10 2018 (272)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

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

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

Головний редактор
Крупчан Олександр Дмитрович

Редакційна колегія:

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

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ірина Бондар
Проблемні питання сімейних особистих немайнових прав у нотаріальних провадженнях 5

Наталія Вінтоняк
Корпоративні відносини в аспекті відносин між подружжям 10

Катерина Гичка
Особливості судового розгляду справ про встановлення факту батьківства та материнства (на матеріалах судової практики) 15

Тетяна Красвітна
Поняття та правова природа зобов'язання подружжя по утриманню 21

Ірина Лукасевич-Крутник
Система договорів, що опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг 26

Любов Майданик
Поняття оригінальності твору в авторському праві: досвід ЄС, України та інших зарубіжних країн 32

Ольга Мостовенко
Поняття, ознаки та класифікація лікарських помилок 37

Олексій Недошовенко
Корпоративний договір та договір між акціонерами товариства: порівняльний аналіз 41

Валерія Прущак
Роль судді під час здійснення процедури врегулювання спору за участю судді: проблемні аспекти та шляхи їх подолання 44

Ліліана Сіщук
Новели законодавства щодо корпоративного договору 49

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олена Беляневич
Про предмет значного правочину 55

Анна Костюкова
Деякі аспекти державного регулятивного впливу на економіку театрально-концертної діяльності 61

Анна Пастух
Правове регулювання формування та функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом в Україні 68

Наталія Петренко
Врегулювання спору за участю судді в господарському судочинстві 73

Георгій Смірнов
Арбітрабельність корпоративних спорів: особливості правового регулювання в Україні та іноземних державах 78

Віталій Чернега
Договір комерційної концесії за цивільним та господарським законодавством України (порівняльно-правове дослідження) 84

ТРУДОВЕ ПРАВО

Наталія Максименко
Зловживання правом сторонами трудових правовідносин 89

Олена Назимко
Заробітна плата за нормами сучасного міжнародного трудового права 94

Віталій Соболенко, Ірина Сокольська
Імплементація європейського досвіду мотивації праці в український ринок кадрів 99

АГРАРНЕ ПРАВО

Сергій Лушпаєв
Новели правового становища сімейного фермерського господарства 104

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Максим Балаценко
Застосування принципу numerus clausus при визначенні переліку речових прав на землю за законодавством України 108

Олена Літошенко
Право постійного користування земельною ділянкою: особливості об'єктного та суб'єктного складу 113

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Христина Марич
Мета та завдання адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки в Україні 118

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Вячеслав Білецький
Взаємодія оперативних підрозділів Державної прикордонної служби України з оперативними підрозділами інших органів на території проведення операції об'єднаних сил 122

Юрій Буглак
Форми, методи й критерії розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування 127

Олег Дубинський
Суб'єкти здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні 131

Сергій Москаленко
Проблеми нормативно-правового регулювання наукових досліджень
у галузі цивільної авіації України.....136

Ігор Пастух
Межі службових та представницьких повноважень у конфлікті інтересів.....140

Ольга Спектор
Застосування підходів
обережності й перестороги в управлінні та захисті живих природних ресурсів.....146

Володимир Столбовий
Актуальні питання службових правовідносин у сфері національної безпеки України.....150

С. Уварова
Поняття й види учасників виконавчого провадження.....155

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Ірина Берестова
Форми взаємозв'язку конституційного провадження і цивільного судочинства.....160

Олександр Кузьменко, Яна Григоренко
Імплементація міжнародних стандартів у сфері реалізації
права громадян на мирні зібрання в Україні.....166

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Світлана Грищенко
Попередній податковий контроль: теоретичний аспект.....171

Сергій Іванов
Принципи державної митної політики в Україні:
поняття, зміст і критерії класифікації.....179

Олена Черненко
До питання захисту інтересів вкладників банків.....186

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Марина Андріяшевська
Сучасний зарубіжний досвід у сфері соціальної реабілітації дітей –
жертв кримінальних злочинів.....190

Микола Карпенко
Особливості суб'єктів
військових злочинів за кримінальним законодавством
окремих держав світу.....195

Роман Ніколенко
Кримінальна відповідальність за ст. 365-2 Кримінального кодексу України:
питання диференціації.....200

КРИМІНАЛІСТИКА

Анна Мировська, Леся Патик
Роль деяких учасників слідчо-оперативної групи в діяльності
щодо збору криміналістично значущої інформації
під час огляду місця події.....204

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

СУДОУСТРІЙ

Наталія Бондарчук, Анастасія Бугайчук
Проблеми правового регулювання медіації в Україні..... **209**

Валерія Рядінська, Олена Карпушова
Кваліфікаційна атестація суддів в Україні як необхідна умова забезпечення принципу незалежності судової влади..... **214**

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Наталія Блажівська
Тлумачення поняття майна у практиці Європейського суду з прав людини..... **219**

Арсен Кулієв, Вікторія Кульбаба
Правовий зміст та особливості поняття «юрисдикція» в міжнародному морському праві..... **224**

Марія Михайлів
Міжнародні договори України про правову допомогу в цивільних справах як джерело правового регулювання спадкування за заповітом у міжнародному приватному праві..... **229**

РЕЦЕНЗІЇ

Михайло Бурдін
Рецензія на монографію І.О. Грицай «Механізм забезпечення принципу гендерної рівності: теорія та практика»..... **234**

Михайло Лошицький
Рецензія на монографію Чорної Вікторії Григорівни «Адміністративно-правові обмеження в парадигмі права»..... **236**

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 № 9 від 24.10.2018 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 29.10.2018. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 27,67. Обл.-вид. арк. 24,79.
Тираж – 255. Замовлення № 1118/159
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2018.

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

УДК 346.961:347.121.1

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

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ СІМЕЙНИХ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ У НОТАРІАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

Стаття присвячена проблемним питанням реалізації та захисту особистих немайнових прав у різних нотаріальних провадженнях. Досліджуються аспекти можливості врегулювання особистих немайнових відносин шлюбним договором та питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей.

Ключові слова: нотаріус, особисті немайнові права, шлюбний договір, діти, посвідчення правочинів.

Постановка проблеми. Загальне сприйняття сімейних особистих немайнових прав і відповідних правовідносин у нотаріальних провадженнях слід, на нашу думку, структурувати на системній моделі нотаріальних процесуальних правовідносин [1] та системності в застосуванні договорів [2], що відображено у різних моделях сімейних договорів та їх окремих різновидах, які узгоджено визначають питання сімейних відносин [3]. Тому у статті зосередимо увагу на дискусійних питаннях, що стосуються можливості врегулювання особистих немайнових відносин шлюбним договором та розглянемо проблемні аспекти особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей, тому що нині ці питання набувають актуальності та залишаються відкритими, оскільки не знайшли свого остаточного вирішення.

Мета дослідження. Автор поставив собі за мету дослідити можливість урегулювання особистих немайнових прав у шлюбному договорі та питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей.

Стан дослідження. До вчених, які свої праці присвятили дослідженню проблем шлюбного договору, слід віднести І. В. Жилінкова, О. М. Калітенко, С. Я. Фурсу та інші. Питання регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері розкривають такі науковці, як В. І. Бобрик, О. В. Михальнюк, О. М. Нікітюк, І. В. Спасибо-Фатєєва та інші.

Виклад основного матеріалу. Одразу звернемо увагу на те, що у ст. 92 СК обмежується право неповнолітніх на безпосереднє укладення шлюбного договору до реєстрації шлюбу, оскільки в цьому разі потрібна письмова згода їхніх батьків або піклувальників, засвідчена нотаріусом. Вважаємо, що це положення абсолютно не узгоджується з реальними правовідносинами, оскільки шлюб накладає на подружжя і без шлюбного договору певні зобов'язання, а з моменту реєстрації шлюбу особи набувають повної дієздатності. А дозволяти або забороняти батькам або піклувальникам укладати договір без ознайомлення з його змістом – це просто нелогічно, однак саме так у ст. 92 СК тлумачаться повноваження батьків або піклувальників. При цьому будь-яка участь цих осіб в укладанні шлюбного договору і його посвідченні не передбачена, оскільки він почне діяти з моменту реєстрації шлюбу.

Згідно ж зі ст. 93 СК шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки. Шлюбним договором можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків. Шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми.

Таке обмеження змісту шлюбного договору лише регулюванням майнових прав та обов'язків викликало у науці та практиці дискусію щодо особливостей тлумачення цього положення СК та доцільності врегулювання у шлюбному договорі й особистих немайнових прав подружжя.

Так, С. Я. Фурса зазначає, що така редакція норми закону потребує відповідного тлумачення, оскільки неконкретність цієї норми зумовлює неможливість її застосування. Тому реально можна тлумачити особисті права лише у межах глави 6 «Особисті немайнові права та обов'язки подружжя», а інші питання вносити до змісту шлюбного договору, що випливає із загальновідомого

© І. Бондар, 2018

правила: все, що не заборонено, дозволено [4, с. 257].

Звернемо увагу й на той факт, що у ст. 99 СК встановлене право на утримання одного із подружжя і незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі на умовах, визначених шлюбним договором. Дане положення, загалом, слід розцінювати як порушення принципу рівності сторін та правила про рівність прав жінки та чоловіка, а це є порушенням ст. 21, частин 2 та 3 ст. 24, ч. 1 ст. 51 Конституції України. Тому такий шлюбний договір може бути визнаний судом нікчемним, якщо підстави для встановлення утримання не будуть належно обґрунтовані. З цього відносно простого висновку випливає, що в шлюбі відчувається нерівність і певні особисті нематеріальні права одного із подружжя домінують над правами іншого з подружжя. Наприклад, коли один із подружжя за його позицією жертвує власною кар'єрою задля забезпечення інтересів сім'ї, то інший зобов'язується компенсувати таку втрату за власний рахунок, і знов таки в інтересах сім'ї. Наскільки такі відносини в майбутньому будуть тривалими, важко передбачити. Але іноземна юридична практика знає випадок, коли за народження дитини від мільйонера громадянка України отримала мільйон доларів США. Тому говорити про законність такої умови шлюбного договору за українським законодавством і відповідними традиціями українського народу не доводиться.

Після такого порівняння вважаємо дивною таку дискусію. Так, С. Я. Фурса допускає можливість регулювання шлюбним договором права кожного з подружжя на віросповідання, а також на виховання у дітях прихильності до якоїсь релігії або неможливість поширення виховання на питання віросповідання дитини до досягнення нею повноліття [5, с. 360-361]. І. В. Жилінкова, навпаки, вказує, що зазначена норма досить чітко окреслює межі шлюбного договору в цьому сенсі. Вона однозначно наголошує на неможливості включення до шлюбного договору будь-яких умов особистого характеру. Тому не відповідатимуть закону ймовірні умови шлюбного договору, запропоновані С. Я. Фурсою, щодо встановлення права кожного із подружжя на віросповідання або на виховання в дітях прихильності до якоїсь релігії [6, с. 126].

Загалом погодитися з думкою І. В. Жилінкової щодо начебто дуже чіткого окреслення у наведеній нормі меж шлюбного договору в цьому сенсі не можна.

Натомість уведення будь-якої заборони на врегулювання шлюбним договором особистих немайнових правовідносин взагалі не видається доцільним.

Очевидно, правильною натепер слід вважати позицію О. В. Михальнюк, яка полягає в тому, що в Україні в сучасних умовах існує тенденція до позитивного вирішення питання про регулювання шлюбними договорами, поряд із майновими відносинами, також і особистих немайнових, але за умови, що гарантовані Конституцією України права людини не порушуватимуться [7, с. 91-92]. Отже, натепер таких заборон вже фактично не існує. У зв'язку з цим В. І. Бобрик на підставі аналізу ст. 7, 9 СК робить цілком обґрунтований висновок, що СК не виключає договірного регулювання особистих немайнових відносин сімейного характеру, крім як у ч. 3 ст. 93 СК, в якій встановлена пряма заборона регулювання шлюбним договором особистих відносин подружжя, а також особистих відносин між ними та дітьми [8, с. 234]. Таким чином, на його погляд, вбачається штучність обмеження, встановленого зазначеною нормою [8, с. 237].

На наш погляд, з огляду на те, що сімейне законодавство дозволяє врегулювання особистих немайнових відносин договором, у шлюбному договорі, як у жодному іншому, особисті немайнові відносини повинні бути врегульовані. Правова природа шлюбного договору є сімейною, а не цивільною. У сфері сімейних відносин особисті немайнові правовідносини відіграють набагато більше значення, ніж майнові. Чоловік та жінка, вступаючи у шлюб, реалізують саме наявні у них особисті немайнові права на сім'ю (ст. 291 ЦК) та на особисте життя (ст. 301 ЦК), а шлюбні сімейні відносини, власне, і виникають унаслідок особистих немайнових благ. Отже, сімейні відносини – це більше особисті немайнові. Може, ще навіть більші, ніж майнові. Для нас виглядає нелогічним, що інститут шлюбного договору із забороною регулювати особисті немайнові права закріплений у СК у тому вигляді, що він регулює тільки майнові відносини. Цим він втрачає свою сімейно-правову природу, перетворюючись більше в цивільно-правовий договір. Задля того, щоб шлюбний договір дійсно став шлюбним, а не цивільно-правовим, він повинен містити в собі й умови щодо врегулювання особистих немайнових прав та обов'язків подружжя.

У шлюбних договорах не лише можна, а й необхідно, щоб майбутнє подружжя зафіксувало спільні підходи до врегулювання сімейних відносин особистого немайнового характеру. Такими можуть бути не лише відносини щодо права кожного з подружжя на віросповідання, на виховання у дітях при-

хильності до якоїсь релігії або неможливість поширення виховання на питання віросповідання дитини до досягнення нею повноліття, як на те цілком правильно вказує С. Я. Фурса, а й, наприклад, взагалі питання щодо наявності дітей у сім'ї або їх кількості. І в аспекті цих правовідносин виглядає недосконалим правове регулювання особистого немайнового права на життя, визначеного ч. 6 ст. 281 ЦК, згідно з якою штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки. Отже, як видається, у вирішенні питання про штучне переривання вагітності згода чи незгода чоловіка, який є майбутнім батьком, на таке переривання вагітності взагалі не враховується. У зв'язку з цим не виключено, що цей чоловік в межах такого шлюбу взагалі не зможе реалізувати особисте немайнове право, яке йому надане законодавством, – право на батьківство (ст. 50 СК). У разі, якщо шлюбний договір міг би містити положення щодо особистих немайнових прав та обов'язків, то реалізація такого права чоловіка могла би відбутися. А з огляду на те, що згідно з ч. 2 ст. 50 СК відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини взагалі може бути законодавчо визначеною причиною розірвання шлюбу, то заборона на включення у шлюбний договір положення щодо наявності дітей у шлюбі загалом виглядає не лише штучною, а й шкідливою та такою, що з більшою часткою ймовірності може призвести до руйнування сім'ї. Аналогічне право на народження дитини гарантується СК й жінці, отже, такі права мають регламентуватися шлюбним договором. У зв'язку з наведеним пропонуємо удосконалити не лише ст. 93 СК на предмет скасування заборони щодо врегулювання у шлюбному договорі особистих відносин подружжя, а й положення ч. 6 ст. 281 ЦК на предмет обумовлення можливості штучного переривання вагітності жінкою, яка перебуває у шлюбі, згодою на це чоловіка або бодай тими зобов'язаннями щодо материнства, які дружина взяла на себе у шлюбному договорі.

Не дивно, що, якщо встановлена «запрограмованість» умов шлюбного договору в Україні, в нотаріальній практиці лише незначна кількість громадян посвідчує такий договір, хоча в розвинених країнах такий договір користується істотним попитом. З огляду на те, що сімейне законодавство дозволяє врегулювання особистих немайнових відносин договором, повинна бути можливість врегулювати особисті немайнові відносини і в шлюбному договорі. Тому об'єктивно варто переглянути умови посвідчення шлюбного договору та його зміст відповідно до принципу свободи договору, щоб громадяни хоча б замислювалися над питаннями майбутнього життя їхньої сім'ї, а не спрощувати процедуру реєстрації шлюбу і робити її формальною. Тому варто звернути увагу на той аспект, що, якщо змінити назву договору зі шлюбного договору на сімейний, в осіб виникає право регламентувати будь-які відносини, а не тільки майнові [9, с. 48] чи посвідчити у нотаріуса шлюбний договір з елементами виховання та визначення місця проживання дитини (змішаний договір) [10, с. 84].

Тепер розглянемо питання особистих немайнових прав при посвідченні правочинів щодо дітей. Якщо можливість урегулювання особистих немайнових прав у шлюбному договорі є дискусійною, то цього не можна сказати про сімейні договори щодо дітей. Так, наприклад, ч. 1 ст. 109 СК передбачає, що подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той із батьків, хто буде проживати окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Згідно з ч. 4 ст. 157 СК батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. У практиці такі договори дістали назву договорів про визначення місце проживання та виховання дитини. Безумовно, у цих договорах знаходять свою реалізацію особисті немайнові права та обов'язки батьків та дітей. Такі договори є чи не найбільш поширеними з усіх сімейних договорів щодо особистих немайнових прав.

На процедуру посвідчення таких договорів поширюються загальні положення нотаріальної процедури щодо посвідчення договорів, з певними особливостями. Так, насамперед, у разі посвідчення такого виду договорів нотаріус поряд із низкою загальних умов відповідності договорів вимогам законодавства повинен перевірити, чи не порушує він прав та інтересів дитини. Як свідчить нотаріальна та судова практика, у нотаріальній практиці трапляються випадки очевидного порушення прав дитини.

Так, приватним нотаріусом Київського міського нотаріального округу Т. І. Лубніною 30.03.2010 між ОСОБА_1 та ОСОБА_2 як подружжям був посвідчений договір про режим виховання та забезпечення їхніх спільних дітей під час та після розірвання шлюбу, зареєстрований у реєстрі за

№ 694. Умовами договору було визначено, що дитина буде проживати з обома батьками за графіком: з одинадцятої години неділі до дев'ятої години четверга з матір'ю, а з дев'ятої години четверга до одинадцятої години неділі – з батьком. Такий договір був розірваний рішенням Шевченківського районного суду м. Києва від 17.07.2012 з огляду на те, що з умов даного договору вбачалося, що фактично місце постійного проживання дитини не було визначене. Договором був встановлений режим проживання дитини, що не відповідав інтересам дитини, не сприяв її фізичному та духовному розвитку, а, навпаки, негативно впливав на стан її фізичного та психічного здоров'я [11].

І справді, з таким висновком суду слід погодитися, якщо під час розгляду справи були представлені належні і допустимі докази погіршення стану здоров'я дитини тощо. Дитина повинна мати певне місце проживання, хоча це положення деякою мірою і суперечить ч. 6 ст. 29 ЦК. Постійна зміна цього місця є важкою навіть фізично, не призводить до створення комфорту для дитини. Тому такі випадки, коли подружжя, визначаючи місце постійного проживання дитини фактично порівну ділять час, який кожний із подружжя проводитиме з дитиною, є не завжди виправданим. Але ділити тиждень по днях та годинах нераціонально, оскільки дитині потрібно готуватися до наступних занять, відвідувати гуртки, витрачати час на переїзди і перевезення необхідних речей тощо, тому можлива «компенсація» за недоотримане спілкування з дитиною залежить від графіку роботи іншого із подружжя, але в літній період діти, як правило, перебувають на канікулах, і в цей період можна «надолужити» втрачений час на спілкування. Головне, щоб сторони були готові до діалогу, і кваліфіковані нотаріуси здатні будуть запропонувати альтернативні варіанти розподілу між батьками обов'язків щодо виховання дитини.

Неприйнятними слід розглядати й випадки, коли внаслідок укладення таких договорів між подружжям, які проживають порізно, діти (рідні брати та сестри) розлучаються: один із них проживає з матір'ю, а інший – з батьком. Такі варіанти визначення місця проживання та участі батьків у вихованні дітей порушують права дітей по відношенню до своїх братів та сестер.

Із посвідченням правочинів щодо дітей та їхніх особистих немайнових прав виникає ще одне практичне питання, яке нотаріусу необхідно буде обов'язково вирішити задля вчинення повністю законного нотаріального акту, – це питання участі у нотаріальному процесі в окремих випадках самої дитини. Така участь, на наш погляд, випливає з положень сімейного законодавства.

Так, ч. 2 ст. 160 СК передбачає, що місце проживання дитини, яка досягла десяти років, визначається за спільною згодою батьків та самої дитини. Необхідно погодитися з думкою О. Розгон, що дитина, яка досягла 10 років, може брати участь у договірному процесі між батьками щодо визначення питання місця її проживання, оскільки під час вирішення питання про визначення місця проживання дитини враховується не лише думка батьків, але й самої дитини [12, с. 74]. Однак, трансформуючи відповідні положення у зміст договору та процедуру його нотаріального посвідчення, можемо констатувати, що у разі укладення договорів щодо визначення місця проживання дитини віком від десяти років та до чотирнадцяти років безпосередньо стороною такого договору повинна бути дитина, при цьому сам договір набуватиме характеру тристороннього, однак участь у процедурі нотаріального посвідчення такого договору самої дитини може бути істотно ускладнена. Так, дитина може заперечувати проти будь-яких умов такого договору лише через те, що вона не хоче, щоб батьки розлучалися і жили окремо, тощо.

Справді, відповідно до ст. 171 СК дитина має право на те, щоб бути вислуханою батьками, іншими членами сім'ї, посадовими особами з питань, що стосуються її особисто, а також питань сім'ї. І хоча частини 2 та 3 ст. 171 СК стосуються врахування думки дитини лише судом під час вирішення ним спору щодо її виховання, місця проживання, у тому числі під час вирішення спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном, на наш погляд, у досвідчених нотаріусів має бути відпрацьований шлях щодо поширення ч. 1 ст. 171 СК і на процедуру посвідчення ними правочинів, що стосується регламентації прав такої дитини у нотаріальному акті. Так, діти у 10-річному віці ще не знають такого поняття, як паспорт, особистий підпис, і, відповідно, його складно буде зафіксувати під згодою дитини на посвідчення відповідного договору. Тому вважаємо доцільним посвідчувати такий договір у присутності свідків або із залученням представників органу опіки та піклування, щоб зафіксувати згоду або заперечення дитини. Під час нотаріального посвідчення правочинів щодо особистих немайнових прав дитини необхідно передбачити участь у нотаріальному процесі органу опіки та піклування, задля чого необхідно внести відповідні зміни в Сімейний кодекс України і в Закон України «Про нотаріат».

Усе наведене нами свідчить про те, що нотаріус повинен досить ретельно перевіряти умови правочинів, навіть очевидно майнового характеру, на предмет відповідності їх законодавству про особисті немайнові права.

Список використаних джерел:

1. Фурса С.Я. Юридична природа та системна модель нотаріальних правовідносин. Вісник Академії праці і соціальних відносин. 2000. № 6.

2. Фурса С.Я., Фурса Є.І. Системність у сприйнятті договорів. Нотаріат Адвокатура Суд. 2010. № 6 (56).

3. Драгнєвіч Л.Ю., Пульнєва О.С., Фурса Є.І. Сімейне право. Нотаріат Адвокатура Суд : науково.-практ. посіб. : у 2-х кн. / за заг. ред. С.Я. Фурси. К.: Видавець Фурса С.Я., 2005.

4. Фурса С.Я. Нотаріальний процес: Теоретичні основи. К.: Істина, 2002. 320 с.

5. Фурса С.Я. Теоретичні основи нотаріального процесу в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. 426 с.

6. Жилінкова І. Концепція шлюбного договору за новим Сімейним кодексом України. Вісник Академії правових наук України. 2002. № 3. С. 122-130 .

7. Михальнюк О.В. Договірне регулювання особистих немайнових відносин у сімейній сфері. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2014. № 1. С. 86–92.

8. Бобрик В. И. Договорное регулирование личных неимущественных отношений. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения: сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. К: ЮрИнком Интер, 2010. С. 229-245.

9. Фурса С.Я., Драгнєвіч Л.Ю., Фурса Є.І. Настільна книга нотаріуса. Сімейні відносини в нотаріальній та судовій практиці. Видавничий дім «Інюре», 2003. 352 с.

10. Нікітюк О.М. Охорона і захист права спільної власності подружжя: нотаріат, суд, виконавче провадження: монографія. К. : Алерта, 2018. 208 с.

11. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 17.07.2012 у справі № 2610/3770/2012. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/25329857

12. Розгон О. Договір між батьками про місце проживання дитини. Мала енциклопедія нотаріуса. 2013. № 2. С. 71-84.

Статья посвящена проблемным вопросам реализации и защиты личных неимущественных прав в различных нотариальных производствах. Исследуются аспекты возможности урегулирования личных неимущественных отношений брачным договором и вопросы личных неимущественных прав при удостоверении сделок в отношении детей.

Ключевые слова: нотариус, личные неимущественные права, брачный договор, дети, удостоверение сделок.

The article is devoted to problematic issues of realization and protection of individual non-property rights in various notarial proceedings. The aspects of the possibility of settling individual non-property relations by a marriage contract and the issue of individual non-property rights of children in the process of notary certifications of bergans are explored.

Key words: notary, individual non-property rights, marriage contract, children, bergain notary certification.

УДК 347

Наталія Вінтоняк,
молодший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

КОРПОРАТИВНІ ВІДНОСИНИ В АСПЕКТІ ВІДНОСИН МІЖ ПОДРУЖЖЯМ

Статтю присвячено аналізу корпоративних відносин, що виникають між одним із подружжя, який є учасником корпорації, та корпорацією, а також відносин між обома з подружжя. Проблема особливо актуальна, коли один із подружжя, стаючи засновником (учасником) корпорації, передає їй майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності.

Ключові слова: корпоративні відносини, майнові відносини подружжя, статутний капітал, корпоративні права, спільна сумісна власність подружжя.

Постановка проблеми. Правовому регулюванню корпоративних відносин присвячено значну кількість праць. Однак із приводу регулювання відносин, які виникають між подружжям у зв'язку з набуттям одним із них корпоративних прав, наукового дослідження немає. Нормативне регулювання корпоративних відносин у контексті їх розгляду поряд із сімейними має велике значення, оскільки від його законодавчого обґрунтування залежить не тільки стан сімейних відносин, а й розвиток інших відносин, учасникам яких є подружжя чи один із них. У світлі розвитку економічних та ринкових процесів ці відносини набувають все більшого значення, адже дуже багато осіб є учасниками цивільного обороту. З розвитком підприємницької діяльності та створенням великої кількості корпорацій особами, що перебувають у шлюбі, відносини між подружжям, що виникають у зв'язку з передачею спільного майна до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу, стає все більш актуальним. До того ж не потрібно залишати поза увагою те, що такі відносини повинні забезпечувати рівність прав та інтересів подружжя та не здійснювати обмежень у сфері цивільного обороту, в основі якого лежить спільне майно подружжя. Проблема правового регулювання майнових відносин із приводу внесення спільного майна подружжя до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу потребує сучасного аналізу, адже в умовах економічних змін відносини, які складаються між подружжям, набувають нового значення.

Аналіз останніх досліджень та публікацій із даної теми. Дослідженню питань корпоративних правовідносин у науковій та правовій доктрині приділяється значна увага, їм присвячені праці таких вчених-цивілістів, як В. А. Васильєва, О. М. Вінник, О. І. Зозуляк, В. М. Кравчук, В. В. Луць, І. В. Спасибо-Фатєєва, та інших. Відносин, що виникають між подружжям із приводу внесення спільного майна до статутного капіталу, дещо торкалися у своїх працях також В. А. Васильєва, І. В. Спасибо-Фатєєва та І. В. Жилінкова. Проте деякі аспекти таких правовідносин є не до кінця з'ясовані та підлягають більш детальному вивченню. У процесі законодавчого регулювання корпоративних відносин потрібно враховувати сімейний стан засновників (учасників) юридичних осіб корпоративного типу. Це, насамперед, пов'язано з тим, що більшість фізичних осіб, що є учасниками корпорацій, в силу їх природи створюють сім'ї і перебувають одночасно у різних правовідносинах із різними особами (як із фізичними, так і з юридичними).

Складнощі регулювання таких відносин зумовлені тим, що вони регулюються на межі різних правових норм. З одного боку, подружжя набуває тих прав та обов'язків, що виникають у осіб, які перебувають у шлюбі, а з іншого боку, вони є самостійними суб'єктами, які можуть бути учасниками інших правовідносин.

Метою статті є науковий аналіз відносин, що виникають між подружжям із приводу внесення спільного майна до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу та набуття одним із подружжя корпоративних прав.

Виклад основного матеріалу. Корпоративні відносини народилися у зв'язку з реформуванням економіки України, закріпленням в основоположних нормативних актах прав і свобод людини, в тому числі

© Н. Вінтоняк, 2018

права на створення юридичної особи та права на зайняття підприємницькою діяльністю шляхом створення різного виду юридичних осіб. До появи корпоративних відносин призвело ускладнення майнових відносин на сучасному етапі економічного обороту і натепер корпоративні правовідносини визнані в Україні як вид суспільних відносин, які за своїм предметом є відносинами з управління кампаніями (капіталами). Саме вони претендують на те, щоб у найзагальнішому вигляді їх вважати корпоративними [1, с. 43].

На законодавчому рівні визначення корпоративних відносин закріплене нормами Господарського кодексу України. Згідно з ч. 3 ст. 167 ГК України під корпоративними правовідносинами розуміються відносини, що виникають, змінюються та припиняються щодо корпоративних прав, які відповідно до ч. 1. ст. 167 ГК України визначаються як права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

У правовій доктрині щодо визначення корпоративних правовідносин є різні думки. Н. С. Кузнєцова виділяє два загальні підходи: широкий та вузький. У широкому розумінні під корпоративними відносинами розглядаються всі правовідносини, де одним із учасників виступає корпорація як організаційно-правова форма юридичної особи, що здійснює підприємницьку діяльність. У вузькому (власному) розумінні – це зобов'язальні відносини між корпорацією (її органами) та учасниками з приводу управління, ведення справ, надання інформації тощо [2]. В. М. Кравчук, визначаючи корпоративні відносини, ділить їх на загальні та спеціальні. Загальні правовідносини виникають між учасником і товариством щодо участі в товаристві. Спеціальні корпоративні правовідносини виникають між учасником і товариством, між учасниками, а також за участю третіх осіб щодо реалізації окремих прав, пов'язаних з участю в товаристві, які пропонується називати «елементарними»: права на частку в статутному капіталі, права на одержання частини прибутку, права на участь в управлінні тощо [3, с. 21]. О. М. Вінник зазначає, що корпоративні відносини – це відносини, які виникають у процесі створення, функціонування та припинення господарських товариств за участю безпосередніх учасників (засновників, учасників, самого товариства та його органів) та опосередкованих (кредиторів, споживачів, найманих працівників, облігаціонерів товариства, територіальної громади, держави в особі уповноважених органів) і забезпечують збалансовану реалізацію інтересів зазначених осіб [4, с. 32]. Н. С. Глусь визначає корпоративні відносини як відносини, що виникають між акціонером, учасником і самою корпорацією, а також між самими учасниками та акціонерами з приводу реалізації їх права власності на акцію чи права власності на частку в статутному фонді [5]. І. Я. Бабецька під корпоративними правовідносинами розуміє врегульовані нормами права та установчими документами суспільні відносини, які виникають між засновником (учасниками) юридичної особи і самою юридичною особою в результаті реалізації ними засновницьких прав, а також відносини між учасниками, які складаються щодо набуття, здійснення та припинення корпоративних прав [6, с. 154].

Як правило, дослідники, визначаючи корпоративні відносини, як їхні кваліфікуючі ознаки зазначають суб'єктів та об'єктів відносин. Спільним для більшості наведених визначень цих відносин є те, що за суб'єктним критерієм вони так чи інакше пов'язані з корпоративними підприємствами, хоча й використовуються в них різні терміни: «корпорації», «господарські товариства», «корпоративні суб'єкти господарювання» тощо [7, с. 26]. Зокрема, зазначається, що суб'єктами корпоративних правовідносин є: товариство та його учасники (І. В. Спасибо-Фатєєва, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р. Б. Сивий, О. С. Яворська, О. А. Кулик); корпорація (товариство), учасники (засновники) і органи корпорації (О. Р. Кібенко, О. М. Вінник, І. С. Шиткіна, М. О. Рожкова, Н. С. Каржавіна, Н. С. Єремічева, В. О. Гурєєв, В. В. Долинська, В. П. Мозолін); товариство (за ГК – господарська організація), учасник, органи товариства та інші особи (треті особи) (В. М. Кравчук). Коло суб'єктів корпоративних відносин, визначене вченими, залежить від того, як той чи інший автор розуміє сутність корпоративних відносин. Однак, незважаючи на це, у будь-якому разі незмінним суб'єктом корпоративних відносин є завжди юридична особа, яку в теорії цивільного права розглядають як корпорацію [8, с. 44]. Наведене приводить до висновку, що суб'єктами корпоративних відносин є підприємницькі юридичні особи, що створені з метою отримання прибутку і його наступного перерозподілу між учасниками, та будь-які інші особи, що на підставі певних юридичних фактів стають учасниками юридичних осіб корпоративного типу [1, с. 53].

Для виокремлення корпоративних відносин вагоме значення має чітке визначення об'єкта, з приводу якого вони виникають. Зокрема, корпоративними слід визнавати правовідносини, які виникають щодо здійснення та захисту корпоративних прав [9, с. 119]. Слушною є думка І. Б. Саракун, яка зазначає, що корпоративні відносини – це відносини, що виникають між учасниками (засновниками) та товариством і між самими учасниками (засновниками), які складаються щодо набуття, здійснення та припинення корпоративних прав [10, с. 10]. Специфічність суб'єктного складу корпоративних відносин виражається в тому, що одним із суб'єктів завжди є особа, наділена корпоративними правами [11, с. 8] Тому недискусійним є визначення, яке наводить В. А. Васильєва. Вчена визначає корпоративне правовідношення як вид цивільного правовідношення, в основі якого лежить участь суб'єктів в організаційно-правових утвореннях, що володіють ознаками юридичних осіб, змістом яких є так звані корпоративні права та які виникають на підставі певних юридичних фактів, а саме участі в установчому договорі, інкорпорації юридичної особи, вступі в корпоратив, придбанні права власності на частку, акції тощо [1, с. 53].

Доходимо висновку, що суб'єктами корпоративних відносин є фізичні та юридичні особи, що володіють корпоративними правами, якими наділені у зв'язку з їхньою участю в юридичній особі корпоративного типу. Самі ж корпоративні відносини – це відносини, які існують між юридичною особою корпоративного типу та її учасником із приводу реалізації ним корпоративних прав. Корпоративні права, своєю чергою, належать тій особі, що є засновником (учасником) корпорації. Тобто якщо один з подружжя є засновником (учасником) юридичної особи корпоративного типу, то тільки він виступає учасником корпоративних відносин. Що ж до іншого з подружжя, то оскільки він не володіє корпоративними правами, то, відповідно, і не виступає учасником корпоративних відносин. Це, насамперед, неможливо в силу правової природи корпоративних прав. Між обома з подружжя складаються інші цивільно-правові відносини, пов'язані із внесенням спільного майна подружжя до статутного капіталу корпорації.

Вирішення цього питання ускладнюється подвійністю правовідносин, у яких перебуває один із подружжя (учасник корпоративних відносин), адже він одночасно виступає учасником різних відносин: корпоративних – з юридичною особою корпоративного типу – та сімейних – із другим з подружжя. Якщо йдеться про сімейні відносини, маються на увазі насамперед майнові відносини, в основі яких лежить спільна сумісна власність та поділ спільного майна подружжя, за рахунок якого був сформований статутний капітал корпорації.

Подружжя може бути суб'єктом майнових відносин, у тому числі відносин власності, як на загальних цивілістичних засадах, так і на підставі спеціальних умов, спричинених фактом перебування їх у шлюбі. При цьому найбільш істотно виявляються особливості тих майнових відносин подружжя, які складаються між ними (внутрішні відносини). Ці особливості визначаються переважно нормами сімейного законодавства, а зовнішні (відносини подружжя з третіми особами) – переважно нормами цивільного законодавства. Таким чином, правове регулювання майнових відносин подружжя ускладнене і переобтяжене характером особистих стосунків між чоловіком і дружиною, що, в свою чергу, і вимагає окремого глибокого їх дослідження [12, с. 88].

Майнові правовідносини подружжя – це відносини, що виникають між подружжям стосовно володіння, користування і розпорядження майном. Вони включають відносини власності, пов'язані із сімейним майном, та відносини зобов'язального характеру, які так чи інакше пов'язані з майновими питаннями. Природа відносин власності у сім'ї є такою самою, як у будь-яких інших правовідносинах, оскільки зумовлюється не типом відносин, а природою самого явища власності. Певні особливості цього інституту полягають у тому, що сім'я вимагає складного механізму поєднання різних видів права власності, який зумовлений потребою адекватного забезпечення інтересів як сім'ї, так і кожного з її членів [13]. На думку І. В. Жилінкової, правовідносини спільної власності з урахуванням особливостей їх об'єктів мають складну структуру. Якщо об'єктом права є річ або сукупність речей, то вони включають два окремих різновиди: а) відносні правовідносини – між самими співвласниками щодо майна (внутрішні) та б) абсолютні правовідносини, які виникають між співвласниками та усіма третіми особами (зовнішні). Якщо правовідносини спільної власності складаються стосовно майнових прав або обов'язків співвласників, то вони моделюються за дещо іншим принципом. У цьому разі не тільки внутрішні, а й зовнішні правовідносини, які виникають між співвласниками та іншими особами – їх боржниками або кредиторами, мають відносний характер. Склад їх учасників є чітко визначеним, а самі відносини за своєю природою є зобов'язальними [14, с. 67-68].

В умовах розвитку ринкових відносин, коли до складу майна подружжя можуть входити будь-які види об'єктів цивільного обороту, від виробничих комплексів до цінних паперів, частки в капіталі та інші, необхідність регулювання відносин, пов'язаних із функціонуванням сім'ї, зумовлена насамперед тим, що відносини, що складаються всередині такої економічного осередку суспільства, як сім'я, мають майновий характер і в кінцевому підсумку зачіпають економічні інтереси суспільства загалом [15].

Норми сімейного права, що регулюють майнові відносини між подружжям, зокрема відносини спільної сумісної власності, нині не здатні вирішити проблем, що виникають у сфері підприємницької діяльності подружжя, пов'язаної з участю в корпораціях. Вважається, що сімейне законодавство спрямоване на регулювання тільки внутрішніх майнових відносин подружжя і не поширюється на третіх осіб, у тому числі юридичних осіб, у яких подружжя або один із них беруть участь [16].

І. В. Спасибо-Фатєєва, говорячи про правовий режим майна подружжя, переданого в статутний капітал господарського товариства, зазначає, що корпоративні права зумовлені часткою в статутному капіталі або акціями. Право на частку існує в корпоративних відносинах та майнових відносинах між подружжям. Перебуваючи в корпоративних відносинах, їх учасник набуває корпоративні права відповідно до права на частку в статутному капіталі господарського товариства. Водночас час це право на частку залишається в тому ж правовому режимі спільної сумісної власності подружжя, оскільки цей правовий режим не може автоматично змінитися з внесенням одним із подружжя частини їхнього майна у вигляді вкладу [17, с. 93-94]. На підставі цього вчена робить висновок, що право на частку в статутному капіталі є об'єктом різних правовідносин – корпоративних і спільної власності. У корпоративних правовідносинах виступає лише один із подружжя – учасник господарського товариства, який реалізує свої корпоративні права самостійно. У відносинах спільної сумісної власності подружжя право на частку в статутному капіталі є складовою частиною їх спільного майна [17, с. 101]. В. І. Сергєєв зазначає, що засновники товариства, формуючи його статутний капітал, передають своє право власності на майно (майнові права) юридичній особі, а в обмін на це набувають зобов'язальні права по відношенню до нього. Таким чином, речове право власності засновника (в сімейному праві – спільної власності подружжя) під час створення товариства трансформується в зобов'язальне право самого товариства по відношенню до його засновника. Відносини засновників з іншим із подружжя при цьому не передбачаються, оскільки це відносини, засновані на сімейному праві, і будувати їх подружжя повинні тільки на основі Сімейного кодексу і тільки між собою, без залучення до цього товариства [18].

Нині склалася ситуація, в якій, по-перше, в результаті передачі в статутний капітал юридичної особи корпоративного типу майна, що перебуває в подружжя на праві спільної сумісної власності, подружжя, так би мовити, «втрачає» таке майно, по-друге, набути корпоративне право може тільки один із подружжя, оскільки корпоративні права є суб'єктивними правами учасників юридичних осіб. Вони фігурують у корпоративних правовідносинах, які складаються між учасником і корпорацією. Між обома з подружжя складаються інші цивільно-правові відносини, які зумовлені тим, що статутний капітал сформований за рахунок спільного майна. Зокрема, І. В. Жилінкова з цього приводу зазначає, що між другим із подружжя (не учасником) та товариством не виникає речових або зобов'язальних правовідносин. Тому він не може звертатися до товариства з вимогою про участь у розподілі прибутку, сплату дивідендів, видачу майна у разі ліквідації товариства тощо. Відносини виникають лише між дружиною та чоловіком, тобто в тій частині, яка охоплює періоди «до» та «після» («поза») існування корпоративних правовідносин за участю одного з подружжя [19, с. 53].

Висновки.

Передаючи юридичній особі корпоративного типу майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності, корпоративних прав у повному обсязі, як майнових, так і немайнових, набуває тільки один із подружжя – той, який стає засновником (учасником) корпоративних відносин. Інший із подружжя корпоративних прав не набуває, хоча і його частка в праві спільної сумісної власності була передана корпорації. Після внесення подружжям свого спільного майна до статутного фонду юридичної особи корпоративного типу речові правовідносини, які існують у подружжя з приводу власності на майно, трансформуються у зобов'язальні правовідносини. В основі цих зобов'язальних відносин, що виникають між подружжям, яке передало спільне майно до статутного капіталу чи за рахунок якого були придбані акції, лежить право вимоги. Це право вимоги можна визначити як правовідношення

зобов'язального характеру, що виникає на підставі юридичного факту, що має корпоративну природу, згідно з яким один із подружжя, який не є учасником юридичної особи, але передав майно (де-факто), має право вимагати в іншого з подружжя, який є учасником юридичної особи, виплати певних сум, що належать йому згідно із законодавством.

Список використаних джерел:

1. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики: монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук та ін.; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. 612 с.

2. Кузнєцова Н. С. Поняття, ознаки і класифікація корпоративних спорів URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=120329

3. Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія. Львів: Край, 2009. 464 с.

4. Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: автореф. дис... д-ра юрид. наук: 12.00.04. К., 2004. 32 с.

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

6. Бабецька І. Я. Корпоративні правовідносини та корпоративні права: до проблеми визначення поняття. Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького. 2013. № 8. С. 150-155.

7. Гарагонич О. В. Поняття та предмет корпоративного права. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2013. Випуск 22. Частина II. Том 2. С. 24-28.

8. Сіщук Л. В. Сутність корпорації у корпоративному праві України: теоретичний аспект. Приватне право і підприємництво: збірник наукових праць. 2017. Вип. 17. 185 с.

9. Костова Н. І. Правова природа відносин, які виникають при створенні акціонерного товариства. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2013. № 5.

10. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект): монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва АПрН України, 2009. 156 с.

11. Симонян Ю. Ю. Корпоративні відносини у командитних товариствах (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. ОНЮА, 2010. 20 с.

12. Сімейне право України: підручник / за ред. Гопанчука В. С. К.: Істина, 2002. 304 с.

13. Бурлай О. Є. Правовідносини подружжя в міжнародному приватному праві: дис.... канд. юрид. наук. К.: КНУ ім. Т. Шевченка, 2007. 182 с.

14. Жилінкова І. В. Деякі питання права спільної власності за новим Цивільним кодексом України. Українське комерційне право. 2004. № 5.

15. Хатимов Х. Н. Проблемы правового регулирования имущественных отношений супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. URL: http://www.dissercat.com/content/problemy-pravovogo-regulirovaniyaimushchestvennykh-otnosheniisuprugov-po-materialam-respub#ixzz2PsB4Cnt4

16. Апциаури Л. Н. Имущественные права супруга участника хозяйственного общества. URL: http://www.rusnauka.com/22_PNR_2012/Pravo/9_115095.doc.htm

17. Харьковская цивилистическая школа: антологія семейного права: монографія / В. К. Антошкина, В. И. Борисова, И. В. Жилинкова и др..; под. общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2013. 240 с.

18. Сергеев В. И. О соотношении наследственного, корпоративного и семейного права в спорах по поводу долей в уставном капитале ООО. Право и экономика. 2009. № 2 (252) С. 109. URL: http://mybrary.ru/users/personal/read/pravo-i-ekonomika-2-252/

19. Жилінкова І. В. Корпоративні права осіб з подружнім статусом Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин в сучасних умовах: матеріали Всеукраїнського науково-практичного семінару (25-26 вересня 2009 року). Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. С. 196.

Статья посвящена анализу корпоративных отношений, возникающих между одним из супругов, который является участником корпорации, и корпорацией, а также отношений между обоими супругами. Проблема особенно актуальна, когда один из супругов, становясь учредителем (участником) корпорации, передает ей имущество, принадлежащее супругам на праве общей совместной собственности.

Ключевые слова: корпоративные отношения, имущественные отношения супругов, уставный капитал, корпоративные права, общая совместная собственность супругов, юридическое лицо корпоративного типа.

The article is devoted to the analysis of corporate relations that arise between one spouse who is a member of the corporation and the corporation, as well as the relationship between the two spouses. The problem is particularly relevant when one spouse becoming a founder (participant) of corporation transmits it property owned by spouses on the right of joint ownership.

Key words: corporate relations, property relations between the spouses, statutory capital, corporate rights, common joint property of spouses, corporation.

УДК 347.919

Катерина Гичка,
здобувач кафедри судочинства
Навчально-наукового юридичного інституту
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника»

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО ВСТАНОВЛЕННЯ ФАКТУ БАТЬКІВСТВА ТА МАТЕРИНСТВА (НА МАТЕРІАЛАХ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ)

Стаття розкриває особливості судового розгляду справ про встановлення факту батьківства/материнства. Автор визначає суб'єктний склад цієї категорії справ та аналізує зміст заяви про встановлення факту батьківства. У статті проаналізовані обставини, які становлять предмет доказування у зазначеній категорії справ, та докази, які можуть належним чином посвідчити факт батьківства/материнства. Висновки автора базуються на вивчені доктринальних підходів, позицій законодавця, судової практики та досвіду країн ЄС.

Ключові слова: батьківство, материнство, окреме провадження, встановлення фактів батьківства/материнства, заявник, заінтересовані особи, доказування факту батьківства/материнства.

Постановка проблеми. Факт батьківства/материнства є підставою для виникнення взаємних майнових та немайнових прав та обов'язків батьків і дітей, які передбачені СК України. Відповідно до ст. 121 СК України права та обов'язки матері, батька і дитини ґрунтуються на походженні дитини від них, засвідченому органом ДРАЦС у порядку, встановленому чинним законодавством. Як зазначає В. А. Ватрас, для набуття жінкою і чоловіком статусу батьків необхідними є два основних критерії: фактичний (біологічний) – народження дитини жінкою і чоловіком; юридичний – засвідчення походження дитини в органі держави шляхом реєстрації народження дитини в органах ДРАЦС [10]. За загальним правилом, факт походження дитини від жінки та чоловіка встановлюється органами ДРАЦС під час реєстрації народження відповідності до ЗУ «Про реєстрацію актів цивільного стану» та Наказу Мін'юсту України «Про затвердження Правил державної реєстрації актів громадянського стану в Україні» від 18.10.2000 № 52/5, на підставі поданих документів, що передбачені п. 2 зазначеного Наказу. Проте у разі неможливості надання необхідних документів (зокрема, коли такі документи відсутні, або ж якщо особа, яка є матір'ю (батьком) дитини, померла) орган ДРАЦС не може зареєструвати факт народження та видати свідоцтво про народження дитини. У такому випадку факт батьківства/материнства може бути встановлений у суді, в порядку окремого провадження, відповідно до ст. 130, 132 СК України та ст. 315 ЦПК України. Слід зауважити, що ст. 128, 131 СК України передбачають також можливість визнання батьківства у судовому порядку. Проте справи про встановлення факту батьківства/материнства принципово відрізняються від справ про визнання батьківства/материнства, зокрема, в частині суб'єктного складу судового розгляду, особливостей доказування та навіть провадження, у порядку якого вирішуватиметься справа. Окрім цього, слід зауважити, що чинне законодавство України не визначає, хто належить до окремих категорій осіб, які мають право звертатися до суду із заявою про встановлення факту батьківства/материнства. Особливості доказування у справах про встановлення факту батьківства/материнства є різними залежать від того, на підставі якого нормативно-правового акта суд вирішуватиме питання про встановлення відповідного юридичного факту. Окрім того, ні законодавець, ні судова практика не визначають, які саме докази є достатніми та належними у справах про встановлення факту батьківства/материнства. Зважаючи на те, що законодавець не розкриває багатьох важливих питань, які мають значення для належного вирішення справ по суті, теоретичне дослідження особливостей судового розгляду справ про встановлення фактів батьківства/материнства є дуже актуальним.

Дослідження особливостей судового розгляду справ про встановлення факту батьківства/материнства проводили С. С. Бичкова, В. А. Ватрас, Х. І. Вонсович,

© К. Гичка, 2018

О. М. Ганкевич, В. В. Комаров, М. В. Логвінова, З. В. Ромовська, Ю. С. Червоний, Г. В. Чурпіта, С. Я. Фурса, М. М. Ясинок та ін. Проте проведені дослідження не розкривають у повному обсязі особливості розгляду справ про встановлення факту батьківства/материнства, що також зумовлює **актуальність наукового дослідження.**

Мета проведеного наукового дослідження – схарактеризувати особливості судового розгляду справ про встановлення фактів батьківства/материнства на основі аналізу чинного законодавства України та судової практики.

