invalidity of an arbitration agreement, international commercial arbitration.



УДК 340.12

Юлія Івченко,*канд. юрид. наук,
докторант докторантури та аспірантури
Національної академії внутрішніх справ*

ГРОМАДЯНСЬКИЙ ПАТРІОТИЗМ ЯК ОСНОВА НАЦІОНАЛЬНОЇ ЄДНОСТІ (ФІЛОСОФСЬКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ)

Стаття присвячена аналізу сутнісних складників поняття «громадянський патріотизм» та дослідженню його фундаментальних основ і конструктивних особливостей. У роботі наголошується на тому, що громадянський патріотизм повинен бути невід'ємним складником культивування відповідальності за єдність країни та способом формування єдиного Українського народу.

Ключові слова: громадянський патріотизм, громадянська компетентність, політична культура, толерантність, моральність, законність.

Постановка проблеми. Сучасні українські реалії зумовлюють необхідність дослідження такого явища, як громадянський патріотизм, адже саме він є, можливо, єдиним дієвим способом, що здатен дійсно об'єднати країну та вивести її на якісно новий рівень. Адже сучасна Українська держава як ніколи потребує результативних методів, що здатні повернути країні її право на самостійне майбутнє та пошук найбільш ефективних шляхів для розвитку і процвітання.

Аналіз наукової літератури з даної проблематики свідчить про її всебічне вивчення в минулому та дослідження її найважливіших аспектів у сьогоденні. Так, питання патріотизму та громадянського патріотизму як його різновиду досліджувались у роботах таких дослідників, як А. А. Козлов, І. А. Зімня, Г. Л. Котова, А. В. Лубський, В. А. Колесніков, Л. А. Петрова та ін.

Метою даної статті є дослідження сутнісних складників громадянського патріотизму як основи національної єдності країни.

Виклад основного матеріалу. Загалом, громадянський патріотизм – це система знань із правової культури та дотримання вимог закону, наявність навичок оцінки політичних та правових подій і процесів у суспільстві та державі, громадянської позиції, постійної готовності до служіння своєму народу і виконання конституційного обов'язку [1, с. 32].

У контексті змістової визначеності громадянський патріотизм може характеризуватися і як громадянська відповідальність за розвиток Батьківщини з активним утвердженням позитивного сьогодення і збереженням ціннісного змісту історії для майбутнього.

Громадянський патріотизм спрямований на усвідомлення мотивів поведінки, суті взаємовідносин держави і громадянина, виховання мислячого громадянина, який здатен протистояти маніпуляціям з боку деструктивних політичних сил і засобів масової інформації та вміє раціонально обґрунтувати свою точку зору.

У цьому контексті визначальним у вихованні сучасного українського громадянина повинно бути поєднання двох начал: перш за все, це повага до закону і суспільства, а також розвиток ініціативності, відповідальності і вміння користуватися особистими свободами, тобто формування громадянської компетентності.

Слід зауважити, що компетентність означає коло питань, в яких людина добре обізнана, володіє знаннями і досвідом. Компетентна в певній галузі особа володіє відповідними знаннями та здібностями, що дозволяють їй добре орієнтуватися у даній сфері та ефективно діяти в ній [2, с. 29].

А. А. Козлов зазначає: «Громадянськість означає динамічний ціннісно-правовий зв'язок людей (спільнот), як громадян, з певною державою, що реалізований на основі їх ставлення до прав та обов'язків, закріплених у відповідних нормативних актах (конституція, закони), а також у звичаях і традиціях. Громадянськість реалізується в діапазоні від простої законослужняності до громадянської активності, а в критичні періоди вона виходить за межі, що визначають стійкість системи, та спрямована на її радикальне перевлаштування» [3, с. 15].

Термін «громадянська компетентність» був уведений І. А. Зимовою. Вона розуміє під ним сукупність знань і дотримання прав та обов'язків громадянина; свободу і відповідальність, впевненість у собі, власну гідність, громадянський обов'язок; знання і гордість за символи держави (герб, прапор, гімн). При цьому такі знання носять назву «громадянських компетенцій» [4, с. 39].