Виклад основного матеріалу. Виходячи зі змісту ст. 130 та ст. 132 СК України та керуючись положеннями Постанови Пленуму ВСУ від 15.05.2006 № 3 «Про застосування судами окремих норм СК України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» (далі – Постанова ПВСУ від 15.05.2006 № 3), можна зробити висновок, що факт батьківства/материнства може бути встановлено за рішенням суду в окремому провадженні лише у випадку смерті чоловіка, який не перебував у шлюбі з матір'ю дитини, або смерті жінки, котра вважалась (вважала себе) матір'ю дитини, або ж у випадку оголошення особи (потенційного/ої батька/матері) померлою. Встановлення спеціального порядку розгляду зазначених справ пов'язано з тим, що вони наділені окремими особливостями щодо суб'єктного складу, дії принципів цивільного процесу, меж судового розгляду, порядку доказування тощо.

Згідно з положеннями Постанови ПВСУ від 15.05.2006 № 3, заяви про встановлення факту як батьківства, так і материнства суд приймає до розгляду, якщо запис про батька (матір) дитини в Книзі реєстрації народжень зроблено згідно зі ст. 135 СК України, яка передбачає порядок визначення походження дитини у разі, коли її батьки не встановлені (не відомі) [4]. Із вищезазначеного випливає, що із заявою про встановлення факту батьківства/материнства звертатиметься особа, батьківство якої не є предметом судового розгляду. Відповідно до ч. 2 ст. 130 та ч. 2 ст. 132 СК України, із заявою про встановлення факту батьківства/материнства можуть звернутись матір/батько, опікун, піклувальник дитини, особа, яка утримує та виховує дитину, а також сама дитина, яка досягла повноліття. Слід зазначити, що чинне законодавство України не визначає зміст поняття «особа, яка утримує та виховує дитину», що зумовлює необхідність з'ясувати, хто з оточення дитини може належати до кола цих суб'єктів. Вартою уваги є позиція М. В. Логвінової та О. М. Ганкевич, які, враховуючи підставу виникнення між фізичною особою та дитиною відносин утримання та виховання, до таких осіб відносять:

– осіб, з якими дитина є кровноспорідненою (до таких, на думку науковців, належать баба, дід, брат, сестра, прабаба, прадід дитини);

– осіб, які спільно проживають з дитиною та добровільно здійснюють обов'язки щодо виховання дитини та піклуються про неї (мачуха, вітчим, тощо);

– осіб, які стали учасником сімейних правовідносин на підставі окремих форм влаштування дітей, позбавленого батьківського піклування (до цієї категорії осіб вчені відносять так званих фактичних вихователів, зокрема: прийомні сім'ї, будинки дитини, дитячі будинки, школи-інтернати, дитячі будинки сімейного типу) [12, с. 134–137].

Справа про встановлення факту батьківства/материнства може бути порушена у суді на підставі подання відповідної заяви, яка повинна відповідати вимогам ст. 175, 318 ЦПК України. Зокрема, у заяві про встановлення факту батьківства/материнства, відповідно до ст. 318 ЦПК України, повинно бути зазначено мету встановлення факту, причини неможливості одержання або відновлення документів, що посвідчують цей факт, та докази, що підтверджують обставини, викладені в заяві. Слід підкреслити, що для розгляду відповідної справи у суді заявник повинен спочатку звернутися до органу ДРАЦС, який складає письмову відмову у проведенні державної реєстрації народження, обґрунтовуючи причини неможливості її проведення. Саме така відмова є підтвердженням того, що факт батьківства/материнства не може бути встановлений в іншому порядку, окрім як у суді. З огляду на те, що СК України наділяє батьків та дітей широким спектром взаємних прав та обов'язків, часто необхідність встановлення факту батьківства/материнства може бути зумовлена комплексом причин не лише для досягнення певної конкретної мети. Аналізуючи судову практику у справах про встановлення фактів батьківства/материнства, можна зауважити, що заявники, звертаючись до суду із заявою про встановлення факту батьківства/материнства, часом взагалі не зазначають жодної конкретної мети встановлення юридичного факту. Так, до прикладу, у справі № 711/4588/17, провадження № 2–о/711/87/17, заявниця, звертаючись до Придніпровського районного суду м. Черкаси, зазначила, що встановлення факту батьківства необхідне для офіційного засвідчення того, що померлий є справжнім

батьком доньки заявниці (щоб дитина могла реалізувати свої немайнові права) і не пов'язане з майновим інтересом [8]. Водночас на підставі аналізу судової практики можна зазначити, що найчастіше заявники звертаються до суду із заявою про встановлення факту батьківства/материнства з метою отримання можливості реєстрації місця проживання, оформлення відповідних документів, що посвідчують особу, реалізації спадкових прав, отримання права на пенсію по втраті годувальника тощо. Так, наприклад, Дунаєвецький районний суд Хмельницької області у справі № 674/1572/17, провадження № 2–о/674/190/17, на підставі досліджених у судовому засіданні обставин та наданих доказів встановив факт батьківства для того, щоб заявник зміг оформити паспорт та надалі зареєструвати місце свого проживання, оскільки останній не мав змоги це зробити через відсутність відомостей про батьків у його свідоцтві про народження [5]. Апеляційний суд м. Києва у справі № 753/14370/15–ц, провадження № 22–ц/796/12909/2016, до прикладу, встановив факт батьківства ОСОБА_4 по відношенню до ОСОБА_5 для можливості оформлення пенсії по втраті годувальника для ОСОБА_5 [6]. Слід зазначити, що відповідно до роз'яснень п. 2 Постанови ПВСУ № 7 від 30.05.2008 «Про судову практику у справах про спадкування», справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення, які можуть вплинути на спадкові права й обов'язки інших осіб та (або) за наявності інших спадкоємців і спору між ними, мають розглядатися за правилами позовного провадження [3]. Отже, факт батьківства/материнства не може бути встановлений в окремому провадженні з метою реалізації спадкових прав.

Відповідно до п. 9 Постанови ПВСУ від 15.05.2006 № 3, рішення про визнання батьківства/материнства має ґрунтуватися на всебічно перевірених судом даних, що підтверджують або спростовують заявлені вимоги чи заперечення проти них, а його резолютивна частина повинна містити всі відомості, необхідні для реєстрації батьківства/материнства в органах ДРАЦС [4]. Для цього важливо визначити предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства/материнства та те, які саме докази будуть належними у цій категорії справ.

Г. В. Чурпіта зазначає, що, виходячи зі змісту ст. 130, 132 СК України, можна стверджувати, що предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства та/або материнства формують такі обставини: а) смерть ймовірного/ої батька/матері дитини[1]; б) відсутність зареєстрованого шлюбу між ймовірним батьком дитини та матір'ю дитини[2]; в) проведення запису про батька дитини у Книзі реєстрації народжень за вказівкою матері, або здійснення запису про батьків дитини за рішенням органу опіки та піклування, яким визначається прізвище, власне ім'я, по батькові дитини і відомості про її батьків[3]; г) факт батьківства/материнства; д) відсутність у дитини батьків (у випадку, якщо батьки дитини невідомі); е) відсутність спору про право [13].

Слід зазначити, що предмет доказування відрізняється залежно від того, на підставі якого нормативно-правового акта (зокрема, КпШС УРСР чи СК України – *прим. К. Г.*) суд вирішуватиме питання щодо встановлення факту батьківства/материнства. Так, відповідно до ч. 2 п. 3 Постанови ПВСУ від 15.05.2006 № 3, вирішуючи питання про встановлення батьківства щодо дитини, яка народилася до 1 січня 2004 року, необхідно застосовувати відповідні норми КпШС УРСР, беручи до уваги всі докази, що достовірно підтверджують визнання відповідачем батьківства, в їх сукупності, зокрема спільне проживання й ведення спільного господарства відповідачем та матір'ю дитини до її народження, спільне виховання або утримання ними дитини. Відповідно до чинного СК України, такі обставини більше не становлять предмет доказування у справах про встановлення факту батьківства/материнства.

Слід наголосити на тому, що чоловік та/або жінка повинні безпосередньо визнавати своє батьківство/материнство за життя. Таке визнання повинно бути усвідомленим, вольовим та виражатися у формі активних дій, які свідчать про визнання свого батьківства/материнства. Так, наприклад, Апеляційний суд Чернівецької області у справі № 2410/2о–3/2012 визнав факт батьківства доведеним, оскільки ОСОБА_4 публічно визнавав себе батьком, особисто домовлявся з лікарями про медичну допомогу під час пологів та забирав позивачку з пологового будинку [7]. В іншому випадку Придніпровський районний суд м. Черкаси під час розгляду Справи № 711/4588/17, провадження № 2–о/711/87/17, не зміг за допомогою наданих доказів встановити, що померлий під час життя визнавав своє батьківство стосовно доньки заявниці. Суд у рішенні зазначив,

[1] може бути підтверджене свідоцтвом про смерть, рішенням про оголошення особи померлою, встановлення факту смерті

[2] документ органу ДРАЦС, що посвідчує відсутність актового запису про реєстрацію шлюбу

[3] витяг із Реєстру народжень, свідоцтвом про народження дитини, тощо

що пояснення свідків у цьому випадку не є належним доказом факту батьківства померлого, оскільки являють собою суб'єктивну оцінку особистих стосунків заявниці з померлим, а їх твердження про ступінь близькості таких стосунків та походження дитини ґрунтуються на розповідях самої заявниці. Сам факт підтримання заявницею з померлим особистих стосунків протягом десяти місяців, про які зазначила заявник у судовому засіданні, не може бути покладений в основу визначення біологічного походження дитини від нього [8].

Водночас, зважаючи на вищезазначене, слід зауважити, що жоден із доказів у справах про встановлення факту батьківства/материнства не має переваги над іншим. Так, до прикладу, у Справі № 22-ц/191/565/13 ОСОБА_16 на підтвердження підстав своїх вимог надала виписку із класного журналу 11–Б класу середньої ЗОШ І–ІІІ ступенів м. Керч за 2003–2004 навчальний рік, з якої вбачається, що в загальних відомостях про учнів батьком ОСОБА_13 записаний ОСОБА_12. Окрім того, факт батьківства підтверджений постановою Керченського міського суду від 09.10.2003 про звільнення ОСОБА_12 від подальшого відбування покарання, де вказано, що засуджений має на утриманні неповнолітню дочку. На підставі вказаних доказів колегія суддів Апеляційного суду Автономної Республіки Крим в м. Феодосія погоджується з висновком місцевого суду та вважає, що факт батьківства ОСОБА_16 стосовно ОСОБА_12, ІНФОРМАЦІЯ_1, який помер ІНФОРМАЦІЯ_2, є переконливим, оскільки під час розгляду справи був підтверджений належними та допустимими доказами [9].

Одним із доказів про наявність кровного споріднення між ймовірними батьками та дитиною є експертиза ДНК, яка на основі вивчення набору хромосом батьків і дитини може підтвердити походження дитини від конкретних батька та/або матері. Зважаючи на те, що факт батьківства/материнства може бути встановлений лише у разі смерті ймовірних батьків, Л. Є. Гузь порушує важливе теоретично–практичне питання: чи можна призначити посмертну судово-генетичну експертизу? Вчений зазначає, що оскільки чинне законодавство не заперечує таку можливість, то у разі наявності матеріалів для відповідного експертного дослідження таку експертизу можна провести за клопотанням особи [11, с. 83]. Проте з позиції вченого логічно випливає, що відсутність матеріалів для проведення генотипоскопічного експертного дослідження унеможливлює проведення посмертної ДНК експертизи. З цього приводу слід зазначити, що судовій практиці країн ЄС відомі випадки отримання матеріалів для ДНК експертизи посмертно. Так, Федерельний Верховний суд Німеччини (DGH Deutschland), переглядаючи рішення Вищого суду федеральної землі Саксонія в м. Дрезден (OLG Dresden – 20 UF 1351/12), вирішив, що рішення про надання дозволу на проведення ексгумації тіла померлого для відібрання необхідних зразків для проведення ДНК експертизи з метою встановлення факту батьківства є законним та обґрунтованим [14]. У вирішенні цієї справи суд керувався рішенням ЄСПЛ, яке ухвалене 13 липня 2006 року у справі «Яггі проти Швейцарії», у якому Суд відзначив, що людина, котра намагається встановити своє походження, реалізує життєвий інтерес, який захищається Конвенцією та полягає в отриманні правдивої інформації, котра може допомогти встановити факт, що стосується важливого аспекту її особистої ідентичності. Із зазначеного рішення ЄСПЛ можна виокремити кілька важливих тез, зокрема:

– інтерес особи у встановленні свого походження (батька, матері) не може зникнути з часом;

– родичі померлої особи повинні надати аргументи, що унеможливлюють проведення посмертного тесту ДНК (філософські, релігійні, тощо – *прим. взята із тексту судового рішення – К.Г.*);

– генотипоскопічна експертиза не повинна бути надмірно жорстким заходом;

– клопотання про відібрання з її тіла зразків для тесту ДНК у разі, якщо таке клопотання було зроблено після її смерті, не є втручанням у приватне життя померлої особи;

– міркування стосовно захисту правової певності саме по собі не може бути достатньою підставою для позбавлення заявника права на встановлення свого походження [15].

З огляду на те, що рішення ЄСПЛ є також обов'язковими в Україні, можна зробити висновок, що посмертна генотипоскопічна експертиза є допустимою в тому числі шляхом ексгумації тіла померлого, щодо якого вирішується питання щодо встановлення факту батьківства/материнства.

Підсумовуючи вищевикладене, варто наголосити, що рішення суду про встановлення факту батьківства/материнства не замінює собою відповідних документів, а є лише підставою для їх подальшого отримання. Саме тому суддям слід приділяти особливу увагу дослідженню доказів у справах про встановлення факту батьківства/материнства, оскільки на підставі прийнятого рішення органи ДРАЦС повинні видати нове свідоцтво про народження особи.

Висновки.

Порядок встановлення факту батьківства/материнства встановлений ст. 130, 132 СК України. Факт батьківства/материнства належить до фактів родинних відносин та підлягає встановленню в порядку окремого провадження. Справи про встановлення факту батьківства/материнства характеризується тим, що особа, щодо якої вирішується питання щодо наявності факту батьківства, є невідомою або померла. Саме тому ця категорія справ характеризується особливим колом учасників судового розгляду. Зокрема, заяву про встановлення факту батьківства/материнства можуть подати родичі померлого, дитина, щодо якої встановлюється батьківство, орган опіки та піклування. Предмет доказування становлять обставини, які унеможливлюють підтвердження батьківства в позасудовому порядку (смерть особи, відсутність відповідних актових записів в Державному реєстрі народжень), факт батьківства/материнства, тощо. Актуальною видається можливість посмертного встановлення батьківства на підставі проведення посмертної експертизи ДНК також у разі, якщо матеріалу для проведення такої експертизи немає, зокрема, шляхом ексгумації тіла померлого.

Список використаних джерел:

1. Цивільний порцесуальний кодекс України: Закон від 18.03.2004 № 1618–IV / ВР України. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1618–15

2. Сімейний кодекс України: Закон від 10.01.2002 № 2947–III / ВР України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2947–14

3. Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму ВСУ № 7 від 30.05.2008. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v–753740–13

4. Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму ВСУ від 15.05.2006 № 3. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003700–06

5. Рішення Дунаєвецького районного суду Хмельницької області у Справі № 674/1572/17, провадження № 2–о/674/190/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70784886

6. Рішення Апеляційного суду м. Києва у Справі № 22–ц/796/12909/2016. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/62997191

7. Рішення Апеляційного суду Чернівецької області у Справі № 2410/2о–3/2012. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24442439

8. Рішення Придніпровського районного суду м. Черкаси у Справі № 711/4588/17, провадження № 2–о/711/87/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68566180

9. Рішення Апеляційного суду Автономної Республіки Крим в м. Феодосія у Справі № 2–о/0108/298/11, провадження № 22-ц/191/565/13. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31605121

10. Ватрас В.А. Батьки та діти як суб'єкти сімейних правовідносин. Університетські наукові записки. 2008. № 4 (28). С. 145–150. URL: http://www.univer.km.ua/statti/15.vatras_v.a._batky_ta_dity_yak_subyekty_simeynykh_pravovidnosyn.pdf (дата звернення 30.09.2018)

11. Л.Є. Гузь, А.В. Гузь. Судово-практичний коментар до Сімейного кодексу України / за ред. Л.Є. Гузь. Харків. Фактор, 2011. 576 с.

12. М.В. Логвінова, О.М. Ганкевич-Журавльова Окремі аспекти пред'явлення позову про визнання батьківства особою, яка утримує та виховує дитину. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: збірник наукових статей. Івано-Франківськ. Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. Вип. 26. С. 131–142.

13. Чурпіта Г.В. Встановлення судом факту батьківства (материнства). URL: http://www.irbis–nbuv.gov.ua/cgi–bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/tsprv_2016_3_13.pdf

14. Exhumierung zwecks Vaterschaftsfeststellung? GesR – GesundheitsRecht 3/2015, S. 186–190. URL: http://www.wiso–net.de/document/GHR__GESR.2015.03.R.12

15. Case of Jaggi v. Switzerland, Application no. 58757/00. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001–76412%22]}

Статья раскрывает особенности судебного рассмотрения дел об установлении факта отцовства/материнства. Автор определяет субъектный состав этой категории дел и анализирует содержание заявления об установлении факта отцовства. В статье проанализированы обстоятельства, которые составляют предмет доказывания по указанной категории дел, и доказательства, которые могут должным образом удостоверить факт отцовства/материнства. Выводы автора основаны на изучении доктринальных подходов, позиций законодателя, судебной практики и опыта стран ЕС.

Ключевые слова: отцовство, материнство, отдельное производство, установление фактов отцовства/материнства, заявитель, заинтересованные лица, доказывание факта отцовства/материнства.

The article reveals peculiarities of the proceeding of establishing of fact of paternity/maternity. The author defines participants of this category of cases, and analyzes the content of the statement on the establishing of the fact of paternity/maternity. The article analyzes the circumstances, which constitute the subject of evidence in the specified category of cases, and the evidence that can certify the fact of parenthood/motherhood. The author's conclusions are based on the doctrinal approaches, the position of the legislator, analyze of court practice and explorence of the experience of the EU.

Key words: paternity, maternity, separate proceedings, establishment of facts of parenthood/motherhood, applicant, interested persons, proof of paternity/maternity.

УДК 347.625

Тетяна Красвітна,
здобувач кафедри цивільного права та процесу факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПОДРУЖЖЯ ПО УТРИМАННЮ

Статтю присвячено дослідженню правової природи зобов'язань подружжя по утриманню. Автор на підставі аналізу чинного сімейного та цивільного законодавства наголошує на цивільно-правовій природі названих зобов'язань. У статті констатується, що в науці приватного права відсутня єдність поглядів на тотожність термінів «зобов'язання подружжя по утриманню» та «аліментні зобов'язання подружжя». Автором на основі загального поняття зобов'язання сформульовано визначення зобов'язання подружжя по утриманню.

Ключові слова: подружжя, шлюб, утримання, аліменти, зобов'язання по утриманню, аліментні зобов'язання, сімейне право, цивільне право.

Постановка проблеми. Законодавець приділяє значну увагу правовому регулюванню відносин подружжя по утриманню. Встановлення в Сімейному кодексі України від 10 січня 2002 р. (далі – СК України) [1] прав та обов'язків подружжя по утриманню має не тільки моральне, але й соціальне значення. Моральний обов'язок подружжя підтримувати один одного переведений державою у сферу права і став юридичним обов'язком, а правовий механізм регулювання майнових відносин подружжя передбачає можливість примусового його виконання. У більшості випадків, доки подружжя перебуває в шлюбі і проживає однією сім'єю, поки зберігається особисто-довірча основа їх взаємовідносин, спорів щодо утримання не виникає. Як правило, вони добровільно надають матеріальну підтримку один одному. Коли ж відносини набувають конфліктного характеру, загрожуючи самому існуванню шлюбу, можливість отримати матеріальне утримання надають правові засоби [2, с. 216].

Із моменту набрання чинності СК України правовідносини дружини та чоловіка у сфері утримання дещо видозмінилися та ускладнилися. Роль і питома вага аліментних зобов'язань подружжя на практиці суттєво зросла, що зумовлює необхідність вивчення, аналізу та вироблення пропозицій щодо вдосконалення механізму їх регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Питання правового регулювання відносин із утримання були досліджені в роботах М.В. Антокольської, Л.В. Афанасьєвої, І.В. Жилінкової, О.Й. Пергамент, Г.М. Рабець, З.В. Ромовської, Л.В. Сапейко та інших правників. Проте в роботах названих вчених не було приділено достатньо уваги правовій природі зобов'язання подружжя по утриманню.

Метою цієї статті є визначення поняття зобов'язання подружжя по утриманню на підставі аналізу чинного сімейного та цивільного законодавства України та встановлення його правової природи.

Виклад основного матеріалу. У науковій та навчальній літературі широко використовуються поняття «зобов'язання по утриманню» та «аліментні зобов'язання». Проте вони не мають визначення в нормативних актах. Від з'ясування змісту зазначених категорій залежить правильне визначення їх правової природи, а також ефективність застосування норм щодо надання дружиною та чоловіком утримання один одному.

Серед вчених немає єдності з приводу того, чи є тотожними вищезазначені поняття. Це можна пояснити відсутністю єдності поглядів на поняття «аліменти» та «утримання». На сучасному етапі розвитку науки сімейного права склалися різні думки з приводу співвідношення цих категорій. Окремі вчені вважають, що «в законі терміни «аліменти» та «утримання» не мають самостійного змістовного навантаження і використовуються як синоніми» [3, с. 256; 4, с. 70]. Інша група вчених схиляється до думки, що зазначені поняття не є тотожними і мають застосовуватися в різних випадках. На їх думку, термін «аліменти» має застосовуватися до випадків, коли йдеться про примусове виконання обов'язків. Коли обов'язок надавати допомогу іншим членам сім'ї виконується добровільно, мова йде про утримання

© Т. Красвітна, 2018

[5, с. 89; 6, с. 10; 7, с. 207]. Ще одна група вчених вважає, що аліменти є різновидом утримання [8, с. 67; 9, с. 194; 10, с. 225]. На думку В.І. Труби, «утримання» є більш широким поняттям, оскільки включає в себе взаємний обов'язок доглядати, забезпечувати членів сім'ї засобами до існування, який виконується як добровільно, так і примусово, чи вимушено в разі виникнення права на утримання в когось із учасників сімейних правовідносин, який не здатен утримувати себе через порушення або недостатність особистих здібностей. А «аліментні зобов'язання» («аліменти») співвідносяться з поняттям «утримання» як частина із цілим, оскільки відображають саме примусове чи вимушене виконання обов'язку з утримання [11, с. 45].

Аналіз змісту глави 9 СК України свідчить на користь останньої точки зору. Глава має назву «Права та обов'язки подружжя по утриманню» і містить норми, які стосуються як надання утримання подружжям один одному, так і сплати ними аліментів за рішенням суду. Таким чином, можна зробити висновок, що «утримання» – це більш широке поняття по відношенню до поняття «аліменти». Перше включає в себе останнє.

Крім того, поняття «утримання» може застосовуватися в різних значеннях. Приміром, Г.М. Рабець зазначає, що до поняття «утримання» входить, крім фіксованого розміру щомісячних платежів, надання харчування, одягу, житла, ремонт квартири, надання допомоги, догляд [12, с. 20]. Існує також думка, відповідно до якої утримання розглядається як особлива діяльність із матеріального забезпечення нужденних осіб [6, с. 9]. Проте Словник української мови [13, с. 521] містить обидва значення терміну «утримання», тому немає необхідності протиставляти два значення цього слова. Кожне з них відповідає суті відносин між подружжям, які досліджуються. Таким чином, виходячи з того, що аліменти є різновидом утримання, можна зробити висновок про те, що аліментні зобов'язання подружжя є різновидом зобов'язань подружжя по утриманню. Аліментні зобов'язання мають місце, коли обов'язок з утримання одним із подружжя добровільно не виконується, і аліменти присуджуються за рішенням суду.

В юридичній літературі також немає єдиної думки з приводу питання коректності застосування до сімейних відносин поняття «зобов'язання».

В.І. Труба зазначає, що «оскільки поняття «аліментне зобов'язання» в СК України не визначено, то цілком логічне застосування норм цивільного законодавства щодо визначення поняття аліментного зобов'язання та підстав його виникнення, а саме – ст. 509 і 11 ЦК України» [11, с. 45].

Є.П. Бурдо, навпаки, категорично стверджує, що в сімейному праві неможливо застосовувати поняття «зобов'язання» з певних підстав.

1. У зобов'язаннях, які використовуються ЦК у відносинах чужих один одному фізичних, а також юридичних осіб, публічних утворень, які виступають учасниками цивільного обороту, є завжди дві сторони – боржник і кредитор. До учасників сімейних правовідносин взагалі недоречно застосовувати термінологію «боржник», «кредитор», оскільки це громадяни, пов'язані глибокими людськими почуттями любові.

2. Зобов'язання породжуються договором, односторонніми діями, заподіянням шкоди, безпідставним збагаченням тощо. Аліментні правовідносини виникають за таких умов, як неповноліття або непрацездатність, потреба вповноваженого суб'єкта і можливість зобов'язаного суб'єкта надавати утримання.

3. Укладаючи цивільний договір, сторони розраховують на задоволення будь-яких своїх потреб у товарах, роботах чи послугах, грошах. Особа, яка зобов'язана платити аліменти, ні на що не розраховує, а виконує свій юридичний обов'язок.

4. Цивільне зобов'язання може бути змінено новацією, правочином, а також припинено за згодою сторін, новацією, заліком, відступним, прощенням боргу тощо. Аліментні правовідносини не можна змінити або припинити із цих підстав. Вони припиняються, перш за все, такими подіями, як досягнення віку, смерть платника або одержувача аліментів та з інших підстав, які не залежать від волі сторін.

5. У силу особистого і триваючого характеру на вимоги про виплату аліментів не поширюється строк позовної давності.

6. Сторонами зобов'язання можуть бути будь-які суб'єкти права (фізичні та юридичні особи, публічні утворення). В аліментних правовідносинах управомоченою і зобов'язаною сторонами є не всі громадяни, а лише члени сім'ї (управомоченою – неповнолітні або непрацездатні).

7. Права уповноваженої особи на отримання аліментів захищаються спеціальними засобами захисту, передбаченими нормами різних галузей права: адміністративного, кримінального, сімейного.

8. Аліментні правовідносини, будучи майновими, носять суворо особистий характер [14, с. 12–13].

Проте далеко не всі зазначені підстави можна вважати такими, що з достовірністю

доводять неможливість вважати відносини по утриманню подружжя зобов'язаннями в значенні, яке надається ЦК України.

Щодо першої підстави, то слід зазначити, що у відносинах з утримання, так само як у зобов'язальних, є уповноважена та зобов'язана сторона. «Боржник» та «кредитор» у цивільному праві – це загальні назви цих суб'єктів. У багатьох цивільних зобов'язаннях мають місце спеціальні назви для цих осіб, проте вони продовжують залишатися боржником та кредитором. У сімейних правовідносинах по утриманню суб'єкти теж мають спеціальні назви.

По-друге, цивільне законодавство допускає виникнення зобов'язань не тільки з договорів, завдання шкоди, а також і з інших юридичних фактів (ст. 11 та ч. 2 ст. 509 ЦК України від 16 січня 2003 р. [15]). У сімейних правовідносинах по утриманню подружжя такими фактами є стан непрацездатності та нужденності.

По-третє, особа, яка укладає цивільно-правовий договір, не завжди розраховує на отримання зустрічних матеріальних або нематеріальних благ. Цивільному праву відомі і безоплатні зобов'язання. Такими, зокрема, є і зобов'язання по утриманню подружжя.

По-четверте, можна погодитися з твердженням автора про те, що зобов'язання з утримання можуть припинятися не на всіх підставах, які зазначені в ЦК, проте це не означає, що вони не є зобов'язаннями. Автором вірно зазначено, що на відносини з утримання не поширюється строк позовної давності, проте і це не позбавляє правовідносини подружжя по утриманню зобов'язального характеру. Звертає на себе також увагу, що для деяких цивільних зобов'язань існує обмеження щодо суб'єктів. Наприклад, учасниками більшості зобов'язань не можуть бути малолітні та недієздатні особи. Разом із тим відповідно до абз. 2 ч. 2 ст. 15 СК України майновий обов'язок недієздатної особи за її рахунок може виконувати опікун. Відповідно до ст. 16 СК України якщо мати, батько дитини є неповнолітніми, баба, дід дитини з боку того з батьків, хто є неповнолітнім, зобов'язані надавати йому допомогу в здійсненні ним батьківських прав та виконанні батьківських обов'язків. Подружжя в сімейних відносинах також мають широкий спектр можливостей бути учасниками зобов'язань.

Щодо сьомої підстави, зазначеної Є.П. Бурдо, можна зауважити, що майнові права суб'єктів зобов'язань можуть також захищатися не тільки засобами цивільного, але й кримінального (ст. ст. 189–193, 197, 198 Кримінального кодексу України від 05 квітня 2001 р.) [16] та адміністративного права (зокрема, ст. ст. 512, 93, 94, 96, 110–113 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 07 грудня 1984 р.) [17].

Восьма названа автором підстава також є недостатньо переконливою. У цивільному праві допускається існування зобов'язань, які мають особисто довірчий характер, які не можуть бути виконані ніким, крім чітко визначених осіб. Такими є зобов'язання у сфері інтелектуальної власності, доручення, комісії, управління майном тощо.

Таким чином, вважаємо, що до відносин подружжя по утриманню можна застосовувати термін «зобов'язання», оскільки ніяких істотних відмінностей від зобов'язань у цивільному праві вони не мають.

Не дивлячись на широке застосування терміну «зобов'язання подружжя по утриманню», залишається недостатньо вирішеним і питання правової природи цих зобов'язань. Більшість вчених дотримується думки, що аліментні зобов'язання суттєво відрізняються від цивільних, а тому за своєю природою вони мають сімейно-правовий характер [4, с. 69–70; 5, с. 90; 8, с. 77–78; 18, с. 286; 19, с. 6]. На думку О.М. Кондратьєвої, майнові відносини, які виникають між подружжям із приводу надання утримання, є цивільно-правовими [20, с. 46–47]. Є.П. Бурдо вважає, що аліментне зобов'язання є зобов'язанням особливого роду, яке виникає на засадах імперативно визначеного законом складного фактичного складу [14, с. 13]. Вважаємо, що вирішення проблеми правової природи зобов'язань подружжя по утриманню багато в чому зумовлюється вирішенням проблеми співвідношення цивільного та сімейного права.

У сучасній юридичній науці сформувалися два погляди на місце сімейного права в системі права України: 1) сімейне право є підгалуззю цивільного права (М. Дякович, І. Жилінкова, Р. Майданик, Є. Харитонов, Я. Шевченко та ін.), 2) сімейне право – це самостійна галузь українського права, яка має свої, відмінні від цивільного права, предмет і метод правового регулювання (Т. Боднар, В. Гопанчук, Л. Красицька, В. Труба, Ю. Червоний та ін.).

Прибічники першого погляду наголошують на тому, що предмет правового регулювання сімейних відносин не виходить за межі відносин, які регулюються цивільним правом (майнові та особисті немайнові відносини), а основною рисою методу сімейного права (поряд з цивільним) є рівність сторін [21, с. 151–152].

Прибічники самостійності сімейного права в системі права України стверджують, що «лише специфіка сімейних відносин (зокрема, підстави їх виникнення, зміни і при-

пинення, зміст і суб'єктний склад, сфера суспільних відносин, в якій вони виникають і функціонують тощо), яка зумовила їх автономне правове регулювання в СК України, може слугувати критерієм їх відмежування від багато в чому схожих, проте не тотожних цивільних відносин. На основі цього можна зробити логічний висновок про те, що сімейне право є своєрідним, специфічним правовим масивом, правова природа якого і місце в системі українського права, як і раніше, викликають полеміку. Разом із тим є всі підстави для визнання сімейного права самостійною галуззю українського права, яка містить як приватноправові (переважно), так і публічно-правові норми [22, с. 133].

Обсяг даної статті не дозволяє вступити в полеміку щодо вірності чи помилковості тієї чи іншої з вищенаведених позицій. Нам ближче позиція тих науковців, які вважають сімейне право підгалуззю цивільного, оскільки як цивільні, так і сімейні відносини ґрунтується на засадах рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності їх учасників.

Таким чином, можна зробити висновок, що зобов'язання подружжя по утриманню є особливим різновидом цивільно-правових зобов'язань, до яких можуть застосовуватися норми загальних положень зобов'язального права ЦК України в тій частині, яка не суперечить суті зобов'язань по утриманню.

Отже, визначення зобов'язання подружжя по утриманню можна сформулювати, спираючись на загальне поняття зобов'язання, яке міститься в ч. 1 ст. 509 ЦК України: зобов'язання подружжя по утриманню – це правовідношення, в якому один із подружжя (платник) зобов'язаний надати другому з подружжя (одержувачу) утримання в натуральній або грошовій формі, а одержувач має право вимагати від платника виконання його обов'язку.

Висновки.

Здійснений аналіз правових норм СК України, які регулюють відносини подружжя по утриманню, та вивчення позицій науковців, які досліджували сутність, зміст, підстави виникнення, суб'єктів аліментних зобов'язань подружжя, надають підстави до наступних висновків.

1. У науці приватного права відсутня єдність поглядів на тотожність термінів «зобов'язання подружжя щодо утримання» та «аліментні зобов'язання подружжя». Це пояснюється відсутністю єдності наукових поглядів на поняття «аліменти» та «утримання». Аліменти є різновидом утримання. У зв'язку із цим аліментні зобов'язання подружжя можуть вважатися різновидом зобов'язань подружжя по утриманню.

2. Зобов'язання подружжя по утриманню є особливим різновидом цивільно-правових зобов'язань, до яких субсидіарно можуть застосовуватися норми зобов'язального права ЦК України в тій частині, яка не суперечить суті зобов'язань по утриманню.

3. Зобов'язання подружжя по утриманню – це правовідношення, в якому один із подружжя (платник) зобов'язаний надати другому з подружжя (одержувачу) утримання в натуральній або грошовій формі, а одержувач утримання має право вимагати від платника виконання його обов'язку.

Список використаних джерел:

1. Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. Відомості Верховної Ради України. 2002. № 21–22. Ст. 135.
2. Чепис О.І. Аліментні правовідносини: поєднання приватних інтересів та імперативного регулювання. Науковий вісник Ужгородського університету. Серія ПРАВО. Ужгород, 2008. Випуск 9. С. 216–218.
3. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за ред. І.В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. 855 с.
4. Шершньова О.А. Правове регулювання відносин утримання (аліментування): термінологічна проблема. Актуальні проблеми міжнародних відносин. Випуск 114 (частина II). Київ, 2013. С. 67–72.
5. Лакей І.А., Чеховська І.В. Аліментне зобов'язання на утримання дитини як вид сімейного правовідношення. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 4. С. 88–91.
6. Будро Е.П. Понятие и правовая природа алиментных обязательств. Бизнес в законе. 2014. № 3. С. 8–11.
7. Ромовська З.В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. 500 с.
8. Косова О.Ю. Обязанность содержания и алиментные обязательства. Известия вузов. Правоведение. 2003. № 4. С. 63–80.
9. Дякович М.М. Сімейне право: навч. посіб. Київ: Правова єдність, 2009. 512 с.
10. Семейное право Украины: учебник / под ред. Ю.С. Червоного. Харьков: ООО «Одиссей», 2005. 520 с.
11. Труба В.І. Аліментні правовідносини: види та правова природа. Вісник ОНУ ім. І.І. Мечнікова. Правознавство. Одеса, 2014. Т. 19. Вип. 3(24). С. 44–49.
12. Рабец А.М. Методологические и теоретические проблемы правового регулирования отношений по взаимному алиментированию: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Томск, 1992. 43 с.
13. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства / за ред. І.К. Білодіда. Київ: Наукова думка, 1979. Том 10. 658 с.
14. Бурдо Е.П. Некоторые положения о корректности применения термина «обязательство» к алиментным правоотношениям. Бизнес в законе. 2014. № 3. С. 12–14.

15. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356.

16. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

17. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07 грудня 1984 р. № 8073-X. Відомості Верховної Ради Української РСР. 1984, додаток до № 51. Ст. 1122.

18. Дерій О.О. Поняття аліментного зобов'язання. Держава і право. Юридичні і політичні науки. Київ, 2013. Вип. 59. С. 282–287.

19. Фуников А.А. Правовая регламентация отношений супругов и бывших супругов по предоставлению содержания: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. 22 с.

20. Кондратьева Е.Н. Правовая природа имущественных отношений супругов. Вестник Волжского университета им. В.Н Татищева. 2010. № 74. С. 43–47.

21. Жилінкова І. Сімейне право: галузевий суверенітет чи десуверенізація? Вісник Академії правових наук України. Харків, 2001. № 3(26). С. 146–156.

22. Боднар Т. Сімейне право в системі права України. Приватне право. 2013. № 1. С. 129–134.

Статья посвящена исследованию правовой природы обязательств супругов по содержанию. Автор на основе анализа действующего семейного и гражданского законодательства подчеркивает гражданско-правовую природу названных обязательств. В статье констатируется, что в науке частного права отсутствует единство взглядов на тождественность терминов «обязательства супругов по содержанию» и «алиментные обязательства супругов». Автором на основе общего понятия обязательства сформулировано определение обязательства супругов по содержанию.

Ключевые слова: супруги, брак, содержание, алименты, обязательства по содержанию, алиментные обязательства, семейное право, гражданское право.

The article is devoted to the study of the legal nature of the obligations of the spouses in content. The author, on the basis of an analysis of current family and civil law, emphasizes the civil law nature of these obligations. The article states that in the science of private law there is no unity of views on the identity of the terms "obligations of the spouses in content" and "alimony obligations of the spouses"/ The author, on the basis of the general concept of obligation, has formulated the definition of the obligation of spouses in content.

Key words: spouses, marriage, maintenance, alimony, maintenance obligations, maintenance obligations, family law, civil law.

УДК 347.763

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

СИСТЕМА ДОГОВОРІВ, ЩО ОПОСЕРЕДКОВУЮТЬ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ З НАДАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ПОСЛУГ

Стаття присвячена дослідженню системи договорів, що опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг у цивільному праві України. У ній з використанням моделі багаторівневої систематизації цивільно-правових договорів сформульовано авторську систему договорів із надання транспортних послуг, зокрема, запропоновано в межах типу договорів з надання послуг виокремлювати підтип договорів з надання транспортних послуг, в межах підтипу – види договорів перевезення пасажирів, багажу, вантажу, пошти; в межах кожного із зазначених видів – підвиди: а) договір перевезення автомобільним транспортом; б) договір перевезення залізничним транспортом; в) договір перевезення повітряним транспортом; г) договір перевезення морським транспортом; ґ) договір перевезення внутрішнім водним транспортом; д) договір перевезення в прямому змішаному сполученні. Можливе виокремлення різновидів договорів з надання транспортних послуг у межах окремих підвидів.

Ключові слова: система договорів з надання транспортних послуг, тип договору, підтип договору, вид договору, підвид договору.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Надання транспортних послуг опосередковується великою кількістю договірних конструкцій, які регулюються різними нормативно-правовими актами. Дослідження всіх договорів як єдиної виваженої системи дозволяє розглядати їх не як розрізнену масу окремих видів договорів, що не мають зв'язків між собою, а як певну їх сукупність, що володіє внутрішньою цілісною структурою, сукупність, в основі якої лежать єдність і взаємозв'язок між окремими договорами [1, с. 4-5]. Вивчення системи договірних зобов'язань з надання транспортних послуг є цікавим не лише з наукової точки зору, оскільки воно сприяє розвитку доктрини цивільного права, але й з практичної, адже виявлення особливостей договірних відносин зумовлює належне застосування відповідного правового регулювання, виявлення його прогалин та вироблення адекватної правової основи.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Тематика систематизації цивільно-правових договорів загалом неодноразово висвітлювалась на сторінках юридичної літератури такими науковцями, як О. А. Беляневич, С. М. Бервено, М. І. Брагінський, В. А. Васильєва, Л. К. Веретельник, В.В. Вітрянський, М. В. Гордон, М. Д. Єгоров, О. С. Йоффе, О.А. Красавчиков, В. В. Луць, Р. А. Майданик, В. Г. Олюха, Ю. В. Романець, М. М. Сібільов, А. А. Телестакова, Н. В. Федорченко, Р. Б. Шишка та інші. Проте додаткового вивчення потребує проблематика системи договірних зобов'язань з надання транспортних послуг, що зумовлює актуальність даного дослідження.

Метою статті є формування системи договорів, що опосередковують зобов'язання з надання транспортних послуг, в цивільному праві України.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. У літературі із системного підходу і теорії систем до визначення системи підходять як до відмежованої множинносте взаємодіючих елементів. Для системи цивільно-правових договорів як єдиної системи зі складними взаємозв'язками її елементів характерна як внутрішня єдність, так і диференціація договірних відносин, зумовлена особливостями конкретних майнових відносин, опосередкованих договорами [2, с. 55].

Важливість системного підходу у дослідженні певної групи договорів обґрунтовує у своїй монографічній роботі А. Б. Гриняк. По-перше, оскільки система договорів є складовою частиною більш широких систем

© І. Лукасевич-Крутник, 2018

зобов'язального права, вона характеризується властивими їй родовими ознаками. Наявність родових ознак дає змогу застосовувати до договірних відносин ті норми загальної частини ЦК України, на які не впливає договірна специфіка. По-друге, система договорів має ознаки, з одного боку, що вирізняють її з-поміж інших підсистем цивільного права, а з іншого – властиві будь-яким договірним відносинам. Ці ознаки слугують основою для формулювання уніфікованих норм, які застосовуються до всіх цивільних договорів. По-третє, система договорів складається з великої кількості елементів (типів, видів, різновидів договорів), кожен з яких, маючи загальні ознаки цивільного договору, характеризується специфікою, що зумовлює необхідність особливого правового регулювання [3, с. 73-74]. Погоджуючись із вказаним вище, варто зазначити, що вивчення системи договорів є підґрунтям для вдосконалення наявного і розробки нового законодавства в цій галузі.

Систему договірних зобов'язань можна досліджувати під різним кутом зору, залежно від мети її створення та класифікаційних критеріїв.

Так, В. В. Луць поділяє транспортні договори на основні та допоміжні. Основні транспортні договори опосередковують головну сферу взаємовідносин транспортних організацій та клієнтури (договори про перевезення пасажирів, вантажів, багажу та пошти, договори буксирування). Допоміжні договори сприяють нормальній організації перевізного процесу (договори про організацію перевезень, транспортного експедирування, на експлуатацію під'їзних колій, подачу і забирання вагонів, вузлові угоди тощо) [4, с. 486].

Саме поділ договорів на основні та додаткові було покладено в основу системи усіх договорів про надання послуг, запропонованої А. А. Телестаковою. Аналізуючи наявні підходи провідних учених у галузі цивільного права, науковець пропонує поділяти усі договори про надання послуг на дві класифікаційні групи – загальні (універсальні) договори про надання послуг та допоміжні договори про надання послуг.

До загальних договорів відносять договори, спрямовані на досягнення економічного ефекту, та договори, спрямовані на задоволення немайнового інтересу. До договорів, спрямованих на досягнення економічного ефекту, належать: 1) договори щодо вчинення юридично значимих дій (укладення правочинів): договори із високим ступенем ризику (РЕПО); договори без високого ступеня ризику (комісія); 2) договори щодо вчинення фактичної поведінки (перевезення товару до пункту призначення). До договорів, спрямованих на задоволення немайнового інтересу, належать: 1) договори, спрямовані на задоволення немайнового інтересу фізичної особи (договори, що впливають на інтелектуальний розвиток особи; договори, що впливають на стан фізіологічного і психічного здоров'я; договори, що впливають на духовний стан фізичної особи); 2) договори, спрямовані на задоволення немайнового інтересу юридичної особи (договори про поширення позитивної інформації; договори універсального немайнового характеру; договори про передачу інформації), 3) змішані договори, які можуть бути спрямовані на задоволення немайнового інтересу і юридичної, і фізичної особи.

До групи допоміжних договорів про надання послуг входять договори, спрямовані на обслуговування інших договорів (договори на експлуатацію залізничних під'їзних колій), та договори, спрямовані на забезпечення виконання основного договору (договір експедирування) [5].

З аналізу зазначеної системи договорів випливає, що договірні конструкції, спрямовані на надання транспортних послуг, належать до обох груп. Група допоміжних договорів наповнена виключно договорами з надання транспортних послуг. Тоді як у групі загальних договорів поза увагою авторки залишились договори про перевезення пасажирів, чартеру (фрахтування) та ін.

Такий дихотомічний поділ договорів, безперечно, має науку цінність, оскільки відображає значення та роль певної договірної конструкції у сфері надання послуг. Проте, як влучно зауважує Ю. В. Романець, дослідження того чи іншого об'єкта як системи передбачає, по-перше, наявність множинності елементів, що розглядаються в якості одиниць аналізу; по-друге, взаємопов'язаність цих елементів з обов'язковою присутністю системоутворюючих зв'язків, що забезпечують цілісність системи; по-третє, ієрархічність будови, що виражається в розумінні цієї системи як елемента системи більш високого рівня [6, с. 6].

У зазначеній вище системі договорів із надання послуг важко віднайти системоутворюючі зв'язки, що забезпечують цілісність системи та ієрархічність її будови. Тому запропонована система швидше є класифікацією, а не системним поділом. У цьому контексті доцільно зазначити точку зору О. О. Красавчикова про те, що «...система договорів надає істотну допомогу у формуванні правильного судження

щодо суті самого закону, в усвідомлені того порядку, до встановлення якого прагнув законодавець» [7, с. 42]. Керуючись сказаним, варто зазначити, що система договорів повинна базуватись на позитивному праві, сприяти розвитку наукових теорій та вирішенню практичних завдань.

У доктрині цивільного права піраміда системи договорів сформульована таким чином: рід, тип, підтип, вид та підвид договору. У такій ієрархії рід – найбільш загальна категорія, якій відповідає сам договір як унікальний регулятор відносин, що ґрунтуються на волевиявленні їх учасників [8, с. 325 – 326]. На думку В. Г. Олюхи, великі групи договорів, що об'єднують типи, доцільно називати «клас» договорів [9].

При цьому будь-яка однорідна група договорів повинна мати спільну ознаку, що не виключає можливості їх подальшого внутрішньовидового поділу за іншими критеріями, однак у' рамках загальнородової ознаки їх поділу, який має охоплювати всі більш дрібні класифікації. У цьому контексті в літературі цілком справедливо акцентується увага на важливості послідовної реалізації завдання систематизації договорів, яка полягає в тому, що «кожній групі, яка об'єднує різні їх типи, повинен відповідати свій термін, більш широкий за своїм змістом, ніж терміни, які використані у внутрішньо груповій систематизації». Тому необхідно виходити з розуміння терміна «тип» як найбільш ширшого за своїм змістом поняття з максимальною сферою дії, яким позначається однорідна група договорів [8, с. 325].

Таким чином, систематизація договорів відбувається від загального до особливого. Першим рівнем поділу в системі договірних зобов'язань є їх поділ на такі класифікаційні групи, як «тип договору». Дане поняття застосовується для позначення найбільш повної за обсягом групи договорів, яка відокремлюється від інших за однаковою спрямованістю або спрямованістю результату цивільно-правового договору. З огляду на норми Книги V Цивільного кодексу України про договірні зобов'язання, типами цивільно-правових договорів є договори про передачу майна у власність, договори про передачу майна у користування, договори про виконання робіт, договори про надання послуг, договори про передачу результатів інтелектуальної діяльності та ін.

Договори про надання транспортних послуг належать до типу договорів про надання послуг, ідентичною спрямованістю яких є саме надання послуг, що споживаються в процесі отримання. Класифікаційна група «тип договору» включає до свого змісту менші за обсягом класифікаційні групи – підтипи, види та підвиди. Оскільки тип договорів про надання послуг включає велику кількість різних за правовою природою договорів, його варто поділити залежно від особливостей опосередковуваних договорами послуг на підтипи. У такому разі договори про надання транспортних послуг є підтипом у типі договорів про надання послуг.

На сторінках юридичної літератури дуже часто у разі створення чи характеристики системи договорів відбувається підміна понять і недотримання термінологічної чистоти, внаслідок чого різні класифікаційні групи необґрунтовано отримують назву «тип» чи «вид» договору. Договори з надання транспортних послуг не стали винятком.

Так, на думку Н. В. Федорченко, договір перевезення та транспортного експедирування є окремими типами цивільно-правових договорів, що входять у групу договірних зобов'язань із надання послуг поряд зі зберіганням, страхуванням, дорученням, комісією, а також договором довічного управління майном [10, с. 91]. Очевидно, дослідниця термін «тип» договору замінює словосполученням «група договірних зобов'язань». А під поняттям «тип» договору пропонує розуміти закріплені в ЦК України окремі види договорів, у тому числі у сфері надання транспортних послуг – перевезення (Глава 64), транспортне експедирування (Глава 65).

На думку Л. К. Веретельник, договори про доставку вантажів, пасажирів і багажу (перевезення) та транспортне обслуговування є одним із типів договорів поряд із такими типами договорів, як договори на забезпечення виконання зобов'язань; договори про мінімізацію ризиків; договори про передачу майна (речі, товари) у власність; договори про безоплатну передачу майна у власність; договори про передачу майна в тимчасове володіння і користування або користування; договори про виконання робіт (підряд); договори про надання юридичних і/або фактичних послуг; договори, пов'язані з проведенням розрахунків і кредитуванням; корпоративні договори задля досягнення загальної господарської або іншої мети; договори про створення результату творчої, інтелектуальної та іншої діяльності; договори про створення та розповсюдження інформації; договори про надання майнових прав на використання результату творчої діяльності; інші договори, що чітко не визначились у своїй типологічній приналежності [11, с. 7].

Не заперечуючи те, що договори про доставку вантажів, пасажирів і багажу (пере-

везення) та транспортне обслуговування належать до однієї групи договорів, вважаємо помилковою точку зору, що дана група договорів є типом договору, оскільки вона поєднує лише частину договорів, які мають ідентичну спрямованість – надання транспортних послуг.

Подібні точки зору можна знайти і в закордонній юридичній літературі. Так, Ю. В. Романець розглядає договір перевезення та транспортного експедирування як самостійні типи в групі договорів, спрямованій на виконання робіт (надання послуг) [6, с. 69–73]. Така позиція не відповідає духові та букві кодифікованого акта цивільного законодавства України. Адже договори про виконання робіт та надання послуг мають різне правове регулювання, тому об'єднання їх в одну класифікаційну групу видається безпідставним. Крім того, договір перевезення та транспортного експедирування є видами, а не типами договору.

Договірні зобов'язання з надання послуг як тип договору об'єднують велику кількість договірних конструкцій, що мають свої особливості. Тому з метою правильної ієрархічної побудови системи договорів у даному типі договору доцільно виділяти підтипи. Підтип об'єднує меншу порівняно з типом групу договорів, які мають спільну юридичну мету, проте вона відрізняється від інших підтипів у межах обумовленого типу. У підтипі договору з надання транспортних послуг такою метою є переміщення людей та (або) певного об'єкта в просторі за допомогою транспортного засобу.

Коло договірних конструкцій, які входять у підтип договорів із надання транспортних послуг, визначається наступним рівнем багаторівневої систематизації – видами договорів. Ними є певні групи договорів, які поряд із загальними рисами, що характерні для підтипу та типу договорів, до яких вони належать, мають власні риси, що виділяють їх від інших.

Договори з надання транспортних послуг в Цивільному кодексі України регулюються Главою 64 та Главою 65. У нормах Глави 64 «Перевезення» зазначено договори перевезення вантажу, пасажирів, багажу, пошти, договір чартеру (фрахтування), довгостроковий договір. Главою 65 «Транспортне експедирування» регулюються відносини за договором транспортного експедирування.

Таким чином, залежно від об'єкта договори з надання транспортних послуг поділяються на види: договір перевезення пасажира, договір перевезення багажу, договір перевезення вантажу, договір перевезення пошти.

Дискусійним у юридичній літературі є питання щодо виділення договору перевезення пошти як самостійного виду договору перевезення [12, с. 152]. Адже перевезення будь-яких предметів матеріального світу здійснюється за договором перевезення вантажу, а пошта, як і вантаж, є предметом матеріального світу. Загальне визначення поняття «пошта» закріплено у п. 3.15 Правил супроводження в контрольованих зонах авіапідприємств матеріальних цінностей і пасажирів, затверджених наказом Державного департаменту авіаційного транспорту України Міністерства внутрішніх справ України від 11.06.1996 № 168/397, відповідно до якого поштою є кореспонденція та інші предмети, що відправляються поштовою адміністрацією та призначені для неї. Очевидно, пошта є особливим об'єктом, який зумовлює виділення окремого виду договору перевезення. Виокремлення договору перевезення пошти забезпечується також спеціальним правовим регулюванням. Оскільки система договорів повинна відображати й особливості договірних конструкцій, і особливості їх правового регулювання, договір перевезення пошти потрібно розглядати як самостійний різновид договору перевезення.

У межах кожного виду договору про надання транспортних послуг можна виділити підвиди. У доктрині цивільного права підвидом договорів вважають договори, які відрізняються особливостями, що не мають істотного значення для визначення правової природи договору в цілому [8, с. 365].

Оскільки договори з надання транспортних послуг реалізовуються у сфері транспортної системи, то залежно від виду транспорту кожен із договорів перевезення пасажира, багажу, вантажу, пошти можна класифікувати на такі підвиди: а) договір перевезення автомобільним транспортом; б) договір перевезення залізничним транспортом; в) договір перевезення повітряним транспортом; г) договір перевезення морським транспортом; ґ) договір перевезення внутрішнім водним транспортом; д) договір перевезення в прямому змішаному сполученні.

Система договорів з надання транспортних послуг настільки розгалужена, що в підвидах договорів із надання транспортних послуг можливе виокремлення різновидів договірних конструкцій. Так, у всіх підвидах договорів перевезення вантажу можливе виокремлення такого різновиду договору, як довгостроковий договір. Відповідно до ч. 3 ст. 307 ГК України залежно від виду транспорту, яким передбачається система-

тичне перевезення вантажів, укладаються такі довгострокові договори: довгостроковий – на залізничному і морському транспорті, навігаційний – на річковому транспорті (внутрішньому флоті), спеціальний – на повітряному транспорті, річний – на автомобільному транспорті.

У формуванні системи цивільно-правових договорів часто проблемним є визначення місця договору, який за своєю метою чи спрямуванням належить до певного типу чи підтипу договорів, але за правовою природою є змішаним договором. Як зазначає Р. А. Лідовець, до суттєвих ознак, що характеризують змішані договори, належать поєднання елементів різних договорів і виникнення на цій основі двох і більше зобов'язань, до кожного з яких застосовуються правила про відповідний вид зобов'язань [13, с. 62]. Прикладом такого змішаного договору у підтипі договорів з надання транспортних послуг є договір транспортного експедирування та договір чартеру (фрахтування).

Безперечно, Цивільний кодекс України не спроможний охопити всі види договорів із надання транспортних послуг та закріпити їх правове регулювання. Частина таких договорів регламентована іншими нормативно-правовими актами. Наприклад, Кодексом торгівельного мореплавства України врегульовано договір морського круїзу (ст. 195-202), договір чартеру (фрахтування) суден на певний час (ст. 203-214), договір морського буксирування (ст. 222-228) та ін. Крім того, учасники цивільних відносин, керуючись принципом свободи договору, можуть укласти будь-який інший договір із надання транспортних послуг, не врегульований законодавством України (непоіменовані договори).

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. На підставі проведеного дослідження, керуючись моделлю багаторівневої систематизації цивільно-правових договорів, ми сформулювали авторську систему договорів із надання транспортних послуг, зокрема, запропоновано в межах типу договорів з надання послуг виокремлювати підтип договорів із надання транспортних послуг, у межах підтипу – види договорів перевезення пасажирів, багажу, вантажу, пошти; в межах кожного із зазначених видів – підвиди: а) договір перевезення автомобільним транспортом; б) договір перевезення залізничним транспортом; в) договір перевезення повітряним транспортом; г) договір перевезення морським транспортом; ґ) договір перевезення внутрішнім водним транспортом; д) договір перевезення в прямому змішаному сполученні. Можливе виокремлення різновидів договорів із надання транспортних послуг у межах окремих підвидів.

Список використаних джерел:

1. Васильєва В. А. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин з надання посередницьких послуг: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2006. 31 с.
2. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2008. 576 с.
3. Гриняк А.Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. 374 с.
4. Луць В.В. Загальні положення про транспортні договори. Договірне право України. Особлива частина: навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.: за ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 2009. Глава 25. § 1. С. 485 – 487.
5. Телестакова А.А. Система договорів про надання послуг в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2008. 25 с.
6. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. Москва: Юрист, 2001. 278 с.
7. Красавчиков О. Система отдельных видов обязательств. Советская юстиция. 1960. № 5. С. 42-43.
8. Договірне право України. Загальна частина: навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
9. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система: автореф. дис ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. 20 с.
10. Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. Київ: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.
11. Веретельник Л.К. Систематизація договорів у цивільному праві: автореф. дис ... канд. юрид. наук. Харків, 2008 . 20 с.
12. Попов В.А. Класифікація договорів, що укладаються у сфері перевезення. Наше право. 2016. № 1. С. 150–157.
13. Лідовець Р. А. Змішані договори в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук. Острог, 2004. 203 с.

Статья посвящена исследованию системы договоров, опосредующих обязательства по предоставлению транспортных услуг в гражданском праве Украины. В ней с использованием модели многоуровневой классификации гражданско-правовых договоров сформулирована авторская система договоров по предоставлению транспортных услуг, в частности, предложено в пределах типа договоров по оказанию услуг выделять подтип договоров по предоставлению транспортных услуг, в пределах подтипа - виды договоров перевозки пассажиров, багажа, груза, почты; в пределах каждого из указанных видов – подвиды: а) договор перевозки автомобильным транспортом; б) договор перевозки железнодорожным транспортом; в) договор перевозки воздушным транспортом; г) договор перевозки морским транспортом; г) договор перевозки внутренним водным транспортом; д) договор перевозки в прямом смешанном сообщении. Возможно выделение разновидностей договоров по предоставлению транспортных услуг в рамках отдельных подвидов.

Ключевые слова: система договоров по предоставлению транспортных услуг, тип договора, подтип договора, вид договора, подвид договора.

Article is devoted to the study of the system of agreements pertaining to the obligations for the provision of transport services in the civil law of Ukraine. It using multi-level models of systematization of civil law contracts copyright articulated system of contracts for the provision of transport services, in particular, offered within the type of contracts on the provision of services to distinguish the subtype of agreements on the provision of transport services, within subtype – the type of contract of carriage of passengers, baggage, goods, post; within each of these species – subspecies: a) the contract of carriage by road; b) the contract of carriage by rail; c) a contract of transportation by air; d) the contract of carriage in Maritime transport; g) the contract of carriage by inland water transport; d) contract of carriage in direct mixed message. A selection of types of contracts on rendering of transport services within individual subspecies is possible.

Key words: system of the contract on rendering of transport services, type of contract, subtype of contract, a subspecies of contract.

УДК 347.77

Любов Майданик,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ ОРИГІНАЛЬНОСТІ ТВОРУ В АВТОРСЬКОМУ ПРАВІ: ДОСВІД ЄС, УКРАЇНИ ТА ІНШИХ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

Стаття присвячена питанням визначення поняття оригінальності в авторському праві України, ЄС, США та інших зарубіжних країн. У статті здійснюється аналіз законодавства та судової практики окремих країн, в тому числі Європейського суду Справедливості.

Ключові слова: оригінальність, творчість, рішення Європейського суду Справедливості, авторське право.

Постановка проблеми. В умовах сучасних євроінтеграційних процесів та розвитку інформаційного суспільства в Україні питання визначення сутності умов правової охорони творів, зокрема поняття оригінальності, набувають додаткової актуальності з огляду на появу нових правових підходів та технологій – штучного інтелекту й інших напівсамостійних систем. Це зумовлює необхідність здійснення характеристики та аналізу як вітчизняних, так і зарубіжних правових підходів.

Аналіз останніх досліджень. Окремі питання щодо умов правової охорони творів розглядали такі вітчизняні та зарубіжні вчені: О. А. Підопригора, О. В. Кохановська, О. П. Орлюк, А. С. Штефан, Г. О. Ульянова, Р. Є. Еннан, E. Rosati, C. Craig, D. Gervais та інші.

Метою статті є характеристика й аналіз вітчизняного і зарубіжного правового регулювання щодо визначення поняття «оригінальність» у контексті авторського права.

Виклад основного матеріалу.

1. Поняття і розвиток концепції «оригінальність» в Україні та у світі. Натепер поняття оригінальності в авторському праві різних країн має чотири різні значення – від найвужчого до найширшого. Так, у країнах континентальної системи права, до яких належать більшість країн Європейського Союзу, в останні десятиріччя загальноприйнятим є розуміння оригінального твору як «власного інтелектуального творіння автора». У Сполучених Штатах Америки судова практика, насамперед ґрунтуючись на судовому рішенні по справі Feist, сформувала положення про мінімальний творчий внесок автора у твір, заперечивши таким чином відомий підхід «у поті чола» ('sweat of the brow')[1]. Англо-канадське право Канади містить підхід до визначення оригінальності, який викладений у судовому рішенні по справі CCH [1][2]. Оригінальність як передумова для надання авторсько–правової охорони розглядається щодо твору як «незалежно виробленого із залученням власної майстерності та суджень» автора [2, с. 42]. Фактично канадський підхід поєднав європейське та американське розуміння оригінальності, що було зумовлено багатьма чинниками: історичними, соціальними та політичними. Право Великої Британії визнає твір оригінальним за умови, що автор створив його власними «вмінням, зусиллями, судженнями та працею» [3].

У законодавстві України оригінальність як ознака твору безпосередньо не передбачена, однак непряме посилання на критерій оригінальності як підставу для охорони об'єкта авторського права здійснюється у п. е) ст. 10 ЗУ «Про авторське право і суміжні права». Проте, без сумніву, така ознака є суттєвою для надання об'єкту авторсько–правової охорони, під нею слід розуміти творчий внесок автора. О. С. Іоффе вважав, що «творчість є інтелектуальною діяльністю, що закінчується актом, в результаті якого з'являються нові поняття, образи та\або форми їх втілення, які являють собою ідеальне відображення форми їх втілення».

Вітчизняна судова практика виходить із положень постанови Пленуму Вищого Господарського Суду України від 17.10.2012 № 12 «Про деякі питання прак-

[1] У США до 1991 року застосовувався підхід про те, що твір може отримати охорону не лише за умови наявності оригінальності (творчого внеску), а також за умови вкладення суттєвих зусиль та праці в нього (наприклад, телефонні довідники).

[2] Англ. 'an independent production involving skill and judgment'.

© Л. Майданик, 2018

тики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності», зокрема п. 25, згідно з яким, вирішуючи питання про те, чи є конкретний результат об'єктом авторського права, слід враховувати, що за змістом статей 421, 433, 435 ЦК України, статей 7 і 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» в їх взаємозв'язку таким є лише той результат, який створено творчою працею. Крім того, у згаданій постанові зазначається, що доки не доведено інше, результат інтелектуальної діяльності вважається створеним творчою працею (так звана «презумпція творчості»). Вирішуючи питання про наявність творчого внеску, суди часто спираються на висновки судових експертиз у сфері інтелектуальної власності. Так, Господарський суд Дніпропетровської області у своєму рішенні від 17.11.2017 по справі № 904/1126/17, спираючись на положення Закону України «Про авторське право і суміжні права», згадану Постанову ВГСУ № 12 від 17.10.2012 та висновок судового експерта, визнав наявність творчого внеску у технічних умовах і зазначив, що «технічні умови є об'єктом авторського права як літературний письмовий твір технічного характеру» [4]. В іншому рішенні Господарський суд Харківської області, вирішуючи питання про надання самостійної охорони авторським правом персонажу аудіовізуального твору, виходив, окрім іншого, з того, що «оригінальність твору означає, що він не повинен бути скопійований з іншого твору і повинен містити значний обсяг власного творчого матеріалу» [5]. Як вбачається з наведеного, українська правозастосовна практика не має системного підходу до розуміння поняття оригінальності, однак спільним є застосування єдиної категорії «творчість».

2. «Оригінальність» у практиці Європейського суду Справедливості. У законодавстві Європейського Союзу так само немає єдиного підходу до визначення цього поняття ані на рівні директив, ані в нормативних актах окремих країн – учасниць співтовариства. Оригінальність як загальна передумова надання авторської охорони згадується в законодавстві ЄС на рівні директив, однак передбачається щодо конкретних об'єктів авторського права. Так, Директива ЄС щодо комп'ютерних програм у статті 1(3) передбачає: «Комп'ютерна програма підлягає охороні за умови, що вона є оригінальною в розумінні того, що вона є результатом власної інтелектуальної праці автора. Жоден інший критерій не застосовується при визначенні допустимості охорони». Директива ЄС щодо строків охорони авторського права і суміжних прав у ст. 6 передбачає таку ж правову конструкцію стосовно фотографій. Виходячи з аналізу законодавчих підходів ЄС, Елеонора Розаті робить висновок про те, що «гармонізація підходів щодо вимоги оригінальності для окремих категорій творів наслідує континентальну модель. Це не означає, що твір для того, щоб бути оригінальним, повинен мати певний рівень новизни, однак особистість автора має проглядатись у його творчому результаті» [6, с. 67] . Разом із тим з метою уніфікації цього питання Європейський суд справедливості неодноразово висловлював свою позицію у так званих «land mark» рішеннях. Так, у 2009 році у справі C–5/08 Infopaq [7] Європейський суд Справедливості дійшов висновку про те, що майнове право автора дозволяти чи забороняти відтворення повністю або частково застосовується щодо творів, що є «власним інтелектуальним творінням автора», у тому числі щодо статей у періодичних виданнях. Спір виник у Данії між компанією Infopaq та Danske Dagblades Forening, Датською асоціацією видавців щоденних газет щодо порушення авторського права на часткове відтворення статті. Infopaq за допомогою електронного збору даних створювала резюме (анотації) статей із датських періодичних видань і розсилала їх своїм клієнтам через електронну пошту за попередньо узгодженими з ними темами. Сам процес збору інформації із цих статей включав у себе п'ять етапів: реєстрація працівниками Infopaq конкретної статті в електронній базі даних; сканування статті і створення зображення кожної сторінки з подальшим завантаженням на спеціальний сервер; перетворення зображення статті у текстовий файл; пошук у тексті за ключовими словами та надання підсумкового звіту про кількість знайдених збігів із посиланнями на конкретну статтю і сторінку; створення окремого документа для кожної сторінки публікації, в якій з'являється пошукове слово, де міститься витяг із одинадцяти слів [6, с. 107, 108]. Верховний суд Королівства Данії не зміг однозначно вирішити цю справу щодо необхідності отримання дозволу від правоволодільця авторських прав на таке відтворення, тому звернувся до Європейського суду Справедливості з питаннями про тлумачення Директиви 2001/29 / ЄС щодо гармонізації певних аспектів авторського права та суміжних прав в інформаційному суспільстві, зокрема в частині поняття права на відтворення в розумінні ст. 2 та про те, чи можливе таке використання без згоди правоволодільців у межах винятку, передбаченого ст. 5 зазначеної Директиви. Суд постановив, що авторське право дозволити або забороняти відтворення поширюється на "твір", тобто власну інтелектуальну творчість автора. Охорона також поширюється на частини твору, оскільки вони поділяють ори-

гінальність твору у цілому і містять елементи, які є вираженням інтелектуального творіння його автора. Далі суд зазначає, що стосовно газетних статей власне інтелектуальне творіння автора підтверджується способом представлення предмета та мовленевим (лінгвістичним) вираженням. Тому газетні статті є літературними творами у розумінні Директиви 2001/29 / ЄС. Суд також зазначив, що окремі речення або навіть окремі фрази газетної статті можуть передати читачеві оригінальність інтелектуального творіння автора і, отже, підпадають під охорону, передбачену Директивою, як частково відтворені твори. Крім того, Суд здійснив аналіз процесу збору інформації з газетних статей, який проводила Infopaq, щодо можливості застосування положень, передбачених ст. 5 Директиви 2001/29 / ЄС, які передбачають звільнення від обов'язку отримання згоди автора для часткового відтворення твору. Він дійшов висновку про неможливість застосування у даному випадку згаданих положень, оскільки дії щодо відтворення, здійснені Infopaq, не є тимчасовими та/або випадковими.

У справі C–393/09 Bezpečnostní Softwarová Asociace [7] суд, окрім іншого, розглядав питання умов надання авторської охорони комп'ютерним програмам, їх формам вираження. Такі питання суду направив Верховний адміністративний суд Чехії у зв'язку з розглядом справи у спорі між Асоціацією з охорони програмного забезпечення (Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany4, далі – BSA) та Міністерством культури Чехії. Міністерство культури Чехії відмовило у дозволі BSA на колективне управління майновими авторськими правами на комп'ютерні програми, зокрема на право на графічний інтерфейс користувача (Graphic user interfaces – GUIs) комп'ютерної програми, оскільки авторська охорона поширюється лише на код комп'ютерної програми, а не на її графічне зображення на екрані комп'ютера. Крім того, було зазначено, що обов'язкове колективне управління для такої категорії прав не передбачено законодавством, а добровільне управління є недоцільним. Верховний адміністративний суд Чехії поставив питання про можливість застосування до охорони комп'ютерних програм положень ст. 1 (2) Директиви щодо комп'ютерних програм 91/250 / ЄЕС415 стосовно вираження у будь-якій формі комп'ютерної програми у розумінні того, що таке вираження також включає в себе графічний інтерфейс користувача комп'ютерної програми або її частини. Крім того, було поставлене питання про поширення права на доведення до загального відома публіки у розумінні ст. 3 згаданої Директиви на публічне сповіщення графічного інтерфейсу користувача комп'ютерної програми організаціями мовлення, однак у цій частині дослідження увага буде приділена першому питанню. Суд постановив, що графічний інтерфейс користувача не є формою вираження комп'ютерної програми, а отже, не може підпадати під охорону авторським правом у розумінні Директиви щодо комп'ютерних програм. Суд виходив із того, що графічний інтерфейс не надає можливість відтворення самої комп'ютерної програми, а забезпечує взаємодію між користувачем і комп'ютерною програмою. Водночас суд зробив, на наш погляд, важливий висновок про те, що хоча охорона графічному інтерфейсу як комп'ютерній програмі не може бути надана, охорона в межах «звичайного» авторського права не обмежена, за умови що такий твір є власною інтелектуальною творчістю автора. Таким чином, ще раз знайшла своє підтвердження концепція, викладена у рішенні Infopaq, щодо поняття оригінальності через власну інтелектуальну творчість (діяльність) автора.

У наступних справах C–145/10 Painer, C–403/08 and C–429/08 Murphy, C–604/10 Football Dataco [8] та C–406/10 SAS Європейський суд Справедливості не лише підтвердив позицію, висловлену раніше, а й розширив концепцію оригінальності твору через тлумачення її змісту в контексті положень Директив. У справі C–604/10 Football Dataco суд зазначив, що твір (у даній справі – база даних) відповідає критерію оригінальності у тому разі, коли автор має можливість виразити свою творчість в оригінальній манері шляхом прийняття вільних і творчих рішень і таким чином накладає його «особистий дотик» ('personal touch'). У рішенні по справі C–145/10 Painer [9] суд підтвердив позицію стосовно охорони авторським правом портретних фотографій, створених на основі інших фото чи опису зі слів за допомогою технічних засобів, – фотороботів ('photo-fit'), у якій застосовувався критерій оригінальності у розумінні «власного творіння автора».

Поняття оригінальності твору, прийняте у Європейському Союзі, відповідає загальним підходам країн континентальної системи права, в тому числі України. Разом із тим такий підхід суттєво відрізняється за своїм змістом від широкого поняття оригінальності у США та Великій Британії[3].

[3] Рішення у справі C-604/10 Football Dataco ще раз привернуло увагу до різного розуміння оригінальності у Великій Британії та інших країнах ЄС. Це рішення породило ряд спорів щодо доцільності внесення змін у національне законодавство Великої Британії, наприклад, в частині вичерпності переліку об'єктів авторського права.

3. Концепція «оригінальності» в умовах сучасного інформаційного суспільства. Зазначена ознака оригінальності є усталеною і не підлягає сумніву більше ста років, однак сучасне суспільство перебуває у стані постійного розвитку і все більше набуває характеру інформаційно–цифрового. Це зумовило появу нових форм вираження творів, а також способів їх створення. У світлі новини про те, що комп'ютерна програма згенерувала низку музичних творів, об'єднаних у цілий музичний альбом, і, що найцікавіше, без жодної участі людини, постає питання про наявність авторсько-правової охорони таких результатів [11]. Такі питання все частіше постають перед правникам у розрізі активного розвитку напряму штучного інтелекту.

Якщо розглядати ознаку творчості з погляду традиційного підходу (творчість притаманна виключно фізичній особі і має місце у разі безпосередньої участі автора), то, відповідно, такі об'єкти охороні не підлягають. На наше глибоке переконання переглядати поняття творчості в контексті авторського права є недоцільним, оскільки незалежно від рівня розвитку технологій лише людина здатна до абстрактного, емоційного мислення з подальшим об'єктивним вираженням такого творчого результату. Тому, на нашу думку, підходи до поняття автора первісного суб'єкта як фізичної особи є однозначними незалежно від правової системи. Хоч Бернська конвенція і не дає відповіді на те, хто є автором твору, і відносить це до виключної компетенції країн-учасниць, однак строк охорони виключних майнових авторських прав прив'язується до смерті автора – фізичної особи. У країнах droit d'auteur за загальним правилом автором визнається фізична особа, зокрема, у рішеннях Європейського суду Справедливості про це неодноразово згадувалося. У країнах із загальною системою права і підходом 'copyright', зокрема у Сінгапурі, юридична особа визнається автором твору. Вперше така позиція була викладена у судовому рішенні по справі Alteco Chemical Pte Ltd v Chong Yean Wah [1992] 2 SLR(R) 91 (далі – Alteco), що поставило ряд питань, у тому числі про визначення строків охорони майнових авторських прав. У 2010 році у рішенні по справі Pioneers & Leaders (Publishers) Pte Ltd v Asia Pacific Publishing Pte Ltd [2010] SGHC 211 [12] Верховний суд Сінгапуру розширив позицію, викладену у рішенні Alteco, вказавши, що строк охорони майнових авторських прав юридичної особи визначається за правилами, які передбачені для раніше не оприлюднених (неопублікованих) творів, тобто 70 років після першої публікації твору.

Разом із тим, надаючи відповідь на питання про можливість авторської охорони об'єктів, створених без безпосередньої участі людини, можна припустити, що всі алгоритми, закладені у коді комп'ютерної програми, розроблені людиною, а отже, є результатом її інтелектуальної діяльності, тож стверджувальна відповідь вже не видається такою категоричною. Крім того, у розробку комп'ютерних програм, які в результаті і формують основи для штучного інтелекту, розробники вкладають не лише інтелектуальні та творчі зусилля, а й матеріальні. Якщо пристати на протилежну позицію, що творчий (оригінальний) складник все-таки відсутній в об'єктах, створених комп'ютерними програмами, однак вкладено великі інвестиції фінансового і іншого характеру, то відповідь, вочевидь, міститься у відомій європейському праву інтелектуальної власності конструкції права особливого роду щодо інвестиційних баз даних, яка передбачена Директивою ЄС про правову охорону баз даних 1996 року [13].

На нашу думку, в умовах динамічного розвитку технологій і гармонізації законодавства України з Європейськимо твір вважається оригінальним за умови наявності в ньому особистого інтелектуального (творчого) внеску автора – фізичної особи – в обсязі, достатньому для виникнення охоронюваного законом самостійного об'єкта інтелектуальної власності, презумпція правомірності якого не заперечена судом у встановленому законом порядку. При цьому розмір необхідного обсягу зазначеного творчого внеску не може бути визначено наперед та однаково для всіх видів творів, з огляду на індивідуальність та оціночний характер творчості, що зумовлює визначення достатності творчості внеску судом у кожному конкретному випадку. Крім того, зазначене розуміння достатності творчого внеску може застосовуватися у контексті сформованих судовою практикою положень про презумпцію наявності творчого внеску (фактично, оригінальності).

Висновки.

На підставі проведеної характеристики й аналізу поняття оригінальності у правозастосовній практиці України та зарубіжних країн можна дійти таких висновків:

1. Обґрунтовується, що поняття «оригінальність» визнається всіма правовими системами світу як передумова надання охорони твору авторським правом, однак єдиний підхід до розуміння цього інституту відсутній.

2. На підставі аналізу законодавства і судової практики різних країн виокремлено чотири основні підходи до визначення поняття оригінальності: в Європейському Союзі під оригінальним твором розуміють «власне інтелектуальне творіння автора»; у Сполучених Штатах Америки сформовано положення про мінімальний творчий внесок автора у твір; право Канади містить підхід щодо розу-

міння оригінального твору як «незалежно виробленого із залученням власної майстерності та суджень» автора; право Великої Британії визнає твір оригінальним за умови, що автор створив його власними «вміннями, зусиллями, судженнями та працею».

3. Авторське право України не містить системного підходу до визначення оригінальності твору, однак найчастіше визначає його через наявність «творчого внеску» автора у твір, що в цілому відповідає загальному підходу континентальної системи права, разом із тим потребує узгодження з позиціями права Європейського Союзу в контексті євроінтеграції.

4. Творчий внесок як визначальний елемент оригінальності розглядається виключно за участі фізичної особи, що унеможливлює надання охорони об'єктам, створеним штучним інтелектом у межах «звичайного» авторського права, однак не обмежує в майбутньому поширення на них права 'sui generis'.

5. Обґрунтовано, що твір вважається оригінальним за умови наявності в ньому особистого інтелектуального (творчого) внеску автора – фізичної особи – в обсязі, достатньому для виникнення охоронюваного законом самостійного об'єкта інтелектуальної власності, презумпція правомірності якого не заперечена судом у встановленому законом порядку. При цьому розмір необхідного обсягу зазначеного творчого внеску не може бути визначено наперед та однаково для всіх видів творів, з огляду на індивідуальність та оціночний характер творчості, що зумовлює визначення достатності творчості внеску судом у кожному конкретному випадку. Крім того, зазначене розуміння достатності творчого внеску може застосовуватися у контексті сформованих судовою практикою положень про презумпцію наявності творчого внеску (фактично оригінальності).

Список використаних джерел:

1. Сайт Верховного суду Канади. CCH Canadian Ltd v Law Soc'y of Upper Can, [2004] 1 SCR 339, Section 15 (Can). URL: https://scc–csc.lexum.com/scc–csc/scc–csc/en/item/2125/index.do?r=AAAAAQATQ2FuYWRhIEV2aWRlbmNlIEFjdAE&site_preference=mobile (дата звернення: 11.09.2018).

2. Carys J. Craig .The Evolution of Originality in Canadian Copyright Law: Authorship, Reward and the Public Interest.University of Ottawa Law and Technoogy Journal 2.2 (2005): 425–445, p. 42

3. A. Rahmatian, Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure. IIC (2013) 44: 4. URL: https://doi.org/10.1007/s40319–012–0003–4

4. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70347689 (дата звернення: 11.09.2018).

5. Єдиний державний реєстр судових рішень України. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68311267 (дата звернення: 11.09.2018).

6. E. Rosati. Originality In EU Copyright : Full Harmonization Through Case Law. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. P. 67.

7. Сайт Європейської Комісії. URL: http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/08c005_en.pdf (дата звернення: 11.09.2018).

8. Сайт Європейської Комісії. https://eur–lex.europa.eu/legal–content/en/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2011.063.01.0008.01.ENG (дата звернення: 11.09.2018 року)

9. Сайт Європейського суду Справедливості. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119904&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=199139 (дата звернення: 11.09.2018).

10. Сайт Європейської Комісії. URL: https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0145:EN:HTML (дата звернення: 11.09.2018).

11. The world's first album composed and produced by an AI has been unveiled. URL: https://futurism.com/the–worlds–first–album–composed–and–produced–by–an–ai–has–been–unveiled/ (дата звернення: 11.09.2018).

12. Справа 'Pioneers'. URL: http://www.lawyerservices.in/Pioneers–and–Leaders–Publishers–Pte–Ltd–Versus–Asia–Pacific–Publishing–Pte–Ltd–2010–07–30 (дата звернення: 11.09.2018).

13. Сайт Європейської комісії. Директива ЄС про правову охорону баз даних. URL: https://eur–lex.europa.eu/lexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML (дата звернення: 11.09.2018).

Статья посвящена вопросам определения понятия оригинальности в авторском праве Украины, ЕС, США и других зарубежных стран. В статье проводится анализ законодательства и судебной практики отдельных стран, в том числе решений Европейского суда Справедливости.

Ключевые слова: оригинальность, творчество, решение Европейского суда Справедливости, авторское право.

The article is devoted to questions of definition of the concept of originality in the copyright law of Ukraine, EU, USA and other foreign countries. The article analyzes the legislation and judicial practice of individual countries, including the decisions of European Court of Justice.

Key words: originality, creativity, decision of the European Court of Justice, copyright law.

УДК 347.56:614.253/.256

Ольга Мостовенко,
здобувач кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ЛІКАРСЬКИХ ПОМИЛОК

У статті аналізується поняття «лікарська помилка» з доктринальних позицій. Досліджена правова природа лікарської помилки, класифікація лікарської помилки. Надана правова оцінка лікарської помилки як однієї з можливих підстав звільнення від цивільно-правової відповідальності.

Ключові слова: лікарська помилка, пацієнт, лікар, медичний працівник, медична допомога, медична послуга, цивільно-правова відповідальність.

Постановка проблеми. Конституція України у статті 49 закріпила право кожної фізичної особи на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Якість медичної допомоги та медичних послуг відіграє важливу роль у здійсненні медичної діяльності. Водночас результат надання медичних послуг не завжди є позитивним із різних причин – від індивідуальної непереносимості препарату до недостатнього технічного забезпечення, неуважності медичних працівників або їхньої помилки.

Притягнення до відповідальності лікаря (лікувального закладу) є однією з найбільш актуальних проблем упровадження «доказової медицини» в рамках медичної реформи.

Метою статті є аналіз поняття лікарської помилки, визначення її характерних ознак, класифікація лікарських помилок.

Стан опрацювання. Проблема лікарських помилок була і залишається предметом численних наукових досліджень представників як медичної науки, так і юридичної. Серед них можна виділити праці С. В. Антонова, С. Б. Булеци, А. А. Герц, І. В. Давидовського, С. В. Михайлова, І. Ф. Огаркова, М. І. Пирогова, А. М. Савицької, С. Г. Стеценка та ін..

Виклад основного матеріалу. Більшість учених, які досліджують поняття медичної, або, як її ще називають, лікарської, помилки, наголошують, що воно має медичний та юридичний аспекти. Ми поділяємо цю думку, водночас акцентуючи увагу на подвійній правовій природі медичної помилки, яка може виступати як причиною правопорушення, так і підставою для притягнення або звільнення від цивільно-правової відповідальності.

Фізична особа звертається за медичною допомогою, очікуючи, що вона буде якісною й ефективною. Разом із тим деякі з медичних маніпуляцій у разі помилкових дій медичних працівників завдають шкоду пацієнту і можуть закінчуватися летальним результатом або інвалідністю.

Відповідно до ст. 1166 Цивільного кодексу України особа, яка завдала шкоду, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що ця шкода завдана не з її вини. Шкода, яка призвела до каліцтва, іншого ушкодження здоров'я або смерті фізичної особи внаслідок непереборної сили, відшкодовується у випадках, встановлених законом.

Таким чином, у разі встановлення відсутності вини за вітчизняним законодавством особа звільняється від деліктної відповідальності. Якщо медична послуга надається на підставі договору із надавачем послуги – суб'єктом підприємницької діяльності – останній відповідає перед пацієнтом незалежно від вини, за винятком випадку неможливості виконання внаслідок настання обставин непереборної сили або нещасного випадку.

Підставою звільнення від відповідальності медичної організації у разі настання нещасного випадку також визнається наявність виправданого професійного медичного ризику, який не охоплюється категорією непереборної сили і в літературі розглядається як кваліфікований випадок із притаманними йому невідворотністю настання події і його надзвичайним характером.

Досліджуючи питання відповідальності за шкоду, завдану пацієнту, вчені виділяють серед несприятливих результатів лікування лікарські помилки, нещасні випадки, карні недогляди [14, с. 234].

Вперше термін «лікарська помилка» ввів у науковий обіг видатний вітчизняний хірург М. І. Пирогов, який визначив її як хибні висновки і дії лікаря під час встановлення діагнозу захворювання, визначення тактики і методики його лікування [1, с. 5].

Відомий патологоанатом академік І. В. Давидовський писав, що до лікарських помилок

© О. Мостовенко, 2018

слід відносити лише добросовісну помилку лікаря, яка базується на недосконалості сучасного стану медичної науки та її методів дослідження чи викликана особливостями перебігу захворювання окремого хворого, або ту, що пояснюється нестачею знань чи досвіду лікаря [11, с. 112].

Отже, медики визначають свої помилки в професійній діяльності як наслідок добросовісної омани за відсутності недбальства, халатності або невігластва, тобто за відсутності складу злочину, або неправильну дію (або бездіяльність) лікаря, основою якої є недосконалість сучасної медичної науки, незнання або невміння використати наявні знання на практиці [4, с. 53].

Серед представників юридичної науки також немає єдиної позиції щодо визначення даного терміна. Аналіз юридичної літератури дає підстави виділити декілька підходів до визначення лікарської помилки.

Перший основною характеристикою лікарської помилки визначає дії або бездіяльність медичних працівників.

Так, С. В. Антонов визначає зміст медичної помилки як правомірні та обґрунтовані дії чи бездіяльність особи, яка надає медичні послуги (допомогу), несприятливий наслідок яких пов'язаний з недосконалістю та обмеженістю методів і засобів сучасної медичної науки, важкими об'єктивними умовами медичного втручання, атиповою будовою тіла чи функціонування окремих органів, нестандартними реакціями організму пацієнта на застосування медичних препаратів чи процедур та виникає незалежно від уважності та професійності медичного працівника, у разі відсутності в діях (бездіяльності) медичного працівника умислу чи інших ознак складу цивільного правопорушення [3, с. 11-12].

О. О. Прасов вважає, що лікарські помилки необхідно розглядати у широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні – як винні, так і невинні діяння, а у вузькому – лише невинні діяння медичних працівників. [10, с. 94].

Я. Лейбович говорить про лікарські помилки як про неправильні, несумлінні дії під час надання медичної допомоги або догляду за хворим [7, с. 48].

Другий підхід передбачає, що лікарською помилкою є дефект надання медичної допомоги, який у вузькоспеціалізованій літературі пов'язується з неправильними діями медичного персоналу, який характеризується добросовісною помилкою за відсутності ознак умисного чи необережного злочину [8, с. 240].

Так, В. І. Акопов визначає лікарську помилку як помилку лікаря в професійній діяльності внаслідок добросовісної помилки за відсутності недбалості, халатності або невігластва [2, с. 312].

Протилежну думку висловлює С. Г. Стеценко, який розглядає лікарську помилку як дефект надання медичної допомоги, пов'язаний з неправильними діями медичного персоналу, які характеризуються як добросовісна помилка за відсутності ознак зловмисного чи необережного проступку [13, с. 458].

У цьому зв'язку І. Ф. Огарков висловлювався про лікарські помилки як про некарні добросовісні хиби за відсутності недбалості, халатності, легковажного ставлення лікаря до своїх обов'язків, що потягло за собою погіршення стану здоров'я пацієнта або його смерть [9, с. 101].

Деякі автори, даючи визначення лікарської помилки як сумлінної помилки лікаря в діагнозі, методах лікування, виконанні операцій тощо, акцентують увагу на причинах її виникнення – об'єктивних і суб'єктивних – і відносять до них недосконалість медичних знань, техніки, недостатність знань у зв'язку з недостатнім досвідом роботи [6, с. 146].

Погоджуємося з думкою Т. В. Заварзи, яка вважає, що бачення у лікарській помилці двох таких аспектів, як добросовісна помилка та провина медичного працівника, є неправильним, оскільки за умови виконання лікарем своїх обов'язків та дотримання встановлених стандартів не може йтися про наявність вини у його діях, а отже, і про відповідальність [5, с. 119].

З юридичної точки зору, у контексті правових наслідків лікарська помилка є протиправним діянням (дією або бездіяльністю), яке є однією з умов відповідальності. Водночас у медичній літературі термін «лікарська помилка» застосовується в розумінні безвинної помилки лікаря, що виключає відповідальність.

Дослідження поняття «лікарська помилка» дає підстави для виділення її характерних ознак. І. Я. Сенюта, розглядаючи її як підставу притягнення до цивільно-правової відповідальності, до характерних ознак відносить настання цивільно-правової відповідальності за результатами правової кваліфікації діяння та тонку межу з професійними злочинами і відмінність за обсягом шкоди: у разі злочину – тяжкі наслідки, що є оцінним поняттям, проте, як правило, передбачають смерть, тяжкі тілесні ушкодження. Крім того, відмінність полягає у добросовісності помилки, не пов'язаної з недбалим і несумлінним ставленням до виконання професійних обов'язків [12, с. 370].

З такою позицією не можна цілком погодитися, оскільки, на нашу думку, не всі лікарські помилки є підставою для притягнен-

ня до цивільно-правової відповідальності. Лікарськими є тільки такі помилки у формі дії або бездіяльності медичних працівників, які мають «казуальний характер». Водночас тільки визнання випадку казусу дає підставу виключити застосування цивільно-правової відповідальності.

На нашу думку, характерними ознаками лікарської помилки є спеціальний суб'єкт (ним завжди виступає фізична особа, до якої законодавством встановлені особливі вимоги); неправильні дії під час надання медичної допомоги.

Лікарською помилкою є помилка, яка має місце внаслідок неправильних дій лікаря в процесі постановлення діагнозу або призначення лікування..

У літературі також виокремлюють окремі різновиди помилок: *діагностичні* (помилки в розпізнаванні захворювань та їх ускладнень, як-то помилковий діагноз хвороби чи ускладнення), *тактичні* (як правило, є наслідком діагностичних прорахунків), *організаційні* (помилки в організації надання тих чи інших видів медичної допомоги, створенні необхідних умов функціонування тієї чи іншої служби), *технічні* (помилки у проведенні діагностичних і лікувальних процедур, маніпуляцій, методиках операцій), *деонтологічні* медичні помилки (помилки в поведінці лікаря, його спілкуванні з хворими та їхніми родичами, колегами, медичними сестрами, санітарками), *помилки в заповненні медичної документації* та інші помилки [4, с. 54].

З іншого боку, медики акцентують увагу тільки на двох видах лікарських помилок – діагностичних і деонтологічних. Так, перший вид помилок поділяється на чотири етапи залежно від того, на якому етапі процесу діагностики вони були допущені, зокрема, це помилки: 1) в оцінці скарг та симптомів; 2) постановці попереднього діагнозу; 3) диференційній діагностиці; 4) постановці клінічного діагнозу.

Водночас деонтологічними помилками є неточне розуміння пацієнтом інформації, отриманої від лікаря. Значний обсяг інформації про медицину, доступ до соціальних мереж, самостійне вивчення методів дослідження та лікування поступово трансформують основу цих взаємин – від патерналізму до принципів співпраці та взаємної довіри. Недооцінка лікарями значення активної ролі пацієнта в процесі лікування призводить до негативних наслідків. Такі помилки досить часто трапляються в лікарській практиці. Зменшити їх кількість можуть рівні, довірливі взаємини, що спираються на досягнення сучасної медичної науки, дотримання медиками відповідних технологій, високий професійний рівень медичного персоналу.

Висновки.

Натепер у нормативно-правових актах відсутнє визначення як поняття «лікарська помилка», так і змісту її, що в кінцевому рахунку призводить до відсутності чіткого розмежування підстав звільнення або притягнення до відповідальності медичного закладу (медичного персоналу).

Ознаками лікарської помилки є: спеціальний суб'єкт, яким завжди виступає фізична особа, до якої законодавством встановлені особливі вимоги, та неправильні дії під час надання медичної допомоги, які називають дефектами.

Список використаних джерел:

1. Акопов В.И. К истории судебной ответственности врачей. Медицина. 2001. № 10.
2. Акопов В.И., Маслов Е.Н. Право в медицине. М.: Книга-сервис, 2002. 352 с.
3. Антонов С. В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2006. 20 с.
4. Дьолог М. І. Лікарські помилки. Радіологічний вісник. 2014. № 2(51). С. 53–56.
5. Заварза Т. В. Специфіка юридичної відповідальності медичних працівників. Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення): матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції, 17-18.04.2008, м. Львів. С. 119-123.
6. Колоколов Г.Р., Косолапова Н.В., Никульникова О.В. Основы медицинского права: Курс лекций. М.: Экзамен, 2005. 320 с.
7. Лейбович Я. Врачебные ошибки и незаконное врачевание. Судебная ответственность врачей. Л. – М., 1926. С. 48.
8. Медико-правовий тлумачний словник / за ред. І.Я. Сенюти. Львів: Вид-во ЛОБФ «Медицина і право», 2010. 540 с.
9. Огарков И. Ф. Врачебные правонарушения и уголовная ответственность за них. Ленинград, 1966. 133 с.
10. Прасов О. О. Право на медичну допомогу та його здійснення: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Запоріжжя, 2007. 196 с.
11. Рудий В. М. Законодавче забезпечення ре-форми системи охорони здоров'я в Україні. К.: Сфера, 2005. 272 с.
12. Сенюта І.Я. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги: питання теорії і практики: монографія. Львів : Видавництво ЛОБФ «Медицина і право», 2018. 640 с.
13. Стеценко С. Г. Медицинское право: учебник. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004. 572 с.
14. Струнцова В. В. Правовий наслідок медичної помилки. Актуальні проблеми держави і права. 2008. № 38. С. 234–238.

В статье анализируется понятие «врачебная ошибка» с доктринальных позиций. Исследована правовая природа врачебной ошибки, классификация врачебных ошибок. Дана правовая оценка врачебной ошибки как одного из возможных оснований освобождения от гражданско-правовой ответственности.

Ключевые слова: врачебная ошибка, пациент, врач, медицинский работник, медицинская помощь, медицинская услуга, гражданско-правовая ответственность.

The article analyzes from doctrinal positions the concept of "medical error". The legal natural of medical error and classification of medical errors are investigated. The legal estimation of a medical error as one of the possible bases of clearing of civil-law responsibility is given.

Key words: medical error, patient, doctor, medical worker, medical aid, medical service, civil liability.

УДК 347.45/.47

Олексій Недошовенко,
магістр
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР ТА ДОГОВІР МІЖ АКЦІОНЕРАМИ ТОВАРИСТВА: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

Стаття присвячена аналізу та порівнянню цивільно-правових аспектів та законодавчих вимог до укладення і виконання корпоративного договору та договору між акціонерами товариства, а також формулюванню висновків щодо законодавчого та доктринального співвідношення даних договорів і практичних моментів розмежування.

Ключові слова: корпоративний договір, договір між акціонерами товариства, правова природа, мета договору, сутність правовідносин.

Постановка проблеми. Реформування корпоративного законодавства, що розпочалося з 2017 року і триває дотепер, характеризується значними досягненнями у дерегуляції договірних відносин у корпоративному праві. Були закріплені нові можливості (інструменти) впорядкування господарської діяльності через укладення корпоративних договорів. Також було оновлене регулювання укладення та виконання договору між акціонерами. Законодавець закріпив легальну можливість встановити умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі, що є новизною для українського законодавства загалом. Незважаючи на те, що питання корпоративного договору останнім часом досліджується на теоретичному та практичному рівні досить часто, зважаючи на актуальність даних досліджень, науковці, як правило, не порівнюють дані договори. Ця тема залишається актуальною, оскільки ухвалені закони, які регулюють корпоративні відносини, не надають відповідей на велику кількість істотних питань.

Завдання даної статті полягає в розмежуванні корпоративного договору та договору між акціонерами товариства, пошуку спільних та відмінних рис, виявленні основних практичних проблем укладення та виконання даних договорів.

Дослідження корпоративного договору та договору між акціонерами товариства здійснювали такі науковці, як: Ю. М. Попов, О. Г. Загороднюк, М. М. Сигидин, З. А. Березій, М. І. Брагінський, А. В. Габова, Ю. М. Жорнокуя, О. В. Сєрих, В. І. Цікало, Н. В. Козлова та інші.

Договірні відносини в корпоративному праві мають свою специфіку, що зумовлюється особливостями корпоративного права в цілому. Україна, як держава, що стрімко розвивається і поступово впроваджує інститути західноєвропейської правової культури, поступово зменшує кількість законодавчих імперативних приписів та заборон, що в цілому полегшує ведення господарської діяльності. До 2018 року єдиною можливістю врегулювати корпоративні відносини в товаристві, крім статуту, був договір між акціонерами, проте негативна судова практика ставила під сумнів доцільність укладення такого договору. По суті, єдина стаття, яка передбачала можливість укладення таких договорів, містилася в Законі України «Про акціонерні товариства», де зазначалося, що статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання, проте дана стаття регулювала порядок укладення договору виключно між акціонерами, аналогічної статті для інших товариств просто не існувало [1].

Зважаючи на те, що корпоративне законодавство загалом реформується, з часом з'являється все більше договірних конструкцій і можливостей, які спрямовані на врегулювання корпоративних відносин, тому дана тематика є актуальною.

Дефініція поняття «корпоративний договір» міститься в Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»; оскільки даний закон визначає правовий статус виключно товариств з обмеженою відповідальністю та товариств із додатковою відповідальністю, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників, логічним є припущення, що корпоративний договір може укладатися виключно в межах даних товариств [2].

© О. Недошовенко, 2018

Аналогічно дефініція поняття «договір між акціонерами товариства» зазначена в Законі України «Про акціонерні товариства» і фактично може укладатися акціонерами в межах та цілях врегулювання корпоративних відносин у зареєстрованому акціонерному товаристві [3].

Слід відразу наголосити на тому, що, незважаючи на різні терміни для досліджуваних договорів, «корпоративний договір», а також «договір між акціонерами товариства» за своєю правовою природою є різновидами корпоративних договорів у контексті регулювання корпоративних правовідносин суб'єктами корпоративних прав. Українське законодавство передбачає термінологічну відмінність між поняттями «корпоративний договір» та «договір між акціонерами товариства», причому якщо класично в іноземній практиці ці поняття співвідносяться як «ширше» та «вужче», то за законодавством України ці терміни є різними за практичним навантаженням. Зокрема, за англійським правом (точніше, за Common law system) акціонери акціонерного товариства також використовують термін «Shareholders agreement», проте акціонери також мають право використати поняття «Corporate agreement», адже за своєю правовою природою договір між акціонерами товариства є також корпоративним договором (у контексті договору, що укладений між учасниками корпоративних відносин і регулює останні). За українським законодавством така позиція є неправильною. По суті, поняття «корпоративний договір» застосований в Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», і відповідно до цього закону даний договір укладається між учасниками товариства (з обмеженою або додатковою відповідальністю) [4, с. 43].

Якщо зіставити законодавчі вимоги, які, по суті, характеризують досліджувані договори, можна помітити одночасно як концептуальну схожість, так і детальну розрізненість.

Серед спільних рис слід виділити такі:

1) Спільна мета укладення. Беззаперечно, досліджувані договори практично здебільшого укладаються з метою впорядкування або встановлення корпоративного управління, закріплення порядку та випадків відчуження часток (акцій), у тому числі закріплення умов обов'язкового відчуження. Регулювання порядку реалізації корпоративних прав та обов'язків, порядок вирішення спірних (тупикових) ситуацій або закріплення дієвих механізмів їх вирішення та інші положення, які пов'язані з корпоративними правовідносинами та реалізацією корпоративних прав або обов'язків чи утримання від реалізації.

2) Сторонами є учасники корпоративних відносин, причому в обох випадках щонайменше один суб'єкт повинен мати статус учасника/акціонера товариства, інші особи можуть не мати такого статусу, проте мають бути суб'єктами корпоративних відносин (наприклад, інвестори, потенційні покупці чи продавці часток/акцій, набувачі корпоративних прав тощо).

3) Форма договорів – письмова. Недотримання письмової форми означає нікчемність договорів.

4) Як правило, права й обов'язки сторін за досліджуваними договорами мають однаковий характер, проте з урахуванням специфіки конкретного товариства. Ця схожість зумовлена спільною метою і предметом.

5) Однакові механізми забезпечення виконання зобов'язань за договорами та гарантії за ними. Наприклад, інститут безвідкличної довіреності передбачений як для корпоративного договору, так і для договору між акціонерами. Крім того, оскільки договори мають спільний характер, гарантії за ними також можуть бути ідентичними.