Більш детально дане поняття було сформульовано Г. Л. Котовою, яка визначає громадянську компетентність як сумарний показник вищезазначених компетенцій громадянськості, а також як комплекс громадянських знань і умінь, громадянських якостей; навичок і практичного досвіду громадської діяльності, викликаних орієнтацією суб'єкта на реалізацію громадянських цінностей [5, с. 192].

Крім цього, у визначенні громадянського патріотизму суттєве значення має активна громадянська позиція. На основі любові до Батьківщини і поваги до своєї історії, до традицій свого народу в сучасних умовах кардинальних змін формується сьогодення та майбутнє країни.

Активна життєва позиція співвідноситься з практичним утвердженням громадянського патріотизму, виявляється в готовності до подолання труднощів на сучасному етапі розвитку країни, в прагненні до забезпечення сталого та стабільного розвитку українського суспільства на всіх рівнях.

Громадянський патріотизм невіддільний від формування громадянської політичної культури, це явища однопорядкові, такі, що доповнюють один одного.

У цьому контексті політична культура націлена на формування зацікавленої участі в політичному житті, на свідоме включення громадянина в творення ефективної політичної системи і демократичного суспільства.

За допомогою громадянської політичної культури можливе утвердження основних складників політичного будівництва в Україні: верховенства закону, вільних виборів, добросовісної політичної конкуренції, змінюваності посадових осіб за допомогою конкурсної змагальності, інформаційної відкритості владних органів, системи суспільних ЗМІ, інститутів громадянського суспільства, ефективного громадського контролю і громадянського діалогу з регулярно оновлюваними владними структурами.

Гносеологічний аспект політичної культури зумовлений тим, що вона як специфічна форма ставлення суб'єкта до політичних реалій включає в себе духовно-ціннісні основи: політичні знання та цінності, цілі і принципи, ідеї, теорії і програми; погляди, уявлення і орієнтації; традиції, форми, способи і методи політичної організації і діяльності. Даний аспект орієнтований на пізнання основ і дозволяє охарактеризувати якісний бік розуміння реальності (яким є об'єкт і як здійснюється пізнання політичного буття? яка результативність процесу пізнання?). Хоча розглядається і кількісний складник пізнання реальності (які рівні пізнавального процесу і ступінь його засвоєння? що необхідно для результативної культивування духовно-ціннісного складника політичної культури і повноцінної участі громадян у процесі перетворюючої діяльності?).

Що ж стосується функціонального аспекту політичної культури, то він пов'язаний з її конкретними проявами в політичному житті і у взаємозумовленості підвидами глобальної культури – економічної, правової, моральної, релігійної; політичними і соціальними цінностями; способами дій індивідів і громадських груп; нормами, еталонами, зразками політичної діяльності, які регулюють відносини і поведінку суб'єктів (актуальні нормативні і регулятивні аналітичні аспекти); різними політичними інститутами і організаціями, політичною системою в цілому (інституційний аспект). Функціональні взаємозв'язки дозволяють охарактеризувати феномен як якісний предикат суб'єкта

політичної діяльності, міру його політичного розвитку і толерантності.

Опосередкованою формою взаємозв'язку громадянського патріотизму і громадянської політичної культури повинна виступати толерантність у широкому розумінні змісту цього слова. Толерантність у даному разі можна визначити як терпимість до чужого способу життя, поведінки, думок, звичаїв, почуттів, переконань. Це один з основних демократичних принципів, нерозривно пов'язаних із концепціями плюралізму, соціальної свободи і прав людини, який став утверджуватися як загальнозначимий принцип людського спілкування після буржуазних революцій, однак до цього часу часто порушується та відкидається як на міжособистісному, так і на державному рівні [6, с. 41].

Отже, підсумовуючи, можна визначити, що громадянський патріотизм – це система цінностей, які людина надає суспільству, а держава – громадянину. Таке визначення громадянського патріотизму впливає з його історичної та практичної, а також теоретичної та змістової сутності.

Патріотизм має безліч різних визначень, що включають як позитивні, так і негативні його оцінки. На відміну від нього, громадянський патріотизм у цьому сенсі є менш різнополярним. І пов'язано це з тим, що поняття «громадянин» вже має певну єдино визначену і правову сутність приналежності до одного народу і до одного державного утворення – безпосередньо держави або союзного об'єднання на федеративній чи конфедеративній основі. Характерний приклад – Ізраїль, Швейцарія, Румунія.