6) Укладені договори є обов'язковими виключно для сторін такого договору. Законодавство передбачає можливість укласти дані договори як всіма учасниками (або акціонерами), так і окремими особами. Передбачається можливість укладення договору на користь третьої особи.

7) Досліджувані договори можуть бути укладені на визначений строк або безстроково.

8) Договір між акціонерами товариства, так само і корпоративний договір, неможливо змінити без згоди сторін договору, тоді як статут товариства, як правило, може бути змінений кваліфікованою більшістю голосів учасників, акціонерів (крім випадків, установлених законодавством).

9) Відповідальність за порушення або неналежне виконання умов даних договорів має виключно договірний характер. По суті, в обох випадках сторони не можуть застосувати відповідальність, аналогічну відповідальності за порушення установчих документів товариства. Як правило, йдеться про відшкодування збитків, неустойки, штрафні санкції тощо.

Незважаючи на велику кількість спільного в регулюванні та ідентичну спрямованість і правову природу, вимоги до укладення та виконання є дещо різними, зокрема:

1) Незважаючи на те, що договір між акціонерами регулює корпоративні відносини, поіменувати його корпоративним договором із практичних міркувань неправильно, оскільки цей термін застосовується в договірних відносинах між учасниками товариств з обмеженою або додатковою відповідальністю.

2) Корпоративний договір є безвідплатним, щодо договору між акціонерами такої вимоги не встановлено. Щодо безвідплатності корпоративного договору логіка законо-

давця полягає в тому, щоб учасниками корпоративних відносин корпоративний договір не використовувався на практиці як звичайна альтернатива договору купівлі-продажу частки. Не слід забувати, що, крім продажу частки, особа в ТОВ та ТДВ має можливість просто вийти з товариства, отримавши вартість власної частки. Договір між акціонерами, навпаки, може бути відплатним, варто зазначити, що можливість виходу з акціонерного товариства не передбачена, фактично особа може лише відчужити акції і таким чином вийти з акціонерного товариства [2; 3].

3) Передбачені різні вимоги щодо конфіденційності даних договорів. Зокрема, за загальним правилом, корпоративний договір є конфіденційним, крім випадків, коли стороною є держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство чи юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків прямо або опосередковано належить державі або територіальній громаді. Щодо Договору між акціонерами, то Законом передбачається обов'язковий порядок надання інформації про укладення такого договору. По суті, одна зі сторін такого договору зобов'язана повідомити акціонерне товариство про факт існування такого договору протягом трьох робочих днів із дати його укладення. Публічне акціонерне товариство розкриває інформацію про наявність договору між акціонерами у порядку, встановленому Законом України "Про цінні папери та фондовий ринок" для розкриття особливої інформації про емітента [2; 3].

4) Різні правові наслідки укладення будь-якого договору, що прямо чи опосередковано суперечить або порушує умови раніше укладених досліджуваних договорів. Зокрема, коли йдеться про корпоративний договір, то правовим наслідком є нікчемність будь-якого договору, що укладений на порушення корпоративного договору. Стосовно акціонерних договорів, то договір щодо прав на акції та/або прав за акціями, укладений стороною договору між акціонерами на порушення цього договору, може бути визнаний судом недійсним за позовом заінтересованої сторони договору між акціонерами. Дане положення науковцями та практикуючими юристами досить часто критикується, оскільки фактично дає змогу зловживати наданою можливістю [2; 3].

5) У разі якщо предметом договорів є питання управління товариством, слід враховувати законодавчі вимоги до такого управління, адже для різних товариств законодавство містить різні положення. Аналогічно щодо відчуження часток або акцій. Якщо мета однакова – то способи реалізації такої мети різні, залежно від нормативного регулювання.

Отже, слід наголосити на тому, що корпоративний договір та договір між акціонерами мають однакову правову природу, проте законодавчі вимоги щодо укладення, виконання та припинення є різними, оскільки дані договори укладаються у принципово різних товариствах, діяльність яких мають унікальну специфіку. Хоча корпоративні відносини – це відносини, які виникають стосовно корпоративних прав, які в принципі однакові в усіх господарських товариствах, порядок реалізації і зміст таких прав можуть відрізнятися залежності від суб'єктів реалізації та сфери застосування. Саме тому українське законодавство передбачає різні інструменти, у формі різних договорів, для врегулювання корпоративних відносин у різних товариствах.

Список використаних джерел:

1. Про практику розгляду судами корпоративних спорів : Постанова Пленуму Верховного суду України від 24.10.2008 № 13.

2. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 (редакція від 06.02.2018). Відомості Верховної Ради України. 2018. № 13. Ст. 5.

3. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 (редакція від 17.06.2018). Відомості Верховної Ради України. 2008. № 50. Ст. 384.

4. Недошовенко О.О. Корпоративний договір в цивільному праві: основні положення. Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (18 травня 2018 року, м. Чернігів): зб. наук. праць «ΛΌΓΟΣ». С. 42-45. URL: http://ukrlogos.in.ua/documents/18.05.2018_Tom_2.pdf.

Статья посвящена анализу и сравнению гражданско-правовых аспектов и законодательных требований к заключению и исполнению корпоративного договора и договора между акционерами, а также формулировке выводов относительно законодательного и доктринального соотношения данных договоров и практических моментов разграничения.

Ключевые слова: корпоративный договор, договор между акционерами общества, правовая природа, цель договора, сущность правоотношений.

The article is dedicated to the analysis and comparison of the civil aspects and legislation requirements for the conclusion and implementation of the Corporate and Shareholders Agreement, as well as the formulation of conclusions about the legislative and doctrinal correlation of these agreements and practical differentiation moments.

Key words: corporate agreement, shareholders agreement, legal nature, contract purpose, essence of legal relations.

УДК 347.9

Валерія Прущак,
начальник юридичного відділу,
аспірант кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

РОЛЬ СУДДІ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ПОДОЛАННЯ

Стаття присвячена аналізу стану наукового дослідження статусу судді як посередника у вітчизняній науці та світовій практиці. Приділено увагу підготовці та участі судді в переговорному процесі. Розглянуто практичні аспекти та запропоновано шляхи законодавчого вдосконалення процедури врегулювання спору за участю судді в цивільному процесі.

Ключові слова: альтернативне вирішення спорів, переговори, цивільно-правовий спір, конфлікт, посередник, судове примирення.

Постановка проблеми. Розширення можливостей застосування альтернативних способів вирішення цивільно-правових спорів, одне із центральних місць серед яких посідає такий спосіб, як урегулювання спору за участю судді, в умовах демократизації та гуманізації судового процесу в Україні, зростання соціальної функції судової гілки влади, прагнення до більш ефективного, зваженого та якісного цивільного судочинства стає все більш актуальним. З моменту набуття чинності Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII, який суттєво змінив зазначені процесуальні кодекси, уніфікував та запровадив багато нових, раніше не знайомих вітчизняній правовій системі норм та інститутів, процедура врегулювання спору за участю судді привертає найбільшу увагу через свою новизну та недосконалість. Роль судді під час здійснення ним даної процедури викликає безліч суперечок у наукових колах, а отже, зумовлює й актуальність та невичерпність даного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. На сучасному етапі обов'язок суддів заохочувати сторони до дружнього врегулювання спору не тільки задекларовано міжнародною спільнотою, а й визнано одним із засобів зміцнення незалежності судді [1]. З початком судової реформи інтерес до ролі судді як нейтрального третього посередника під час вирішення цивільно-правового спору значно зріс, проте й досі професійні, кваліфіковані знання та навички судді, за допомогою яких має здійснюватися процедура, порядок його підготовки до участі у переговорному процесі не були предметом спеціального дослідження.

Окремі аспекти процедури врегулювання спору за участю судді досліджували такі представники цивільного процесуального права, як Н. М. Грень, С. В. Ківалов, М. Я. Поліщук, Ю. В. Розман, Л. Д. Романадзе, Т. А. Цувіна та інші.

Однак динамічний розвиток даного інституту зумовлює проблематику допустимого ступеня активності судді під час здійснення ним процедури врегулювання спору, а його правовий статус вимагає спеціального аналізу.

Мета статті – визначити правовий статус судді під час здійснення ним процедури врегулювання спору, проаналізувати особливість його кваліфікаційної підготовки як посередника задля досягнення ефективного результату примирливої процедури.

Виклад основного матеріалу. Процедура врегулювання спору за участю судді є самостійною формою альтернативного вирішення спорів, що передбачає переговорний процес із залученням посередницької діяльності третьої особи – судді. Таким чином, правовий статус судді обумовлюється як повноваженнями, закладеними в основу професії судді, так і спектром активних дій, спрямованих на досягнення сторонами врегулювання спору за допомогою його професійних, кваліфікованих знань та навичок.

© В. Прущак, 2018

Науковці неоднозначно ставляться до одноосібного поєднання ролі судді та примирителя. Є. О. Нєфєдьєв зауважує, що поєднання в одній особі судді й примирителя погано впливає на примирення. Адже примиритель повинен з'ясувати матеріальну істину у справі й на основі того запропонувати умови примирення. Але якщо примиритель при цьому є суддею, що вирішує дану справу, то сторони будуть утримуватись від щиросердних пояснень, остерігаючись того, що їхні пояснення вплинуть на суддю і він, розглядаючи справу після невдалої спроби примирити сторони, буде мимоволі ґрунтувати на них своє рішення. Запропоновані суддею умови можуть видатись невигідними одній зі сторін, у результаті в неї виникнуть сумніви щодо його об'єктивності та неупередженості [8].

Категоричну думку висловлюють стосовно активної участі судді у процесі врегулювання спору такі науковці, як А. Н. Кузбагаров та В. П. Глазирін. Вони вважають, що діяльність державного суду повинна спрямовуватись на досягнення основного завдання – вирішення спірних правовідносин. Лише активні дії приватних осіб, що беруть участь у примиренні, можуть бути спрямовані на врегулювання правового конфлікту. Ініціатива суду в обговоренні умов майбутньої мирової угоди, висловлення судом точки зору стосовно сильних і слабких моментів позицій сторін, пояснення суду щодо обґрунтованості чи необґрунтованості позовних вимог і т. д. можуть призвести до вкрай негативних наслідків [7].

Однак вважаємо таку позицію вчених стислою та односторонньою, адже саме обов'язок суду брати участь у врегулюванні спору між сторонами повною мірою розкриває оригінальну ідею об'єднання примирення та судового процесу через визначення соціальних і моральних цінностей 1' межах права та постає тим безумовним варіантом економії процесуального часу та прискорення розгляду справи, що має наслідком уникнення зайвого навантаження.

Задля забезпечення суддею успішного проведення переговорного процесу між сторонами спору йому необхідні певні комунікативні якості, що зумовлює одну з перших проблем – спеціальну підготовку судді.

Так, С. А. Корягіна обстоює позицію, відповідно до якої виконання функцій посередника вимагає від особи певних знань та вмінь, емоційної стриманості та творчого мислення [6, с. 47]. З її думкою погоджується й І. І. Дутка, який ставить на перше місце професійну підготовку посередника, що має володіти безумовними знаннями юриспруденції, а також «... володіти та вміти оперувати морально-етичними принципами культури ведення діалогу на основі поваги та терпимості один до одного» [5, с. 180].

С. О. Бондаренко, оцінюючі підготовку посередника, вважає, що він обов'язково має бути знаним фахівцем із предмета спору та неабияким психологом, якому під силу поновити нормальні взаємини між конфліктуючими та налагодити взаємодію [2, с. 92].

Т. Подковенко у своїх дослідженнях стверджує, що для належного виконання своєї роботи посереднику необхідно володіти такими рисами: вміння слухати, здобуття довіри, вміння подати інформацію, належне використання гумору, відкритість, толерантність, готовність допомогти, організованість, та безумовно емоційна зрілість та стабільність, адже важко було би працювати з посередником, який не справляється з власними проблемами та емоціями [9, с. 39].

Ми погоджуємося з думкою Д. Л. Давиденко, О. М. Дементьєва та Е. В. Тихонова, які найбільш ґрунтовно окреслюють ті навички та прийоми, якими необхідно володіти судді задля полегшення процесу спілкування між сторонами, відшукування взаємоприйнятних шляхів вирішення проблеми та досягнення максимальної ефективності у здійсненні процедури врегулювання спору за участю судді. Вони акцентують увагу на тому, що посередник має вміти: 1) оцінювати конфлікт, розбиваючи його на окремі проблеми і виявляючи реальні інтереси сторін; 2) бути неупередженим організатором, задаючи тон переговорів і допомагаючи сторонам досягти процедурних і змістовних угод; 3) бути активним слухачем, відокремлюючи змістовні моменти конфлікту від емоцій сторін і даючи сторонам конструктивний зворотний зв'язок; 4) бути випробувачем реалістичності і здійсненності висловлюваних сторонами ідей з вирішення спору, допомагаючи їм вибудувати розумні і реалістичні пропозиції, щоб прийняті сторонами кінцеві угоди були надійними і довгостроковими; 5) бути генератором альтернативних пропозицій для вирішення спору, допомагаючи сторонам вийти за стереотипи звичних і часто обмежених поглядів на їхню проблему; 6) бути розширювачем ресурсів сторін, спрямовуючи їх до тих, хто може дати їм необхідну фактичну та іншу інформацію, надати юридичну або економічну консультацію; 7) бути вчителем у досягненні співпраці на переговорах, навчаючи з боку думати, діяти та вести переговори на принципах співпраці і допомагаючи їм шукати рішення, які б відповідали як їхнім власним інтересам, так і інтересам іншої сторони; 8) уміти сприяти сторонам у доведенні угод до завершеності, піклуючись про те, щоб

у кожної сторони збереглося повне розуміння і відповідальність щодо укладеної угоди [4, с. 81].

Аналіз міжнародного досвіду дає можливість зробити висновок, що більшість країн, які мають досвід у запровадженні будь-яких альтернативних судочинству примирливих процедур, закріплюють освітні та професійні обмеження щодо визначення правового статусу судді як примирителя. Австрія та Албанія, Білорусь, Казахстан і США визначають, що здійснення процедури примирення на професійній основі можливе лише за умови, коли особа пройшла спеціальну професійну підготовку, отримала певну освіту та сертифікат щодо підтвердження навчання за відповідною програмою підготовки.

Водночас у федеральній землі Кельн Бюро з послуг медіації і розв'язання конфліктів розробило власні стандарти навчання посередників. Натомість законодавством Бельгії передбачено наявність особистісних навичок, таких як уміння незалежно працювати та вести змістовний, ґрунтовний діалог. Кожен із претендентів на здійснення примирливої діяльності має скласти відповідний письмовий тест на професійну підготовку та пройти інтерв'ювання.

Німецька система правосуддя передбачає, окрім вільної медіації, мирового провадження та медіації адвокатів, процедуру внутрішньої судової медіації, яка здійснюється за ініціативою судді-медіатора в рамках мирового провадження після надходження позову. Цікавим є те, що, намагаючись створити гарний фундамент розвитку й поширення мирної процедури врегулювання спорів, більшість вищих навчальних закладів Німеччини запровадили постійний курс медіації на своїх юридичних факультетах. Таким чином, основні учасники цього процесу, судді-медіатори, вивчають курс медіації в німецьких школах права та нині працюють при судах, забезпечуючи при цьому зниження кількості потенційних судових розглядів. Окрім цього, ці судді в обов'язковому порядку періодично мають проходити навчання та тренінги для підвищення кваліфікації.

На нашу думку, впровадження курсу підготовки суддів-посередників при вищих навчальних закладах є недоцільним та неприйнятним, по-перше, через те, що спеціальна професійна підготовка судді не з точки зору юридичної освіти, а з точки зору набуття комунікативних навичок має спрямовуватись на відпрацювання цих навичок, а не надання теоретичних знань про них, що є безпосереднім завданням вищих навчальних закладів; по-друге, на відміну від медіації врегулювання спору за участю судді є юрисдикційним способом вирішення спору та певним етапом розгляду правового спору в рамках цивільного судочинства, а отже, й програма підготовки має бути акредитована та безпосередньо реалізовуватись певними державними органами влади.

Так, не викликає сумнівів, що для того, щоб зусилля судді, який проводить процедуру врегулювання спору, принесли результати, йому необхідно бути професійно підготовленою особою не тільки для здійснення правосуддя, а й для вирішення будь-якої проблеми чи конфлікту за допомогою продуманого, конструктивного діалогу, отже, пройти певний курс навчання, що дасть змогу значно підвищити рівень судді як спеціаліста високого класу з проведення процедури врегулювання спору.

Наступною проблемою, яка виникла із запровадженням процедури врегулювання спору за участю судді, є визначення кола суддів, що мають таку процедуру здійснювати. Науковці пропонують передбачити в Законі України «Про судоустрій та статус суддів» обрання в кожному суді зборами суддів цього суду судді, уповноваженого здійснювати врегулювання спору за участю судді, положення щодо правового статусу якого були б аналогічні тим, які регулюють правовий статус слідчого судді. На їхню думку, така практика дасть змогу допустити до врегулювання спорів суддів, які справді мають бажання цим займатися, а також враховувати таку роботу під час визначення навантаження судді та проводити спеціалізовані тренінги для таких суддів, постійно підвищуючи їхній професійний рівень як суддів-посередників [3, с. 82].

Л. Д. Романадзе також схиляється до того, що задля врегулювання спору за участю судді так, як нині передбачено чинним законодавством, необхідно насамперед вирішити проблему навчання суддів, а отже, вважає очевидним, що через брак тренерів достатньої кваліфікації у Національній школі суддів та інших ресурсів через короткий проміжок часу неможливо навчити кожного суддю в судах різної юрисдикції по всій Україні спеціальним навичкам ведення переговорів між учасниками спору, а тому обов'язок врегулювання спору за участю судді має покладатися не на суддю-доповідача (тобто всі судді в Україні мають бути здатними до проведення такої процедури), а на спеціально навченого суддю, якому буде передано справу [10].

Погоджуємося з цією думкою вчених у контексті того, що здійснювати врегулювання спору за участю судді мають не всі судді України, адже отримання таких спеціальних навичок навіть після проходження навчання під силу далеко на кожній особі, в даному

випадку судді. У разі якщо суддя не опанує їх, то через його особистісні характеристики вірогідність ефективного завершення врегулювання спору за участю судді дуже мала, і сторони будуть розчаровані суддею, невдоволені неефективністю процедури та не отриманням бажаного результату. Як висновок, зовсім не кожний суддя-доповідач може здійснювати процедуру врегулювання спору, як це передбачено чинним Цивільним процесуальним кодексом України, а лише ті, хто бажає проводити переговорні процедури між учасниками спору, має навички створення довірливої атмосфери на даній стадії розгляду справи та налагодження взаємозв'язку між сторонами задля компромісного врегулювання спору та задля забезпечення цього пройшли відповідне навчання й професійну підготовку.

Аналізуючи досвід зарубіжних країн, враховуючи особливості національної правової системи України та тенденції її розвитку в умовах реформування чинного законодавства, вважаємо за доцільне передбачити законодавством України запровадження й акредитацію спеціальної професійної програми базової підготовки чинних суддів нашої держави всіх юрисдикцій до процедури врегулювання спору за участю судді, а також запровадити спеціальну програму підвищення кваліфікації щодо ведення переговорів задля проведення їх більш ефективним, неупередженим способом у передбачені законодавством розумні строки.

Професійна підготовка суддів за даною програмою, на нашу думку, має завершуватися складанням кваліфікаційного іспиту та підтверджуватися відповідним сертифікатом. Наявність сертифікату (спеціального дозволу), виданого безпосередньо органом державної влади, є обов'язковою вимогою, адже, з огляду на практику, процедура врегулювання спору за участю третьої сторони набуває більшої ефективності, якщо стає професійною діяльністю для неупередженого посередника та сертифікується відповідними державними органами. Вважаємо, що такий сертифікат про проходження спеціальної підготовки судді має видаватись на ім'я судді, мати інформацію стосовно того обсягу теоретичного та практичного матеріалу, який пройшов суддя в рамках підготовки, профілю підготовки та терміну, за яким така підготовка здійснювалась.

Також, на нашу думку, доцільно передбачити у законі впорядкування таких суддів, за участю яких може відбуватися процедура врегулювання спору за участю судді. Дану проблему слід вирішити шляхом створення впорядкованого переліку, який би забезпечував вільний доступ сторін спору до інформації щодо судді, за участю якого може відбуватися процедура врегулювання спору за участю така інформація: 1) прізвище, ім'я, по батькові судді; 2) документ, що підтверджує проходження суддею спеціальної підготовки; 3) напрям, в якому даний суддя спеціалізується; 4) досвід роботи з проведення примирливих процедур; 5) мова, якою суддя здатен проводити процедуру (державна мова є обов'язковою); 6) інші необхідні відомості.

Висновки.

Підсумовуючи вищевказане, можна констатувати, що законодавцю нашої держави варто передбачити конкретні дієві механізми спеціальної підготовки судді, які б дали змогу опанувати всі риси та навички, що відповідають «портфоліо медіатора». І лише у такому разі запровадження процедури врегулювання спору за участю судді може дати значні позитивні результати, які забезпечать право учасників цивільно-правового спору на ефективний судовий захист своїх порушених інтересів через призму примирення та заохочення до взаємоповаги.

Список використаних джерел:

1. Рада Європи Комітет Міністрів Рекомендація № (94) 12 (Незалежність, дієвість та роль суддів) (518 засідання заступників міністрів, 13 жовтня 1994 року). Професійна юридична система Мега-Нау. URL: http://zakon.nau.ua/doc/?doc_id=139511 (2015, березень, 12).

2. Бондаренко С. А. Участники медиативного процесса: гражданско-правовой аспект. Вестник Алтайской академии экономики и права. 2012. № 3. С. 92–96.

3. Бутирська І. Врегулювання спору за участю судді: перспективи запровадження у господарський процес України. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12. С. 79–83.

4. Дементьев О.М., Тихонова Е.В. Альтернативне вирішення спорів: короткий аналітичний нарис. Тамбов : Изд-во Першина Р.В., 2010. С. 81.

5. Дутка І. Медіаційні процедури у філософсько-богословській спадщині Григорія Конинського в аспекті сучасних проблем філософії діалогу. Перспективи застосування альтернативних способів вирішення спорів в Україні : матеріали II Львів. Міжнар. Форуму, 2009. С. 179–182.

6. Корягина С.А. Семейная медиация в раннем предупреждении преступности несовершеннолетних. Кримин. журн. Байкал. Гос. ун-та экономики и права. 2012. № 2. С. 47–50.

7. Кузбагаров, А.Н. Примирение сторон как составляющая систем цивилистического процесса и исполнительного производства. Тенденции развития гражданского процессуального права России: сб. науч. статей. Санкт-Петербург: «Юридический центр Пресс», 2008. С. 231.

8. Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Москва, 1909. С. 341.

9. Подковенко Т., Фігун Н. Інститут медіації у механізмі правових спорів: основні ідеї та принципи. Актуальні проблеми правознавства. 2017. Випуск 3 (11). С. 39.

10. Романадзе Л.Д. Врегулювання спору за участю судді та іншу процесуальні новели: вплив на розвиток медіації. URL: http://mediation.ua/wp-content/uploads/2017/05/Stattya-pro-Mediatsiyu-v-proektah-protses-kodeksiv-2.pdf

Статья посвящена анализу состояния научного исследования статуса судьи как посредника в отечественной науке и мировой практике. Сосредоточено внимание на подготовке и участии судьи в переговорном процессе. Рассмотрены практические аспекты и предложены пути законодательного совершенствования процедуры урегулирования спора с участием судьи.

Ключевые слова: альтернативное решение споров, переговоры, гражданско-правовой спор, конфликт, посредник, судебное примирение.

In the article are considered the state of scientific research status of judge such as negotiator in domestic science and abroad. Attention is also paid to the preparation and participation of judge in the negotiation process. Moreover, the authors review practical aspects and formulation of conclusions and recommendation aimed at improving the procedure of settling a dispute with the participation of a judge.

Key words: alternative dispute resolution, negotiations, civil dispute, conflict, negotiator, judicial reconciliation.

УДК 347.72

Ліліана Сіщук,
канд. юрид. наук,
в. о. завідувача лабораторії проблем корпоративного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ

У статті розглянуто наукові погляди на поняття і правову природу корпоративного договору, окреслено предмет корпоративного договору, що укладається між учасниками юридичної особи корпоративного типу, а також проаналізовано новели законодавства щодо визначення поняття, предмета та змісту корпоративного договору, що укладається між учасниками товариства з обмеженою відповідальністю.

Ключові слова: корпоративний договір, корпоративні права, учасник, товариство з обмеженою відповідальністю.

Постановка проблеми. Верховною Радою України (далі – ВРУ) було зроблено декілька спроб урегулювати на законодавчому рівні питання щодо впровадження конструкції корпоративного договору. Одним із перших проектів, що був зареєстрованим у ВРУ, є проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» № 4160 від 26.02.2016, в якому пропонувалося закріплення поняття корпоративного договору шляхом внесення змін до Цивільного кодексу України. При цьому в контексті зазначених змін корпоративний договір розглядається як договір, що може укладатися між учасниками товариства з обмеженою відповідальністю і між акціонерами акціонерного товариства. Більш детальне регулювання зазначеного договору передбачалося закріпити на рівні Закону України «Про господарські товариства» (договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю) та Закону України «Про акціонерні товариства» (договір між акціонерами).

23 березня 2017 року ВРУ взяла за основу законопроект № 4470 й ухвалила Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів», у якому поняття корпоративного договору відсутнє і пропонується врегульовувати на рівні спеціальних законів договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю і договір між акціонерами.

Однак незадовго після внесення зазначених змін до Закону України «Про господарські товариства» і Закону України «Про акціонерні товариства» було прийнято Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 2275-VIII, який набрав чинності 17.06.2018, в результаті чого положення статей Закону України «Про господарські товариства» у частині врегулювання правового статусу товариств з обмеженою відповідальністю втратили чинність, у тому числі й щодо договору про реалізацію прав учасників (засновників). Водночас у Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» закріплено конструкцію корпоративного договору.

Звичайно, наведені новели є вкрай важливими, адже мета їх прийняття спрямована на створення ефективних засобів впливу учасників товариства з обмеженою відповідальністю на корпоративне управління та зменшення зловживань корпоративними правами у цій сфері, але тим не менш потребують наукового осмислення запропонованого механізму здійснення корпоративних прав учасників.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Проблематика визначення поняття і правової природи корпоративного договору, що є новим для вітчизняної правової доктрини та практики договірним інструментом регулювання корпоративних відносин, є предметом наукового дослідження таких вітчизняних вчених: М. К. Галянтича, В. А. Васильєвої, В. В. Васильєвої, Ю. М. Жорнокуя, І. В. Спасибо-Фатєєвої, М. М. Сигидин, В. І. Цікала, Ю. М. Юркевича та інших. Водночас новели корпоративного законодавства, якими вводиться у правову площину конструкція корпоративного

© Л. Сіщук, 2018

договору, стали передумовою для необхідності виявлення спільних чи, навпаки, відмінних законодавчих і наукових підходів до зазначеного питання.

Мета статті. Мета дослідження – проводячи науковий аналіз нормативних положень корпоративного законодавства, що визначають договірні засади регулювання корпоративних відносин і корпоративних прав, визначити сутність законодавчої дефініції «корпоративний договір», а також розкрити специфіку предмета, сторін та змісту корпоративного договору, що укладається між учасниками товариств з обмеженою відповідальністю.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, однією з необхідних дій будь-якого товариства, метою якого є створення ефективної системи корпоративного управління в компанії, є розробка і затвердження установчих документів та інших корпоративних актів, положення яких не суперечать чинному законодавству і розгорнуто окреслюють всі корпоративні процедури щодо управління товариством і реалізації корпоративних прав учасників. Але навіть найбільш ефективні механізми, не заборонені законом і передбачені корпоративними актами, не можуть повною мірою забезпечити належну реалізацію і захист корпоративних прав учасників товариства. Це вказує на особливу перевагу договірного регулювання окремих способів здійснення своїх корпоративних прав учасниками, взяття на себе додаткових обов'язків, визначення відповідальності сторін за договором тощо [5, с. 163]. У зв'язку з цим правова конструкція корпоративного договору має відігравати важливу роль у правозастосовній практиці.

У правовій літературі поняття і правова природа корпоративного договору розглядається вченими через дослідження конструкції акціонерної угоди, що укладається акціонерами акціонерного товариства, або через конструкцію договору, що укладається учасниками будь-яких юридичних осіб приватного права, які наділені корпоративними правами по відношенню до цієї юридичної особи. Зокрема, перший підхід викладений у наукових працях Ю. М. Жорнокуя, І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. М. Вінник та інших. Для прикладу, І. В. Спасибо-Фатєєва відзначила, що угода між акціонерами є непойменованим договором, який укладається остільки, оскільки це дозволяється загальними засадами цивільного законодавства та Законом про АТ. Це комплексний договір, адже він не має майнового характеру, а являє собою різновид організаційного договору, але як спосіб забезпечення його виконання може передбачатися обов'язок акціонера продати акції або, навпаки, заборона їх відчуження протягом певного строку [6, с. 176].

Проте нині є низка наукових праць, у яких поняття і правову природу корпоративного договору досліджено у ширших рамках. Зокрема, М. М. Сигидин зазначає, що корпоративний договір – це багатостороння домовленість учасників юридичної особи корпоративного типу, спрямована на ефективне управління належними їм корпоративними правами шляхом визначення порядку їх здійснення з метою координації діяльності та реалізації спільних охоронюваних законом інтересів у цій сфері [4, с. 8-9]. При цьому В. В. Васильєва зазначає, що для того, щоб визначити сутність і правову природу корпоративного договору, необхідно знати його основні характерні ознаки, які складаються з: 1) ознак, що притаманні корпоративному договору як правочину; 2) ознак, що відрізняють даний договір від інших договірних конструкцій. До першої групи ознак належать: вольовий характер, тобто спрямованість на досягнення певного правового результату; наявність сторін договору; спрямованість цієї волі на встановлення, зміну, припинення цивільних прав і обов'язків; в основі договору повинна бути домовленість сторін, тобто результат синтезу воль сторін, який спрямований на забезпечення їхніх інтересів; відповідність волі сторін їх волевиявленню; втілення волевиявлення в певній законодавчо визначеній формі; правомірність дій, що тягнуть виникнення або видозміни регулятивних цивільних правовідносин; опосередкування динаміки цивільних правовідносин між суб'єктами цивільного права та спрямованість на реальне настання правових наслідків. Щодо ознак, які відрізняють корпоративний договір від інших договорів, то основним критерієм розмежування виступає предмет договору [3, с. 224]. Погоджуючись із наведеними аргументами, варто зазначити, що корпоративний договір є родовим поняттям, через правову конструкцію якого можна визначати особливості здійснення корпоративних прав учасників юридичної особи корпоративного типу, у зв'язку з чим предмет корпоративного договору має вагоме значення для можливості його укладення.

В. А. Васильєва зазначає, що предметом корпоративного правочину є організаційні права, якими володіє учасник корпорації, та управління ними. Предметом домовленостей може бути певний перерозподіл організаційних прав, щодо яких відсутнє імперативне регулювання в тому числі на рівні локальних нормативних актів [2, с. 108]. М. М. Си-

гидин зазначає, що, говорячи про предмет корпоративного договору, слід зауважити, що корпоративний договір покликаний регулювати відносини саме щодо управління корпоративними правами, тобто йдеться про узгодженість дій учасників юридичної особи корпоративного типу у сфері реалізації ними організаційного спектру повноважень, що становлять зміст корпоративних прав [3, с. 234]. В. В. Васильєва сприймає вищезазначені міркування та уточнює, що предметом корпоративного договору є порядок та умови реалізації учасниками товариства належних їм корпоративних прав, а також виконання обов'язків, які пов'язані з участю в юридичних особах корпоративного типу чи\або управлінням ними [3, с. 226].

При цьому варто звернути увагу й на твердження В. І. Цікала, який зазначає, що метою такого договору є здійснення у майбутньому прав учасниками, які їм належать (існують на момент досягнення згоди), певними (особливими) визначеними договором способами. Предмет договору про здійснення прав учасників господарського товариства, зокрема, становлять: способи здійснення права на участь в управлінні товариством, способи здійснення переважного права придбання частки (акцій) та права на відчуження частки (акцій), а також способи здійснення прав, пов'язаних із припиненням господарського товариства і виділенням із його складу нової юридичної особи [7, с. 72].

Таким чином, доходимо висновку, що предметом корпоративного договору є корпоративні права учасників юридичної особи корпоративного типу, що реалізуються способами, визначеними домовленістю сторін договору, що не суперечать закону та установчим документам.

Якщо говорити про легальне визначення корпоративного договору, то варто погодитися з думкою М. К. Галянтича, який зазначає, що воно повинне відображати сутнісні ознаки корпоративного договору та бути орієнтиром. Проте законодавець у структурі та основних елементах має їх збалансувати на загальних правових категоріях, відображати систематику цивільного права та структуру цивільного правовідношення, не допускаючи розбіжності. Однак швидкоплинне прийняття законів зумовлює появу колізій щодо застосування корпоративного законодавства в правовій практиці [1, с. 24].

Підтримуючи висловлене зауваження, варто зазначити, що прийняття та підписання законів, спрямованих на одночасне врегулювання актуального питання щодо корпоративних договорів та правового статусу товариств з обмеженою відповідальністю, з одного боку, зумовили виникнення прогресивних норм у напрямі визначення поняття, предмета та змісту корпоративного договору, а з іншого боку, призвело до взаємовиключення новел корпоративного законодавства.

Так, з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів» № 4470 від 19.04.2016 було внесено зміни до Закону України «Про господарські товариства» та доповнено його статтею 51-1 «Договір на реалізацію прав учасників (засновників) товариства з обмеженою відповідальністю», проте зазначений закон у частині, що регулює правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю, після прийняття спеціального закону щодо таких суб'єктів права втратив чинність. Щодо Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», то ст. 7 містить поняття корпоративного договору.

У зв'язку з цим постає питання щодо сфери застосування договірних конструкцій «корпоративний договір» та «договір на реалізацію прав учасників (засновників) товариства». З даного приводу доцільно навести Резолюцію Комітету Асоціації правників України з корпоративного права та фондового ринку, якою пропонувалося закріпити на рівні Цивільного кодексу України норми про корпоративний договір як узагальнюючої правової категорії, яка визначає спеціальний порядок виникнення між учасниками домовленостей щодо здійснення корпоративних прав, а норми про окремі договори між учасниками акціонерних товариств та товариств з обмеженою відповідальністю – на рівні спеціальних законів. Однак законодавець не врахував зазначених пропозицій та не визначив у кодифікованому акті правову конструкцію «корпоративний договір», що не відповідає вимогам щодо якості законів у контексті дотримання принципу верховенства права.

Ю. М. Юркевич зазначає, що більш вдалим є вживання у цьому випадку саме поняття «договір про реалізацію прав та виконання обов'язків між засновниками (учасниками)». Адже на підставі цього договору сторони не врегульовують і не можуть врегулювати корпоративні відносини; вони лише визначають особливості майнових та/чи немайнових відносин, які існують чи можуть існувати між ними у зв'язку з реалізацією права власності на частки (їх частини) у статутному капіталі товариств за умови, що це не суперечить законодавству України [8, с. 276-277].

Зокрема, аналіз норм про договір на реалізацію прав учасника (засновника) товариства з обмеженою відповідальністю, що діяв

незначний період часу до моменту набрання чинності Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – Закон), дає можливість зробити висновки про те, що у статті було визначено предмет договору, до якого включено ряд способів здійснення корпоративних прав; деталізовано перелік дій, які учасник має право чи набуває обов'язок здійснити, що визначають можливість реалізувати права на частку у статутному капіталі та права, що випливають з неї; визначено обмеження щодо предмета договору; закріплено вимоги до форми, строку, інформованості про укладення та зміст договору; визначено сторони договору; зазначено підстави визнання договору нікчемним, недійсним тощо.

Окреслені вище положення, звичайно, не позбавлені низки зауважень щодо їх змісту. Проте натепер саме ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» про корпоративний договір потребує детального аналізу, оскільки норми цієї статті врегульовують відносини, що виникають із корпоративного договору між учасниками товариства з обмеженою відповідальністю. У ч. 1 ст. 7 цього Закону визначено, що договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі. Корпоративний договір, який не відповідає цим вимогам, є нікчемним. Наведена дефініція корпоративного договору викликає ряд зауважень, адже у статті предмет корпоративного договору не розкрито, а саме не передбачено конкретних способів здійснення корпоративних прав, а словосполучення «певним чином» має оціночний характер і в правозастосовній практиці може призвести до зловживань корпоративними правами учасниками товариства з обмеженою відповідальністю.

У цьому аспекті неоднозначно сприймається й ситуація щодо співвідношення положень статуту товариства та корпоративного договору. Зокрема, у ч. 3 ст. 7 Закону зазначено, що корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Водночас у ч. 6, 8 статті 20 Закону, у якій врегульовано порядок реалізації переважного права учасника товариства на купівлю частки у статутному капіталі, закріплено положення про те, що статутом товариства може бути передбачений інший порядок реалізації переважного права учасника товариства з обмеженою відповідальністю та згідно зі статутом чи корпоративним договором таке право може взагалі не застосовуватися у разі відчуження корпоративних прав.

Без сумніву, наведені норми вказують на те, що сторони корпоративного договору мають право не тільки домовлятися про способи реалізації прав учасника, але й те, що умови корпоративного договору можуть не відповідати положенням статуту. З одного боку, зазначені нововведення є свідченням запровадження гнучких механізмів здійснення корпоративних прав учасників, але, з іншого боку, є й одним із можливих факторів створення корпоративних конфліктів у товаристві зокрема та порушення принципу верховенства права в цілому. Адже, по суті, законодавець дає можливість окремій групі учасників діяти всупереч інтересам товариства, оскільки статут як локальний акт є джерелом відображення стратегічної діяльності компанії, спрямованої на забезпечення корпоративного інтересу. У зв'язку з цим, незважаючи на ст. 6 Цивільного кодексу України, доцільно детально законодавчо визначити предмет корпоративного договору та окреслити обмеження договірної свободи у цьому напрямі шляхом закріплення у нормах корпоративного законодавства положення про те, що договір не повинен суперечити нормам закону та статуту товариства. Адже, враховуючи той факт, що корпоративний договір хоча й укладається між учасниками товариства з обмеженою відповідальністю, для врегулювання корпоративних відносин потрібно, як зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, висловити застереження щодо співвідношення корпоративного і договірного права, сфери дії яких у цьому разі накладаються.

Тому варто погодитися з думкою В. В. Васильєвої, яка зазначає, що корпоративний договір не існує нарівні зі статутом та не може вирішувати питання, які можуть бути вирішені лише за законом або статутом товариства. Корпоративний договір не зачіпає сферу дії норм корпоративного права, зокрема: не може змінювати структуру корпоративного управління, не впливає на дійсність рішень органів товариства, компетенцію і порядок формування останніх, а також не може змінювати порядок голосування [3, с. 228]. М. М. Сигидин також вказує на субсидіарний характер корпоративного договору щодо статуту та засновницького договору [4, с. 10].

Водночас виникає ряд зауважень до ч. 5 ст. 7 Закону, відповідно до якої зміст корпоративного договору не підлягає розкриттю і є конфіденційним, якщо інше не встановлено законом або договором. По-перше, хоча

зазначена норма має диспозитивний характер і дає можливість у договорі передбачити інше, але навряд чи це на практиці зумовить намір сторін розкрити зміст договору для інших учасників товариства в разі укладення корпоративного договору на першочергове задоволення інтересів кількох учасників чи певної групи учасників у відношенні до корпоративного інтересу товариства чи на шкоду інтересам товариства.

О. С. Яворська з цього приводу зазначає, що домовленості, які фіксуються у корпоративному договорі, звичайно впливають на прийняття рішень вищим органом юридичної особи. А юридична особа позбавлена будь-якої можливості знати як про факт, так і про зміст укладеного договору. Безперечно, що зміст договору є конфіденційним для сторонніх до корпорації осіб. Але чи може він бути таким для інших учасників корпорації, які не взяли участь у такому договорі, та й для самої корпорації? [9, с. 289]. Відповідь на це питання має бути чіткою і спрямованою на можливість інформування всіх учасників товариства та самого товариства з обмеженою відповідальністю щодо факту укладення корпоративного договору, а у разі звернення таких суб'єктів корпоративного правовідношення до сторін корпоративного договору з вимогою про ознайомлення з його змістом, то й задоволення зазначених вимог. Що стосується третіх осіб, які не є учасниками товариства, то, звичайно, зміст договору має бути конфіденційним, якщо інше не передбачено законом чи установчими документами товариства з обмеженою відповідальністю. Зазначені пропозиції варто було б урахувати у нормах Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

По-друге, законом передбачено, що корпоративний договір, стороною якого є держава, територіальна громада, державне або комунальне підприємство або юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків якої прямо або опосередковано належить державі або територіальній громаді, оприлюднюється протягом десяти днів з моменту його укладення шляхом розміщення на сайті відповідного органу державної влади, органу місцевого самоврядування. З наведеного випливає, що у Законі визначено різний режим щодо оприлюднення корпоративного договору, що є порушенням принципу рівності суб'єктів права власності, закріпленим у ст. 13 Конституції України та ст. 318 Цивільного кодексу України. Адже у контексті даного Закону такі суб'єкти права є учасниками (засновника) товариства з обмеженою відповідальністю, на яких мають поширюватися цивільно-правові принципи моделювання їх правового становища разом з іншими учасниками товариства з метою забезпечення насамперед корпоративного інтересу компанії, а не третіх осіб, які вступають чи не вступають у правові відносини з товариством чи його учасниками.

Наведені зауваження дають підстави для висновку про відсутність єдиного підходу до вирішення на законодавчому рівні питання про співвідношення імперативних і диспозитивних норм корпоративного законодавства, про співвідношення дії актів корпоративного законодавства (законів, статуту, інших локальних положень) та договору, а також про забезпечення прозорості корпоративного управління через механізм корпоративного договору.

Висновки.

1) Корпоративний договір є родовим поняттям, що визначається як домовленість учасників юридичної особи корпоративного типу щодо управління корпоративними правами шляхом визначення способів реалізації корпоративних правомочностей для досягнення цілей, що не суперечать закону та установчим документам. 2) Предметом корпоративного договору варто визначати корпоративні права учасників юридичної особи корпоративного типу, що реалізуються способами, що визначені домовленістю сторін договору та не суперечать закону та установчим документам. 3) Зміст корпоративного договору не повинен суперечити нормам закону та положенням установчих документів товариства з обмеженою відповідальністю. 4) Зміст корпоративного договору повинен бути конфіденційним виключно для третіх осіб. 5) Сторони корпоративного договору повинні інформувати товариство з обмеженою відповідальністю та його учасників, що не є стороною договору, про факт укладення корпоративного договору, а також про зміст договору в разі їх звернення з такою вимогою до сторін корпоративного договору, що слід закріпити на законодавчому рівні.

Список використаних джерел:

1. Галянтич М. К. Визначення поняття та встановлення ознак корпоративних правочинів. Корпоративні правочини: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (Івано-Франківськ, 27-28 вересня 2013 року). Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2013. С. 20–28.

2. Васильєва В. А. Корпоративні правочини: питання кваліфікації. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: збірник наукових статей. Випуск 27. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2011. С. 104–110.

3. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики: монографія / Васильєва В. А., Зеліско А. В., Луць В. В., Саракун І. Б.., Сіщук Л. В. [та ін.]; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2017. 612 с.

4. Сигидин М. М. Корпоративний договір: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2016. 236 с.

5. Сіщук Л. В. Акціонерний договір: аналіз чинного і перспективного корпоративного законодавства. С. 161–175.

6. Спасибо-Фатєєва І. В. Акціонерні угоди. Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. Х.: Золоті сторінки, 2012. С. 167–182.

7. Цікало В. Предмет договору про здійснення прав учасників господарського товариства. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 17. С. 68–73.

8. Юркевич Ю. М. Правова природа договору про реалізацію прав та виконання обов'язків між засновниками (учасниками) господарських товариств. Корпоративне право України та європейських країн: питання теорії та практики: збірник наукових праць за матеріалами XV Міжнародної науково-практичної конференції / за ред. д-ра юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2017. С. 274–276.

9. Яворська О. С. Корпоративний договір у механізмі корпоративного управління. Адаптація корпоративного законодавства України до права Європейського Союзу: збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції / за ред. д-ра юрид. наук, акад. НАПрН України В. В. Луця. Івано-Франківськ, 2016. С. 286–289.

В статье рассмотрены научные взгляды на понятие и правовую природу корпоративного договора, определен предмет корпоративного договора, заключаемого между участниками юридического лица корпоративного типа, а также проанализированы новеллы законодательства относительно определения понятия, предмета и содержания корпоративного договора, заключаемого между участниками общества с ограниченной ответственностью.

Ключевые слова: корпоративный договор, корпоративные права, участник, общество с ограниченной ответственностью.

The article deals with scientific views on the concept and legal nature of the corporate agreement, outlines the subject of the corporate agreement, which is concluded between the participants of the legal entity of corporate type, as well as analyzed the latest legislation on the definition of the concept, subject and content of the corporate agreement, which is concluded between the members of the limited liability company.

Key words: corporate agreement, corporate rights, participant, limited liability company.

УДК 346.34

Олена Беляневич,
докт. юрид. наук, професор,
завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ПРО ПРЕДМЕТ ЗНАЧНОГО ПРАВОЧИНУ

Стаття присвячена аналізу норм корпоративного законодавства, які регулюють укладення акціонерним товариством значних правочинів. Аргументовано, що значним є правочин (договір), що вчиняється поза межами поточної господарської діяльності товариства, прямо чи опосередковано спрямований на відчуження його майна і вартість предмета якого визначається відповідно до встановлених законом розмірів. Господарські договори, на підставі яких товариство реалізує вироблену ним продукцію, надає послуги або виконує роботи, мають відмежовуватися від значних правочинів і повинні вважатися договорами, які укладаються в процесі здійснення поточної господарської діяльності акціонерного товариства і опосередковують його господарські зв'язки з іншими учасниками господарських відносин. Грошові зобов'язання товариства, що виникають на підставі укладених ним під час здійснення поточної господарської діяльності договорів, не можуть ототожнюватися з предметом значного правочину в розумінні легального визначення такого правочину.

Ключові слова: значні правочини, предмет та ціна договору, відчуження майна товариства, поточна господарська діяльність.

Постановка проблеми. Конструкція значного правочину запозичена сучасним господарським законодавством України англо-американського законодавства про компанії. Уперше норми про значні правочини з'явилися в корпоративному законодавстві України у 2008 році в Законі «Про акціонерні товариства» (далі – Закон про АТ), пізніше відповідно до Закону України від 02.06.2016 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо управління об'єктами державної та комунальної власності» Господарський кодекс України було доповнено статтею 732 «Значні господарські зобов'язання державного унітарного підприємства», статтею 44 Закону України від 06.02.2018 р. «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» врегульовано порядок укладення значних правочинів, що укладаються такими господарськими товариствами. Конструкція «значний правочин» також використовується в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» для цілей цього Закону.

Загалом проблематика значних правочинів розглядалася в наукових працях Боднар Т.В., Вінник О.М., Карчевського К.А., Кібенко О.Р., Мягкого А.В., Сліпенчук Н.А., Штим Т.Б. та інших дослідників крізь призму корпоративного права (зокрема, як спосіб захисту корпоративних прав). Водночас правове регулювання значних правочинів не обмежується корпоративним законодавством, а знаходиться на перетині корпоративного та господарського договірного права: якщо надання згоди на вчинення значного правочину є елементом системи корпоративного контролю, то укладення договорів, які можуть кваліфікуватися як значні, супроводжує господарську діяльність товариства. Це дає можливість дослідити такі договори в іншому ракурсі, про що свідчить і судова практика застосування норм Закону про АТ про значні правочини. Крім того, зважаючи на те, що інститут значних правочинів «вийшов» за межі корпоративного законодавства, таке дослідження є необхідним і з огляду на те, що значні правочини можуть вчинятися суб'єктами різних організаційно-правових форм.

Мета – проаналізувати норми корпоративного законодавства, які регулюють укладення акціонерним товариством значних правочинів.

Виклад основного матеріалу. За змістом норми про значні правочини, що містяться в зазначених вище законодавчих актах, мають свої особливості (насамперед, це стосується встановленої законом вартості предмета такого правочину), але можна стверджувати, що вони мають однакову цільову спрямованість: у публічному секторі економіки – захист прав суб'єктів господарювання та загалом публічних інтересів від розмивання публічної власності, в корпоративному секторі – захист прав учасників господар-

© О. Беляневич, 2018

ського товариства від негативних наслідків діяльності керівника (виконавчого органу) суб'єкта господарювання у вигляді зменшення його майнової бази (неправомірному виведенню активів товариства). Важливим уявляється те, що ці норми не повинні розглядатися як такі, що регулюють управління поточною діяльністю товариства.

Порівняння норм ГК та корпоративного законодавства дає підстави також стверджувати, що в основу правового режиму значних правочинів, що укладаються як у публічному, так і в корпоративному секторі економіки, законодавцем покладено єдиний критерій – вартість предмету значного правочину, при цьому законодавець не вдається до уніфікованого правового регулювання значних правочинів, що вчиняються суб'єктами господарювання різних організаційно-правових форм. Законодавчі вимоги щодо змісту значних правочинів (прав та обов'язків сторін) відсутні, за винятком заборони ділити предмет правочину з метою ухилення від передбаченого законом порядку прийняття рішень про вчинення значного правочину. Дія ст. 70 Закону про АТ не поширюється на правочини, що вчиняються за державними регульованими цінами і тарифами відповідно до законодавства.

Норми про значні правочини Закону про АТ заслуговують на особливу увагу, оскільки судова практика їх застосування, яка склалася на цей час, дає можливість виявити певні питання законодавчого та теоретичного характеру, серед яких є два взаємно пов'язаних: 1) які види правочинів (договорів) можуть визнаватися значними; 2) чи слід розмежовувати значні правочини та договори, що укладаються в процесі здійснення поточної господарської діяльності акціонерного товариства.