У цьому контексті наділене певним духовним змістом визначення патріотизму як любові до Батьківщини у понятті громадянського патріотизму конкретизується конкретними цінностями, які держава створює і надає своєму громадянину, виконуючи свою обслуговуючу функцію, і громадянин на базі створених умов формує та віддає суспільству свої людські цінності, реалізуючи вміння, здібності і талант. А негатив нівелюється системою моральних принципів і традицій, прийнятих більшістю суспільства правил і установок. У цьому разі любов до Батьківщини доповнюється повагою до держави і на основі цього виникає щира любов до Батьківщини.

Громадянський патріотизм стає чинником суспільно-політичного життя лише в разі його визнання і підтримки більшістю громадян країни, що безпосередньо пов'язано із сутнісним визначенням даного поняття.

Якщо аналізувати наше сьогодення, то виникає питання: «Чи пов'язують громадяни нашої країни поняття «Батьківщина» та «держави», чи дані поняття є різноспрямованими?».

Якщо з Батьківщиною все відносно зрозуміло, тому що це поняття більше пов'язане з місцем народження, то з державою абсолютно все суперечливо і залежить в основному від ступеня залученості в суспільні процеси окремого громадянина, а також від кількості та якості благ, отриманих ним від держави. При цьому

суперечливість виникає саме на основі невідповідності відданого державі і отриманого від неї, і часто ті, хто віддає більше, створюючи цінності, отримують менше і, навпаки, ті, хто їх не створює, отримують більше. При цьому в останніх не виникає особливої любові до Батьківщини як джерела їх збагачення і, навпаки, ця любов, як правило, – доля обділених і її підносять їм як моральне задоволення.

Л. М. Толстой зазначав: «Патріотизм у найпростішому, ясному і безсумнівному значенні своєму є не що інше для правителів, як знаряддя для досягнення владних і корисливих цілей, а для керованих – зречення від людської гідності, розуму, совісті і рабське підпорядкування себе тим, хто при владі. Так він і проповідується всюди, де проповідується патріотизм».

Це визначення підтверджує висновки про те, що і дотепер патріотизм використовується в деяких країнах як знаряддя в руках «еліт».

У сучасній Україні громадянський патріотизм повинен бути невід'ємним складником культивування відповідальності за єдність країни, що виявляється у конкретних формах: територіальна цілісність, політична і соціальна стабільність, міжетнічна згода, міжконфесійне взаєморозуміння та формування нової надетнічної спільноти українських громадян – єдиного Українського народу.

Саме тому для виховання справжніх патріотів своєї країни необхідно, щоб перш за все держава створювала умови, а громадяни, молоді насамперед, реалізовували свої вміння, здібності і талант, взаємно збагачуючи один одного створюваними цінностями.

У цьому сенсі роль держави змінюється: вона з апарату управління стає корпорацією з обслуговування своїх громадян, що, по суті, є найбільш справедливим підходом до розуміння змісту, що закладається у поняття країни, побудованої на основі демократії.

У цьому разі природна самодостатність людини, що виявляється через формування її особистості, все менше потребує керованого насильства і все більш схиляється до взаємного обслуговування. При цьому якість цього обслуговування перебуває в прямій залежності не стільки від його кількості, скільки від якості умов, створених самою державою для реалізації здібностей і таланту кожного громадянина залежно від кількості результатів його вмінь, спрямованих на благо держави.

Зміні організуючої ролі держави обов'язково має передувати визначення доктрини розвитку самого суспільства як системи фундаментальних вимог – основ, що базуються на традиційних цінностях народу, що їх створює.

Постулати-цінності залишаються незмінними, і вони визначаються інтеграційними вимогами творчого еволюційного суспільного розвитку. Основним із них є Миролюбність. Адаже про який суспільний розвиток може бути мова в стані війни або конфлікту? Історично сформованій та перевіреній історією іслів «аби не було війни» є основою самого існування суспільства і невід'ємним складником його розвитку.

Наступним за важливістю постулатом-вимогою розвитку суспільства та держави є його Моральність. Бо про який розвиток може йти мова в аморальному суспільстві? Безсумнівно, неправда може принести ілюзію «розвитку і зміцнення могутності держави», що дуже характерно для будь-якого роду модернізації, яка мине етап оптимізації. Але ця ілюзія триватиме недовго, і її наслідки будуть руйнівними як для суспільства, так і для самої держави. Традиційна моральність, що склалася століттями свого становлення і виражена в християнських заповідях, була і залишається непорушним фундаментом суспільного розвитку.