Відповідно до легального визначення, що міститься в п. 4 ст. 2 Закону про АТ, значним є правочин (крім правочину з розміщення товариством власних акцій), в якому ринкова вартість майна (робіт, послуг), що є його предметом, становить 10 і більше відсотків вартості активів товариства, за даними останньої річної фінансової звітності. Закон про АТ не містить спеціальних умов щодо змісту значних правочинів. Особливості порядку укладання значних правочинів врегульовано ст. 70 Закону про АТ. Цей порядок включає отримання згоди наглядової ради або загальних зборів акціонерів залежно від вартості предмету конкретного правочину, що укладається, шляхом прийняття рішення про надання згоди на вчинення значного правочину або попереднього надання згоди на вчинення значних правочинів. Вартість предмету значного правочину слугує критерієм розмежування компетенції наглядової ради та загальних зборів щодо прийняття відповідного рішення.

Вочевидь, вартість предмету значного правочину як така не дає можливості визначити місце значного правочину (договору) у відомих класифікаціях господарських договорів, у тому числі класифікації за ознакою мети дій контрагентів[1], тому de lege lata значним може бути будь-який договір. Разом із тим, як уявляється, призводити до істотного погіршення майнового становища товариства може виконання не будь-якого договору, але лише певних видів.

Загальними нормами Цивільного та Господарського кодексів України (далі відповідно – ЦК та ГК) предмет визнається істотною умовою договору. Легальне визначення предмету правочину (договору) відсутнє. За влучним визначенням М.І. Брагинського, в найбільш елементарному вигляді предмет договору як його істотна умова виражається формулою «чого і скільки» [1, с. 314]. Під предметом договору може розумітися: 1) матеріальний об'єкт – майно, майнові права, інформація, результат інтелектуальної діяльності тощо [2, с. 165], тобто об'єкти цивільних прав (ст. 177 ЦК); 2) юридичний об'єкт – дії (або утримання від дій), які повинна виконати (або утриматися від виконання) зобов'язана сторона. Майново-господарські зобов'язання між суб'єктами господарювання, які виникають на підставі господарських договорів, мають складний предмет, до якого входять як дії сторін (юридичний об'єкт), так і майно (речі, права, обов'язки), тобто матеріальний об'єкт [3, с. 362].

Якщо умова про предмет договору відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК (Розділ II «Загальні положення про договір» ЦК) є єдиною істотною умовою будь-якого цивільно-правового договору, то під час укладення господарського договору сторони зобов'язані в будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору (ч. 3 ст. 180 ГК). Відповідно до ЦК та ГК ціна не включається до предмету договору, норми про ціну мають власне місце в структурі цих кодексів (ст. 632 ЦК, частини 5, 6 ст. 180, ст. ст. 189-192 ГК).

Як вбачається з норм ЦК, ГК, інших законодавчих актів, якими регулюються певні види договорів, законодавець послідовно відокремлює умову про предмет договору від ціни як самостійної умови договору. Так, загальними нормами ГК визначено, що:

[1] Як відомо, за такою ознакою виділяються наступні типи господарських договорів: 1) договори, спрямовані на передачу майна; 2) договори, спрямовані на виконання робіт; 3) договори, спрямовані на надання послуг; 4) договори про заснування різного виду утворень.

1) умови про предмет у господарському договорі повинні визначати найменування (номенклатуру, асортимент) та кількість продукції (робіт, послуг), а також вимоги до їх якості (ч. 4 ст. 180 ГК);

2) ціна є вираженим у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування (ч. 1 ст. 189 ГК).

Отже, предмет договору та ціна є самостійними умовами будь-якого договору, і значний правочин, на наш погляд, не є винятком із цього правила. У зв'язку із цим слід говорити про предмет та ціну як кумулятивні ознаки значного правочину, при цьому в законі повинні бути із необхідним ступенем однозначності визначені як порогові значення ціни (як це має місце зараз), так і предмет (юридичний об'єкт) договору, який би давав можливість визначити його тип (зокрема, важливе значення це матиме для кваліфікації договору як такого, що вчиняється під час здійснення поточної господарської діяльності).

У зв'язку із цим виникає питання, виконання якого значного правочину (договору) може призводити до порушення корпоративних прав акціонерів. Актуальність цього питання підтверджується судовою практикою.

Так, у постанові від 05.10.2016 р. у справі № 910/29382/14 Верховним Судом України було сформульовано правову позицію щодо сутності значного правочину: значним правочином може вважатися лише такий, що спрямований на розпорядження майном товариства [4]. Ця позиція відтворена в листі ВСУ від 01.02.2017 р. «Висновки Верховного Суду України, викладені в постановах, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстав, передбачених пунктами 1, 2 ч. 1 ст. 111 16 ГПК України, за II півріччя 2016 р.», сприйнята і конкретизована Верховним Судом. Така практика сприйнята Верховним Судом, який у постанові від 21.02. 2018 р. у справі № 910/18506/16 ВС зазначив, що підвищені вимоги до укладання правочинів щодо розпорядження майном товариства застосовуються лише тоді, коли *таке розпорядження стосується виключно відчуження майна, а не будь-якої іншої форми розпорядження майном* [5].

Правом розпорядження є юридично закріплена можливість власника самостійно вирішувати юридичну і фактичну долю майна шляхом його відчуження іншим особам, зміни його стану чи призначення тощо [6, с. 533]. Підтримуючи позицію Верховного Суду, вважаємо, що значний правочин акціонерного товариства завжди спрямований на перехід до іншої особи права власності на майно товариства або безпосередньо (зокрема, на підставі договору купівлі-продажу, кредитного договору), або опосередковано (внаслідок виконання, наприклад, акцесорних зобов'язань поруки, іпотеки, застави).

Як убачається зі змісту норми ч. 5 ст. 70 Закону про АТ, під предметом правочину в цьому Законі розуміється саме матеріальний об'єкт, прямої ж відповіді на те, що слід розуміти під майном як матеріальним об'єктом, предметом значного правочину для цілей застосування норм про значні правочини, в Законі про АТ немає.

Наявна судова практика застосування норм ст. 70 Закону про АТ, у тому числі зазначеної частини 5, поки що нечисленна, а тому не може бути узагальнена. Наприклад, у постанові Вищого господарського суду України від 08.06.2016 р. у справі № 924/1525/14, на наш погляд, обґрунтовано зазначається: об'єкти нерухомого майна, які були відчужені за спірними договорами, не належать до цілісного майнового комплексу, а є окремим нерухомим майном, яке відповідно до додатку до наказу регіонального відділення ФДМ України було передано до статутного фонду ПАТ «*» під окремими інвентаризаційними номерами та на яке товариством оформлено право власності окремо по об'єктах нерухомого майна. Оскільки відчужене за спірними договорами майно не було єдиним майном, ці договори відповідають положенням ч. 5 ст. 70 Закону про АТ. Окрім того, позивачем не було доведено, що відчуження майна за спірними договорами призведе до зупинення виробничої діяльності підприємства [7]. Таким чином, цілісний майновий комплекс, безумовно, як об'єкт значного правочину (договору купівлі-продажу) не може бути поділений із метою ухилення від передбаченого порядку прийняття рішення про надання згоди на його вчинення.

В іншій справі суд повинен був дати відповідь на питання про те, чи не є одним правочином (договором) сукупність договорів купівлі-продажу або поставки, укладених між тими ж сторонами та в одну дату, предметом яких є товар, визначений родовими ознаками. Позовні вимоги НАБУ про визнання правочинів недійсними обґрунтовані тим, що низка договір купівлі-продажу нафтопродуктів, які були укладені відповідачами, є удаваними, оскільки у своїй сукупності складають собою один значний правочин, оскільки мають однаковий предмет договору (нафтопродукти) та спрямовані на настання юридичних наслідків у вигляді придбання нафтопродуктів із метою використання відповідачем у господарській

діяльності. Відмовляючи в задоволенні позовних вимог, місцевий господарський суд відхилив доводи позивача про те, що сума договорів купівлі-продажу повинна рахуватись сукупно, і виходив, зокрема, з того, що предмети вказаних правочинів є різними (бензин, дизельне пальне, які мають свої індивідуальні характеристики: категорію якості, види, класи, ДСТУ, в той час як віднесення їх до нафтопродуктів є їх родовою ознакою). Постановою апеляційного господарського суду, залишеною в силі постановою Верховного Суду від 06.03.2018 у справі № 910/15151/17, позов було задоволено частково, при цьому суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що спірні договори поставки у своїй «сукупності» є удаваними, отже, недійсними, правочинами, якими сторони приховали один значний правочин, тобто мав місце штучний поділ предмету значного правочину [8].

Такий висновок апеляційного та касаційного судів є доволі спірним і з точки зору закону, і з позицій теорії договірного права. Частина 1 ст. 235 ЦК визначає, що удаваним є правочин, який вчинено сторонами для приховання іншого правочину, який вони насправді вчинили. Під іншим правочином слід розуміти правочин (договір), юридична природа якого та, відповідно, законодавча конструкція є якісно іншою [6, с. 400], тобто договори поставки не можуть приховувати договір поставки. Крім того, будь-які законодавчі заборони або обмеження щодо укладення сторонами одночасно декількох договорів щодо предмету, який визначений родовими ознаками (ч. 2 ст. 184 ЦК), відсутні. І більше того, можливість та необхідність укладення значної кількості таких договорів саме у сфері господарської діяльності зумовлюється саме її систематичністю. Здійснення господарсько-торговельної діяльності у сфері товарного обігу можливе лише на постійній основі і шляхом укладення господарських договорів. Відсутні будь-які правові підстави вважати одним договором (правочином) усі договори одного виду, які укладені між одними і тими ж сторонами, в тому числі в одну і ту саму дату. У нормах цивільного та господарського законодавства про правочини/договори поняття «сукупність договорів» не використовується, отже, знаходиться поза межами правового регулювання.

У зв'язку з наведеними прикладами в порядку наукової дискусії зауважимо, що відповідно до ч. 2 ст. 135 ГК залежно від економічної форми, якої набуває майно в процесі здійснення господарської діяльності, майнові цінності належать до основних фондів, оборотних засобів, коштів, товарів. Загалом можна стверджувати, що товар (виготовлена продукція, виконані роботі чи надані послуги вартісного характеру, що мають цінову визначеність) не повинні визнаватися предметом значного правочину. У протилежному випадку це означало б необхідність постійного узгодження з наглядовою радою або загальними зборами товариства всіх договорів, на підставі яких товар (результат господарської діяльності товариства), вартість якого перевищуватиме встановлені законом порогові значення, буде реалізовуватися на ринку. Ми приєднуємося до думки Т.Б. Штим про те, що мінімальний кількісний критерій 10 відсотків, можливо, краще захищає інтереси акціонерів від загроз зменшення майна акціонерного товариства, аніж в інших країнах, але водночас обмежує свободу менеджменту акціонерного товариства на ефективне ведення бізнесу, оскільки зменшення майна на одну десяту частину не можна розглядати як таке, що може негативно вплинути на майновий стан акціонерного товариства. Воно вкладається в межі звичайного господарського ризику [9, с. 156]. Тому існує практична потреба в розмежування договорів, що опосередковують господарську діяльність товариства, із значними правочинами.

Акціонерне товариство як підприємницьке товариство здійснює діяльність із метою одержання прибутку самостійно, ініціативно, систематично і на власний ризик (ст. 84 ЦК, ч. 1 ст. 42 та ст. 79 ГК). Тобто в найширшому сенсі ризикованість підприємницької діяльності, включаючи такі найбільш несприятливі наслідки, як неспроможність та банкрутство, існує незалежно від того, чи вчиняє товариство саме значні правочини. Ступінь підприємницького ризику визначається, в першу чергу, рівнем ефективності та добросовісності управління виконавчим органом товариства його поточною господарською діяльністю.

Господарська діяльність, за визначенням, характеризується поточністю (систематичністю та безперервністю). Термін «поточна господарська діяльність» вживається в нормах цивільного та господарського законодавства, які визначають засади діяльності та компетенцією саме виконавчого органу акціонерного товариства, який відповідно до розподілу компетенцій між органами корпоративного управління здійснює управління поточною діяльністю товариства. Так, у ст. 161 ЦК, ч. 3 ст. 65 ГК та у ст. 47 Закону «Про господарські товариства» зазначено про те, що виконавчий орган здійснює керівництво поточною діяльністю. Водночас у ст. 145 ЦК вже застосовано словосполучення «поточне керівництво». Як вбачається зі змісту норми ч. 3 ст. 70 Закону про АТ, значні правочини можуть вчинятися акціонерним товариством у ході фінансово-господарської діяльності (в попередній редакції ч. 3 ст. 70 – «поточ-

ної господарської діяльності»), проте визначення фінансово-господарської діяльності в цьому Законі відсутнє. У Законі про АТ для позначення основного функціонального призначення виконавчого органу використано термін зовсім інший, хоча й близький за співзвучністю, – «управління поточною діяльністю». У пункті 3.2.1 Принципів корпоративного управління, затверджених рішенням Національної комісії із цінних паперів та фондового ринку від 22. 07.2014 р. № 955, визначено, що виконавчий орган здійснює керівництво поточною діяльністю товариства. Зокрема, під час здійснення управління поточною діяльністю виконавчий орган самостійно, в межах визначених чинним законодавством та внутрішніми документами товариства повноважень, приймає рішення, укладає угоди та здійснює інші дії від імені товариства, спрямовані на досягнення мети товариства. Здійснюючи контроль за діяльністю виконавчого органу, наглядова рада не втручається в поточну діяльність товариства (розділ III «Анотації до Принципів корпоративного управління»). У такому сенсі поточна господарська діяльність, керівництво якою здійснює виконавчий орган товариства, є синонімом господарської діяльності акціонерного товариства в її легальному значенні як діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованої на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ч. 1 ст. 3 ГК). Грошові зобов'язання товариства, що виникають з укладених ним під час здійснення поточної господарської діяльності договорів, не повинні ототожнюватися з предметом значного правочину.

Виокремлення поточної діяльності акціонерного товариства є необхідним із точки зору побудови системи відносин корпоративного управління в товаристві, яка ґрунтується на розподілі повноважень між органами товариства:

1) загальними зборами, тобто вищим органом акціонерного товариства, які можуть вирішувати будь-які питання діяльності акціонерного товариства (ч. 1 ст. 33 Закону про АТ);

2) наглядовою радою – колегіальним органом, який здійснює захист прав акціонерів товариства і в межах компетенції, визначеної статутом та Законом про АТ, здійснює управління акціонерним товариством, а також контролює та регулює діяльність виконавчого органу (статті 51, 53 Закону про АТ);

3) виконавчим органом акціонерного товариства, який здійснює управління поточною діяльністю товариства і до компетенції якого належить вирішення всіх питань, пов'язаних із керівництвом поточною діяльністю товариства, крім питань, що належать до виключної компетенції загальних зборів та наглядової ради (ст. 58 Закону про АТ).

Виконавчий орган акціонерного товариства, який може бути колегіальним (правління, дирекція) або одноосібним (директор, генеральний директор), діє від імені акціонерного товариства в цивільному обороті, в тому числі вчиняє правочини від імені товариства (статті 59, 60 Закону про АТ). Можливість укладати правочини (договори) входить в обсяг загальної правоздатності юридичної особи: юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ч. 1 ст. 91 ЦК). Імперативна норма ч. 2 ст. 91 ЦК встановлює, що цивільна правоздатність юридичної особи може бути обмежена лише за рішенням суду. Статутом юридичної особи цивільна правоздатність не може обмежуватися, в тому числі шляхом встановлення заборон щодо укладення правочинів (договорів) під час здійснення юридичною особою підприємницької діяльності. Така заборона суперечила б положенням ч.ч. 1, 2 ст. 91 ЦК.

Отже, виконавчий орган товариства здійснює управління власною господарською діяльністю суб'єкта господарювання – товариства і внаслідок прийняття управлінських рішень товариство стає учасником майново-господарських та організаційно-господарських відносин з іншими суб'єктами господарювання (контрагентами), державою, третіми особами. У такому сенсі поточна господарська діяльність, керівництво якої здійснює виконавчий орган товариства, є синонімом господарської діяльності акціонерного товариства в її легальному значенні як діяльності суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямованої на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ч. 1 ст. 3 ГК).

З огляду на це корпоративним законодавством, у тому числі і нормами про значні правочини, повинен забезпечуватися баланс у системі відносин корпоративного управління між виконавчим органом, наглядовою радою та загальними зборами акціонерного товариства. Для цього вважаємо за необхідне закріпити в Законі про АТ таку ознаку значного правочину, як вчинення його поза межами поточної господарської діяльності. Така ознака виділяється і в науковій літературі [10, с. 211].

Висновки.

Оскільки мета регулювання значних правочинів полягає в захисті прав акціонерів від негативних наслідків діяльності виконавчого органу, істотне зменшення майнової бази акціонерного товариства можливо лише у випадку відчуження майна товариства певної ринкової вартості. Відповідно, під значним правочином можна розуміти правочин, який вчиняється поза межами поточної господарської діяльності товариства, прямо чи опосередковано спрямований на відчуження його майна і вартість предмета якого визначається відповідно до встановлених законом розмірів. Договори товариства, на підставі яких товариство реалізує вироблену ним продукцію, надає послуги або виконує роботи, повинні вважатися договорами, що укладаються в процесі здійснення поточної господарської діяльності акціонерного товариства.

Список використаних джерел:

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: изд. 2-е испр. М.: «Статут», 1999. 848 с.

2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. ІІ. 1088 с.

3. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина [та ін.]; за заг. ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини. 3-тє вид., переробл. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2012. 776 с.

4. Постанова Верховного Суду України від 05.10.2016 р. у справі № 910/29382/14 за позовом публічного акціонерного товариства «Київський маргариновий завод» до публічного акціонерного товариства «ОТП Банк», командитного товариства «Желєв С.С. і компанія «Комиш-Зорянського елеватора», за участю третьої особи, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору, на стороні відповідачів: приватного акціонерного товариства «Мелітопольський олійноекстракційний завод» про визнання недійсним договору поруки). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/61939640.

5. Постанова Верховного Суду від 21.02.2018 р. у справі № 910/18506/16 за позовом Публічного акціонерного товариства «Одеський коровай» до Публічного акціонерного товариства «Сбербанк» про визнання договорів недійсними. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72550855.

6. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За відповід. ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2005. Т. І. 832 с.

7. Постанова Вищого господарського суду України від 08.06.2016 р. у справі № 924/1525/14 за позовом ОСОБА_4 до 1) приватного акціонерного товариства «Новоушицьке АТП 16843», 2) приватного підприємства «Яртранс» про визнання недійсними договорів купівлі-продажу. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/58272349.

8. Постанова Верховного Суду від 06.03.2018 у справі № 910/15151/17 за позовом Національного антикорупційного бюро України до Публічного акціонерного товариства «Укрнафта», Товариства з обмеженою відповідальністю «Котлас» про визнання правочинів недійсними. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76025817.

9. Штим Т.Б. Акціонерні угоди, правочини із заінтересованістю та значні правочини в акціонерних товариствах: дис... канд. юрид. наук. 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право. К., 2014. 242 с.

10. Долинская В.В. Акционерное право: основне положения и тенденции. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 211.

Статья посвящена анализу норм корпоративного законодательства, регулирующих заключение акционерным обществом крупных сделок. Предложено кумулятивными признаками крупной сделки считать совершение их за пределами текущей хозяйственной деятельности, направленность на отчуждение имущества общества (прямо или опосредованно), стоимость которого определяется в соответствии с установленными законом размерами. Денежные обязательства общества, возникающие в процессе осуществления им текущей хозяйственной деятельности, не могут отождествляться с предметом крупной сделки.

Ключевые слова: крупные сделки, предмет и цена договора, отчуждение имущества общества, текущая хозяйственная деятельность.

The article is devoted to the analysis of corporate law rules governing the conclusion of major transactions by a joint-stock company. It has been proposed that the cumulative signs of a large transaction include committing them outside the current economic activity, a focus on the alienation of the company's property (directly or indirectly), the value of which is determined in accordance with the amount established by law. Monetary obligations of a company arising in the course of its current economic activity cannot be identified with the subject of a major transaction.

Key words: major transactions, subject and price of the contract, alienation of the property of the company, current economic activity.

УДК 346.7

Анна Костюкова,
заступник директора
Комунального підприємства «Облконцертсервіс»

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЯТИВНОГО ВПЛИВУ НА ЕКОНОМІКУ ТЕАТРАЛЬНО-КОНЦЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджуються фінансово-економічні аспекти забезпечення театральної та концертної діяльності, моделі державного впливу на процеси, що відбуваються у цих сферах культурної галузі в розвинених країнах. Визначаються способи та форми матеріальної підтримки сценічних мистецтв із різних джерел, а також відзначається складний та динамічний характер державно-регулятивного інструментарію для вирішення фінансово-економічних проблем провадження театральної та концертної діяльності.

Ключові слова: театральна (концертна, циркова) діяльність, матеріальна підтримка сценічних мистецтв, фінансування культури, господарська діяльність театрів, спонсорство, меценатство, благодійництво.

Постановка проблеми. Процеси театрально-культурної діяльності відбуваються у певному середовищі, яке визначається, перш за все, матеріальними умовами: розмірами фінансування, наявністю відповідних приміщень, спеціальної апаратури, матеріалів, інструментів, обслуговуючого персоналу тощо. Залежність цих процесів від ресурсів робить їх об'єктом регулювання.

Основним суб'єктом регуляторного впливу на суспільні відносини у галузі культури виступає держава в особі відповідних структурних утворень. В умовах перехідного періоду, в якому значний проміжок часу перебуває й Україна, роль держави у матеріальній підтримці культури, зокрема такої її складової як сценічні мистецтва, підвищується, адже ця діяльність має неабияке значення для вирішення найважливіших національно-суспільних проблем (ідеологічних, духовних, освітніх, соціальних та ін.). Держава, яка відмежовується від регулювання культурологічних процесів, невиправдано покладається на саморегулювальну дію ринкових механізмів, які в умовах трансформаційних процесів та соціокультурних викликів суттєво «пробуксовують», порушуються соціальні, економічні та інші функції держави, покликані сприяти суспільному розвитку у всіх сферах життєдіяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі економічні показники державного регулятивного впливу на сферу культури досліджувала дуже незначна кількість вітчизняних фахівців, серед яких відзначимо роботи О. О. Євсєєвої, І. Г. Ігнатченко, І. О. Ревака. Інформативними в контексті порушеної проблематики виявились і окремі роботи таких російських дослідників, як А. І. Буркін, Е. В. Куштаніна та деякі інші. Спеціальних досліджень питань впливу держави на розвиток театральної та концертної справи у розрізі їх фінансово-економічного забезпечення в правовій науці не здійснювалося.

Метою статті є з'ясування проблематики економіко-правових аспектів театрально-концертної діяльності в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Театральна діяльність у цілому світі визнається економічно неприбутковою за своєю природою [1], адже необхідність створення цих послуг доступними широкому загалу (тобто публіці з різним рівнем достатку) формує таку їх вартість, що не забезпечує перевищення доходів від них над понесеними витратами. Вказана економічна властивість знайшла своє відображення і в Законі України «Про театри і театральну справу» (ст. 8). Власно кажучи, цим й обумовлюється право театрів на одержання статусу неприбуткової організації, передбачене ст. 15 наведеного Закону.

У зв'язку з цим театральному мистецтву необхідна державна підтримка, яка повинна полягати у випереджальному бюджетному фінансуванні театрів порівняно з динамікою їхніх власних доходів, одержаних внаслідок дозволеної господарської діяльності.

Економічний складник концертної діяльності має дещо відмінну проблематику: концертні послуги значною мірою належать до тієї категорії суспільних благ, які характеризуються економічною наукою, як «невиключеність» та «неконкурентність».

© А. Костюкова, 2018

У цьому контексті відомий американський економіст Шон М. Флінн під невиключеністю розуміє практичну неможливість завадити неплатникам споживати певний товар чи послугу. Неконкурентність такого товару чи послуги означає, що їх використання (споживання) однією людиною не виключає можливість іншої людини скористатися цим товаром чи послугою [2].

Тобто йдеться про такі властивості суспільних благ, які, по-перше, не зменшуються у процесі їх споживання незалежно від кількості споживачів (неконкурентність), а по-друге, можуть споживатися як тими, хто заплатив за ці послуги, так і тими, хто не сплачує за них, і немає способу стягнути з останніх гроші за це (невиключеність). Звідси – зрозумілі складнощі фінансово-економічного плану щодо подібних суспільних товарів чи послуг, адже господарюючі суб'єкти, що їх виробляють, або взагалі не в змозі отримати дохід від власної діяльності, або не можуть стягнути той розмір плати, який забезпечив би прибутковість відповідного виробництва.

Звичайно, що стосовно концертів, як видовищних заходів, що проводяться у місцях суспільного призначення (у парках, біля вокзалів, на площах та інших відкритих майданчиках), можна говорити про різний рівень їх сприйняття з боку тих глядачів, що придбали білети з місцями перед сценою, та тих, що дивляться концертні виступи в менш комфортних умовах (стоячи, на відстані, з природними перешкодами тощо). Тобто якість такої розважальної послуги, корисність отриманого ефекту може різнитися, але це не виключає її загальнодоступності.

Отже, надання концертних послуг з метою забезпечення широкомасштабних суспільних потреб культурно-розважального змісту пов'язано з проблемою матеріальної компенсації втрат, понесених на підготовку та демонстрацію відповідних шоу-програм, яку неможливо повноцінно вирішити без втручання державної влади. Таке втручання здійснюється через правове закріплення різних способів, що покликані забезпечити, з одного боку, культурні потреби суспільства в т. ч. у театрально-концертних послугах та, з іншого – розвиток, покращення, розмаїття останніх, яке неможливо без потужного фінансово-економічного підґрунтя.

Серед таких способів державного регулятивного впливу на економіку театрально-концертної діяльності під час надання послуг суспільного (в даному контексті – неприбуткового) характеру, вироблених наукою і практикою та підданих нормативному закріпленню, відзначимо:

– оподаткування, внаслідок якого державна влада отримує реальну можливість фінансувати театрально-концертні заходи тією мірою, якою вони доступні широкому загалу. Збір податків також надає владі змогу допомагати в утриманні будівель та іншої матеріально-технічної бази театрів, філармоній тощо.

У ряді країн Європи поряд зі «звичайними» податками застосовуються специфічні податки для сфери культури, що зумовлено особливостями формування доходів у цій галузі господарської діяльності. Серед таких, наприклад, відрахування 1 % вартості будівництва державних установ на придбання витворів художнього мистецтва, податок на торгівлю книгами, податок на показ спектаклів, призначений для дотування театрів у Франції, тощо [3, с. 38-39]. У таких країнах, як Фінляндія, Норвегія, Ірландія, державною владою створюються так звані позабюджетні фонди для фінансування «особливих потреб» у галузях культури та спорту, наповнення яких відбувається за рахунок надходжень від національних лотерей, лото, спортивних тоталізаторів [Там саме].

Отже, державний примус до оплати (повної чи часткової) доволі широкого спектру суспільних благ, включаючи й театрально-концертну діяльність, через систему оподаткування залишається хоча і не єдиним, але справді основним механізмом забезпечення культурних потреб суспільства. Щоправда, повне державне фінансування витрат та капіталовкладень на підтримку сценічних мистецтв останнім часом застосовується в небагатьох країнах та в основному по відношенню до культурних закладів національного значення. Для України поки що характерне переважання саме цієї форми підтримки культури [4];

– благодійницька діяльність по відношенню до культури, тобто залучення грошей філантропів для оплати витрат, пов'язаних з організацією та проведенням окремих суспільних концертно-розважальних заходів, театральних фестивалів тощо. Йдеться про приватну фінансову підтримку спонсорів, меценатів як від бізнесу, так і від окремих благодійників (індивідуальні пожертвування). Ця форма фінансування справді працює, а в сучасній Україні стає все більш популярним джерелом матеріальної підтримки відносно невеликих за масштабами культурних проектів. Але, як зауважують практики, для того щоб залучити ці засоби, необхідно мати велику базу контактів у різних сферах підприємницької діяльності (поліграфія, будівництво, логістика) та піклуватися про власну репутацію [5];

– близьким до філантропічної форми підтримки культурної галузі є фінансування відповідних соціальних проектів через механізм грантів. З урахуванням загального розуміння гранту, наведеного в інтернет-джерелах (напр.: [6]), грантом визнається безоплатна субсидія певним організаціям або фізичним особам, зокрема, що діють у сфері виконавчих мистецтв, у грошовій чи натуральній формі на різні цілі, у тому числі написання сценарію вистави, музичного твору тощо, з наступним звітом про використання субсидії. Формалізується рішення про надання гранту через оформлення письмового договору між ґрантодавцем та реципієнтом.

Даний спосіб фінансування творчих осіб та мистецтва в цілому є доволі поширеним у багатьох країнах світу (в США, а у Великобританії він взагалі є типовим), а його принциповою особливістю є не просто цільове фінансування того чи іншого проекту, але й сприяння адаптації відповідних закладів культури до ринкового середовища. Вони покликані стимулювати підвищення рівня самозабезпечення цих організацій за рахунок розвитку власної комерційної діяльності, впровадження корпоративних методів управління, вміння залучити недержавні засоби фінансування тощо. Так, у Великобританії за спеціальною державною програмою та чи інша організація зі сфери культури може отримати грант у розмірі від 5 до 250 тис. фунтів стерлінгів, але за умови самостійного відшукування реципієнтом половини з потрібної суми. Тому цей спосіб ще називається «зустрічним фінансуванням» [3, с. 39].

Однак отримати грант нелегко, адже для цього, як і у разі пошуку філантропів, необхідно постійно моніторити відповідний ринок послуг, мати або відшукувати зв'язки із зацікавленими у спонсорстві представниками бізнесу. При цьому вже повинен існувати детально розроблений проект заходу з обґрунтуванням його важливості, значення, необхідних витрат та очікуваного соціально-культурного ефекту від його реалізації в кількісних та якісних індикаторах [7]. Крім того, отримання гранту передбачає надання чіткої та своєчасної звітності про використання грошей. Тому розраховувати, що фінансування культурних проектів в Україні буде переважно здійснюватися за рахунок грантів, принаймні з недержавних джерел, не варто.

Що цього також слід зауважити, що все ж таки варіант фінансової підтримки театрально-концертної діяльності з боку держави є більш надійним (а отже, і переважним), адже філантропи зовсім не зобов'язані витрачати власні матеріальні кошти на суспільні потреби (тим більше, що такі вкладення не обіцяють прибутків), тоді як ці витрати становлять обов'язки державної та місцевої влад із підтримки діяльності театрів, цирків, концертних організацій і творчих колективів тощо. У такому разі фінансування має системний, а не разовий характер. Але, звичайно, й рівень відповідальності за використані кошти (у т. ч. й у разі отримання грантів) значно підвищується;

– здійснення продажу приватного товару разом із наданням суспільних послуг. Йдеться про реалізацію такого специфічного товару, як комерційна реклама під час проведення концертно-видовищних заходів, у т. ч. її телевізійної трансляції. Таким чином, товар під назвою «комерційна реклама» частково оплачує вартість витрат, понесених у зв'язку з наданням суспільних послуг культурно-духовного характеру. Крім прямої корисності комерційної реклами для театрально-концертної діяльності, вона сприяє й виконанню інших завдань економіки: розширює ринки збуту, пропонує споживачам більш широкий вибір товарів, підтримує конкуренцію та ін.;

– законодавче визнання та встановлення правових механізмів захисту прав інтелектуальної власності, а точніше, авторських та суміжних прав у сфері виконавчих мистецтв та іншої колективної або індивідуальної творчої діяльності у галузі культури. Йдеться не тільки про визнання авторства, унікальності витвору відповідного мистецтва та інші немайнові права, але й більшою мірою про захист майнового складника прав на результат творчої діяльності, що згідно із законом стає об'єктом таких прав.

Економічний стимул для суб'єктів постачання цих послуг полягає у їх перетворенні (хоча б частково) із суспільно-корисних благ на фактично товари для особистого споживання, за які сплачуються гроші (гонорар сценариста, артиста, організатора концерту, театрального фестивалю тощо). Тим самим одночасно ці умови дозволяють більш впевнено як самій державі, так і різноманітним благодійним фондам, заснованим на гроші приватних компаній чи філантропів-індивідуалів, вкладати матеріальні кошти в ті соціокультурні проекти, де проблема їх суспільності пов'язана з неприбутковістю, а отже, обмеженістю ініціатив з їх створення та реалізації.

Наведені інструменти регулятивного впливу держави на вирішення фінансово-економічних проблем у провадженні театральної та концертної діяльності не є вичерпними та можуть різним чином модифікуватися, що вказує на їх безумовну дина-

мічність. Водночас їх ефективність залежатиме від стратегічного ставлення державної влади до розвитку культури в країні, що вже є статичною рисою державного управління, яка повинна чітко простежуватися не тільки у нормативному регулюванні цієї сфери діяльності, але й у програмуванні її розвитку, прийнятті конкретних управлінських рішень, координації відповідних заходів, здійсненні контролю за їх реалізацією тощо.

Як було вказано вище, у світовій науці та практиці відсутній єдиний універсальний підхід до фінансування мистецтва взагалі і сценічного мистецтва зокрема. Зокрема, якщо для США характерна державна підтримка театрів через систему податкових пільг благодійним фондам та індивідуальним благодійникам (меценатам, спонсорам), то більшість європейських країн здійснюють фінансування театрального мистецтва, некомерційних концертних заходів безпосередньо з державного бюджету. Наприклад, найбільшою статтею видатків на культуру центрального бюджету в Австрії є саме «виконавче мистецтво» – 46,6 %. Данія на підтримку виконавчих мистецтв спрямовує 41 % бюджетних асигнувань на культуру. Водночас у Великобританії та Іспанії на частку виконавчого мистецтва припадає не більше 2 % відповідних бюджетних асигнувань [3, с. 38]. Причому у Великобританії з метою виключення можливості прямого втручання державного апарату на творчу діяльність театрів та інших творчих організацій чи колективів, про що було зазначено вище, застосовується принцип так званої «витягнутої руки», коли кошти державного бюджету після їх спрямування незалежним від уряду громадським організаціям (наприклад, Британській Раді по культурі) і далі розподіляються організаціям культури та мистецтва, у тому числі театрам та іншим закладам сценічних видів мистецтв.

При цьому тягар державних витрат на потреби культури розподіляється між центральним та місцевими бюджетами нерівномірно і теж по-різному: регіональні бюджети фінансують від 20 до 70 відсотків загальних витрат на культуру [8]. В цілому ж державне фінансування становить не менше 30 % у загальному бюджеті театрів та інших закладів виконавчого мистецтва країн Європи [1]. Щодо США, то тут слід відзначити, що лише близько 9 % витрат на потреби культури покривається за рахунок державного бюджету, з яких левова частка припадає на музеї та бібліотеки, а тільки незначний залишок видаткової суми – на підтримку виконавських мистецтв [9].

Як бачимо, варіативність розмірів вказаних витрат (як і механізмів прийняття рішень щодо їх розподілу) досить неоднозначна і залежить від власної моделі державного фінансування культури та мистецтва в кожній країні, системи бюджетного федералізму, врешті-решт, від національних традицій державної підтримки цієї сфери діяльності.

З урахуванням вищевказаного наведемо форми матеріальної підтримки культурних закладів та самостійних творчих колективів, чия професійна діяльність пов'язана з наданням театральних, концертно-видовищних та інших культурно-розважальних послуг.

І. Державна підтримка, яка за територіальною ознакою поділяється на: (1) фінансування з державного (центрального) бюджету та (2) фінансування з регіональних (місцевих) бюджетів. У деяких країнах, наприклад у Франції, практикується гібридний варіант (3) спільного фінансування найбільш широких культурних програм із центрального та територіального бюджетів, для чого укладаються тристоронні контракти [3, с. 39].

ІІ. Матеріальна підтримка з приватних джерел, що відбувається у формах:

(1) меценатства, тобто добровільної фінансової допомоги (як правило, але не виключно – з боку фізичних осіб) закладам театрально-концертної діяльності, окремим членам творчих колективів, як-от: заснування нових театрів, придбання обладнання, несення матеріальних витрат на проведення концертів, фестивалів тощо. Така допомога не передбачає її повернення чи «відпрацювання» набувачами, надання звітності про її використання і т. ін.

У зв'язку з цим не можна погодитися із С. Яблунівським, який, говорячи про опіку держави над театрами та культурними закладами симфонічної музики, застосовує поняття «меценатство держави» [11, с. 3]. З висловлень автора вбачається, що «меценатство держави» є чимось відмінним від державної політики оподаткування в інтересах культури. Із цим погодитися не можна, адже, по-перше, меценатство за своєю природою є недержавною формою опікування мистецтвом та окремими митцями, а по-друге, джерелами державної власності, наповнення державного бюджету є трудові та матеріальні ресурси суб'єктів господарювання та населення країни загалом, збір яких і організовує держава саме через систему оподаткування. Меценатство дуже тісно пов'язане з благодійністю, позаяк є різновидом останньої у сферах освіти, культури та мистецтва [12, ст. 1]. З огляду на історичну і сучасну практику меценатської діяльності, останню за суб'єктним критерієм можна поділити на: а) індивіду-

альну та б) колективну. Деякі джерела останню визначають як корпоративну (див, напр.: [10, с. 26], [13]). Але приватному бізнесу, а особливо корпораціям, властиво одночасно з виконанням соціально-значущої справи працювати й на власний імідж;

(2) благодійні пожертвування (індивідуальні та колективні) та надходження від інших видів благодійної діяльності, крім меценатства. Ця форма матеріальної допомоги є дуже близькою до меценатської діяльності, адже вони рідняться добровільністю та безкорисливістю, однак, як нам видається, є два аспекти, що дозволяють їх розрізняти. Ці аспекти випливають з аналізу положень Закону України «Про благодійну діяльність та благодійні організації» та додаткової літератури (див., напр.: [14]).

Благодійницька діяльність у загальному значенні здійснює систематичну підтримку будь-яких соціально-гострих проблем у суспільстві безвідносно до того, чи стосуються вони мистецтва чи ні. При цьому благодійна діяльність, по суті, має публічний характер, провадиться організаціями з відповідними установчими документами та зареєстрованими у встановленому законодавством порядку, тоді як меценат обов'язкової публічної реєстрації не потребує і його допомога, особливо персоналіям від мистецтва, може мати цілком приватний характер;

(3) спонсорство (у т. ч. корпоративне), так само як і благодійництво загалом та меценатство зокрема, є різновидом добровільних соціальних інвестицій у культурну галузь, що здійснюється через матеріальну підтримку сценічних та інших видів мистецтв. При цьому спонсорство визначається як діяльність фізичних та юридичних осіб з метою отримання якої-небудь матеріальної вигоди або прибутку для себе або в обмін на рекламу [15], [16, ст. 1, 5]. Тобто передбачається зустрічна матеріальна компенсація у вигляді певної послуги або нематеріальної користі;

(4) гранти з приватних джерел мають той самий зміст та цілеспрямованість, що й гранти з державного бюджету. До цієї форми відносимо й гранти, що надаються не тільки окремими підприємцями (а) чи бізнесовими організаціями (б), але й ті, що фінансуються з різноманітних недержавних фондів, як національного (в), так і міжнародного масштабів (г).

У європейських країнах торговельно-промислове меценатство і спонсорство забезпечує близько 35-40 % загальної суми, що витрачається на видовищні заходи, щоправда, розвиток меценатства у сфері виконавчих мистецтв стримується традиційним переважанням інтересу до спорту чи гуманітарних подій [18, с. 5]. В Україні частка коштів, що отримуються від позабюджетних джерел, останніми роками практично незмінна та у середньому загалом по організаціях культури становить приблизно 12 % бюджетного фінансування [10, с. 27].

III. Державно-приватне партнерство, яке має граничний характер матеріальної підтримки театрально-концертної діяльності. Така підтримка провадиться у Великобританії, наприклад, згідно з планом стимулювання корпоративного спонсорства, а співвідношення державних та приватних матеріальних вкладень для первинного проекту встановлюється як один до одного за умови спонсорського внеску більше 1 тис. фунтів стерлінгів. Наступні ж проекти передбачають внесення трьох часток спонсорських коштів і однієї частки – за рахунок держави [3, с. 39].

Відзначимо, що проекти, в яких зацікавлений як приватний, так і державний сектори, переважно стосуються проведення музичних і театральних фестивалів.

IV. Власні грошові надходження від надання власних послуг відповідними закладами, організаціями, художніми колективами, трупами тощо. По суті, ці джерела покликані становити фінансово-економічну основу театрально-концертної діяльності вказаних суб'єктів, що мають забезпечувати не тільки компенсацію понесених витрат на підготовку та показ творчого продукту, але в ідеалі й фінансовий прибуток для забезпечення їх власного розквіту, розширення, покращення якості їхніх послуг.

Доходи від власної діяльності повинні розглядатися як суттєва частина фінансових надходжень закладів та самостійних колективів у зазначеній сфері поряд із іншими джерелами, незалежно від того, на якій із форм власності вони засновані. Так, за даними Міністерства культури України, у структурі фінансових надходжень театрів протягом останніх років частка доходів від основної діяльності становить 15-25 % [19].

Аналіз чинної нормативно-правової бази дозволяє узагальнено диференціювати такі надходження на: (1) основні, які безпосередньо пов'язані з наданням театрально-концертних послуг (створення, публічне виконання та публічний показ театральних вистав, концертних виступів, циркових програм на власних сценах та на гастролях, організація мистецьких фестивалів, конкурсів тощо, реалізація квитків на зазначені заходи) та (2) додаткові, надання яких може супроводжувати основну діяльність, як-от: продаж власної сувенірної продукції, квітів, проведення фото- чи

відео-зйомок, прокат сценічних костюмів та іншого реквізиту, надання в оренду окремих приміщень, що не використовуються для надання основних послуг, тощо (детально особливості правового регулювання власної господарської діяльності театрів та інших надавачів послуг у сфері сценічних мистецтв досліджуються у розділі 3 даної роботи).

Висновки та перспективи подальших досліджень.

1. Сучасний стан державного впливу на театральну та концертну діяльність в Україні характеризується, з одного боку, відмежовуванням від всеохоплюючого регулювання цих культурологічних процесів та зменшенням рівня їх матеріальної підтримки, а з іншого – покладанням на саморегулювальну дію ринкових механізмів, що в умовах трансформаційних процесів та соціокультурних викликів недостатньою мірою виконують властиві їм економічні функції. У результаті театральні та концертні структури мали розраховувати на недержавну фінансову допомогу та доходи від власної господарської діяльності, що потребує не тільки грамотного менеджменту у використанні наявної матеріально-технічної бази відповідних закладів, відшукуванні та розподілі фінансових коштів, але також і відповідного правового регулювання відносин у цій галузі.

2. Потребує вирішення проблема апріорної збитковості театральної діяльності, а також проблема матеріальної компенсації втрат під час надання концертних послуг як суспільних благ, яким властиві «невиключеність» та «неконкурентність». Ці проблеми виключають повне усунення держави від підтримки цих сценічних видів мистецтва та передбачають таку підтримку через відповідні механізми владного впливу та сприяння гармонійному співіснуванню суспільного виробництва та невиробничого споживання.

Список використаних джерел:

1. Концепция долгосрочного развития театрального дела в Российской Федерации на период до 2020 года. URL: http://mincultrk.ru/deyatelnost/napravleniya_deyatelnosti/teatralnaya_i_koncertnaya_deyatelnost

2. Флинн Масаки Шон. Экономика для «чайников». URL: http://www.rulit.me/books/ekonomika-dlya-chajnikov-read-330175-163.html

3. Буркин А. Финансирование сферы культуры и искусства в индустриально развитых странах. Финансы и кредит. 2005. № 27. С. 37-44.

4. Фінансування галузі культури у 2012 році збільшено на 71 млн. грн. URL: http://kmu.gov.ua/control/ publish/article?art_id=24567

5. Шпаренко В. 4 Способа финансирования проектов: где взять деньги. URL: https://www.culturepartnership.eu/article/4-methods-to-finance-projects

6. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%93%D1%80%D0%B0%D0%BD%D1%82

7. В. Казусь. Как получить грант. URL: https://invest.kh.ua/ru/grants.

8. Финансирование культуры в европейских странах: обзор подходов и методов. [URL: http://www.strana-oz.ru/2005/4/ finansirovaniekultury-v-evropeyskih-stranah-obzor-podhodov-i-metodov

9. Бюджет культуры в США: собственные доходы и государственная поддержка. URL: http://www.strana-oz.ru/2005/4/byudzhet-kultury-v-ssha-sobstvennye-dohody-i-gosudarstvennaya-podderzhka

10. Євсєєва О.О. Вдосконалення державного регулювання розвитку системи культури в регіоні. Бізнес-інформ. 2013. № 4. С. 22-28.

11. Яблунівський С.В. Удосконалення організаційно-правового забезпечення державного регулювання театральної діяльності в Україні. Теорія та практика державного управління. 2011. № 4. С. 1-7.

12. Про благодійну діяльність та благодійні організації: Закон України від 05.07.2012 №5073-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 25. Ст. 252.

13. Дзюбан О.В. Особливості та роль корпоративного меценатства в розвитку сучасного олімпійського спорту в Україні. URL: http://mdu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/03/242.pdf

14. Меценатство. В чем его отличие от благотворительности и спонсорства. URL: http://rkpm.ru/pravoslavnoe-metsenatstvo/metsenatstvo-v-chem-ego-otlichie-ot-blagotvoritelnosti-i-sponsorstva-istoriya-metsenatstva

15. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/спонсорство

16. Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 (в ред. Закону від 11.07.2003 №1121-IV). Відомості Верховної Ради України. 2004. № 8. Ст. 62.

17. Внукова А. Спонсорство. URL: https://www.bitlex.ua/uk/blog/terms/post/sponsorstvo

18. Поплавський М. Шоу-бізнес: теорія, історія, практика: підручник. К., 2001. 560 с.

19. Український театр на сучасному етапі (оглядова довідка за матеріалами преси). URL: http://mincult.kmu.gov.ua/mincult/uk/publish/article/133598

В статье исследуются финансово-экономические аспекты обеспечения театральной и концертной деятельности, модели государственного воздействия на процессы, происходящие в этих сферах культурной отрасли в развитых странах. Определяются способы и формы материальной поддержки сценических искусств из разных источников, а также отмечается сложный и динамичный характер государственно-регулятивного инструментария при решении финансово-экономических проблем ведения театральной и концертной деятельности.

Ключові слова: театральная (концертная, цирковая) деятельность, материальная поддержка сценических искусств, финансирование культуры, хозяйственная деятельность театров, спонсорство, меценатство, благотворительность.

The article deals with the financial and economic aspects of the provision for theatrical and concert activities, models of state influence on the processes taking place in these areas of cultural industry in the developed countries. The methods and forms of material support of scenic arts from different sources are determined, as well as the complex and dynamic nature of the state-regulating tools in solving financial and economic problems of performing theatrical and concert activities is noted.

Key words: theater (concert, circus) activities, material support of performing arts, financing culture, economic activity of theaters, sponsorship, philanthropy, charity.

УДК 346.1

Анна Пастух,
канд. юрид. наук, юрист
Громадської спілки «Біоенергетична Асоціація України»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ФОРМУВАННЯ ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ ЕЛЕКТРОННОЇ ТОРГІВЛІ ТВЕРДИМ БІОПАЛИВОМ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу законодавчого регулювання створення системи електронної торгівлі твердим біопаливом, що пропонується запровадити в Україні, формуванню висновків і пропозицій щодо основних положень законодавства, що буде регулювати функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом в Україні.

Ключові слова: система електронної торгівлі, тверде біопаливо, оператор системи електронної торгівлі біопаливом, реалізація твердого біопалива, закупівля твердого біопалива.

Постановка проблеми в загальному вигляді. Залежність України від дорогих імпортних палив змушує шукати альтернативні джерела енергії для забезпечення енергетичних потреб держави, промисловості та населення у секторах теплопостачання, електроенергетики та транспорту. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії» від 20 лютого 2003 року № 555-IV [1], до альтернативних джерел енергії належать *відновлювані джерела енергії* (енергія сонячна, вітрова, геотермальна, гідроенергія, енергія біомаси та інші) та *вторинні енергетичні ресурси* (наприклад, перетворення скидного енергопотенціалу технологічних процесів та інші). Серед відновлюваних джерел енергії особливе місце займає енергія біомаси. Це енергія, яка може вироблятися з різних видів сировини, адже відповідно до ст. 1 Закону України «Про альтернативні види палива» [2], біомаса – це невикопна біологічно відновлювана речовина органічного походження, здатна до біологічного розкладу, у вигляді продуктів, відходів та залишків лісового та сільського господарства (рослинництва і тваринництва), рибного господарства і технологічно пов'язаних із ними галузей промисловості, а також складова частина промислових або побутових відходів, здатна до біологічного розкладу. Паливо, що виготовлене з біомаси, є біопаливом та може вироблятися у різних станах – твердому, рідкому та газоподібному. Тверде біопаливо – це паливо, отримане з біомаси, в тому числі дрова, тирса, тріска, солома, інші сільськогосподарські відходи та залишки, а також гранули, брикети, тюки, вироблені з біомаси. Сьогодні дуже поширеним є використання твердого біопалива у вигляді гранул, брикет, дров, тріски як побутовими, так і «бюджетними» та промисловими споживачами, що спричинено прагненням відмовитися від використання дорогого природного газу. Ці види твердого біопалива виробляються як із деревної сировини, так й із сільськогосподарської, наприклад, сьогодні часто використовуються гранули та брикети з лушпиння соняшника, рідше – тюки соломи. Зазначені види твердого біопалива використовуються побутовими споживачами для опалення їхніх житлових приміщень, «бюджетні» споживачі використовують їх для опалення різних об'єктів соціальної сфери, промислові – для власних потреб під час виробництва різних видів продукції, а також для виробництва і продажу електричної та теплової енергії. Однак ринок твердого біопалива в Україні ще формується. Його розвиток гальмує низка проблем, які потребують вирішення. Зокрема, такою проблемою є нестабільність цін на біопаливо, що негативно впливає на роботу наявних та появу нових промислових об'єктів, які використовують тверде біопаливо. Ціна на дрова, гранули, тріску та інші види твердого біопалива може відрізнятися по областях України у декілька разів. Водночас ціна на біопаливо в межах одного регіону також може коливатися залежно від сезону, ціни на природний газ та інших чинників. По-друге, розвиток ринку твердого біопалива гальмує також ненадійність його постачання. Зокрема, непоодинокі випадки, коли виробник чи постачальник твердого біопалива не виконує свої зобов'язання з поставки біопалива, у зв'язку з чим, наприклад, промисловий споживач твердого біопалива змушений шукати відповідну кількість біопалива в іншого виробника чи постачальника за будь-якої ціни, для того щоб виробництво на його об'єкті не

© А. Пастух, 2018

зупинилося. Сумнівною залишається також якість твердого біопалива. Як правило, виробники застосовують для своєї продукції окремі технічні умови, а чинні національні не є обов'язковими. Є також випадки, коли виробник твердого біопалива не може знайти ринки для збуту своєї продукції, тоді як споживач із сусіднього району не може знайти постачальника біопалива. Усе це свідчить про те, що ринок твердого біопалива в Україні розвивається стихійно, потребує організації та впровадження ринкового механізму, який був би здатен «зібрати» всіх виробників, постачальників та споживачів біопалива в одному місці. Запровадження такого механізму потребує розробки відповідного нормативно-правового регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У юридичній науці дослідженню питання правового регулювання виробництва і споживання біопалива присвячено чимало уваги. Окремі правові аспекти цієї проблематики досліджували Г. І. Балюк, Т. О. Коваленко, О. Б. Кишко-Єрлі, В. І. Семчик, Т. К. Оверковська, В. Ю. Уркевич, С. А. Оболєнська, Є. В. Голомозий та інші. Слід зазначити, що дослідження зазначеного питання неможливе без використання наукових праць представників економічної науки та біоенергетики, зокрема Г. Г. Гелетухи, Т. А. Желєзної, Г. М. Калетніка та інших. Проте питання правового регулювання запровадження системи електронної торгівлі твердим біопаливом розглядається вперше.