Третьою, похідною від перших двох, вимогою-постулатом суспільного та державного розвитку є Законність, заснована на Моральності і Миролюбності. Знову ж таки про який розвиток можна говорити, якщо не встановлені основоположні правила суспільного існування? Правила, що базуються на абсолютному непорушенні природних законів і неухильному дотриманні духовних постулатів. Сформульована таким чином Законність є гарантом поступального суспільного розвитку.

Позначивши фундаментальні основи і конструктивні особливості обслуговуючої держави, а також прийнявши основні правила суспільного розвитку, варто переходити до формування народної більшості як домінуючої сили суспільства і держави, здатної перетворити програмні стратегічні наміри у практичні дії для досягнення поставлених цілей – творчого розвитку суспільства і становлення його обслуговуючої держави.

Народна більшість є основою права суспільства на зазначені перетворення.

В умовах сьогодення, на жаль, виявилася негативна тенденція, пов'язана з недооцінкою насправді талановитих і здібних особистостей, що відкрили свій творчий хист і частково реалізували свій талант та не стали через недостойну матеріальну оцінку їхньої праці і їхніх досягнень прикладом для інших. Право на щасливе і гідне життя, за дуже рідкісним винятком, так і залишається повсюдно нереалізованим. Однак воно є, і воно може стати правилом у разі його прийняття більшістю населення країни і громадян держави.

Конституційні положення про громадянина як джерела, носія, суверена закріплені в нині чинному основному правовому документі держави – Конституції. Але реальне його наповнення залишається незатребуваним, бо суспільством не вказано шлях до творчої сутності людини, а державою не створені умови для його творчого розвитку [7, с. 1].

Отже, особисте визначення напряму шляху і надання громадянину методу для його самореалізації відкриває можливість для всезагального розуміння такого бажаного і природно зумовленого права на щастя та формування громадської думки за необхідності подолання критичної маси і реального згуртування народної більшості на основі закладених у визначенні принципів громадянського патріотизму.

Висновки

Отже, патріотизм – один із найважливіших складників загальнонаціональних ідей, які об'єднують на духовній основі найрізноманітніші нації. Зміст цих ідей у різних країнах був і залишається різним. В одних країнах – це свобода і незалежність, в інших – віра в богообраність народу, або ж під ідеєю патріотизму розуміється добробут і забезпеченість кожного громадянина країни, тобто у кожного є власний шлях.

На рівні ж суспільної свідомості під патріотизмом розуміється національна і державна ідея єдності і неповторності даного народу, яка формується на основі традицій, звичаїв, історії і культури кожної конкретної нації. На рівні індивідуальної свідомості патріотизм виражається в любові до своєї Батьківщини, гордості за свою країну, прагненні принести користь своєму народові.

Таким чином, патріотизм, а в нашому випадку його різновид – громадянський патріотизм, – це один зі складових елементів структури суспільної свідомості, в якому відображено ставлення особистості до своєї Батьківщини, країни та народу. Для держави патріотизм виступає частиною ідеології, для суспільства – частиною способу життя, для особистості – сенсом життя.

Тому патріотизм – це не рух проти чогонебудь, а рух за ті цінності, якими володіє суспільство, держава та людина. Це, перш за все, стан духу і душі людей, їх соціальна та громадянська активність. А змістове наповнення патріотизму залежить від конкретних історичних умов життя суспільства, політики, влади, па-

нівних груп, політичних партій, цілей і завдань, що стоять перед ними.