Формування цілей статті. Метою статті є представлення законодавчого регулювання створення системи електронної торгівлі твердим біопаливом, що пропонується запровадити в Україні, формування висновків і пропозицій щодо основних положень законодавства, що буде регулювати функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом в Україні.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Плану пріоритетних дій Уряду на 2018 рік [3], серед необхідних дій Уряду передбачено розроблення проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення ринку твердого біопалива». За результатом дії зазначеного закону очікується збільшення частки використання альтернативних джерел енергії у виробництві енергії за рахунок збільшення обсягів виробництва та торгівлі біопаливом, а також встановлення прозорих ринкових цін на нього.

Законопроект щодо створення ринку твердого біопалива було розроблено протягом першої половини 2018 року Державним агентством з енергоефективності та енергозбереження України (далі – Держенергоефективності) за участі експертів. Законопроект передбачає створення єдиної електронної платформи, де здійснюватимуть торгівлю твердим біопаливом усі зацікавлені виробники та споживачі. Слід зазначити, що аналогічну систему для електронної торгівлі твердим біопаливом запроваджено у Литві. Зокрема, там з 2012 року діє біржа біопалива Baltpool [4, с. 19]. Після створення біржі біопалива ринок біомаси в Литві почав функціонувати більш ефективно та прозоро. Відбулося зниження вартості біомаси до 40 % у 2015 році порівняно з 2012 роком, а різниця у ціні між сусідніми районами майже зникла. Протягом 2014-2016 років середня вартість біомаси на біржі Baltpool була на 5-15 % нижче ціни біомаси, придбаної поза біржою. Крім того, збільшилася кількість постачальників біомаси через можливість легкого доступу до торгівлі на біржі [5]. Є також інші приклади функціонування аналогічних електронних платформ для торгівлі біопаливом.

Створення електронної платформи для торгівлі твердим біопаливом в Україні передбачає, що торгівля буде здійснюється шляхом проведення електронних аукціонів. Для участі в електронному аукціоні учасники системи електронної торгівлі твердим біопаливом повинні подавати пропозиції на продаж та/або купівлю твердого біопалива. Пропозиції на продаж твердого біопалива повинні подаватися із зазначенням ціни твердого біопалива разом із або ж без ціни його транспортування. У пропозиціях на купівлю твердого біопалива повинні зазначатися обсяги закупівлі та максимальна ціна біопалива, за якою покупець може погодитися його придбати.

За результатом електронного аукціону між учасниками системи електронної торгівлі твердим біопаливом укладається договір купівлі-продажу твердого біопалива. Детальний процедурний порядок здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом та особливості укладення договорів між учасниками системи електронної торгівлі твердим біопаливом будуть визначатися підзаконним актом, а саме правилами здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом.

Державне регулювання електронної торгівлі твердим біопаливом здійснюватиме центральний орган виконавчої влади, який формує державну політику у сфері ефективного використання паливно-енергетичних ресурсів, енергозбереження, відновлюваних джерел енергії та альтернативних видів палива (Мінрегіон) та Держенергоефективності. До повноважень Мінрегіону належатиме затвердження підзаконних нормативно-право-

вих актів, що необхідні для організації роботи системи електронної торгівлі біопаливом. До повноважень Держенергоефективності належатиме реалізація всіх функцій, що буде покладено на нього згідно з цими підзаконними актами, а також здійснення контролю за дотриманням законодавства у сфері електронної торгівлі твердим біопаливом та накладення штрафів за його порушення.

Передбачається, що функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом буде забезпечуватися оператором. Оператором може стати будь-яка юридична особа незалежно від організаційно-правової форми та форми власності, створена та зареєстрована в установленому законодавством порядку на території України, яка забезпечуватиме функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом у визначеному законодавством порядку. Оператор системи електронної торгівлі твердим біопаливом буде єдиним оператором на всій території України. Він обиратиметься за результатом конкурсного відбору, що проводитиме Держенергоефективності у порядку, що буде визначений Мінрегіоном у відповідному підзаконному нормативно-правовому акті. Критерії відбору також будуть передбачені у цьому ж акті. Зокрема, учасники повинні на праві власності або на інших законних підставах володіти технічними засобами, засобами зв'язку та програмним забезпеченням, що необхідне для здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом, мати досвід організації електронної торгівлі твердим біопаливом або іншими паливно-енергетичними ресурсами чи товарами та формувати ціни на послуги, що не перевищують граничних цін на послуги оператора системи електронної торгівлі твердим біопаливом. Граничні ціни на послуги оператора розраховуватимуться Держенергоефективності згідно з методикою формування граничних цін на послуги оператора системи електронної торгівлі твердим біопаливом, що буде затверджена Мінрегіоном. Остаточні ціни на послуги оператора, що обраний за результатом конкурсного відбору, погоджуватимуться Держенергоефективності.

Оператор системи електронної торгівлі твердим біопаливом обиратиметься строком на п'ять років із правом бути переобраним необмежену кількість разів. На оператора як на основного суб'єкта, що забезпечуватиме функціонування системи електронної торгівлі твердим біопаливом, буде покладено ряд обов'язків:

1) забезпечувати рівні і недискримінаційні умови здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом усім учасникам системи;

2) щоквартально та щорічно надавати Держенергоефективності та публікувати на офіційному веб-сайті звіт про свою діяльність;

3) надавати органам державної влади та органам місцевого самоврядування інформацію, необхідну для здійснення ними функцій і повноважень, встановлених законодавством, та інші обов'язки.

Крім того, задля уникнення конфлікту інтересів оператор системи електронної торгівлі твердим біопаливом не матиме права здійснювати господарську діяльність, що пов'язана із заготівлею, переробленням, виробництвом, зберіганням, транспортуванням, розподілом, постачанням і продажем твердого біопалива та/або енергії, що вироблена з використанням твердого біопалива.

Щодо учасників системи електронної торгівлі твердим біопаливом, то умови їх доступу до системи визначатимуться правилами здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом. Очевидно, що вони матимуть відповідний обліковий запис у системі та через нього матимуть можливість брати участь в аукціонах. Для учасників оператор може встановити обов'язок сплачувати гарантійні внески для того, щоб забезпечити виконання ними своїх зобов'язань. Такі внески можуть бути диференційованими, однак повинні застосовуватись на недискримінаційній основі. Наприклад, на Литовській біржі Baltpool учасники поділені на чотири категорії залежно від їхньої надійності. До категорії A належать найбільш надійні учасники, що здатні повністю виконувати свої зобов'язання, до категорії D належать найменш надійні учасники. Належність до відповідної категорії учасників обмежує право учасників здійснювати певні операції та покладає на них обов'язок надавати фінансове забезпечення у більшому розмірі [6, с. 138]. Крім того, знову ж таки задля уникнення конфлікту інтересів учасник системи електронної торгівлі твердим біопаливом не має права прямо чи опосередковано здійснювати контроль над оператором.

З метою забезпечення в системі електронної торгівлі біопаливом значної кількості продавців законопроектом пропонується покласти на державні та комунальні підприємства, а також підприємства, в яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) у статутному капіталі становить більше 50 відсотків, що здійснюють виробництво твердого біопалива, обов'язок реалізовувати тверде біопаливо у системі електронної торгівлі твердим біопаливом зі зростанням від 20 % загального річного обсягу виробництва твердого біопалива у 2019 році до 100 % у 2023 році

та наступних роках. З метою контролю за виконанням цього обов'язку такі підприємства будуть зобов'язані щорічно подавати Держенергоефективності звіт за попередній рік, в якому зазначати загальний річний обсяг виробництва твердого біопалива та відсоток твердого біопалива, що реалізований у системі електронної торгівлі твердим біопаливом у попередньому календарному році. Як правило, до таких підприємств будуть належати державні лісові господарства, державні деревообробні підприємства, державні сільськогосподарські підприємства, адже законопроектом передбачено, що до твердого біопалива належать також солома та інші сільськогосподарські відходи та залишки.

Для залучення до електронної торгівлі твердим біопаливом покупців законопроект пропонує на суб'єктів господарювання, яким встановлено «зелений» тариф, а також суб'єктів господарювання, яким встановлено тарифи відповідно до частини четвертої та/або п'ятої статті 20 Закону України «Про теплопостачання» (тобто на тих, які отримали від держави «стимулюючі» тарифи на виробництво електричної або теплової енергії), обов'язок закуповувати тверде біопаливо через систему електронної торгівлі не менше 20 % загального річного обсягу споживання твердого біопалива у 2019 році зі збільшенням до 100 % у 2023 році та наступних роках. Однак для таких суб'єктів господарювання встановлений виняток. Зокрема, якщо вони споживають тверде біопаливо, вироблене або утворене в результаті їхньої власної господарської діяльності, то вимоги щодо закупівлі твердого біопалива (зазначені вище відсотки) поширюються лише на ту частину обсягу споживання твердого біопалива, що не покривається частиною обсягу твердого біопалива, виробленого або утвореного в результаті їхньої господарської діяльності.

Ще один виняток стосується випадку, коли у системі електронної торгівлі твердим біопаливом відсутня можливість здійснити закупівлю необхідного обсягу твердого біопалива відповідного виду чи його частини або економічно вигідніше здійснити закупівлю твердого біопалива іншими способами, що передбачені законодавством. Відповідний виняток передбачається для того, щоб виключити ситуації, коли покупцю «не вистачає» обсягів твердого біопалива, який пропонується в електронній системі, а також для уникнення занадто високих цін на біопаливо, коли пропозиція є незначною. Відсутність необхідного обсягу твердого біопалива у системі електронної торгівлі твердим біопаливом та ціна, за якою була здійснена закупівля, у разі застосування іншого способу закупівлі підтверджуються учасником системи електронної торгівлі твердим біопаливом у річному звіті. Якщо у звіті дійсно буде підтверджено відсутність обсягів та висока ціна, то до відповідного учасника-покупця не будуть застосовуватися штрафи за недотримання обов'язкових відсотків закупівлі твердого біопалива.

Покупцям твердого біопалива часто виступають також ті органи, підприємства, установи та організації, які відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» [7] є замовниками. Зокрема, часто школам, дитячим садкам, лікарням встановлено твердопаливні котельні, й органи місцевого самоврядування закуповують тверде біопаливо. У зв'язку з цим є необхідність внести зміни також до Закону України «Про публічні закупівлі» та покласти на замовників обов'язок здійснювати закупівлю встановлених обсягів твердого біопалива з використанням системи електронної торгівлі біопаливом, зокрема, від 20 % загального річного обсягу споживання твердого біопалива у 2019 році до 100 % у 2023 році та наступних роках, при цьому вони обов'язково повинні оприлюднювати звіт про укладені договори в системі електронних закупівель відповідно до статті 10 Закону України «Про публічні закупівлі».

Зазначені суб'єкти господарювання та замовники будуть зобов'язані щорічно за встановленою формою подавати Держенергоефективності річний звіт за попередній рік, в якому зазначати загальний річний обсяг споживання твердого біопалива та відсоток твердого біопалива, що був закуплений у системі електронної торгівлі твердим біопаливом у попередньому календарному році.

Звіти подаватимуться з метою контролю за дотриманням обов'язкових відсотків продажу та купівлі твердого біопалива в системі електронної торгівлі біопаливом. Після перевірки звітів та виявлення випадків недотримання встановлених обов'язків Держенергоефективності матиме право накладати штрафи за недотримання вимог реалізації твердого біопалива у системі електронної торгівлі твердим біопаливом для продавців твердого біопалива або ж за недотримання вимог здійснення закупівлі твердого біопалива у системі покупцями твердого біопалива. Крім того, штрафи також можуть накладатися за порушення правил здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом та неподання або несвоєчасне подання звітів оператором та учасниками системи електронної торгівлі твердим біопаливом, надання недостовірної інформації у них.

Важливим є питання якості твердого біопалива, торгівля яким здійснюватиметься у

системі електронної торгівлі. Передбачається, що Мінрегіоном буде затверджено вимоги до якості твердого біопалива, торгівля яким здійснюється у системі електронної торгівлі твердим біопаливом. Очевидно, що тверде біопаливо буде поділено на декілька класів із різними характеристиками якості. Наприклад, для тріски – це вологість, зольність, розмір фракції та інші показники. Продавець повинен буде підтверджувати якість відповідним сертифікатом якості, що видаватиметься акредитованими лабораторіями.

Висновки.

Запровадження системи електронної торгівлі твердим біопаливом може стати механізмом, який здатен вирішити проблеми, що є сьогодні на ринку твердого біопалива України. Зокрема, ціни на тверде біопаливо стабілізуються та вирівняються через конкуренцію, що створюватиметься значною кількістю учасників аукціонів. Проблема ненадійності постачання біопалива повинна вирішитися завдяки застосуванню гарантійних внесків до учасників та можливого їх поділу на категорії надійності. Усі види твердого біопалива, торгівля якими здійснюватиметься через систему електронної торгівлі, будуть відповідати визначеним класам якості, що забезпечить високу якість біопалива та впевненість учасників у тому, що тверде біопаливо, закуплене в системі, відповідає встановленим показникам якості.

Для запровадження системи електронної торгівлі біопаливом необхідно ухвалити Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо створення ринку твердого біопалива», Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо розвитку торгівлі твердими біологічними видами палива» та прийняти ряд підзаконних нормативно-правових актів, якими визначатимуться правила здійснення електронної торгівлі твердим біопаливом, порядок проведення конкурсного відбору оператора системи електронної торгівлі твердим біопаливом, вимоги до якості твердого біопалива, торгівля яким здійснюється у системі електронної торгівлі твердим біопаливом, а також методика формування граничних цін на послуги оператора системи електронної торгівлі твердим біопаливом.

Список використаних джерел:

1. Про альтернативні джерела енергії: Закон України від 20 лютого 2003 року № 555-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 24. Ст. 155.
2. «Про альтернативні види палива» Закон України від 14 січня 2000 року № 1391-XIV. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 12. Ст. 94.
3. Про затвердження плану пріоритетних дій Уряду на 2018 рік: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 28 березня 2018 р. № 244-р. Урядовий кур'єр. 2018. № 78.
4. Гелетуха Г. Г., Желєзна Т. А. Створення конкурентного ринку біопалив в Україні. Аналітична записка БАУ № 18. 2017. URL: http://uabio.org/img/files/docs/position-paper-uabio-18-ua.pdf.
5. Савчук С. Електронна торгівля біопаливом: можливості для України. URL: https://www.epravda.com.ua/columns/2018/04/24/636278/.
6. Пастух А. В. Правове регулювання вирощування та перероблення сільськогосподарської сировини для виробництва біопалива: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ, 2017. 221 с.
7. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 року № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 19. Ст. 89.

Статья посвящена анализу законодательного регулирования создания системы электронной торговли твердым биотопливом, которую предлагается внедрить в Украине, формированию выводов и предложений к основным положениям законодательства, которое будет регулировать функционирование системы электронной торговли твердым биотопливом в Украине.

Ключевые слова: система электронной торговли, твердое биотопливо, оператор системы электронной торговли биотопливом, реализация твердого биотоплива, закупка твердого биотоплива.

The article is dedicated to the analysis of the legislative regulation of the creation of the electronic trading system of solid biofuels in Ukraine, the formation of conclusions and proposals to the legislation that will regulate the functioning of the electronic trading system of solid biofuels in Ukraine.

Key words: electronic trading system, solid biofuels, operator of the electronic trading system of solid biofuels, sale of solid biofuel, purchase of solid biofuels.

УДК 346.91:347.98

Наталія Петренко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного і господарського права
та правоохоронної діяльності
Херсонського державного університету

ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ В ГОСПОДАРСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стаття присвячена дослідженню інституту врегулювання спору за участю судді в господарському судочинстві, який є новелою господарського – процесуального законодавства. Норми зазначеного інституту надають можливість сторонам справи, провадження по якій порушено в суді, врегулювати спір мирним шляхом та укласти мирову угоду до початку розгляду справи по суті. Досліджені принципи інституту врегулювання спору за участю судді: добровільність участі сторін у процедурі, рівність сторін, конфіденційність, арбітрування. Запропоновані шляхи вдосконалення даної процедури з метою її більш ефективного застосування.

Ключові слова: врегулювання спору за участю судді, медіація, принципи інституту врегулювання спору за участю судді.

Постановка проблеми. У результаті проведення судової реформи національне законодавство отримало новий процесуальний інститут, який спричинив численні дискусії серед юристів-практиків, суддів, науковців та правників узагалі. Так, у новій редакції Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України, які набрали чинності 15.12.2017, впроваджено інститут врегулювання спору за участю судді. До сьогоднішнього дня залишається до кінця не дослідженою правова природа даного інституту, його принципи та значення, місце в правовій системі, особливості застосування тощо. Зазначене, своєю чергою, може призвести до труднощів у застосуванні інституту врегулювання спору за участю судді та небажання його подальшого застосування в судовій практиці.

Метою статті є дослідження інституту врегулювання спору за участю судді, який запроваджено в Господарському процесуальному кодексі України, аналіз перспектив його впровадження та недоліки, які потребують доопрацювання з метою ефективної реалізації даних норм законодавства.

Так, главою 4 розділу 1 Господарського процесуального кодексу України закріплені підстави та порядок застосування процедури врегулювання спору за участю судді в господарських судах. Зазначеними нормами передбачена можливість спілкування сторін із суддею (спільно або окремо) поза межами судового засідання з метою врегулювання спору, який перебуває на стадії підготовчого засідання, мирним шляхом.

І. Бутирська, досліджуючи зазначений вище інститут процесуального законодавства, зазначає, що нове процесуальне законодавство «суттєво змінює зазначені процесуальні кодекси (Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України. – Прим. автора), уніфікувавши їх та запровадивши багато нових, раніше незнайомих вітчизняній правовій системі, норм та інститутів. Нова редакція Господарського процесуального кодексу України передбачає чимало новел у процесі вирішення господарських спорів, серед яких і запровадження нового примирювального інституту – врегулювання спору за участю судді» [1, с. 79]. Проте вважаємо, що примирення сторін судового процесу не можна вважати абсолютно новим та раніше не відомим господарському судочинству. Так, статтею 4 Закону України «Про арбітражні (господарські) суди» були визначені засади здійснення правосуддя арбітражними (господарськими) судами, однією з яких було арбітрування. Зміни до зазначеного закону були внесені в процесі так званої «малої судової реформи» в 2001 році, під час якої принцип арбітрування було виключено з основних засад господарського судочинства. Суть його полягає в тому, що у вирішенні господарського спору основною метою арбітра є приведення представників сторін до законної угоди, яка фіксується у рішенні суду. У разі, коли сторони не змогли прийти до угоди або угода не відповідала

© Н. Петренко, 2018

закону, арбітр ухвалює рішення, яке може збігатися з позицією однієї зі сторін або ґрунтуватися на позиції судді щодо даного спору [2, с. 126]. Таким чином, суддя господарського суду, керуючись принципом арбітрування, мав право вчиняти дії, спрямовані на примирення сторін по справі та їх приведення до мирного врегулювання. Отже, можна зазначити, що даний принцип закладено в основу нововведеного інституту врегулювання спору за участю судді.

Врегулювання спору з участю судді іноді відносять до однієї з моделей медіації. Такого висновку, наприклад, доходить О. Можайкіна. Авторка зазначає, що врегулювання спору за участю судді необхідно розглядати як однин із видів (моделей, типів) медіації. Незважаючи на свою специфіку та особливості проведення, цей вид урегулювання спору має основні ознаки медіаційної процедури [3, с. 180]. Проте з аналізу норм Господарського процесуального кодексу України та поняття і принципів медіації вбачається, що інститут врегулювання спору за участю судді, впроваджений нормами національного законодавства, не можна розглядати як модель медіації.

Так, медіація є одним із видів альтернативного вирішення спорів. У процедурі медіації беруть участь сторони спору (конфлікту) та третя нейтральна сторона, яка супроводжує сторони у вирішенні суперечки, що виникла між ними. Ерік М. Рунессон та Марі-Лоранс Гі, характеризуючи суб'єктний склад процедури медіації, визначають, що медіація – це гнучкий механізм, який дозволяє сторонам контролювати як процес, так і результат суперечки. Сторони є «власниками спору» і самостійно виробляють варіант його врегулювання [4, с. 33]. Із цим твердження необхідно погодитися, оскільки єдиними та безперечними особами, які приймають рішення в спорі, переданому на медіацію, є самі сторони, а медіатор виступає «диригентом» – спрямовує процедуру діалогу, але не керує нею.

Що стосується вирішення спору за участю судді, то учасниками даної процедури є сторони по судовій справі та суддя. У цьому разі окрему увагу необхідно приділити саме постаті судді як учаснику переговорів. Так, відповідно до ст. 129 Конституції України суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Один із законодавчо визначених обов'язків судді – справедливо, безсторонньо та своєчасно розглядати і вирішувати судові справи відповідно до закону з дотриманням засад і правил судочинства (ст. 56 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»). Таким чином, статус судді обумовлений покладеними на нього обов'язками. Суддя є представником держави та її іменем ухвалює судові рішення. Наведеним вище й зумовлений певний авторитет суду в суспільстві та пі час здійснення ним своєї професійної діяльності. У зв'язку з цим є ризик того, що суддя, проводячи процедуру врегулювання спору, буде займати керівне положення, а отже, фактично буде «власником спору», що, своєю чергою, може значно змінити хід та, відповідно, результат проведення переговорів.

До того ж у моделі судової медіації, яка застосовується у світі, медіатором у спорі є інший призначений суддя, який має спеціальні знання. А в процедурі, закріпленій у національному законодавстві, визначено, що врегулювання спору за участю судді проводиться суддею-доповідачем, тобто суддею, який входить до складу суду, на вирішенні якого перебуває справа.

Наступною відмінністю медіації від процедури врегулювання спору за участю судді є повноваження медіатора та судді в досліджуваній процедурі. Так, медіатор – це нейтральна, самостійна сторона спору, яка спрямовує сторони конфлікту, чим допомагає їм самостійно та обопільно вигідно вирішити конфлікт. Медіатор не має права давати порад або пропонувати шляхи вирішення спору. Видається, що наявність юридичного практичного досвіду медіатора у певній сфері може негативно вплинути на процедуру медіації, а відповідно, медіатор повинен абстрагуватися від наявного у нього практичного досвіду.

Своєю чергою, абсолютно протилежними є повноваження судді у процедурі вирішення справи за участю судді. Хоча деякі адвокати саме в процедурі врегулювання спору за участю судді бачать певні переваги та пов'язують їх саме з участю судді в даній процедурі. Зокрема, визначаючи перспективи впровадження інституту вирішення спору за участю судді на прикладі господарських справ, зазначають таке: «Видається, що запропонована законодавцем можливість врегулювання спору за участю судді є більш виправданою моделлю вирішення господарського спору, ніж медіація. Оскільки процес врегулювання спору координує саме суддя, який є юристом за освітою, розуміє всі юридичні аспекти спору та припускає, як саме може закінчитися розгляд конкретної справи у порядку судового провадження, він може роз'яснити сторонам процесуальні перспективи справи, в тому числі з посиланням та усталену судову практику в аналогічних справах» [5, с. 45].

Так, відповідно до ч. 5, 6 ст. 188 ГПК України під час проведення спільних нарад

суддя з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування щодо категорії спору, який розглядається, пропонує сторонам надати пропозиції щодо шляхів мирного врегулювання спору та здійснює інші дії, спрямовані на мирне врегулювання сторонами спору. Суддя може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору. Під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати сторонні можливі шляхи мирного врегулювання спору. Отже, суддя має можливість активно використовувати свій професійний досвід, судову практику з аналогічних справ тощо, а тому не є медіатором. При цьому ні законодавцем, ні прихильниками даної моделі не враховується той факт, що судова практика не є джерелом права, має несталий характер та залежить виключно від конкретних обставин справи, які в більшості навіть однотипних спорів не є одноманітними.

Таким чином, узагальнюючи наведене, можна зазначити, що медіація є неформальним методом розв'язання спорів, який ґрунтується на засаді довіри й у якому нейтральна та безстороння третя особа допомагає сторонам у взаємній комунікації, визначенні інтересів та основних дискусійних, спірних питань, а також у знаходженні спільного взаємоприйнятного рішення на основі порозуміння [6, с. 20]. А врегулювання спору за участю судді – це спосіб вирішення справи, яка перебуває на вирішенні в суді (по якій відкрито провадження) за участю судді-доповідача, який ґрунтується на принципах добровільності та конфіденційності і спрямований на мирне врегулювання справи між сторонами.

Для правильного розуміння інституту врегулювання спору за участю судді необхідне дослідження його основних засад, вихідних положень, на яких ґрунтується проведення зазначеної процедури. При цьому принципи досліджуваного процесуального інституту не закріплені в чинному законодавстві, але їх можна узагальнити виходячи із його правової природи.

Так, до основних принципів інституту врегулювання спору за участю судді можна віднести такі:

– добровільність участі сторін у процедурі. Так, відповідно до ч. 1 ст. 186 Господарського процесуального кодексу України врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Обґрунтованим є зауваження В. Рєзнікової, яка зазначає, що слово "добровільність" акцентує, що рішення не може бути результатом зовнішнього примусу чи активного переконання будь-кого у необхідності певного спрямування дій – воно не повинно бути результатом активного впливу волі іншої особи, а лише результатом вибору господарюючого суб'єкта, що ґрунтується на повній інформації про ситуацію [7, с. 11]. Однак даний принцип поширює свою дію тільки на сторін справи (позивача та відповідача) стосовно участі в процесі врегулювання спору за участі судді, прийняття рішення про її припинення, укладення мирової угоди за її результатами чи інших процесуальних рішень тощо. Суддя, у свою чергу, не може відмовитися проводити дану процедуру та брати в ній участь. Наведене відрізняє суддю як учасника даної процедури від медіатора, який бере участь у медіаційній процедурі. Останній також має право відмовитися від участі в медіації, наприклад, за відсутності належного досвіду або кваліфікації проведення примирювальної процедури в даній категорії спорів (конфліктів);

– рівність сторін. Зазначений принцип належить до загальноправових та загальнопроцесуальних і притаманний господарському судочинству. У науковій літературі рівність сторін визначають як вихідну умову змагального судового процесу. Б. П. Ратушна зазначає, що найкращий процесуальний ефект принципу рівності досягається саме в межах загальної моделі судочинства, збалансовуючи правові можливості сторін у доведенні перед судом своєї правоти і тим самим закладаючи підвалини справедливого розгляду справи [8, с. 100]. Проте якщо, досліджуючи інститут урегулювання спору за участю судді, принцип рівності сторін розглядати як аспект змагальності сторін, то за такої умови призначення даного процесуального інституту перетвориться на факультативну стадію цивільного процесу та втратить своє основне призначення примирювальної процедури. Таким чином, вважаємо, що в межах досліджуваного інституту принцип рівності сторін означає надання сторонам по справі рівних прав на пропонування варіантів вирішення ситуації, надання їм рівного часу для висловлювання своєї позиції на загальних зустрічах та відведення однакової кількості часу на закритих нарадах із судом тощо.

– конфіденційність. Досліджувати даний принцип необхідно у співвідношенні з принципом гласності господарського процесу. Відповідно до ч. 1 ст. 8 Господарського процесуального кодексу України розгляд справ у господарських судах проводиться усно і відкрито, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Ратифікувавши Європейську

Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, Україна взяла на себе міжнародні зобов'язання забезпечити гласне слухання (public hearing) справ у судах, що є невід'ємним складником права на справедливий суд, наданого кожному відповідно до статті 6 цієї Конвенції [9, с. 262]. Гласність судового процесу означає його фіксацію технічними засобами, присутність будь-яких осіб у судовому засіданні, можливість проводити у залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіо запис, тощо. Окрім цього, гласність судового процесу означає не тільки відкритість судового розгляду справи, а і вільний доступ до судових рішень та до інформації про судові справи. Протилежною за своїм змістом є процедура врегулювання спору за участю судді. Так, інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол наради не ведеться та не здійснюється фіксування технічними засобами (ч. 8 ст. 188 ГПК України). Зокрема, ні сторони, ні суддя не мають права використовувати та розголошувати інформацію, отриману під час спільних нарад, суддя не має право без дозволу сторони розголошувати інформацію, отриману на закритих нарадах. Вбачається, що саме з метою реалізації даного принципу передбачена передача справи на розгляд іншому судді у разі продовження розгляду справи по суті;

– арбітрування. Як іще один принцип інституту врегулювання спору за участю судді можна виділити згаданий вище принцип арбітрування. На підставі даного принципу забезпечується сприяння сторонам спору (конфлікту) у досягненні згоди, напрацювання шляхів вирішення спору під час переговорів та отримання такого результату, який буде одночасно вигідний протилежним сторонам судової справи. У результаті реалізації цього принципу відбувається трансформація відносин сторін спору. Тобто під час урегулювання спору за участю судді метою є не відновлення порушеного, оспорюваного або невизнаного права позивача та захист від обвинувачень відповідача, а спільне напрацювання ними взаємовигідних шляхів вирішення спору.

Варто звернути увагу, що відповідно до ст. 186 Господарського процесуального кодексу України врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. Тобто вирішення питання про врегулювання справи за участю судді можливо лише під час підготовчого судового засідання та, відповідно, до початку розгляду справи по суті. Так, під час підготовчого судового засідання вирішуються здебільшого організаційні питання підготовки справи до судового розгляду (залучення третіх осіб, співвідповідачів, надання сторонами доказів, направлення судових доручень, вирішення клопотань тощо). При цьому на цій стадії сторони можуть ще не усвідомлювати повною мірою правову позицію протилежної сторони, без заслуховування позицій сторін у них може бути не сформована загальна оцінка всієї сукупності доказів по справі. Тому вважаємо, що обмеження, встановлені законодавцем стосовно можливості сторін врегулювання спору за участю судді, є необґрунтованими. Більш доцільним буде надання можливості сторонам врегулювати справу шляхом примирення або принаймні вчинити таку спробу до виступу учасників справи із промовою, тобто до судових дебатів.

Окремої уваги потребують темпоральні норми досліджуваного інституту. Так, частиною 1 статті 190 Господарського процесуального кодексу України закріплено, що врегулювання спору за участю судді проводиться протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про його проведення. При цьому, згідно з частиною 2 зазначеної статті, строк проведення врегулювання спору за участю судді подовженню не підлягає. Проте, виходячи із принципу добровільності даної процедури, яка зумовлюється наявністю волі двох сторін по справі, дане обмеження вбачається необґрунтованим. Визначення строку має базуватися не тільки на підставі законодавчого визначення, а й з урахуванням складності справи, кількості позовних вимог, часу, необхідного для складання і узгодження мирової угоди, та волі сторін. Таким чином, вважаємо за необхідне надати можливість сторонам впливати на визначення строку для врегулювання спору за участю судді. Зокрема, пропонуємо надати сторонам справи та, відповідно, учасникам урегулювання спору за участю судді право за спільною заявою подовжити строк проведення даної процедури. Однак з метою уникнення затягування строків розгляду справи та можливого зловживання сторонами своїми правами вбачається за необхідне встановлення певного строку, на який може бути подовжена досліджувана процедура.

Висновок.

Отже, процедура врегулювання спору за участю судді в господарському судочинстві є новою для національної правової системи. При цьому ця процедура є не медіацією, а самостійним інститутом господарського процесуального права, спрямованим на мирне

врегулювання спору між сторонами судової справи за участю судді, на розгляд якого передано дану справу.

Однак для більш ефективного подальшого застосування врегулювання спору за участю судді вбачається за доцільне внесення змін щодо стадій процесу, коли дана процедура може бути застосована, та строків її застосування. Відповідно, у зв'язку з цим пропонуємо викласти ч. 1 ст. 186 Господарського процесуального кодексу України в такій редакції: «Врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до судових дебатів у справі». А частину 2 статті 190 Господарського процесуального кодексу України – в такій редакції: «Строк проведення врегулювання спору за участю судді може бути подовжено судом за спільною обґрунтованою заявою сторін. Строк подовження не може перевищувати тридцяти днів. Про подовження строку врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає».

Список використаних джерел:

1. Бутирська І. Врегулювання спору за участю судді: перспективи запровадження у Господарський процесуальний кодекс. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12. С. 79–83.

2. Степанова Т.В. Принцип арбітрування як основний принцип господарського судочинства. Ринкова економіка: сучасна теорія і практика управління. Том 11 (Випуск 20). Частина 1. Одеса, 2008. С. 125-130.

3. Можайкіна О. Правовий аналіз врегулювання спору за участю судді. Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право. 2018. № 2. С. 174-180.

4. Ерік М. Рунессон, Марі-Лоранс Гі. Медіація конфліктів і спорів у галузі корпоративного управління / Всесвітній форум з питань корпоративного управління, 2007. 68 с.

5. Левіцький Є. Медіація vs Врегулювання господарського спору за участю судді. Юридична газета. 2017. № 27-28 (577-578). С. 44-45.

6. Подоковенко Т. Медиация как способ альтернативного решения конфликтов: генезиси институционне основы. Актуальні проблеми правознавства. 2017. № 1(9). С. 17–22.

7. Рєзнікова В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». 2012. Вип. 90. С. 10-15.

8. Ратушна Б. П. Принцип рівності сторін у цивільному процесі України. Митна справа. 2015. № 4(2). С. 98-102.

9. Тимченко Г.П. Принцип гласності і відкритості судового розгляду: теорія, історія та перспективи розвитку. Держава і право. 2010. Випуск 49. С. 258-265.

Статья посвящена исследованию института урегулирования спора с участием судьи в хозяйственном судопроизводстве, который является новеллой хозяйственного-процессуального законодательства. Нормы указанного института предоставляют возможность сторонам дела, производство по которому возбуждено в суде, урегулировать спор мирным путем и заключить мировое соглашение до начала рассмотрения дела по сути. Исследованы принципы института урегулирования спора с участием судьи: добровольность участия сторон в процедуре, равенство сторон, конфиденциальность, арбитрабельность. Предложены пути совершенствования данной процедуры с целью ее более эффективного применения.

Ключевые слова: урегулирование спора с участием судьи, медиация, принципы урегулирования спора с участием судьи.

The article is devoted to the investigation of the dispute resolution institute of the dispute settlement by judge in economic legal proceedings, which is a novelty of economic - procedural legislation. The norms of the said institution provide the parties to the case, the proceedings of which are instituted in court, to settle a dispute peacefully and to conclude a peace agreement prior to the commencement of the consideration of the case on the merits. The principles of the dispute resolution institute with the participation of a judge are investigated: voluntary participation of parties in the procedure, equality of parties, confidentiality, arbitration. The ways of improving this procedure are proposed for its more effective application.

Key words: dispute settlement by judge, mediation, principle dispute settlement by judge.

УДК 346.93

Георгій Смірнов,
студент магістратури юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

АРБІТРАБЕЛЬНІСТЬ КОРПОРАТИВНИХ СПОРІВ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ В УКРАЇНІ ТА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВАХ

Стаття присвячена аналізу понять арбітрабельності, корпоративного спору; аналізу положень законодавства України, законодавств інших держав щодо умов передачі таких спорів на розгляд до третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу). Автором виділено два види корпоративних спорів: внутрішній корпоративний спір та корпоративний спір, що виникає з правочинів щодо розпорядження акціями, частками чи корпоративними правами. Аналізуються відмінності в правовому регулюванні арбітрабельності кожного з видів корпоративних спорів. Розглядаються форми укладення арбітражних угод. Наголошується на недоліках інституту арбітрабельності в частині корпоративних спорів, а також недоліках інституту арбітражної угоди в частині форм її укладення.

Ключові слова: арбітрабельність, третейський суд, міжнародний комерційний арбітраж, корпоративний спір, арбітражна угода, корпоративний договір, корпоративні права.

Постановка проблеми. Нещодавно в Україні було проведено реформування корпоративного законодавства, яке закінчилося вступом у дію Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» 17 червня 2018 року. Законодавцем було введено багато новел до корпоративного законодавства: корпоративна угода, безвідклична довіреність, сквіз-аут та сел-аут тощо. Усі ці зміни призвели до лібералізації українського законодавства в частині регулювання корпоративних відносин, що зумовлює більшу його привабливість у виборі українського правопорядку у відносинах з іноземним елементом, а отже, і до зростання кількості спорів, що виникають із корпоративних відносин, які регулюються нормами українського законодавства.

Незадовго до цього, а саме 15 грудня 2018 року, змін зазнало і процесуальне законодавство, одним із новел якого стало компромісне регулювання порядку та умов передачі корпоративних спорів на розгляд до третейського суду. За таких умов особливий інтерес викликає питання арбітрабельності корпоративних спорів – регулювання в Україні та в іноземних державах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Дослідженню різноманітних аспектів арбітрабельності корпоративних спорів присвячені праці таких правознавців, як А. В. Асосков, І. А. Діковська, М. В. Купцова, О. С. Перепелинська, Л. В. Шматенко, А. В. Замзій, І. В. Лукач та інші. Однак, з огляду на останні зміни, внесені як до процесуального, так і до матеріального законодавства, проблема арбітрабельності корпоративних спорів потребує нових досліджень, що і зумовлює її актуальність сьогодні.

Завданнями статті є: визначення поняття та умов арбітрабельності спорів; визначення поняття корпоративного спору; аналіз законодавчого регулювання передачі розгляду корпоративних спорів на розгляд міжнародних комерційних арбітражів; порівняння національного та іноземного досвіду щодо регулювання арбітрабельності корпоративних спорів.

Надаючи визначення поняття «арбітрабільності», слід насамперед провести аналіз нормативно-правових та доктринальних підходів до його розуміння.

Нью-Йоркська конвенція «Про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень» [1] (далі – Конвенція) не оперує поняттям «арбітрабільності», однак у статті 5 Конвенції зазначається, що «у визнанні арбітражного рішення може бути відмовлено, якщо компетентна влада країни знайде, що об'єкт спору не може бути предметом арбітражного розгляду за законами цієї країни». Таким чином, у розумінні Конвенції арбітрабільність – здатність спору бути предметом арбітражного розгляду.

Аналізуючи визначення поняття «арбітрабільність», які наводяться в літературі, слід констатувати, що натепер серед юристів не існує єдиного підходу щодо тлумачення даного поняття. Зокрема, до кінця не вирішеним є питання співвідношення поняття «арбітрабільність» та «підвідомчість» спорів.

© Г. Смірнов, 2018

М. А. Рожкова вважає, що доктрина арбітрабільності дозволяє окреслити коло справ, які підвідомчі третейським судам, при цьому сам термін «підвідомчість» є ширшим, аніж термін «арбітрабільність». Таким чином, науковець вважає, що дані поняття співвідносяться як родове та видове, де арбітрабельність є одним із елементів підвідомчості, забезпечуючи розподіл справ між різними юрисдикційним органами.

У свою чергу М. А. Дубровіна вважає, що стосовно компетенції третейських судів некоректно застосовувати поняття «підвідомчість», оскільки, на її думку, говорити про підвідомчість будь-яких справ можна лише стосовно державних органів, чия компетенція прямо передбачена законом. Аналогічної точки зору дотримується і Т. В. Сліпачук, зазначаючи, що однією з основних характеристик третейського суду є необхідність укладення угоди щодо передачі розгляду спору до третейського суду [2].

Варто погодитися з Т. В Сліпачук та М. А. Дубровіною: «арбітрабельність» та «підвідомчість» є поняттями спорідненими, однак не співвідносяться як видове та родове поняття з огляду на наведені вченими причини.

Таким чином, можна дійти висновку, що арбітрабельність спору – це здатність спору бути предметом розгляду справи в третейському (міжнародному комерційному арбітражному) суді, що визначається національним законодавством.

Що ж до умов арбітрабельності спору, то світовій практиці відомий поділ на об'єктивну та суб'єктивну арбітрабельність.

Об'єктивна арбітрабельність (англ. *«ratione materiae»* – заснована на об'єкті) – коло спорів, що можуть бути предметом арбітражного розгляду. За способом законодавчого закріплення, об'єктивна арбітрабельність може бути позитивною та негативною.

– Позитивна об'єктивна арбітрабельність – вказівка у законі на те, які спори можуть бути предметом арбітражного розгляду. Зокрема, здійснюється через перелік категорій спорів або ж перелік ознак, що роблять спір арбітрабельним.

– Негативна об'єктивна арбітрабельність – вказівка у законі щодо того, які спори не можуть бути предметом арбітражного розгляду. Зокрема, здійснюється через перелік категорій спорів чи сфер правовідносин, у яких арбітрабельність не допускається

Суб'єктивна арбітрабельність (англ. *«ratione personae»* – заснована на особистості) – здатність суб'єктів укладати арбітражну угоду, бути учасником процесу в міжнародному комерційному арбітражі. Зокрема, В. Комаров зазначає, що дієздатність сторін, згідно із законом, що до неї застосовується, є однією з необхідних умов дійсності арбітражної угоди [3].

Щодо «корпоративного спору» слід зазначити, що жоден із чинних нормативно-правових актів не містить визначення даного поняття. У ч. 3 ст. 167 Господарського Кодексу України зазначається, що корпоративними є такі відносини, що виникають із корпоративних прав. У свою чергу, ч. 1 ст. 167 ГК України до корпоративних відносить права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами

Важливо зазначити, що до проведення в Україні реформи процесуального законодавства, яка відбулася 15 грудня 2017 року, спори, які стосувалися правочинів щодо паїв чи акцій та часток у статутному капіталі, не вважалися корпоративними. Зокрема, відповідно до пункту 1.7. Постанови Пленуму Вищого Господарського Суду від 25.02.2016 «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» [4] до корпоративних спорів не належали спори про визнання права власності на акції, спори щодо укладення, розірвання, зміни, виконання, а також визнання недійсними договорів купівлі-продажу акцій та спори щодо інших правочинів з акціями, крім спорів, пов'язаних із порушенням переважного права акціонерів на придбання акцій. Такі справи мали бути підвідомчими загальним або господарським судам, залежно від суб'єктного складу

Натепер п. 4 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального Кодексу України (далі – ГПК України) [5] передбачено, що спори, що виникають із правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав у юридичній особі, крім правочинів у сімейних та спадкових правовідносинах, є однозначно підвідомчими господарському суду. Звідси випливає, що висновок Пленуму Вищого Господарського Суду більше не є актуальним, а позиція законодавця свідчить про визнання таких спорів корпоративними.

Таким чином, під корпоративним спором слід розуміти спір, що виникає між учасниками корпоративних відносин і пов'язаний з оспорюванням, невизнанням чи порушенням корпоративних прав у разі вчинення правочинів щодо розпорядження акціями, частками чи корпоративними правами або

створенням, діяльністю, управлінням та припиненням юридичної особи. Звідси випливає, що корпоративні спори можна поділити на дві категорії:

– корпоративні спори із правочинів щодо розпорядження акціями, частками чи корпоративними правами. Це такі спори, які породжені договірним зобов'язанням і стосуються прав та обов'язків лише учасників корпоративного договору. Такий спір може виникати як між учасниками юридичної особи, так і між юридичною особою та її учасниками;

– внутрішні корпоративні спори, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням та припиненням юридичної особи, що зачіпають як інтереси, права та обов'язки учасників товариства, так і правовий статус компанії (оскарження рішення загальних зборів буде внутрішнім корпоративним спором).

Аналіз же питання арбітрабельності корпоративних спорів слід розпочати з того, що внутрішні корпоративні спори, відповідно до п. 2 ч.1 ст. 22 ГПК України, не є арбітрабельними – ці спори, окрім винятку, передбаченого ч. 2 ст. 22 ГПК України, не можна передати на розгляд до третейського суду або міжнародного комерційного арбітражу. У свою чергу, на спори із правочинів щодо акцій, часток, паїв дана заборона не поширюється, і вони можуть бути передані на розгляд як до третейського суду, так і до міжнародного комерційного арбітражу.

Ч. 2 ст. 22 ГПК України передбачено виняток щодо арбітрабельності внутрішніх корпоративних спорів – вони можуть бути передані на розгляд лише міжнародного комерційного арбітражу, а не будь-якого третейського суду, і лише в тому разі, якщо такі спори виникли з договору.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» (далі – ЗУ «Про МКА») [6], на розгляд до міжнародного комерційного арбітражу можуть бути передані: 1) спори з договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають під час здійснення зовнішньоторговельних та інших видів міжнародних економічних зв'язків, якщо комерційне підприємство хоча б однієї зі сторін знаходиться за кордоном, 2) спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України.

Ч. 4 ЗУ «Про МКА» передбачено, що цей Закон не зачіпає дії будь-якого іншого закону України, в силу якого певні спори не можуть передаватися до арбітражу або можуть бути передані до арбітражу тільки згідно з положеннями іншими, ніж ті, що є в цьому Законі. Втім, хоч ГПК України і передбачено можливість передачі внутрішнього корпоративного спору, що виник із договору, на розгляд міжнародного комерційного арбітражу, вимога щодо необхідності наявності іноземного елементу у правовідносинах зберігається. Тобто йдеться про можливість передачі лише того внутрішнього корпоративного спору, в якому є іноземний елемент, наприклад наявність іноземних інвестицій, іноземного учасника (фізичної чи юридичної особи) тощо

Говорячи про наявність іноземних інвестицій, слід пам'ятати, що якщо іноземні інвестиції підприємства (господарського товариства) становлять 100 % його статутного капіталу, то, відповідно до ч. 2 ст. 63 Господарського Кодексу України (далі – ГК України) [7], є іноземним підприємством. При цьому ст. 77 Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлена виключна підсудність українським національним судам спорів, пов'язаних із реєстрацією або ліквідацією на території України іноземних юридичних осіб, які, якщо мова йде про господарське товариство, є внутрішніми корпоративними спорами [8]

Однак аби корпоративний спір можна було передати до міжнародного комерційного арбітражу, необхідно, щоб він відповідав умові арбітрабельності. Як було зазначено раніше, чинний ГПК України не встановлює жодних умов щодо арбітрабельності корпоративних спорів із правочинів щодо акцій, часток чи корпоративних прав – сторонам спору достатньо дійти згоди щодо передачі спору на розгляд третейського суду (міжнародного комерційного арбітражу). Однак щодо внутрішнього корпоративного спору ч. 2 ст. 22 ГПК України обов'язковою умовою арбітрабельності передбачено укладення арбітражної угоди чи арбітражного застереження між всіма учасниками (акціонерами) та самою юридичною особою.

Відповідно до статті 7 ЗУ «Про МКА», арбітражна угода – угода сторін щодо передачі до арбітражу всіх або певних спорів, які можуть виникнути між ними у зв'язку з будь-якими конкретними правовідносинами, незалежно від того, чи мають вони договірний характер чи ні.

Варто відзначити, що арбітражна угода укладається для передачі спорів між сторонами цієї угоди. Спір, у свою чергу, передбачає ситуацію, за якої сторони цієї угоди матимуть несумісні один з одним інтереси – протилежні. Однак у разі спору, що виник із правочину щодо акцій, часток, паїв у статутному капіталі, саме товариство не є стороною такого спору, оскільки інтересу як такого

не має. Саме тому дана категорія спорів і не передбачає укладення угоди із товариством щодо передачі спору до арбітражного суду

Така позиція законодавця напряму запозичена із практики Верховного Суду Федеральної республіки Німеччини, чия позиція щодо арбітрабельності корпоративних спорів була викладена у рішенні від 9 квітня 2009 року [9].

У ньому Верховний Суд ФРН сформував кілька умов арбітрабельності саме внутрішнього корпоративного спору, оскільки рішення суду було прийнято у справі, предметом розгляду якої був спір щодо дійсності рішення загальних зборів.

Такими умовами арбітрабільності внутрішнього корпоративного спору, зокрема, є:

1. Згоду на передачу корпоративного спору на розгляд до третейського суду мають надати всі учасники товариства. Така згода має бути зазначена або в арбітражному застереженні до статуту компанії, або в окремій арібтражній угоді.

2. Арбітражне застереження (угода) має містити положення про те, що кожен акціонер чи учасник товариства, як і саме товариство, має право брати участь у формуванні складу арбітражного суду.

3. Усі заперечення проти окремо взятого рішення акціонерних зборів мають бути заявлені в одному арбітражному провадженні.

4. Усі акціонери, а також члени наглядової ради, виконавчі директори мають бути проінформовані про ініціювання арбітражного розгляду.

Щоправда, якщо в Німеччині укладення арбітражної угоди між юридичною особою та її учасниками є обов'язковою умовою всіх внутрішніх корпоративних спорів, то в Україні це стосується лише тих внутрішніх корпоративних спорів, що виникли на підставі договору, що демонструє рух у правильному напрямку – надання внутрішнім корпоративним спорам арбітрабельності, однак не є тим бажаним результатом, на якому варто зупинитися, адже з таким формулюванням ч. 2 ст. 22 ГПК України, якщо такий спір виник не на договірній основі, він є неарбітрабельним.

Що ж до самої арбітражної угоди, то законодавець надає доволі широке коло способів письмової форми її укладення. Наприклад, ч. 2 ст. 7 ЗУ «Про МКА» свідчить про те, що арбітражна угода має бути укладена в письмовій формі. Вона є укладеною в письмовій формі якщо:

– міститься в документі, підписаному всіма сторонами;

– укладена шляхом обміну листами, електронними повідомленнями, повідомленнями по телетайпу, телеграфу або з використанням інших засобів електрозв'язку, що забезпечують фіксацію такої угоди;

– шляхом обміну позовною заявою та відгуком на позов, в яких одна із сторін стверджує наявність угоди, а інша проти цього не заперечує.

Положення ч. 2 ст. 7 ЗУ Про МКА свідчить, зокрема, про можливість включення арбітражного застереження частиною корпоративного договору, що відповідає іншим положенням законодавства. Наприклад, ч. 5 ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – ЗУ «Про ТОВ») [10] передбачено, що стороною договору може бути юридична особа. Однак варто зазначити, що правове регулювання акціонерних товариств не дозволяє включати арбітражне застереження до корпоративного договору з юридичною особою.

Коли йдеться про акціонерні товариства, застосовується поняття не корпоративного договору, визначення якого наводиться в ЗУ «Про ТОВ». Договір щодо реалізації корпоративних прав в акціонерному товаристві врегульовано в статті 26-1 Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУ «Про АТ») [11] та іменується законодавцем «договором з реалізації корпоративних прав в акціонерному товаристві». Якщо у випадку з корпоративним договором за ЗУ «Про ТОВ» юридична особа згадується як його сторона, то стаття 26-1 ЗУ «Про АТ» подібного положення не передбачає.

Таким чином, арбітражну угоду можна включити частиною договору щодо реалізації корпоративних прав в акціонерному товаристві, укладеному лише між акціонерами, адже його стороною не може бути акціонерне товариство.

Під час аналізу форми арбітражного застереження виникає також питання: чи можна включити арбітражну угоду до статуту товариства? У системі загального права статут товариства розглядається як різновид договору (між учасниками товариства), тому таке арбітражне застереження визнається і може бути включене до статуту, як і в будь-який інший договір. Якщо ж звернутися до українського законодавства, то все не так однозначно.

Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЗУ Про МКА арбітражна угода у письмовій формі може бути включена до документа, який підписаний всіма її сторонами. Але якщо говорити про статут товариства, то він підписується лише учасниками товариства.

Таким чином, включення арбітражного застереження до статуту є можливим, лише коли йдеться про корпоративний спір із

правочинів щодо акцій, часток, паїв та корпоративних прав. Однак і в такому випадку, як правильно зазначає І. В. Лукач, проблематичним залишається питання можливості підписання статуту всіма новими учасниками товариства, що є особливо актуальним для великих публічних акціонерних товариств [12].

Дещо іншою є ситуація, коли йдеться про внутрішній корпоративний спір. Оскільки статут підписується лише учасниками такого товариства, а арбітражна угода може бути включена до документа, який підписаний всіма її сторонами, то, враховуючи, що умовою арбітрабельності внутрішнього корпоративного спору є укладення арбітражної угоди (застереження) між учасниками та самою юридичною особою, включити арбітражне застереження до статуту товариства в такому випадку не можливо.

Якщо звернутися до законодавства Російської Федерації, то ч. 7 ст. 7 Федерального Закону Російської Федерації «Про арбітраж (третейський розгляд) в Російській Федерації» напряму передбачає можливість включення арбітражної угоди в статут товариства. При цьому в ч. 1 ст. 7 Даного закону не йдеться про те, що документ, в якому міститься арбітражна угода, має бути підписаний сторонами такої угоди [13].

Проте російське законодавство не дозволяє включати арбітражну угоду в статут акціонерних товариств із кількістю одна тисяча осіб і більше, а також у статут публічних акціонерних товариств. Такий підхід у законодавстві Російської Федерації є дивним, адже ч. 4 ст. 225.1 Арбітражного процесуального кодексу Російської Федерації (далі – АПК РФ) [14] передбачено, що передача корпоративних спорів на розгляд до третейського суду можлива лише за умови укладення арбітражного договору між учасниками юридичної особи та самою юридичною особою. Згадана ж раніше заборона не дозволяє публічним акціонерним товариствам скористатися таким зручним для юридичної особи з величезною кількістю учасників способом, як включення арбітражної угоди до статуту товариства.

Висновки.

Отже, якщо підсумувати викладене, то можна констатувати, що чинне законодавство сьогодні демонструє позитивні зміни в правовому регулюванні арбітрабельності корпоративних спорів загалом: 1) корпоративними визнаються не тільки спори щодо створення, діяльності, управління та ліквідації товариства, але й спори з правочинів щодо часток, акцій, паїв, інших корпоративних прав, інакше кажучи, спори з корпоративних відносин; 2) корпоративні спори з правочинів щодо часток, акцій, паїв, інших корпоративних прав є арбітрабельними; 3) внутрішні корпоративні спори, що виникають із договору, можна передати на розгляд до міжнародного комерційного суду; 4) надається певна свобода у виборі форми укладення арбітражної угоди тощо.

Однак у деяких аспектах правове регулювання потребує внесення змін:

– Формулювання, яке застосоване законодавцем у Законі України «Про міжнародний комерційний арбітраж» щодо письмової форми арбітражної угоди позбавляє учасників внутрішніх корпоративних відносин ефективного та легкого способу її укладення шляхом включення до статуту товариства;

– Законодавцем передбачене загальне правило щодо неарбітрабельності внутрішніх корпоративних спорів, окрім тих, які виникли на підставі договору, що не відповідає правовому регулюванню в інших державах (Німеччина) і демонструє лише рух у правильному напрямку, однак не бажаний результат.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень в редакції від 07.07.2006. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_070

2. Коваленко І. Поняття та види арбітрабельності в теорії міжнародного комерційного арбітражу. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 1. С. 29–33.

3. Купцова М. В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі. Адвокат. 2012. № 5. С. 41–45.

4. Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 4 від 25.02.2016. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16

5. Господарський процесуальний кодекс України в редакції від 28.08.2018. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.

6. Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон у редакції від 15.12.2017. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 25. Ст. 198.

7. Господарський кодекс України в редакції від 01.10.2018. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

8. Про міжнародне приватне право: Закон України в редакції від 22.08.2018. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

9. M. C. Hilgard, J. Kraayvange. Arbitrability of Shareholders' Disputes under German Law. International Litigation Quarterly. 2009. № 26.

10. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України в редакції

від 06.02.2018. Відомості Верховної Ради. 2018. № 13. Ст. 69.

11. Про акціонерні товариства: Закон України в редакції від 01.10.2018. Відомості Верховної Ради України. 2008. № 50-51. Ст. 384.

12. Лукач І. В. Альтернативні шляхи вирішення корпоративних спорів. Адміністративне право і процес. 2014. № 3. С. 66–76.

13. Про арбітраж (третейський розгляд) в Російській Федерації: Федеральний закон Російської Федерації. URL: https://rg.ru/2015/12/31/arbitrazh-dok.html

14. Арбітражний процесуальний кодекс Російської Федерації в редакції від 03.08.2018 : Федеральний закон № 95 від 24.07.2002. URL: http://consultant.ru/document/cons_doc_LAW_37800/

Статья посвящена анализу понятий арбитрабельности, коропоративного спора; положений законодательства Украины, законодательств других государств относительно условий передачи таких споров на рассмотрение третейского суда (международного коммерческого арбитража). Автором выделены два вида корпоративных споров: внутренний корпоративный спор и корпоративный спор, что возникает из сделок по распоряжению акциями, долями или корпоративными правами. Анализируются отличия в правовом регулировании арбитрабельности каждого из видов корпоративных споров. Рассматриваются особенности заключения арбитражных соглашений в письменной форме. Отмечаются недостатки института арбитрабельности в части корпоративных споров, а также недостатки института арбитражного соглашения в части особенностей письменной формы его заключения.

Ключевые слова: арбитрабельность, третейский суд, международный коммерческий арбитраж, корпоративный спор, арбитражное соглашение, корпоративный договор, корпоративные права.

The article is devoted to analysis of concepts of arbitrability, corporate dispute; analysis of provisions of Ukrainian legislation and legislations of foreign states regarding terms for the transfer of corporate disputes to the arbitral tribunal (international commercial arbitration). The Author has outlined two types of corporate disputes: internal corporate dispute and corporate dispute arisen from deeds with stocks, shares in authorized capitals or corporate rights. The differences in the legal regulation of the arbitrability of each type of corporate disputes are analyzed. The features of the conclusion of arbitration agreements in writing form are being considered. The disadvantages of the institute of arbitrability in terms of corporate disputes, as well as the defects of the institution of arbitration agreement in terms of the peculiarities of the written form of its conclusion are noted.

Key words: arbitrability, arbitral tribunal, international commercial arbitration, corporate dispute, arbitration agreement, corporate agreement, corporate rights.

УДК 347.44 (477)

Віталій Чернега,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри правового регулювання економіки
Київського національного економічного університету
імені Вадима Гетьмана

ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ТА ГОСПОДАРСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ (ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВЕ ДОСЛІДЖЕННЯ)

Стаття присвячена порівняльно-правовій характеристиці договору комерційної концесії за сучасним цивільним та господарським законодавством України. Автором сформовано низку висновків та пропозицій, спрямованих на удосконалення чинної редакції глави 36 Господарського кодексу України.

Ключові слова: договір комерційної концесії, користувач, підприємництво, правоволоділець, франчайзинг.

Постановка проблеми. Комерційна концесія в Україні та далеко за її межами відома, насамперед, завдяки функціонуванню таких суб'єктів підприємництва, як: Coca-Cola, McDonald's, Kodak тощо. Відносини, що пов'язані із комерційною концесією, регулюються Цивільним кодексом України (далі – ЦК України). Водночас відносини, що пов'язані з використанням у підприємництві прав інших суб'єктів господарювання (комерційною концесією), регулюються Господарським кодексом України (далі – ГК України). Адже «франчайзинг є формою підприємництва, що постійно розвивається й протягом останніх років стає все більш поширеною та ефективною формою ведення бізнесу» [4, с. 18]. Проте донині відсутні спеціальні дослідження, присвячені порівняльно-правовим аспектам договору комерційної концесії за чинним цивільним та господарським законодавством України, що надає нам достатній науковий простір.

Метою статті є визначення спільних і розбіжних положень цивільного та господарського законодавства України, яке регулює відносини, пов'язані з комерційною концесією.

Аналіз останніх праць. У посткодифікаційний період в Україні окремі аспекти договору комерційної концесії виступали предметом досліджень на рівні кандидатських дисертацій, виконаних переважно за спеціальністю 12.00.03. Насамперед, це праці І. І. Килимник «Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу)» (2003 р.) [3], Г. В. Ціграт «Договори франчайзингу» (2003 р.) [8], Я. О. Сидорова «Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект)» (2004 р.) [6], О. В. Гладкої «Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування» (2015 р.) [1], Ю. С. Паніної «Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні» (2017 р.) [4]. Крім того, окремі питання цього договору одержали висвітлення в низці навчальних видань із вітчизняного цивільного та господарського права, науково-практичних коментарів до цивільного та господарського законодавства України. Різні аспекти договору комерційної концесії також відображені в наукових статтях таких правників, як-от: В. К. Антошкіна, В. С. Дмитришин, В. Г. Клочко, Т. В. Лопушанський, С. В. Резніченко, О. Я. Рогач, Г. О. Сляднєва, Ю.С. Соліненко, О. А. Теличко, А. І. Чернякова, Л. І. Шеховцова, І. В. Ширкова та ін. Однак поки що не проводилося наукових розвідок, які сприяли б досягненню мети нашого дослідження.

Виклад основного матеріалу. Почнемо з того, що назви глав ЦК України та ГК України викладені в різних редакціях. Адже глава 76 ЦК України має назву «Комерційна концесія» [7], тоді як назва глави 36 ГК України представлена в такій редакції: «Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (комерційна концесія)» [2].

В обох кодифікованих актах, які регулюють відносини, що пов'язані з комерційною концесією, закріплені різні норми-дефініції однойменного договору. Так, відповідно до

© В. Чернега, 2018

ч. 1 ст. 1115 ЦК України за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг. Натомість у ГК України міститься інакше легальне визначення поняття договору комерційної концесії, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду (ч. 1 ст. 366).

Згідно з ч. 1 ст. 1116 ЦК України предметом договору комерційної концесії є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації. Водночас законодавець наводить невичерпний перелік об'єктів права інтелектуальної власності, до яких належать: торговельні марки, промислові зразки, винаходи, твори, комерційні таємниці тощо. Договором комерційної концесії може бути передбачено використання предмета договору із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери цивільного обороту (ч. 2 ст. 1116 ЦК України). Тоді як у ГК України законодавець не присвячує окремої статті предмету договору комерційної концесії, але, попри це, в ч. 2 ст. 366 встановлює, що вказаний договір передбачає використання комплексу наданих користувачеві прав, ділової репутації і комерційного досвіду правоволодільця в певному обсязі, із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери підприємницької діяльності. На нашу думку, до ГК України доцільно внести відповідні зміни. Адже в ст. 366 ГК України, крім норми-дефініції договору комерційної концесії, містяться положення щодо предмета цього договору. З огляду на це, пропонуємо ГК України доповнити ст. 366-1 «Предмет договору комерційної концесії», як це, приміром, зроблено в ЦК України.

Чинним вітчизняним законодавством установлені єдині вимоги щодо форми договору комерційної концесії. Так, згідно з ч. 1 ст. 1118 ЦК України договір комерційної концесії укладається у письмовій формі; в разі її недодержання такий договір є нікчемним. Аналогічні вимоги встановлені у ч. 1 ст. 367 ГК України, відповідно до якої договір комерційної концесії повинен бути укладений у письмовій формі у вигляді єдиного документа; недодержання цієї вимоги тягне за собою недійсність вказаного договору.

Принагідно зазначимо, що первинна редакція ст. 1118 ЦК України мала назву не «Форма договору комерційної концесії», а «Форма договору комерційної концесії та його державна реєстрація». Однак у процесі розвитку законодавства, зокрема, на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)» від 12 лютого 2015 р. [5] така розбіжність була виправлена. Це питання було вирішено аналогічно до того, як це зроблено в ГК України.

Подібно також виглядають законодавчі рішення щодо обов'язків сторін договору комерційної концесії. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1120 ЦК України, ч. 1 ст. 370 ГК України правоволоділець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну користувачеві для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінструктувати користувача і його працівників з питань, пов'язаних зі здійсненням цих прав. Крім того, за господарським законодавством на правоволодільця також покладено обов'язок видати користувачеві передбачені договором ліцензії (дозволи), забезпечивши їх оформлення у встановленому законодавством порядку. Як за цивільним, так і за господарським законодавством на правоволодільця також покладається (у разі, якщо інше не встановлено договором комерційної концесії): по-перше, надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників; по-друге, контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються або надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії. За цивільним законодавством України за договором комерційної концесії до обов'язків користувача належать: по-перше, використовувати під час здійснення передбаченої договором діяльності торговельну марку та інші позначення правоволодільця визначеним у договорі способом; по-друге, забезпечити відповідність якості товарів, що виробляються ним на основі договору, виконаних робіт, послуг, що надаються, якості таких самих товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються або надаються) безпосередньо правоволодільцем; по-третє, дотримуватися інструкцій і вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності

характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволодільцем; по-четверте, надавати покупцям (замовникам) додаткові послуги, на які вони могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товар (роботу, послуги) безпосередньо у правоволодільця; по-п'яте, інформувати покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволодільця за договором комерційної концесії; по-шосте, не розголошувати секрети виробництва правоволодільця та іншу одержану від нього конфіденційну інформацію. Тоді як у ГК України не закріплено сьомого обов'язку користувача, який полягає в сплаті правоволодільцеві обумовленої договором винагороди.

Крім закріплення у ЦК України та ГК України наявних обов'язків правоволодільця та користувача, законодавець установлює спеціальні умови, що також можуть міститися в договорі комерційної концесії, які по-різному позначаються в цивільному та господарському законодавстві. У першому випадку їх доцільно йменувати «особливими» (що, до речі, вказується і в назві чинної редакції ст. 1122 ЦК України, і в ч. 1 цієї самої статті), тоді як у другому випадку з позиції законодавця їх варто визначити «обмежувальними» (про що зазначається в ч. 2 ст. 372 ГК України, а назва ст. 372 затверджена в доволі спірній редакції, зокрема: «Обмеження прав сторін за договором комерційної концесії»). Тоді як положення цивільного та господарського законодавства в цьому питанні збігаються. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1122 ЦК України в договорі комерційної концесії можуть бути передбачені особливі умови, зокрема: обов'язок правоволодільця не надавати іншим особам аналогічні комплекси прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території; обов'язок користувача не конкурувати з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих правоволодільцем прав; обов'язок користувача не одержувати аналогічні права від конкурентів (потенційних конкурентів) правоволодільця; обов'язок користувача погоджувати з правоволодільцем місце розташування приміщень для продажу товарів (виконання робіт, надання послуг), передбачених договором, а також їх внутрішнє і зовнішнє оформлення. Згідно з положеннями ч. 1 ст. 372 ГК України договором комерційної концесії можуть бути передбачені обмеження прав сторін за цим договором, зокрема: обов'язок правоволодільця не надавати іншим особам аналогічні комплекси прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території; обов'язок користувача не допускати його конкуренції з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору комерційної концесії стосовно підприємницької діяльності, що здійснюється користувачем з використанням належних правоволодільцеві прав; відмова користувача від одержання за договором комерційної концесії аналогічних прав у конкурентів (потенційних конкурентів) правоволодільця; обов'язок користувача погоджувати з правоволодільцем місце розташування виробничих приміщень, що мають використовуватися під час здійснення наданих за договором прав, а також їх внутрішнє і зовнішнє оформлення. На нашу думку, прийнятнішим є підхід, продемонстрований в ЦК України. Адже в цьому кодифікованому акті (порівняно з ГК України) законодавець не згадує про «обмеження прав сторін», а веде мову про «особливі умови», які якнайкраще відображають практику конструювання подібних приписів. З огляду на це, до чинної редакції ст. 372 ГК України доцільно внести відповідні зміни.

Аналогічно цивільному законодавству в господарському праві вирішено питання щодо відповідальності правоволодільця за вимогами, що заявляються до користувача. Так, правоволоділець несе субсидіарну відповідальність за вимогами, що заявляються до користувача комерційної концесії у разі невідповідності якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) користувачем (ч. 1 ст. 373 ГК України). Відповідно до ч. 2 ст. 373 ГК України за вимогами, що заявляються до користувача як виробника продукції (товарів) правоволодільця, останній відповідає солідарно з користувачем.

В обох законодавчих актах установлені загальні підстави та порядок зміни цивільних та господарських договорів, що застосовуються і щодо договору комерційної концесії. Так, договір комерційної концесії може бути змінений відповідно до положень ст. 651 ЦК України. Це означає, що зміна цього договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено цим договором або законом. Договір комерційної концесії може бути змінено за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених цим договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору

комерційної концесії, коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала, укладаючи договір. У разі односторонньої відмови від договору комерційної концесії у повному обсязі або частково, якщо право на таку відмову встановлено цим договором або законом, договір є зміненим.

Договір комерційної концесії може бути змінений відповідно до положень ст. 188 ГК України. Це означає, що, як правило, зміна цього договору в односторонньому порядку не допускається. Сторона договору комерційної концесії, яка вважає за необхідне змінити його, повинна надіслати пропозиції про це другій стороні за договором. Сторона цього договору, яка одержала пропозицію про зміну договору комерційної концесії, у двадцятиденний строк після одержання пропозиції повідомляє другу сторону про результати її розгляду. Якщо сторони не досягли згоди щодо зміни, заінтересована сторона має право передати спір на вирішення суду. Якщо судовим рішенням договір комерційної концесії змінено, такий договір вважається зміненим з дня набрання чинності цим рішенням, якщо іншого строку набрання чинності не встановлено за рішенням суду.

Норми вітчизняного цивільного та господарського права встановлюють аналогічні підстави та порядок припинення договору комерційної концесії. Так, кожна зі сторін договору комерційної концесії, укладеного без зазначеного строку, має право у будь-який час відмовитися від договору, повідомивши про це другу сторону за шість місяців, якщо договором не передбачений більш тривалий строк (ч. 1 ст. 1126 ЦК України, ч. 3 ст. 374 ГК України). До речі, «тривалий строк» є оціночним поняттям, яке потребує витлумачення в кожному конкретному випадку. Відповідно до п. 2 ч. 3 ст. 1126 ЦК України, ч. 5 ст. 374 ГК України у разі оголошення правоволодільця або користувача неплатоспроможним (банкрутом) договір комерційної концесії припиняється. Закон передбачає, що договір комерційної концесії припиняється також у разі припинення права правоволодільця на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі, без його заміни аналогічним правом (п. 1 ч. 3 ст. 1126 ЦК України). Однак чинна редакція назви ст. 374 ГК України «Зміна та розірвання договору комерційної концесії» вимагає узгодження зі змістом положень цієї статті. Адже йдеться не лише про розірвання цього договору, але й про відмову від нього; розірвання договору комерційної концесії та відмова від цього договору є не чим іншим, як «припиненням договору комерційної концесії», що є ширшим за своїм юридичним змістом. Інакше кажучи, законодавець надає нам підстави говорити і про зміну договору комерційного договору, і про його розірвання, і про відмову від нього. Тому, на нашу думку, до назви ст. 374 ГК України доцільно внести зміни та викласти її в такій редакції: «Зміна та припинення договору комерційної концесії». Такий підхід більше відповідатиме зазначеній правовій дійсності.

Висновки.

Порівняльно-правовий аналіз договору комерційної концесії за цивільним та господарським законодавством України дозволяє дійти таких висновків та пропозицій.

1. По-різному виглядають законодавчі рішення щодо назв відповідних глав ЦК України («Комерційна концесія») та ГК України («Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (комерційна концесія)»), а також у цивільному та господарському праві розбіжними є норми-дефініції договору комерційної концесії.

2. Порівняно із цивільно-правовими нормами, в ГК України не прямо, а лише опосередковано визначено предмет договору комерційної концесії.

3. Законодавство України встановлює аналогічні підходи щодо: а) форми договору комерційної концесії; б) обов'язків правоволодільця і користувача – сторін цього договору; в) відповідальності правоволодільця за вимогами, що заявляються до користувача; г) підстав і порядку припинення договору комерційної концесії. Попри це, в ГК України не закріплено обов'язку користувача сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду. Тоді як у ЦК України не закріплено обов'язку правоволодільця видати користувачеві передбачені договором ліцензії (дозволи), забезпечивши їх оформлення у встановленому законодавством порядку. У ГК України відсутнє положення, згідно з яким, відповідно до ЦК України, договір комерційної концесії припиняється також у разі припинення права правоволодільця на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі, без його заміни аналогічним правом.

4. Неоднаковими є підходи щодо зміни договору комерційної концесії за цивільним та господарським законодавством України.

5. У нашій праці обґрунтовано доцільність: а) доповнення ГК України ст. 366-1 «Предмет договору комерційної концесії»; б) відмови від формулювань «обмеження прав сторін за договором комерційної концесії» (воно фігурує як у назві чинної

редакції ст. 372 ГК України, так і в положеннях ч. 2 цієї самої статті), «обмежувальні умови» (ч. 2 ст. 372 ГК України) та внесення відповідних змін до чинної редакції ст. 372 ГК України; радше скористатися прийнятнішим формулюванням: «Особливі умови договору комерційної концесії», яке повинно бути відображено як у назві чинної редакції ст. 372 ГК України, так і в положеннях ч. ч. 1, 2 цієї самої статті; в) викладення назви ст. 374 ГК України в такій редакції: «Зміна та припинення договору комерційної концесії».

Список використаних джерел:

1. Гладка О. В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. 188 с.

2. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. (Дата оновлення: 17.06.2018). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/436-15 (дата звернення: 07.08.2018)

3. Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2003. 195 с.

4. Паніна Ю. С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Ужгород, 2017. 264 с.

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція): Закон України від 12.02.2015 № 191-VIII. Відомості Верховної Ради. 2015. № 21. Ст. 133.

6. Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2004. 195 с.

7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. (Дата оновлення: 02.08.2018). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 07.08.2018).

8. Цірат Г. В. Договори франчайзингу: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2003. 191 с.

Статья посвящена сравнительно-правовой характеристике договора коммерческой концессии по действующему гражданскому и хозяйственному законодательству Украины. Автором сформирован ряд выводов и предложений, направленных на совершенствование действующей редакции главы 36 Хозяйственного кодекса Украины.

Ключевые слова: договор коммерческой концессии, пользователь, предпринимательство, правообладатель, франчайзинг.

The article is devoted to the comparative-legal characterization of the contract of commercial concession under the current Civil and Commercial legislation of Ukraine. The author has generated a number of conclusions and proposals aimed at improving the current version of Chapter 36 of the Commercial Code of Ukraine.

Key words: commercial concession contract, user, entrepreneurship, franchisor, franchising.

УДК 349.2

Наталія Максименко,
канд. юрид. наук, доцент кафедри
правового забезпечення господарської діяльності
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ СТОРОНАМИ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Стаття присвячена дослідженню специфіки зловживання правом сторонами трудових правовідносин. Автор визначає, що «зловживання правом» є особливим видом правової поведінки, який полягає у здійсненні громадянами свого суб'єктивного права у недозволені способи, що суперечать призначенню права, внаслідок чого завдається шкода суспільству, державі, окремій особі. Автор пропонує передбачити у проекті Трудового кодексу України самостійний принцип заборони на зловживання правом під час укладення, зміни та розірвання трудового договору.

Ключові слова: зловживання, суб'єктивне право, сумлінність, трудові правовідносини, працівник, роботодавець.

Постановка проблеми. Трудове право – особлива галузь в українській правовій системі. Одне з основних його завдань – забезпечити правові умови для узгодження інтересів працівника, роботодавця та держави. Однак трудове право не тільки виконує це завдання, але й може стати засобом одержання необґрунтованих переваг перед іншими суб'єктами права. У цьому разі йдеться про проблему зловживання правом, що виступає порушенням вимоги сумлінності в реалізації суб'єктивних прав. Варто відзначити, що у вітчизняному трудовому законодавстві відсутня пряма вказівка на неприпустимість зловживання правами суб'єктами трудових відносин, що створює реальну загрозу сталому розвитку останніх: особа, що зловживає правом, заподіює шкоду (як майнову, так і особистому немайнову) своєму контрагенту, який сумлінно виконує свої трудові обов'язки, або створює ситуацію реальної загрози їх заподіяння. Відповідно, недосконалість трудового законодавства створює не тільки можливість одержання особою, що зловживає правом, необґрунтованих переваг перед іншими суб'єктами трудових правовідносин, але й можливість безкарного здійснення діянь для задоволення власних потреб (у разі заподіяння при цьому шкоди іншим особам) або зневажливого ставлення до прав і законних інтересів інших осіб. Зазначені причини зумовлюють актуальність теми даного дослідження.

Аналіз останніх публікацій. У науці трудового права питання зловживання правом у своїх роботах досліджували такі науковці: А. А. Маліновський, О. М. Офман, О. Т. Панасюк, Т. Т. Полянський, А. С. Сидоренко, М. М. Хміль та інші. Вони аналізували чи загальні аспекти правового тлумачення зловживання правом, чи окремі елементи сутності цього явища у трудовому праві. Натомість проблематика зловживання правом сторонами трудових правовідносин повної мірою не була охоплена науковими роботами. Дослідження проблеми зловживання правом сторін трудових правовідносин набуває особливої актуальності у сенсі реформування вітчизняного трудового законодавства, зокрема прийняття проекту Трудового кодексу України від 27.12.2014, який вже пройшов перше читання у Верховній Раді України.

Формулювання цілей статті. Автор має на меті дослідити специфіку зловживання правом сторонами трудових правовідносин.

Виклад основного матеріалу. В українській словниковій літературі поняття «зловживання» тлумачиться так: «зловживати – вживати, використовувати що-небудь на зло або шкоду комусь і користуватися чимнебудь у більшій ніж належить кількості» [1, с. 598]. У цьому аспекті неприпустимість зловживання правом являє собою моральний принцип, що забороняє зловживання не лише правом, але й свободою, благами і можливостями, які має людина. Кожна людина вільна як у виборі, так і в реалізації прав і можливостей. Але свобода, що надається людині, не означає вседозволеності. Свобода має певне обмеження: як об'єктивне, коли свобода однієї людини обмежується свободою і правами іншої; так і суб'єктивне, яке передбачає, що суб'єкт, реалізуючи права, буде керуватися своєю системою цінностей, моральними принципами, ідеалами, а також

© Н. Максименко, 2018

совістю як гарантом правильного і розумного застосування наданої свободи. Тому неприпустимість зловживання правом є моральним принципом, що засновується на справедливості, розумності і правильності використання наданих прав [2, с. 70].

На думку О. М. Офман, зловживання правом – діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом трудового права з метою заподіяння шкоди й (або) одержання необґрунтованих переваг перед іншими суб'єктами трудового права під час реалізації можливостей, закладених у нормативних правових актах, з порушенням установлених даними нормативними правовими актами цілей [3, с. 8].

М. М. Хміль зазначає, що погляди на проблему зловживання правом мінялися впродовж усього історичного розвитку правової думки. У різні епохи й у різних державах здійснення прав з єдиною метою – ущемити чужі інтереси – або прямо забороняється законом, або байдуже до права [4, с. 7]. Питання зловживання правом розглядалося ще в римському праві як окремий індивідуальний випадок, хоча сам термін «зловживання правом» римському праву не був відомий, а норми, що містили загальну заборону несумлінного здійснення прав, були відсутні.

Якщо звернутися до класичних поглядів цивілістів на зазначене явище, то зловживання правом постає як правопорушення. Саме в такому аспекті зловживання правом розглядав В. П. Грибанов, чия концепція дістала широку підтримку серед представників теорії цивільного права та інших галузевих наук. Як писав науковець, «зловживання правом є особливий тип цивільного правопорушення, вчиненого уповноваженою особою при здійсненні нею приналежного їй права, пов'язаний з використанням недозволених конкретних форм у рамках дозволеного законом загального типу поведінки» [5, с. 63].

У сучасній науці переважає позиція стосовно розмежування понять «зловживання правом» і «правопорушення». Відповідно до такої концепції зловживання правом являє собою самостійне правове явище, котре не охоплюється ані правомірною поведінкою, ані протиправною. Саме в цьому ключі зловживання трудовими правами розглядає О. М. Офман. Вона пише, що у разі здійснення діянь, що є зловживанням правом, відсутні такі обов'язкові ознаки правопорушення, як протиправність і караність; суб'єкти роблять вчинюють те, що відповідають положенням законодавства, діючи в рамках дозволеного законом загального типу поведінки. Але на відміну від правомірної поведінки у разі зловживання правом порушуються межі здійснення суб'єктивного права – порушується мета, установлена нормативно-правовими актами [3, с. 4]. Відповідно, правопорушення та зловживання правом – теоретично несумісні поняття, оскільки зловживання припускає несумлінні дії в межах свого права, а правопорушення – за його межами.

Отже, зловживання правом відрізняється від правопорушення відсутністю протиправності (як відомо, протиправність є однією з основних (істотних) ознак правопорушення). У разі зловживання правом особи вчиняють непротиправні вчинки (суб'єкт діє в «правовому полі»), не тільки не порушуючи закон, але й вчиняючи діяння, які відповідають положенням законодавства. У цьому сенсі юридична відповідальність за зловживання правом супроводжує такі дії лише у разі прямого передбачення законодавством.

Як зазначає Т. Т. Полянський, виділяються юридична й суб'єктивна передумови зловживання правом. Вчений наголошує, що можливість вчинення зловживання правом є зазвичай результатом недосконалості норм об'єктивного права, яку умовно можна назвати юридичною передумовою явища, що розглядається. Крім юридичної, варто виділяти й суб'єктивну передумову, якою є специфічний вид деформованої правової свідомості суб'єкта зловживання, який у літературі отримав назву «егоцентризм» [6, с. 128]. Зловживання правом стає можливим за наявності таких обставин: закріплення в законі суб'єктивного права (наявність норми); реальна можливість здійснення суб'єктивного права; реалізація суб'єктивного права на практиці, коли суб'єкт не виконує кореспондуючий праву обов'язок; суб'єкт надає шкоди суспільним відносинам; суб'єкт діє недоцільно або аморально [7, с. 16].

Таким чином, «зловживання правом» як особливий вид правової поведінки полягає у здійсненні громадянами свого суб'єктивного права у недозволені способи, що суперечать призначенню права, внаслідок чого завдається шкода суспільству, державі, окремій особі.

У сфері трудових правовідносин зловживання правом характеризується порушенням балансу інтересів їх учасників унаслідок односторонньої та заснованої на відмінностях правового статусу працівника та роботодавця реалізації суб'єктивних трудових прав усупереч їх (прав) соціальним призначенням, спрямованої на зміну попередньо визначеної взаємності та еквівалентності трудових відносин за рахунок використання наданих та закріплених правовими нормами можливостей [8, с. 166]. Баланс інтересів у відносинах – це забезпечуване нормами права поєднання переваг, корисних, необхідних властивостей кожної сторони відносин до-

статньою мірою, щоб досягти певної спільної мети. Це поєднання взаємної користі здійснюється такою мірою, яка унеможливлювала б завдання один одному шкоди.

Для розуміння сутності зловживання правом у трудових відносинах необхідно зазначити, що його суб'єктами є роботодавець і працівник.

Так, зловживання правом з боку роботодавця на практиці можливе стосовно будь-якого працівника або всього колективу: наприклад, перегляд або встановлення нових умов праці стосовно неугодних працівників, позачергова атестація або звільнення роботодавцем під приводом скорочення штатів ініціаторів колективного трудового спору, обробка персональних даних працівника без його згоди, вторгнення роботодавця, який зловживає своїм правом, у приватне життя працівників і т. д. А. С. Сидоренко зазначає, що останніми роками зростають негативні тенденції зловживань з боку роботодавців: а) збільшується число випадків несвоєчасної виплати заробітної плати, б) свавільно встановлюється режим робочого часу, в) порушуються права працівників на відпочинок, г) значно збільшилися зловживання і порушення трудового законодавства під час оформлення, зміни та припинення трудових відносин та ін. Це зумовлено невідповідністю деяких норм трудового законодавства новим суспільним та економічним реаліям, значним послабленням нагляду й контролю з боку держави за дотриманням трудового законодавства [9, с. 89]. До форм прояву зловживання правом з боку роботодавця можна віднести випадки використання права на заохочення для накладання на працівників матеріальних стягнень у вигляді штрафних санкцій. На поширення практики прихованих штрафів за порушення трудової дисципліни вказує Д. О. Новіков [10; 11].

Однак і працівники зловживають встановленими для них гарантіями, передусім, у разі звільнення з роботи. Серед таких форм зловживань слід назвати неотримання працівником трудової книжки під час звільнення з метою максимального збільшення компенсації у вигляді відшкодування заробітку за нібито перешкоджання роботодавцем працевлаштуванню на нове місце роботи шляхом своєчасної невидачі працівникові трудової книжки. Крім того, поширеними формами зловживання трудовим правом з боку працівника є випадки приховання працівником тимчасової непрацездатності або факту вагітності на дату звільнення. Причому у разі зловживання правом працівником роботодавцю досить складно це довести. Адже дії працівника формально виглядають правомірно.

Крім того, відомо, що вагітні жінки є для роботодавців небажаною категорією працівників, роботодавці намагаються не приймати їх, щоб уникнути надання надалі пільг і гарантій: переведень на іншу роботу, що виключає вплив несприятливих виробничих факторів зі збереженням середнього заробітку на колишній роботі; звільнення від роботи зі збереженням середнього заробітку до надання вагітній жінці іншої роботи; відпусток у зв'язку з вагітністю та пологами, відпусток по догляду за дитиною зі збереженням місця роботи. Як зазначає О. М. Офман, щоб уникнути таких «несприятливих для себе наслідків», роботодавці найчастіше встановлюють незаконні вимоги для жінок дітородного віку: у трудовому договорі включають положення, що забороняють їм одружуватися, народжувати дітей; у разі порушення зазначеного пункту жінки підлягають звільненню за різними підставами (зокрема, за власним бажанням). Але в деяких випадках роботодавці, не зацікавлені в зазначеній категорії працівників, придумують різноманітні схеми рятування від працівника, у зв'язку із чим їхні дії також підпадають під зловживання правом» [3, с. 8].

Отже, свобода працівника в здійсненні свого права надавати інформацію про себе є необґрунтовано не обмеженою, що допускає можливість утримання від використання свого права у своїх інтересах на шкоду інтересам роботодавця. Водночас інформація про самого працівника, стан його здоров'я належить до персональних даних і підлягає розголошенню лише з письмової згоди особи. Тому вона вправі надавати ці відомості на свій розсуд і тільки у разі, коли вони необхідні їй у зв'язку з трудовими відносинами, що на практиці саме нерідко й породжує зловживання правом. Як слушно зазначає В. В. Архипов, у законодавстві відсутня норма, що вводить юридичний обов'язок працівника сповіщати роботодавця про причини своєї відсутності на роботі [12, с. 38].

Таким чином, можна виділити такі характерні ознаки зловживання правом з боку працівника: 1) така поведінка завжди є несумлінною; 2) працівник діє навмисно, бажаючи одержати певну вигоду (наприклад, отримати компенсацію за час вимушеного прогулу); 3) дана поведінка здатна завдати шкоди роботодавцю або заподіює її; 4) відсутня пряма протиправність, і ситуація не конкретизується в нормативно-правових актах.

Розглянувши специфіку прояву зловживання правом у трудових правовідносинах, варто охарактеризувати й правові наслідки зловживання правом сторонами трудових відносин.

У Конституції України викладена загальна основа правової заборони зловживання правом. Стаття 13 Конституції України передбачає, що неприпустимим є здійснення права з метою заподіяння шкоди людині і суспільству. У свою чергу, у ст. 3 Основного Закону країни зазначається, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей [13].

Однак чинне трудове законодавство не містить жодних положень щодо наслідків зловживання правом. Воно й не дивно, адже чинний КЗпП, як уже вказувалось, не використовується категорію зловживання правом. Не використовує її й проект ТК. Однак у п. 3 та 4 ч. 2 ст. 322 проекту ТК серед завдань Державної інспекції праці згадується «застосування відповідно до закону заходів щодо притягнення до відповідальності порушників трудового законодавства або інформування відповідних державних органів про допущені порушення трудового законодавства, факти бездіяльності або зловживань, розгляд яких належить до компетенції цих органів» та «інформування відповідних органів державної влади, у тому числі правоохоронних органів, про факти бездіяльності чи зловживань, які потребують втручання цих органів, а також з питань, що потребують законодавчого врегулювання» [14]. Як бачимо, вперше у трудовому законодавстві згадується про категорію зловживання правом та правові наслідки такого зловживання. На жаль, проект ТК, не сформулювавши конкретного поняття «зловживання правом», віддає на розсуд Державної інспекції праці та правоохоронних органів питання щодо кваліфікації певних вчинків як зловживання правом.

У свою чергу, на думку А. С. Сидоренко, на сучасному етапі, коли у трудовому законодавстві не закріплено категорію «зловживання правом», правові наслідки зловживання правом у трудових відносинах виражаються у тому, що, приміром, «при зловживанні правом працівником як суб'єктом трудових правовідносин для нього настають такі негативні наслідки, як відмова в поновленні на роботі, в задоволенні позовних вимог, у захисті права. Відмова в захисті права має певні особливості: а) особа повинна бути суб'єктом трудових правовідносин, а також здійснювати свої суб'єктивні права; б) суд може відмовити в задоволенні позову лише у випадку, якщо за захистом порушеного права звернулась особа, яка допустила зловживання правом і цей факт доведено в судовому засіданні; в) застосування цієї санкції судом не є обов'язком; він може як відмовити, так і не відмовляти в захисті права, оскільки законодавство не містить положення, за якого суд може не застосовувати відмови в захисті права» [15, с. 441]. Водночас наслідками у разі зловживання правом роботодавцем є відновлення порушеного права працівника й відшкодування грошових компенсацій. Кваліфікацію дій чи бездіяльності як зловживання правом належить вирішувати суду або іншому юрисдикційному органу, що розглядає трудовий спір.

Висновки.

Під зловживанням трудовим правом для сторін трудових відносин варто розуміти особливу несумлінну поведінку, пов'язану з навмисним виходом фізичної особи при наймі на роботу працівника та (або) роботодавця в ситуації правової невизначеності за внутрішні межі та призначення трудового права, з точки зору критеріїв справедливості, розумності та сумлінності, для досягнення своєї незаконної прихованої мети, як правило, з використанням дефектів трудового та іншого законодавства (прогалини, колізії, оціночні категорії і т. п.). Пропонується передбачити у проекті ТК самостійний принцип заборони на зловживання правом під час укладення, зміни та розірвання трудового договору. Також у проекті ТК встановити взаємний обов'язок сторін трудового договору сумлінно користуватися передбаченими законодавством правами. Пропонується у проекті ТК передбачити правові наслідки для працівника, який зловживає своїми правами, а саме зобов'язати відшкодувати завдану ним роботодавцеві шкоду, а також надати право роботодавцеві звільнити особу, яка недобросовісно реалізує надані права, не виконує належним чином свої трудові обов'язки, що тягне несприятливі наслідки.

Список використаних джерел:

1. Словник української мови: в 11 т. / ред. кол.: І. К. Білодід (голова) та ін. Т. 3: / ред. Г.М. Гнатюк та ін. К.: Наукова думка, 1972. 744 с.

2. Богуславская К.Ю. Взаимодействие норм права и норм морали в правовом регулировании трудовых отношений: дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Пермь, 2006. 180 с.

3. Офман Е.М. Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. дисс ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. 23 с.

4. Хміль М.М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2005. 199 с.

5. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: «Статут», 2001. 411 с.

6. Полянський Т.Т. Зловживання правом (загальнотеоретичний аспект). Право України. 2010. № 1. С. 128-134.

7. Малиновский А.А. Злоупотребление правом (новый подход к проблеме). Право и политика. 2000. № 6

8. Панасюк О.Т. Зловживання суб'єктивними трудовими правами: постановка проблеми. Право України. 2010. № 3. С. 161-166.

9. Сидоренко А.С. До питання захисту працівника від зловживання правом роботодавцем. Вісник Одеського національного університету. Т. 15. Вип. 22. Одеса: Астропринт, 2010. С. 88-93.

10. Новіков Д.О. Сучасне розуміння догани як засобу дисциплінарного впливу. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Вип. 6-1. Т. 2. С. 64-68.

11. Новіков Д.О. Штраф як вид дисциплінарного стягнення: веління часу чи черговий концепції «гнучкості» (дерегулювання) у трудовому праві. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2014. № 10-2. Т. 2. С. 17-19.

12. Архипов В.В. Злоупотребление правом в трудовых отношениях: сознательная мистификация или добросовестное заблуждение. Трудовое право. 2011. № 4. С. 38.

13. Конституція України від 28.06.1996. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30.

14. Проект Трудового кодексу України від 27.12.2014. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

15. Сидоренко А.С. Правові наслідки зловживання правом суб'єктами трудових правовідносин. Актуальні проблеми права: теорія і практика: зб. наук. пр. Луганськ: Східноукр. нац. ун-т, 2012. № 23. С. 440-446.

Статья посвящена исследованию специфики злоупотребления правом сторонами трудового правоотношения. Автор определяет, что «злоупотребление правом» является особым видом правового поведения, который заключается в осуществлении гражданами своего субъективного права неразрешенными способами, которые противоречат назначению права, вследствие чего наносится ущерб обществу, государству, отдельному лицу. Автор предлагает предусмотреть в проекте Трудового кодекса Украины самостоятельный принцип запрета на злоупотребление правом при заключении, изменении и расторжении трудового договора.

Ключевые слова: злоупотребление, субъективное право, добросовестность, трудовое правоотношение, работник, работодатель.

The article is devoted to the study of the specificity of abuse of rights by the parties to labour relations. The author states that "abuse of the right" is a special type of legal behaviour, which consists in the exercise by citizens of their subjective rights in unauthorized ways that contradict the assignment of the right, resulting in harm to society, the state, an individual. The author suggests to provide in the draft of Labour Code of Ukraine an independent principle of the prohibition on abuse of the right when employment contract concludes, changes and terminates.

Key words: abuse, subjective right, conscientiousness, labour relations, employee, employer.

УДК 349.2

Олена Назимко,
канд. юрид. наук,
докторант кафедри загально-правових дисциплін
Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

ЗАРОБІТНА ПЛАТА ЗА НОРМАМИ СУЧАСНОГО МІЖНАРОДНОГО ТРУДОВОГО ПРАВА

Автором даної науково-правничої статті наведено та розглянуто зміст тих предметно-спрямованих, регулятивно-цільових норм сучасного міжнародного трудового права, які встановлюють комплекс вимог щодо обов'язковості та систематичності надання роботодавцем найманому ним працівникові попередньо та/або в майбутньому узгодженої грошової та/або іншої заробітної плати/винагороди за виконувану працю.

Ключові слова: роботодавець, найманий працівник, узгодження, виконувана праця, заробітна плата/винагорода.

Постановка проблеми. Сутнісною, системоутворюючою, базово-категоріальною, базово-регулятивною, функціонально-детерміністичною константою інституту трудових відносин є предметні соціально-економічні, власне взаємопов'язані грошово-фінансові та виробничі відносини між роботодавцем та найманим працівником.

Наріжна цільова предметність таких відносин полягає в обопільному, узгодженому започаткуванні та наступному обопільному, зазвичай відносно тривалому за часом відтворенні обома вказаними суб'єктами інституту трудових відносин системи регулярного, паритетного, рівнозначного, еквівалентного, врегульованого як усталеною суспільною практикою, так і нормами трудового та іншого галузевого права обміну робочої (фізичної та/або розумової) сили найманого працівника та/або матеріально втілених результатів її застосування на так само матеріально втілену, насамперед, як відомо, грошову, попередньо та/або в майбутньому узгоджену заробітну плату/винагороду, яка забезпечується, надається роботодавцем.

Таким чином, варто окремо зазначити, що проблематика вказаного соціально-матеріального обміну досить чітко актуалізує необхідність повсякчасного, гарантованого соціально-правового захисту низки соціально-трудових прав не лише найманого працівника, але й, безумовно, низки соціально-трудових прав роботодавця, оскільки виконання вказаного грошово-фінансового зобов'язання останнього, тобто роботодавця, є зумовленим, якщо обопільно не передбачено інше, необхідністю, зобов'язанням першочергового, попереднього виконання найманим працівником покладених на нього роботодавцем трудових/професійних завдань.

Тому відповідні норми сучасного міжнародного трудового права, тобто відповідні норми права МОП, є та/або мають бути безпосередньо спрямованими на ефективне регулювання досить широкого кола проблем, пов'язаних як із належним забезпеченням соціально-трудового права найманого працівника на систематичне отримання ним від його роботодавця гідної, попередньо та/або в майбутньому узгодженої заробітної плати/винагороди, так і з належним забезпеченням не менш значущого за своєю предметно-цільовою суттю соціально-трудового права самого роботодавця систематично здійснювати, систематично надавати таку заробітну плату/винагороду виключно за нормовану, якісно та вчасно виконану найманим працівником роботу.

Зміст таких міжнародно-правових норм відтворює вагомі, очевидні ознаки та відчутні результати фундаментальної, сутнісної гуманізації, демократизації та належного комплексного впорядкування сучасного інституту трудових відносин.

Імплементація таких норм до системи національного трудового та іншого галузевого права тієї чи іншої держави є свідченням демократичності її суспільства, відтворенням у рамках її трудового та іншого галузевого права базових, наріжних, універсальних понять про соціальну гідність, соціальну рівноправність та колективну соціальну відповідальність людського громадянського співтовариства.

© О. Назимко, 2018

Власне, саме тому надзвичайно актуальним та важливим завданням видається наведення та розгляд змісту тих предметно-спрямованих, регулятивно-цільових норм сучасного міжнародного трудового права, які встановлюють комплекс вимог щодо обов'язковості та систематичності надання роботодавцем найманому ним працівникові попередньо та/або в майбутньому узгодженої грошової та/або іншої заробітної плати/винагороди за виконувану працю.

Здійснення новітніх наукових досліджень у межах цієї окремої, відносно цілісної та досить актуальної проблематики сучасного міжнародного трудового права надасть українським науковцям-правникам, правникам-практикам, діячам професійних спілок України, діячам професійних спілок роботодавців України, а також українським законодавцям та уповноваженим посадовцям можливість розробляти та вносити ґрунтовні проекти корисних, новаторських законотворчих змін/поправок, спрямованих на прогресивне та водночас виважене реформування відповідних норм сучасного трудового та іншого галузевого права України.

Метою даної науково-правничої статті, відповідно до сформульованої та актуалізованої тематичної проблеми, є, таким чином, наведення та розгляд змісту зазначених норм сучасного міжнародного трудового права.

Аналіз публікацій. Поступове досягнення сформульованої мети даної науково-правничої статті здійснено завдяки зверненню до змісту низки чинних універсальних джерел права ООН та загальних і спеціалізованих джерел права МОП.

Виклад основного матеріалу. Представлене та актуалізоване нами функціонально-детерміністичне, соціально-цільове тлумачення взаємопов'язаних грошово-фінансових та виробничих відносин між роботодавцем та найманим працівником як зумовленого їхніми соціально-економічними інтересами/потребами соціально-матеріального обміну є, на наш погляд, багато в чому співзвучним одному з універсальних ціннісно-смислових, соціально-ціннісних постулатів сучасного міжнародного трудового права, одному із наріжних постулатів міжнародної політики МОП, згідно з якого, як це зазначено, наприклад, у п. а) Розділу I Декларації щодо цілей та задач Міжнародної організації праці від 10 травня 1944 року (далі – Філадельфійська декларація МОП), «праця не є товаром» [1].

Насамперед варто також окремо зазначити, що, попри багатовікову, фундаментально-усталену, природну, відносно безальтернативну обов'язковість оплати роботодавцем виконуваної найманим працівником роботи, за винятком, однак, як минулих, так і сьогоденних прикладів/зразків застосування рабської або незаконної примусової праці, міжнародна нормативізація права найманого працівника на гарантоване отримання ним попередньо та/або в майбутньому узгодженої грошової та/або іншої заробітної плати відбулася, як відомо, лише у першій та другій половинах XX ст.

Так, наприклад, серед положень п. г) Розділу III Філадельфійської декларації МОП зазначено необхідність прийняття державами програм, які передбачають надання можливостей для всіх брати участь на рівних началах у розподілі плодів прогресу щодо розміру заробітної плати та доповнення до неї (авторський переклад з мови-оригіналу джерела) [Там само].