Список використаних джерел:

1. Осипов Г. В. Социологический словарь / авт.-сост.: Осипов Г.В., Москвичев Л. Н., Чернощек О. Е. – М.: Норма, 2010. – 608 с.
2. Большой психологический словарь / под ред. Б. Г. Мещерякова, В. П. Зинченко. – 3-е изд. – М.: Прайм-Еврознак, 2003. – 632 с.
3. Козлов А. А. О патриотизме. Основные понятия и краткий исторический аспект. О патриотизме и гражданственности : учеб. пособие [для студентов, работников сферы молодежной политики и педагогов] / под ред. д. с. н., проф. А. А.Козлова. – СПб.: «Элексис Принт», 2005. – 228 с.
4. Зимняя И. А. Ключевые компетенции – новая парадигма результата современного образования / И. А. Зимняя // Компетенции в образовании: опыт проектирования : сб. науч. тр. / под ред. А. В. Хуторского]. – М.: ИНЭК, 2007. – С. 33–45.
5. Котова Г. Л. Индикаторы сформированности гражданской компетентности // Компетенции в образовании: опыт проектирования: сб. науч. тр. / Г. Л. Котова ; под ред. А.В. Хуторского. – М.: ИНЭК, 2007. – С. 189–195.
6. Бородин И. Б. Понятия и термины политической науки: словарь-справочник для студентов всех специальностей / И. Б. Бородин, В. А. Колесников, М. А. Сукиасян, А. Н. Буров. – Волгоград: Комитет по печати, 1995. – 48 с.
7. Valyanko. Гражданский патриотизм – основа Народного большинства / Valyanko // Livejournal, 2013 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://valyanko.com/595.html>

Статья посвящена анализу сущностных составляющих понятия «гражданский патриотизм» и исследованию его фундаментальных основ и конструктивных особенностей. В работе подчеркивается, что гражданский патриотизм должен быть неотъемлемой составляющей культивирования ответственности за единство страны и способом формирования единого Украинского народа.

Ключевые слова: гражданский патриотизм, гражданская компетентность, политическая культура, толерантность, нравственность, законность.

The article is devoted to the analysis of the components of the concept of «civil patriotism» and to the study of its fundamental foundations and constructive features. The work emphasizes that civil patriotism should be an integral part of the responsibility for the unity of the country and the way to form a single Ukrainian people.

Key words: civil patriotism, civil competence, political culture, tolerance, morality, legality.



Я. В. Лазур,

доктор юридичних наук, професор,
декан юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ Н. В. КОВАЛЕНКО «ТЕОРІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ»¹

Актуальність теми монографії зумовлена теоретичними і практичними проблемами визначення сутності адміністративно-правових режимів в Україні, зокрема тим, що в останні два десятиліття наукові кола сприйняли як належне роздільність критеріїв виокремлення значної кількості правових режимів. У якості таких критеріїв здобувачі визначали суб'єктів (наприклад, правовий режим фонду гарантування вкладів фізичних осіб), інші – території (морські простори Чорноморсько-Азовського басейну; землі міжнародних автомобільних транспортних шляхів; зони надзвичайних екологічних ситуацій; національні природні парки; Арктику), види діяльності (правовий режим забезпечення кредитних зобов'язань), майно (правовий режим майна, що є в комунальній власності; іменних пайових цінних паперів; акредитиву; власних надходжень бюджетних наукових установ; майна суб'єктів підприємницької діяльності, майна селянських (фермерських) господарств; земельні ділянки для садівництва громадян) та ін. Сьогодні в теорії адміністративного права та практики його застосування є необхідність підвищення ефективності режимного адміністративно-правового регулювання суспільних відносин. Недостатність наукових розробок із цієї проблематики, недосконалість нормативних засад регулювання у зазначеній сфері зумовлюють актуальність комплексного дослідження адміністративно-правових режимів.

Хоча проблемам адміністративно-правових режимів у юридичній науці приділено досить багато уваги, досі відсутня узгоджена позиція щодо розуміння терміна «адміністративно-правовий режим», його змістового наповнення та видових характеристик, що не дозволяє визначити призначення та зміст адміністративного права як правової галузі, впровадити в життя основні ідеї його реформування.

Дослідження Н. В. Коваленко певною мірою запобігло зазначені вище теорії адміністративного права як галузі права. Воно є складовою частиною наукових досліджень, пріоритетність яких визначається загальнодержавними та відомчими програмними документами. Зокрема, дослідження має безпосереднє відношення до

Концепції адміністративної реформи в Україні, відповідає Основним науковим напрямкам та найважливішим проблемам фундаментальних досліджень у галузі природничих, технічних і гуманітарних наук на 2014–2018 рр.

Треба визнати належним методологічний підхід щодо дослідження окреслених проблем. Він свідчить про достатній рівень володіння дисертантом сучасними методами наукового пізнання.

Робота складається зі вступу, п'яти розділів, сімнадцяти підрозділів, висновків, списку використаних джерел, додатків. Структура монографії виглядає досить обґрунтованою та логічною. Її перший розділ присвячений визначенню поняття та ознакам публічних послуг (підрозділ 1.1). Автором розкриваються історико-соціальні передумови виникнення адміністративно-правових режимів, визначається нормативне забезпечення адміністративно-правових режимів в Україні (підрозділи 1.1, 1.2).

Розкрито місце та значення адміністративно-правових режимів у механізмі адміністративно-правового регулювання, досліджені адміністративно-правові відносини, що передбачають режимне регулювання, а також особливості реалізації правових норм в умовах дії адміністративно-правових режимів (підрозділи 2.1, 2.2). Встановлено особливості реалізації правових норм в умовах дії адміністративно-правових режимів (підрозділ 2.3).

У третьому розділі розкрито місце адміністративно-правових режимів у системі державного регулювання суспільних відносин, адміністративно-правові режими досліджені як специфічні правові регулятори суспільних відносин. Визначено об'єкти правового регулювання, функції та зміст адміністративно-правових режимів.

Четвертий розділ присвячений дослідженню системи адміністративно-правових режимів. Визначено критерії для класифікації адміністративно-правових режимів. Досліджено адміністративно-правові режими, що раніше не були предметом окремих наукових праць, а саме адміністративно-правовий режим публічного майна, адміністративно-правові режими використання природних ресурсів

П'ятий розділ спрямований на визначення перспектив функціонування адміністративно-правових режимів. Визначаються шляхи розвитку режимного адміністративно-правового регулювання, засобів функціонування адмі-

¹ Коваленко Н.В. Теорія адміністративно-правових режимів / Наталія Володимирівна Коваленко. – Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – 432 с.

ністративно-правових режимів, забезпечення функціонування адміністративних режимів, а також місце концепції адміністративно-правових режимів у теорії адміністративного права.

Заслужують на увагу положення та рекомендації, що містяться у висновках даної роботи. Насамперед, це стосується пропозиції щодо виділення таких основних груп адміністративно-правових режимів: 1) адміністративно-правові режими, якими сьогодні хибно називають комплексні галузі права (право телекомунікацій – адміністративно-правовий режим у сфері телекомунікацій, медичне право – адміністративно-правовий режим у медичній сфері, освітнє право – адміністративно-правовий режим в освітній сфері, земельне право – адміністративно-правовий режим у сфері земельних правовідносин та ін.); 2) спеціальні адміністративно-правові режими, або адміністративно-правові режими у сфері державної безпеки (адміністративно-правовий режим антитерористичної операції, адміністративно-правовий режим військового стану, адміністративно-правовий режим перебування і пересування іноземців та осіб без громадянства на території України, митний режим, надзвичайний стан (останні не містять у своїй визначеній законом назві вказівку «адміністративний», що не змінює їх суті як

адміністративно-правових режимів) та ін.); 3) адміністративно-правові режими, успішна реалізація яких дає змогу провести реформування системи публічного управління в окремих напрямках (адміністративно-правовий режим євроінтеграції, адміністративно-правовий режим реформування пенсійної сфери, адміністративно-правовий режим реформування в галузі освіти, адміністративно-правовий режим реалізації судової реформи та ін.).

Вибрана структура монографії дала змогу автору послідовно і системно проаналізувати широкий спектр питань, які стосуються проблематики, що досліджувалась. Автор виклав матеріал логічно, із дотриманням відповідного співвідношення загальних та конкретних питань, сформулював необхідні наукові дефініції.

Отже, монографія Н. В. Коваленко «Теорія адміністративно-правових режимів» є концептуальною, комплексною і фундаментальною науковою працею, виконаною на актуальну тему, та має наукову й практичну цінність. Результати дослідження можуть бути використані науковцями, працівниками органів державної влади та місцевого самоврядування, публічними службовцями, викладацьким персоналом, слухачами та студентами ВНЗ та тими, чия діяльність пов'язана з даною сферою.

НОТАТКИ



Увага!

**Триває передплата на журнал
«Підприємництво, господарство і право»,
яку можна оформити в будь-якому відділенні
поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».**

Наш передплатний індекс – 74576.