У п. 2 ст. 23 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року (далі – Загальна декларація прав людини) окремо та чітко підтверджено, у свою чергу, фундаментальний принцип рівності, іншими словами принцип прямої, відносно точної відповідності розміру отримуваної найманим працівником заробітної плати обсягу виконаної ним роботи, оскільки у даному фрагменті вказаного універсального джерела міжнародного права зазначено, що кожна людина, без будь-якої дискримінації, має право на рівну оплату за рівну працю [2].

Згідно з п. 2 ст. 2 Конвенції МОП № 100 «Про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності» від 29 червня 1951 року (далі – Конвенція МОП № 100), принцип рівності розміру отримуваної найманим працівником заробітної плати обсягу виконаної ним роботи може застосовуватися шляхом: a) або національного законодавства; b) або системи визначення винагородження, встановленої чи визнаної законодавством; c) або колективних договорів між підприємцями і трудівниками; d) або поєднання цих різних способів [3].

Більш широке, більш узагальнене соціально-ціннісне та соціально-економічне тлумачення та обґрунтування основного призначення заробітної плати/винагороди та права на її отримання надано у п. 3 ст. 23 Загальної декларації прав людини, де наголошено на тому, що кожний працюючий має право на справедливу і задовільну винагороду, яка забезпечує гідне людини існування, її самої та її сім'ї і яка в разі необхідності доповнюється іншими засобами соціального забезпечення [2].

Нормативізацію вказаного фундаментального соціально-трудового права найма-

ного працівника, враховуючи при цьому досить загострені демократичні гендерні вимоги суспільно-політичного та соціально-економічного життя глобального людського соціуму другої половини XX ст., зокрема нормативізацію необхідності якомога більш цілісної інтеграції таких вимог до змісту норм, які формували інститут трудових відносин тієї епохи, здійснено, наприклад, у п. а) ст. 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 року, де чітко зазначено, що «держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають право кожного на справедливі і сприятливі умови праці, включаючи, зокрема: а) винагороду, що забезпечувала б як мінімум усім трудящим: і) справедливу зарплату і рівну винагороду за працю рівної цінності без будь-якої різниці, причому, зокрема, *жінкам повинні гарантуватись умови праці, не гірші від тих, якими користуються чоловіки* (*курсив мій*. – Авт.), з рівною платою за рівну працю; іі) задовільне існування для них самих та їхніх сімей відповідно до постанов цього Пакту» [4].

Загальноприйняті, однак, на нашу думку, помірно широкі уявлення про поняття-термін «заробітна плата» та її предметно-цільове, основне функціональне призначення містяться, наприклад, у Конвенції МОП № 95 «Про захист заробітної плати» від 1 липня 1949 року (далі – Конвенція МОП № 95).

Так, у рамках ст. 1 даної Конвенції зазначено, що термін «заробітна плата» означає, незалежно від назви й методу обчислення, будь-яку винагороду або заробіток, які можуть бути обчислені в грошах і встановлені угодою або національним законодавством, що їх роботодавець повинен заплатити, на підставі письмового або усного договору про наймання послуг, працівникові за працю, яку виконано чи має бути виконано, або за послуги, котрі надано чи має бути надано [5].

Більш широкі, тлумачно-варіативні значення даного поняття наведено у ст. 1 Конвенції МОП № 100, де зазначено, що термін «винагородження» містить у собі звичайну, основну чи мінімальну заробітну плату або звичайну, основну чи мінімальну платню та всяку іншу винагороду, надану прямо чи непрямо, в грошах або в натурі підприємцем трудівникові внаслідок виконання останнім якоїсь роботи» [3].

У свою чергу, у ст. 3 Конвенції МОП № 95, навпаки, містяться досить суворі положення щодо використання найбільш поширеної, найбільш прийнятної, цивілізованої форми заробітної плати – грошової. Так, у вказаній статті даної Конвенції говориться, що «заробітна плата, виплачувана готівкою, виплачуватиметься тільки грішми, що мають законний обіг, і виплату у формі векселів, бонів, купонів чи в будь-якій іншій формі, призначеній замінити гроші, що мають законний обіг, буде заборонено. Компетентна влада може дозволити чи розпорядитися виплачувати заробітну плату банківськими чеками або поштовими переказами, якщо таку форму виплати прийнято у звичайній практиці чи вона конче потрібна з огляду на особливі обставини і якщо колективний договір чи рішення арбітражного органу це передбачають або за відсутністю таких постанов, якщо заінтересований працівник згоден на це» [5].

Досить важливим видаються положення і ст. 4 Конвенції МОП № 95, у яких відтворюється як досить зважене, так і гранично заборонне нормативно-правове ставлення до альтернативних, інших, тобто негрошових форм заробітної плати. Так, вказується, що національне законодавство, колективні договори або рішення арбітражних органів можуть дозволяти часткову виплату заробітної плати в натурі у тих галузях промисловості чи професіях, де цю форму виплати прийнято в звичайній практиці або вона бажана, зважаючи на рід галузі промисловості чи професії, про які йдеться. Виплата заробітної плати у вигляді спиртних чи наркотичних засобів у жодному разі не допускається [Там само].

Положення найбільш загального, універсального правового характеру щодо заробітної плати містяться у ст. 5 та 6 Конвенції МОП № 95, в яких зазначено, що, по-перше, заробітна плата виплачуватиметься безпосередньо заінтересованому працівникові, якщо національне законодавство, колективний договір або рішення арбітражного органу не передбачають протилежного і якщо заінтересований працівник не погоджується на інший метод. По-друге, роботодавцеві забороняється обмежувати будь-яким способом свободу працівника розпоряджатися своєю заробітною платою на власний розсуд [Там само].

Так само загальне положення, яке, однак, стосується прийнятного та/або усталеного механізму надання роботодавцем найманому працівникові заробітної плати, міститься у ст. 12 Конвенції МОП № 95, де зазначено, що заробітна плата виплачуватиметься через регулярні проміжки часу. Якщо немає інших відповідних урегулювань, котрі забезпечують виплату заробітної плати через регулярні проміжки часу, то періоди виплати заробітної плати мають бути продиктовані національним законодавством або визначені колективним договором чи рішенням арбітражного органу. Коли минає термін трудового договору, остаточний розрахунок

заробітної плати, належної працівнику, має бути проведено відповідно до національного законодавства, колективного договору чи рішення арбітражного органу або, якщо немає такого законодавства, угоди чи рішення, – в розумний термін з урахуванням умов контракту [Там само].

Що ж стосується положень ст. 8 Конвенції МОП № 95, то там містяться норми, які стосуються деяких основних проблематичних, конфліктних, болісних аспектів, пов'язаних із нарахуванням та видачею найманому працівникові грошової заробітної плати. У вказаній статті сказано, що відрахування із заробітної плати дозволяється робити лише за умов та в межах, продиктованих національним законодавством або визначених у колективному договорі чи в рішенні арбітражного органу [Там само].

Окремо, згідно зі ст. 9 даної Конвенції, злочинними та забороненими є всякі відрахування із заробітної плати, метою яких є пряма чи непряма виплата працівником роботодавцеві, його представникові чи якомусь посередникові (приміром, агентові з набору робочої сили) за надання чи збереження служби [Там само].

Надзвичайно велике значення в рамках проблематики заробітної плати, зокрема її грошової форми, має проблема її мінімального розміру.

Так, у п. 1 ст. 1 Конвенції МОП № 26 «Про запровадження процедури встановлення мінімальної заробітної плати» від 16 червня 1926 року (далі – Конвенція МОП № 26) зазначено, що кожна держава-член Міжнародної організації праці, яка ратифікувала цю Конвенцію, зобов'язується запровадити чи зберегти процедуру, за якою можуть встановлюватись мінімальні ставки заробітної плати працівників, зайнятих у певних галузях чи секторах промисловості (і, зокрема, в домашньому виробництві), в яких не існує ефективної системи регулювання заробітної плати через колективні договори чи будь-яким іншим шляхом і в яких заробітна плата дуже низька [6].

Встановлений мінімум заробітної плати, згідно з п. 3 ст. 3 Конвенції МОП № 26, є обов'язковим для відповідних роботодавців і працівників і не підлягає зниженню ні за індивідуальною згодою, якщо немає загального чи окремого дозволу з боку компетентного органу влади, ні внаслідок колективного договору [Там само].

На нашу думку, важливим є те, що положення наведеної статті Конвенції МОП № 26 поверхнево актуалізують відповідні соціально-трудові права не лише найманого працівника, але й роботодавця, відтворюючи, таким чином, у рамках даної проблематики необхідну та обґрунтовану шкалу допустимості соціально-економічних вимог найманого працівника у сфері заробітної плати.

Більш категоричне нормативне ставлення, яке передбачає застосування норм кримінальної відповідальності за порушення чинних нормативів у сфері мінімальної заробітної плати, міститься у п. 1 ст. 2 Конвенції МОП № 131 «Про встановлення мінімальної заробітної плати з урахуванням країн, що розвиваються» від 22 червня 1970 року (далі – Конвенція МОП № 131). Так, у межах вказаного змістового сегменту наведеного джерела сучасного міжнародного трудового права зазначено, що мінімальна заробітна плата має силу закону й не підлягає зниженню, а незастосування цього положення спричиняє застосування належних кримінальних або інших санкцій щодо відповідної особи чи осіб (маються на увазі саме роботодавці. – *Авт.*) [7].

Базовими соціально-економічними чинниками, які потрібно враховувати задля визначення рівня мінімальної заробітної плати, виступають, згідно зі ст. 3 Конвенції МОП № 131, а) потреби працівників та їхніх сімей з урахуванням загального рівня заробітної плати в країні, прожиткового мінімуму, допомоги із соціального забезпечення та порівняльного життєвого рівня інших соціальних груп; б) економічні фактори, у тому числі необхідні умови економічного розвитку, рівень продуктивності й бажаність досягнення та підтримання високого рівня зайнятості [Там само].

Основним, найбільш гострим аспектом проблематики заробітної плати є, як відомо, практика навмисного та/або ненавмисного ненадання роботодавцем найманому працівникові заробітної плати.

Так, наприклад, згідно з п. 1 ст. 1 Конвенції МОП № 173 «Про захист вимог працівників у випадку неплатоспроможності роботодавця» від 23 червня 1992 року (далі – Конвенція МОП №173), неплатоспроможністю, власне неплатоспроможністю роботодавця, є ситуації, в яких, відповідно до національних законів та практики, відкривається провадження щодо активів роботодавця для повернення грошових сум його кредиторам на колективній основі [8].

Згідно з п. 1 ст. 3 Конвенції МОП № 173, держави, які її ратифікували, беруть або зобов'язання, які передбачають захист вимог працівників за допомогою привілеїв, або зобов'язання, які передбачають захист вимог працівників за допомогою установ-гарантів, або зобов'язання, що випливають з обох вказаних нормативних компонент [Там само].

Принцип привілею, згідно зі ст. 5 Конвенції МОП № 173, передбачає, що у разі неплатоспроможності роботодавця вимоги працівників, які випливають із трудових відносин, захищаються за допомогою привілею так, що їх задовольняють за рахунок активів неплатоспроможного роботодавця до того, як непривілейованим кредиторам може бути виплачена їхня частка [Там само].

Задоволення соціально-трудових претензій найманого працівника на адресу роботодавця, якого визнано неплатоспроможним, згідно зі ст. 9 Конвенції МОП № 173, може також здійснити та чи інша установа-гарант [Там само].

Висновки.

Таким чином, розглянуті нами норми сучасного міжнародного трудового права чітко відтворюють базові структурно-змістовні компоненти проблематики заробітної плати.

На основі таких правових норм роботодавець та працівник комплексно відтворюються як два рівноправні суб'єкти інституту трудових відносин, взаємодіючи в рамках створюваної ними системи соціально-матеріального обміну, яким є надання роботодавцем попередньо та/або в майбутньому узгодженої заробітної плати найманому працівникові за виконувану ним роботу.

Розглянуті нами норми сучасного міжнародного трудового права зазначають три базові принципи даної системи: а) безальтернативна обов'язковість надання роботодавцем попередньо та/або в майбутньому узгодженої заробітної плати найманому працівникові за виконувану таким найманим працівником роботу, б) можливість кримінальної відповідальності роботодавця за ненадання ним найманому працівникові попередньо та/або в майбутньому узгодженої заробітної плати за виконувану таким найманим працівником роботу, в) відповідність розміру заробітної плати найманого працівника нормованому обсягу виконуваної ним роботи, враховуючи своєчасність та якість її виконання, що, у свою чергу, поверхнево та непрямо відтворює низку відповідних виробничих обов'язків найманого працівника, яка, у свою чергу, зумовлює низку відповідних соціально-трудових прав роботодавця; г) принцип гендерної рівності чоловіків та жінок у рамках вказаної системи соціально-матеріального обміну між роботодавцем та найманим працівником.

Певною обмеженістю, певною змістовною лакуною наведених та розглянутих нами норм сучасного міжнародного трудового права є, на нашу думку, відсутність чіткої кодифікації низки виробничих обов'язків найманого працівника перед його роботодавцем.

Список використаних джерел:

1. Декларация относительно целей и задач Международной организации труда от 10 мая 1944 года. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_328.
2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015.
3. Про рівне винагородження чоловіків і жінок за працю рівної цінності: Конвенція МОП № 100 від 29 червня 1951 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_002.
4. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042;
5. Про захист заробітної плати: Конвенція МОП № 95 від 1 липня 1949 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/993_146.
6. Про запровадження процедури встановлення мінімальної заробітної плати: Конвенція МОП № 26 від 16 червня 1926 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_196.
7. «Про встановлення мінімальної заробітної плати з урахуванням країн, що розвиваються» Конвенція МОП № 131 від 22 червня 1970 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_149.
8. Про захист вимог працівників у випадку неплатоспроможності роботодавця: Конвенція МОП № 173 від 23 червня 1992 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_286.

Автором в данной научно-правовой статье приведено и рассмотрено содержание тех предметно-направленных, регулятивно-целевых норм современного международного трудового права, устанавливающих комплекс требований об обязательности и систематичности предоставления работодателем наемному им работнику предварительно и/или в дальнейшем согласованной денежной и/или другой заработной платы/вознаграждения за выполняемую работу.

Ключевые слова: работодатель, наемный работник, согласование, выполняемая работа, заработная плата/вознаграждение.

The author of this scientific and legal paper presented and considered those present international labor law subject-matter, regulative norms which establish complex of requirements concerning obligatory and systematic employer`s paying to a hired worker previously and/or subsequently agreed financial and/or other salary/reward for works being done.

Key words: employer, hired worker, agreement, works being done, salary/reward.

УДК 349.2

Віталій Соболенко,
студент міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Ірина Сокольська,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДОСВІДУ МОТИВАЦІЇ ПРАЦІ В УКРАЇНСЬКИЙ РИНОК КАДРІВ

Стаття присвячена дослідженню специфічних систем мотивації працівників Європейського Союзу з метою визначення, які саме системи можуть бути ефективно застосовані в Україні. Наукова стаття презентує авторську думку та представляє певні висновки та пропозиції, спрямовані на вирішення поставленої проблеми.

Ключові слова: мотивація праці, Європейський Союз, заробітна плата, соціальне забезпечення, ринкові відносини, закордонний досвід.

Постановка проблеми. Актуальність даної теми полягає в тому, що сучасний розвиток ринку праці досягнув рівня, коли кількість повинна переходити в якість. Постає питання: як за допомогою меншої кількості співробітників досягти більшого результату і при цьому дотриматися всіх стандартів, як міжнародного, так і національного трудового законодавства? Світові економічні лідери знайшли відповідь на це питання в ефективній системі матеріальної та нематеріальної мотивації праці. Робітники в цих країнах мають рівні соціальні права та захист з боку держави незалежно від форми власності підприємства, установи чи організації, а незайняті мають широкий спектр соціальних гарантій.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Проблематика формування ефективного механізму мотивації праці посіла однаково важливе місце в доктринальній закордонній науці та у вітчизняній. Серед закордонних вчених розробкою цього питання займалися А. Маслоу, Д. Мак-Клеланд та Ф. Герцберг, які у своїх роботах зазначали, що потреби людини можна і потрібно об'єднувати в окремі групи, що вони можуть впливати на мотивацію до праці, здійснюють вплив на її поведінку і примушують до дій. Серед українських вчених особливу увагу цьому питанню приділяли В. Лазненко, М. Клітна, В. Корягіна та А. Колот.

Метою статті є дослідження специфічних систем мотивації працівників Європейського Союзу з метою визначення, які саме системи можуть бути застосовані в Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Стимул – це основний елемент, за допомогою якого реалізується механізм мотивації праці. У доктринальній літературі виділяють чотири формули стимулу:

– примусові заходи, такі як зауваження, переведення на іншу посаду, перенесення відпустки, догана, звільнення з роботи;

– матеріальне заохочення – стимули в матеріальній формі: заробітна плата, винагорода за результати, премії з прибутку, компенсації, путівки тощо;

– моральне заохочення – подяки, почесні грамоти, дошки пошани, почесні звання, вчені ступені, інше;

– самоствердження – внутрішні рушійні сили людини, які підштовхують її до досягнення певних цілей без прямої зовнішньої винагороди [1, с. 72-73].

У статті увага приділена державам, які вже є економічно розвиненими та мають свої унікальні системи мотивації працівників, а саме: Франції, Німеччині, Великобританії, Швеції.

Сучасна французька модель мотивації праці увібрала в себе одні з еталонних інструментів економічних відносин, включаючи гнучку і лояльну систему оподаткування, сприяння розвитку здорової конкуренції та стратегічне планування. Особливої уваги заслуговує інтеграція стратегічного планування в ринкові відносини. Центральну роль у французькій моделі ринкових відносин відіграє конкуренція, яка є запорукою постійного розвитку економіки, пошуку шляхів для зниження вартості виробництва, а отже,

© В. Соболенко, І. Сокольська, 2018

і зниження вартості своєї продукції заради задоволення попиту населення в товарах і послугах.

На сучасному етапі у політиці французьких фірм щодо оплати праці їхніх працівників існують дві тенденції: індексація оплати праці залежно від збільшення вартості життя та індивідуальний підхід до оплати праці. Врахування індексів цін на споживчі товари є загальноприйнятою практикою на великих підприємствах Франції, що закріплено в їхніх колективних договорах із профспілками. А індивідуальний підхід полягає у врахуванні рівня професійної підготовки працівника, його пропозицій щодо покращення умов праці та якості виконання його трудової функції.

Застосовують три основні підходи до здійснення принципу індивідуалізації оплати праці:

1. На основі передбаченої в колективній угоді оцінки кожного робочого місця визначається мінімальна заробітна плата і «вилка» окладів. Оцінка праці кожного працівника здійснюється щодо фактично виконаної ним роботи без урахування робітників, зайнятих на інших робочих місцях. Критеріями ефективності працівника є кількість і якість його праці, а також ініціативність у громадському житті підприємства.

2. Заробітна плата складається з двох частин: постійна, яка залежить від займаної посади або робочого місця, і змінна, що відображає ефективність праці працівників. Додатково виплачуються премії за високу якість роботи, сумлінне ставлення до праці, дбайливе ставлення до майна підприємства тощо. Утворюються спеціальні комісії, у яких за участю персоналу обговорюються питання щодо оплати праці.

3. На підприємствах більшість становлять саме такі форми індивідуалізації заробітної плати, як: участь у прибутках, продаж працівникам акцій підприємства, виплата премій за сумлінне виконання своєї трудової функції.

На нашу думку, особливої уваги заслуговує французька методика оцінки праці (яка, як правило, має багатофакторний характер) і критерії, що використовуються. Суть цієї методики в загальному вигляді полягає у такому. На підприємствах застосовується бальна оцінка ефективності праці працівника (від 0 до 120 балів) за шістьма показниками: професійні знання, продуктивність праці, якість роботи, дотримання правил техніки безпеки, етика виробництва, ініціативність. Персонал підприємства, своєю чергою, поділяється на 5 категорій. До вищої (першої) відносять працівників, які набрали від 100 до 120 балів; до другої – від 76 до 99 балів і т. д. Водночас діє ряд обмежень: до першої категорії можна віднести не менше 5 і не більше 10 % працівників одного підрозділу й однієї професії, до другої – від 30 до 40 %, до третьої – від 35 до 45 %. У разі відсутності на роботі від 3 до 5 днів на місяць надбавка скорочується на 25 %, протягом 10 і більше днів – на 100 % [2]. Безперечними перевагами французької моделі мотивації праці є її істотний вплив на ефективність та якість праці, а також вона, своєю чергою, виступає фактором саморегулювання фонду оплати праці. У разі виникнення тимчасових труднощів фонд оплати праці автоматично скорочується, в результаті чого підприємство безболісно реагує на кон'юнктурні зміни. Таким чином, модель забезпечує постійний інформаційний зв'язок між працівниками та економічним станом компанії.

Англійські моделі відрізняються залежно від прибутку: грошова та акціонерна, яка допускає сплату частки заробітної плати у вигляді акцій. Крім цього, існує система оплати праці, яка цілковито залежить від прибутку підприємства [3, с. 108-109].

На підприємствах Великобританії участь у прибутках вводиться тільки у разі, якщо вона прямо передбачена в індивідуальних або колективних угодах як додаткова до встановленої заробітної плати. Залежно від бази для обчислення суми, що розподіляється через систему участі у прибутках, розрізняють чисту трудову участь, трудову пайову участь, участь у чистому доході, участь у прибутках, участь в обороті або утвореній вартості.

Пайова участь у капіталі передбачає внесення частини особистих заощаджень працівників в обмін на акції або облігації фірми з використанням зазначених коштів на придбання основних фондів і оборотних коштів. Пайова участь у капіталі тягне за собою передачу учасникам корпорації частини прибутку (доходу) у тому числі у вигляді дивідендів або відсотків, виплату допомоги або премій підприємства.

Трудова пайова участь об`єднує зазначені вище форми. Працівник підприємства отримує дохід за трьома напрямами:

– основна заробітна плата,
– частка від участі в прибутку на основі праці,
– частка від прибутку на основі вкладеного ним капіталу.

Практичне застосування зазначених моделей нової системи оплати праці у Великобританії показало, що дохід працівників від участі у прибутках у середньому становить 3 % від базового окладу, і лише в деяких фірмах він досяг 10 % від окладу. Після впровадження системи участі в прибутках

кількість робочих місць зросла на 13 %, при цьому середня зарплата на фірмах із даною системою участі виявилась на 4 % нижчою, ніж у звичайних фірмах.

Німецька модель полягає в тому, що на деяких підприємствах укладаються договори, в результаті яких працівник повинен з максимальною віддачею використовувати свій творчий потенціал і самостійно розпоряджатися своїм часом, який був наданий йому на виконання певної задачі. У результаті цього підвищується трудова мотивація і людина не тільки розв'язує поставлені перед нею завдання, а й залучається до участі в управлінні своєю діяльністю [4, с. 74]. Отже, німецькі дослідники дійшли висновку, що злагоджене поєднання стимулювання праці та соціальних гарантій є однією з найбільш оптимальних моделей, коли-небудь відомих в історії економічних теорій. Німецька модель забезпечує рівною мірою економічний добробут і соціальні гарантії.

Не меншої уваги заслуговує шведська модель мотивації праці, яка характеризується вагомою роллю профспілок і сильною соціальною політикою держави. Принципами, які є наріжним каменем для шведських профспілок, є: рівна оплата за рівну працю, скорочення розриву між розмірами мінімальної і максимальної заробітної плати.

Політика солідарної заробітної плати спрямована на вирішення низки цільових завдань. Перш за все, вона, поряд із ринковою конкуренцією, додатково стимулює процес постійного оновлення виробництва на основі останніх досягнень науки і техніки. При цьому дотримується принцип рівної оплати за рівну працю, який у шведській інтерпретації означає, що працівники різних підприємств, що мають однакову кваліфікацію і виконують аналогічну роботу, отримують однакову заробітну плату незалежно від результатів господарської діяльності підприємства. Якщо, наприклад, із 10 підприємств однієї галузі 3 мають високий відсоток прибутку, 5 – середній дохід, а 2 є збитковими, то на будь-якому з цих підприємств отримують однакову заробітну плату за однакову працю, а саме на середньому рівні, зафіксованому в галузевій угоді.

Шведські профспілки забороняють власникам низькорентабельних підприємств зменшувати заробітну плату нижче встановленого рівня, який був закріплений на переговорах щодо переукладання колективних трудових угод загального рівня. Це, у свою чергу, спонукає підприємців до знаходження оптимальних шляхів підвищення рентабельності підприємства або до його ліквідації. Ще однією характерною особливістю солідарної заробітної плати є скорочення розриву між розмірами мінімальної і максимальної заробітної плати. Сама система визначення єдиного рівня підвищення заробітної плати сприяє її вирівнюванню: заробітки піднімаються у низькооплачуваних і стримуються у високооплачуваних працівників [5, с. 54].

Яскравим прикладом впровадження нових концепцій мотивації праці є медична реформа, а саме система залежності заробітної плати медика від кількості закріплених за ним пацієнтів, що породжує конкуренцію між працівниками медичної сфери і спонукає їх до розвитку своїх професіональних навичок і знань.

Дослідження середньої заробітної плати територіальних сусідів України: (статистичні дані за 2018 рік) : Польща – 807 €, Білорусь – 354 €, Словаччина –

823 €, Угорщина – 689 €, Румунія – 583 €, Молдова – 212 € [6].

У Франції розмір погодинної оплати праці, за даними SMIC, визначений у розмірі 9,88 €, що за місяць становить 1498.50 € до сплати податків (brut) та 1188 € після оподаткування (net). Мінімальна зарплата на місяць розраховується виходячи з 35 робочих годин на тиждень. Ставка мінімальної зарплати переглядається щорічно і набирає чинності з 1 січня кожного року. Усі працівники, старші за 18 років, зайняті в приватному секторі, повинні отримувати не менше мінімальної зарплати. Нижчу оплату можуть отримувати учні-стажисти, що проходять професійне навчання, і працівники, молодші за 18 років із досвідом роботи, меншим ніж шість місяців. Так, молодь віком 17–18 років може отримувати на 10 % менше, а молодші за 17 років – на 20 % менше. Роботодавцям, які виплачують зарплати, нижчі за мінімальний рівень, загрожує штраф у розмірі до 1500 євро за кожного працівника [7].

У Великобританії на законодавчому рівні визначено мінімальний розмір погодинної оплати праці (National Minimum Wage). Ставка визначається залежно від віку працівника. Станом на 1 квітня 2018 року працівник віком від 25 і більше заробляє 8.78 €, віком від 21 до 24 років – 8.27 €, від 18 до 20 років – 6.61 €, працівник, молодший за 18 років, буде отримувати 4.71 €, оплата праці особи, яка проходить стажування, встановлюється у розмірі 4.15 € [8].

Безумовно, частка матеріальної мотивації займає чи не більшу частину в системі мотивації працівника, проте застосування нематеріальних засобів і прийомів мотивації дає змогу не тільки зберегти за собою кваліфікованого працівника, а й дати йому розвиватися і приносити більшу користь підпри-

ємству. Нематеріальна мотивація покликана, перш за все, задовольнити соціальні потреби людини в статусності та потребу людини в комфорті. Лише використання цих двох стимулів, матеріального і нематеріального, дасть змогу не тільки припинити відтік кадрів за кордон з України, а й повернути їх.

На німецьких підприємствах із кількістю співробітників понад 100 передбачена можливість формування економічних комісій, що складаються з членів виробничої ради та представників роботодавця, до відання яких належать виключно питання щодо економічного стану підприємства. У разі якщо число працівників є більшим ніж 500 чоловік, то на підприємствах можуть створюватися спостережні ради, кандидатів до яких висувають виробничі ради та вищі виробничі організації відповідної галузі. Крім того, участь трудящих в управлінні може здійснюватися і через призначуваного спостережною радою Директора з праці, у підпорядкуванні якого знаходяться кадрові питання, питання соціальної сфери та заробітної плати. Практика управління німецькими підприємствами показує, що така політика залучення працівників до управління сприяє розвитку їхньої трудової активності, мотивації, а отже, поліпшенню кінцевих результатів виробництва [9].

Також слід звернути увагу на досвід Нідерландів у розробленні своєї унікальної моделі мотивування праці. Основні способи мотивації, як матеріальної, так і нематеріальної, відображені у відповідних нормативно-правових актах та положеннях (про відпустку, про заробітну плату, соціальне страхування, умови праці тощо). Положення, що сприяють мотивуванню праці, самостійно розробляються Радою голів підрозділів (у разі їх наявності) і профспілками. У разі якщо будуть надані докази ефективності рекомендованих їм заходів, пропозиції затверджуються і мають бути реалізовані на практиці [10].

Висновки.

На основі вищенаведеного, можна зробити висновок, що проблематика мотивації праці в найближчому майбутньому все ще буде залишатися актуальною, тож проведення наукових досліджень у цій сфері і пошук нових засобів і способів мотивації праці з урахуванням менталітету нації є нагальною потребою українського менеджменту.

На нашу думку, розпочати зміни доцільно саме з чіткого нормативного закріплення в нормативно-правових актах матеріальних та нематеріальних інструментів мотивації праці. Організувати ефективний громадський контроль за діяльністю підприємців, адже недобросовісне використання ними низького правового рівня працівників призводить до того, що працівник отримує той пакет нематеріальних благ, який у національному законодавстві передбачений як обов'язковий, що у свою чергу призводить до усвідомлення працівником того, що його ініціативність та раціоналізаторські рішення не знайдуть підтримки серед керівництва, яке зацікавлено лише у власному збагаченні. На сучасному етапі саме тісна співпраця держави, з одного боку, та громадськості –з іншого спроможна створити необхідні умови для подальшого розвитку системи мотивації праці.

Список використаних джерел:

1. Кича Л. М. Особливості закордонного досвіду мотивації праці. Вісник Приазовського державного технічного університету. 2013. № 26. С. 72–76.
2. Система оплати праці Франції. URL : https://www.salaire-brut-en-net.fr/smic
3. Козаченко А. В., Мадых А. А. Формализация оценки мотивации персонала промышленного предприятия. Економіка. Менеджмент. Підприємництво: зб. наук. праць Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля. Вип. 26. Ч. ІІ. Луганськ: СНУ ім. В. Даля, 2014. С. 102–113.
4. Там само. С. 72–76.
5. Азарова А. О., Ковальчук О. А. Дослідження множини чинників нематеріальної мотивації на підприємстві. Економічний простір. 2010. № 5. С. 53–58.
6. Середньоєвропейський рівень заробітної плати. URL: https://ec.europa.eu/eurostat/data/browse-statistics-by-theme
7. Система оплати праці Франції. URL: https://www.salaire-brut-en-net.fr/smic/
8. Система оплати праці Великобританії. URL: https://www.gov.uk/national-minimum-wage-rates
9. Іваницька С. Б., Клітна М. Р. Методологічні основи стимулювання праці персоналу підприємства. Ефективна економіка. 2013. – № 11. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/?op=1&z=2478
10. Провідний зарубіжний досвід інноваційних форм стимулювання праці персоналу підприємств. URL: http://www.rusnauka.com/34_NIEK_2013/Economics/10_150973.doc.htm

Статья посвящена исследованию специфических систем мотивации работников Европейского Союза с целью определения, какие именно системы могут быть эффективно применены в Украине. Научная статья представляет авторскую мысль и представляет определенные выводы и предложения, направленные на решение поставленной проблемы.

Ключевые слова: мотивация труда, Европейский Союз, заработная плата, социальное обеспечение, рыночные отношения, зарубежный опыт.

The article is devoted to the study of specific systems of motivation of employees of the European Union in order to determine which systems can be effectively applied in Ukraine. The scientific article presents the author's opinion and provides certain conclusions and suggestions aimed at solving the problem posed.

Key words: labor motivation, European Union, wage, social security, market relations, foreign experience.

УДК 349.42

Сергій Лушпаєв,
канд. юрид. наук, асистент кафедри земельного та аграрного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

НОВЕЛИ ПРАВОВОГО СТАНОВИЩА СІМЕЙНОГО ФЕРМЕРСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА

У статті проаналізовано норми законодавства, що регулюють державну реєстрацію та підтримку, оподаткування сімейних фермерських господарств, і розглянуто наукові праці, присвячені дослідженню цієї сфери суспільних відносин.

Ключові слова: державна реєстрація сімейного фермерського господарства, державна підтримка сімейного фермерського господарства, оподаткування сімейного фермерського господарства, сімейне фермерське господарство, голова сімейного фермерського господарства.

Постановка проблеми. Для вивчення правового становища сімейного фермерського господарства (далі – СФГ) необхідно встановити, що є СФГ. Наведене у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 № 973-IV [1] визначення цього суб'єкта аграрного права не містить ознак, що притаманні СФГ, а саме: використання праці членів господарства, що належать до однієї сім'ї; обмеження використання найманої праці. Проте деякі вчені у сфері аграрного права пропонують таке визначення СФГ: особлива форма аграрного підприємництва, що передбачає використання праці членів однієї сім'ї на земельних ділянках сільськогосподарського призначення, що належать їм на праві власності та/або праві користування [2, с. 109]. Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо стимулювання утворення та діяльності сімейних фермерських господарств» від 10.07.2018 № 2497-VIII [3] встановлено особливості оподаткування, державної підтримки та державної реєстрації цієї особливої форми аграрного підприємництва, що потребує додаткової уваги. Наведене зумовлює актуальність і своєчасність здійснення наукового дослідження новел правового становища сімейного фермерського господарства. Вивчення новел правового становища сімейного фермерського господарства має важливе як теоретичне, так і практичне значення. Перше полягає у вдосконаленні відповідних теоретичних положень, а друге – у вирішенні правозастосовчих проблем.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Щодо ступеня теоретичного розроблення проблеми варто зазначити, що в аграрно-правовій літературі недостатньо уваги приділяється правовому регулюванню державної реєстрації та підтримки, оподаткуванню СФГ, що посилює актуальність статті. Окремі аспекти питань, що розглядаються, вивчалися, зокрема, В. Уркевичем, який проаналізував правове регулювання створення та функціонування сімейних фермерських господарств в Україні [4, с. 67-75]. В. Старожилов висвітлив правове становище вищих органів управління сімейних фермерських господарств, що мають статус юридичної особи [5, с. 89-90].

Метою статті є виокремлення особливостей державної реєстрації та підтримки, оподаткування СФГ шляхом аналізу норм законодавства в цій сфері та розгляду наукових праць, що присвячені досліджуваній проблемі.

Виклад основного матеріалу дослідження. Доцільно здійснити аналіз норм законодавства щодо особливостей державної реєстрації та підтримки, оподаткування СФГ. Згідно з ч. 4 ст. 1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 № 973-IV фермерське господарство підлягає державній реєстрації як юридична особа або фізична особа – підприємець. Фермерське господарство діє на основі установчого документа (для юридичної особи – статуту, для господарства без статусу юридичної особи – договору (декларації) про створення фермерського господарства. Ст. 8 Закону України «Про фермерське господарство» містить умову здійснення державної реєстрації: набуття громадянином України або кількома громадянами України, які виявили бажання створити фермерське господарство, права власності або права користування земельною ділянкою.

П. 21-1 ч. 4 ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 № 755-IV закріплено, що до відомостей про фізичну особу – підпри-

© С. Лушпаєв, 2018

ємця, які містяться у Єдиному державному реєстрі, належать відомості щодо створення фізичною особою – підприємцем сімейного фермерського господарства. Відповідно до п. 8 ч. 1 ст. 15 розглядуваного Закону договір (декларація) про створення сімейного фермерського господарства повинен містити відомості, передбачені законодавством, та відповідати законодавству. Серед документів, що подаються заявником для державної реєстрації фізичної особи – підприємця та для державної реєстрації змін до відомостей про фізичну особу – підприємця, є договір (декларація) про створення сімейного фермерського господарства: державна реєстрація фізичної особи, яка самостійно або з членами сім'ї створює сімейне фермерське господарство відповідно до Закону України «Про фермерське господарство»; створення фізичною особою – підприємцем сімейного фермерського господарства. Нова редакція договору (декларації) про створення сімейного фермерського господарства характеризується внесенням змін, що містяться в договорі (декларації) про створення сімейного фермерського господарства (п. 4 ч. 1, п. 5 ч. 3 ст. 18 Закону України Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань) [6].

Ч. 3 ст. 8-1 Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 № 973-IV передбачено, що головою сімейного фермерського господарства без статусу юридичної особи є член сім'ї, визначений договором (декларацією) про створення сімейного фермерського господарства, який реєструється як фізична особа – підприємець. Після укладання договору чи складання декларації (у разі одноосібного ведення такого господарства) про створення сімейного фермерського господарства голова сімейного фермерського господарства має зареєструватися як фізична особа – підприємець або зареєструвати зміни до відомостей про фізичну особу – підприємця в порядку, встановленому законом.

Закріплені в ч. 5 ст. 8-1 вказаного Закону умови договору про створення сімейного фермерського господарства та декларації про створення сімейного фермерського господарства є однаковими і визначають: найменування, місцезнаходження господарства, мету та види його діяльності; порядок прийняття рішень та координації спільної діяльності членів господарства; правовий режим спільного майна членів господарства; порядок покриття витрат та розподілу прибутку або збитків діяльності господарства між його членами; порядок вступу до господарства та виходу з нього; трудові відносини членів господарства.

У ч. 5 ст. 9 Закону України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 № 973-IV зазначається, що таким господарствам зі статусом сімейних надається додаткова державна підтримка у порядку, передбаченому Законом України «Про державну підтримку сільського господарства України», в тому числі на сплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Так, згідно з новою ст. 13-1 Закону України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 № 1877-IV сімейним фермерським господарствам, які зареєстровані платниками єдиного податку четвертої групи згідно із главою 1 розділу XIV Податкового Кодексу України, надається додаткова фінансова підтримка через механізм доплати на користь застрахованих осіб – членів/голови сімейного фермерського господарства на загальнообов'язкове державне соціальне страхування у визначеній сумі залежно від тривалості надання. Така фінансова підтримка надається за рахунок коштів, передбачених у Державному бюджеті України, в тому числі за рахунок коштів, які спрямовуються на державну підтримку сільськогосподарських товаровиробників відповідно до пункту 42 розділу VI Бюджетного кодексу. Вказані норми можуть бути застосовані кожним із членів сімейного фермерського господарства, в тому числі головою, один раз. Фінансова підтримка надається сімейному фермерському господарству виключно за умови, що його голова сплачує за себе та за кожного з членів свого фермерського господарства, якщо вони не підлягають страхуванню на інших засадах, єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування у сумі, не меншій за визначений відсоток мінімального страхового внеску [7].

Відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018-2020 роки» від 13.09.2017 № 664-р забезпечення пріоритетності підтримки фермерських господарств здійснюватиметься, зокрема, шляхом створення сприятливих умов для трансформації господарств населення (особистих селянських господарств) у фермерські господарства (СФГ), залучення молоді до ведення фермерського господарства. Одним з основних напрямів, за якими передбачається надавати державну фінансову підтримку фермерським господарствам, є стимулювання створення нових фермерських господарств. У результаті реалізації Концепції планується досягнути, зокрема, збільшення кількості фермерських господарств,

які мають в обробітку на праві власності та користування земельні ділянки загальною площею не більше ніж 100, на 10 відсотків [8]. Вбачається, що до таких малих та середніх фермерських господарств належать і СФГ.

Відповідно до п. 4 п. 291.4 ст. 291 Податкового кодексу України до четвертої групи – сільськогосподарські товаровиробники – належать, зокрема, фізичні особи – підприємці, які провадять діяльність виключно в межах фермерського господарства, зареєстрованого відповідно до Закону України «Про фермерське господарство», за умови виконання сукупності таких вимог: здійснюють виключно вирощування, відгодовування сільськогосподарської продукції, збирання, вилов, переробку такої власноруч вирощеної або відгодованої продукції та її продаж; провадять господарську діяльність (крім постачання) за місцем податкової адреси; не використовують працю найманих осіб; членами фермерського господарства такої фізичної особи є лише члени її сім'ї у визначенні ч. 2 ст. 3 Сімейного кодексу України; площа сільськогосподарських угідь та/або земель водного фонду у власності та/або користуванні членів фермерського господарства становить не менше двох гектарів, але не більше 20 гектарів [9].

Проаналізувавши норми законодавства, що регулюють державну реєстрацію та підтримку, оподаткування СФГ, вважаємо за можливе виокремити такі їх особливості: набуття права власності або права користування земельною ділянкою як умова здійснення державної реєстрації; надання державної підтримки на сплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; є платниками єдиного податку четвертої групи, тобто належать до сільськогосподарських товаровиробників.

Розглянемо наукові праці, присвячені дослідженню правового регулювання суспільних відносин із державної реєстрації СФГ. На думку В. Уркевича, вказаним Законом було запроваджено новий вид аграрно-правового договору, адже до моменту набрання чинності цим нормативно-правовим актом законодавство України такої категорії, як «договір про створення сімейного фермерського господарства», не закріплювало [4, с. 72]. В. Старожилов зазначає, що вважати голову сімейного фермерського господарства органом управління фермерського господарства є помилковим з огляду на повноваження, передбачені у ст. 4 Закону України «Про фермерське господарство». Із закріплених повноважень випливає, що голова є виконавчим органом із поєднанням управлінських функцій [5, с. 140]. На підтвердження нашої позиції можна використати положення ст. 8-1 Закону України «Про фермерське господарство». Тобто законодавець, використовуючи інститут договору, коли створюється сімейне фермерське господарство , тим самим наділяє усіх його членів правами у сфері управління фермерським господарством і дає підстави стверджувати, що управління фермерським господарством фактично здійснюють збори (колектив) його членів. Справедливо зазначити, що вказана позиція законодавця є не досить зрозумілою, оскільки на практиці зазвичай саме голова сім'ї виступає ініціатором створення сімейного фермерського господарства та єдиним власником майна, на основі якого таке господарство надалі діє. Окрім того, у разі, коли сімейне фермерське господарство складається, приміром, із батька та двох дітей, що не досягли повноліття, то прирівнювати їх у правах щодо управління фермерським господарством та управління його майном вважається не завжди правильним [10, с. 89-90].

Таким чином, договір про створення СФГ є одним із документів, що подається для здійснення державної реєстрації фізичної особи – підприємця.

Висновки.

Особливостями державної реєстрації та підтримки, оподаткування СФГ є: наявність права власності або права користування земельною ділянкою як умова державної реєстрації; надання додаткової підтримки на сплату єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; СФГ є сільськогосподарським товаровиробником – платником єдиного податку 4 групи.

Декларація про створення СФГ складається у разі одноосібного ведення такого господарства і за своїм змістом збігається з договором про створення СФГ.

Перспективами подальших наукових розвідок може бути використання отриманих результатів у наукових розробках, а також дослідження законодавства про фермерські господарства інших держав, зокрема нормативно-правових актів, що регулюють відносини з державної реєстрації та підтримки, оподаткування СФГ.

Список використаних джерел:

1. Про фермерське господарство : Закон України від 19.06.2003 № 973-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/973-15 (дата звернення: 5.10.2018).

2. Лушпаєв С. Правове становище сімейного фермерського господарства : окремі питання. Підприємництво, господарство і право. № 3. 2017. С. 107-110.

3. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України щодо стимулювання утворення та діяльності сімейних фермерських господарств : Закон України від 10.07.2018 № 2497-VIII / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2497-19 (дата звернення: 5.10.2018).

4. Уркевич В.Ю. Правові аспекти створення та функціонування сімейних фермерських господарств. Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. Серія «Право». 2016. Вип. 243. С. 67-75.

5. Старожилов В. До питання про вищій орган управління сільськогосподарського кооперативу. Юридична осінь 2017 року: Зб. тез доп. та наук. повідомл. учасн. Всеукр. конф. молод. учених (м. Харків, 15 листопада 2017 р.). Х.: Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого, 2017. С. 139-142.

6. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань : Закон України від 15.05.2003 № 755-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15 (дата звернення: 05.10.2018).

7. Про державну підтримку сільського господарства України : Закон України від 24.06.2004 № 1877-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1877-15 (дата звернення: 5.10.2018).

8. Про схвалення Концепції розвитку фермерських господарств та сільськогосподарської кооперації на 2018-2020 роки : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 13.09.2017 № 664-р / Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/664-2017-%D1%80 (дата звернення: 05.10.2018).

9. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 05.10.2018).

10. Старожилов В.В. Правові засади функціонування органів управління сільськогосподарських підприємств : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2018. 183 с.

В статье проанализированы нормы законодательства, регулирующие государственную регистрацию и поддержку, налогообложение семейных фермерских хозяйств, и рассмотрены научные работы, посвященные исследованию данной сферы общественных отношений.

Ключевые слова: государственная регистрация семейных фермерских хозяйств, государственная поддержка семейных фермерских хозяйств, налогообложение семейных фермерских хозяйств, семейное фермерское хозяйство, глава семейного фермерского хозяйства.

In the article the norms of legislation regulating state registration and support, tax of family farms is analysed and scientific works dedicated researching this sphere of social relations is examined.

Key words: state registration of family farms, state support of family farms, tax of family farms, family farm, chief of family farm.

УДК 349.412

Максим Балаценко,
аспірант кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ NUMERUS CLAUSUS ПРИ ВИЗНАЧЕННІ ПЕРЕЛІКУ РЕЧОВИХ ПРАВ НА ЗЕМЛЮ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню принципу numerus clausus та його функціонуванню в українському праві в цілому та земельному праві зокрема. Наводяться аргументи на користь застосування досліджуваного принципу та формулюється наявний перелік речових прав на землю.

Ключові слова: принцип numerus clausus, речові права на землю, емфітевзис, суперфіцій, оренда землі.

Постановка проблеми. У континентальному праві ще із середніх віків у сфері цивільного права було започатковано принцип numerus clausus, який обмежує перелік речових прав, які можуть виникати (у тому числі щодо земельних ділянок). Іншими словами, щодо об'єктів ринкового обігу можуть встановлюватись лише права, прямо визначені законом.

Натомість чинне українське законодавство не містить чіткого переліку речових прав, що можуть виникати стосовно земельних ділянок, що дозволяє говорити про його фрагментарність та невизначеність у цьому питанні. Окрім того, від вирішення питання, чи діє принцип numerus clausus в національному праві, залежить можливість створення за домовленістю сторін (без участі держави) нових, непоіменованих речових прав на землю.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Принцип numerus clausus досліджувався як вітчизняними вченими (Г. Г. Харченко, Д. С. Спєсівцев), так і зарубіжними науковцями (У. Маттеї, Б. Аккерманс, О. А. Халабуденко). Питання ж щодо застосування цього принципу до речових прав на землю станом натепер майже не досліджувались (виняток – окремі публікації А. І. Ріпенка, А. М. Мірошниченка).

У контексті питання щодо переліку речових прав на землю за чинним українським законодавством ми також звертались до дисертаційного дослідження Т. Є. Харитонової, робіт А. М. Мірошниченка, М. В. Шульги, Д. В. Бусуйок, К. О. Настечко. У літературі висловлюються позиції щодо доцільності/недоцільності існування окремих речово-правових титулів (зокрема, емфітевзису та суперфіцію). Також дискусійним є питання щодо правової природи права оренди землі та віднесення її до переліку саме речових прав на землю.

Постановка завдання. Мета статті – проаналізувати чинне законодавство України на предмет дії у ньому принципу numerus clausus в частині речових прав на земельні ділянки. Також у цій статті буде здійснена спроба навести перелік таких прав станом натепер.

Виклад основного матеріалу дослідження. Є. А. Суханов підкреслює, що речові права оформляють і закріплюють приналежність речей суб'єктам цивільних правовідносин, інакше кажучи, статику майнових відносин, що регулюються цивільним правом [1, с. 308]. Більше того, як зазначає У. Маттеї, структура речових прав така, що власник може вимагати їх дотримання від усіх членів суспільства. Ці права взагалі і кожне конкретне право зокрема накладають юридичний обов'язок з їх дотримання усіма індивідами нині і в майбутньому [1, с. 64].

Слід наголосити, що чинне законодавство не містить визначення поняття «речові права на землю» (що, однак, на наше переконання, недоліком правового регулювання не є). Водночас ми під цим терміном розуміємо права, що надають їх суб'єкту можливість безпосередньо (незалежно від волі інших осіб), з урахуванням обмежень, встановлених чинним законодавством, впливати на земельну ділянку шляхом використання як окремих правомочностей з володіння, користування і розпорядження, так і їх сукупності, залежно від виду речово-правового титулу [2, с. 68].

Що стосується переліку речових прав на землю, то маємо зазначити, що натепер українське законодавство закритого та вичерпного переліку не містить. Втім, ця обставина не дозволяє говорити про те, що в Україні не діє принцип numerus clausus (буквально перекладається з латинської мови «закрита кількість»). Вказаний принцип у межах ци-

© М. Балаценко, 2018

вільного права передбачає, що можуть існувати лише ті речові права, які прямо вказані у законі, і сторони на свій власний розсуд не вправі встановлювати нові речові права, законом не передбачені.

На думку Г. Г. Харченка, принцип numerus clausus є пережитком минулих століть, коли у прагненні не допустити повернення до феодальної концепції розщепленої власності держава намагалася жорстко контролювати коло речових прав і самостійно його визначати [3, с. 103]. Подібну думку щодо витоків цього принципу ми знаходимо і в О. А. Халабуденка, який зазначає, що принцип numerus clausus був спрямований запобігти можливості відродження феодальної ієрархії, що ґрунтується на концепції розщепленої власності. Ідея пандектного вчення в цій частині була така: в центрі розміщується право власності як право на матеріальний предмет; будь-які права, що обтяжують право на цей предмет, повинні бути прямо передбачені позитивним законом і вичерпно (numerus clausus) в ньому вказані [4, с. 19].

Натепер принцип numerus clausus закріплений і діє, зокрема, у праві Німеччини, Австрії, Нідерландів [5].

Як зазначає У. Маттеї, одним з обґрунтувань теорії numerus clausus виступає така обставина. Кожен раз, коли виникає право власності на обмежені ресурси, існує необхідність у публічному повідомленні про це, що не може бути надійно забезпечено в разі спонтанності процесу. Адже з перетворенням ресурсів на об'єкт права власності, а не договірно-зобов'язального права носіями юридичних обов'язків стають усі без винятку, а не лише учасники договірних відносин [1, с. 65].

Результатом такого публічного повідомлення має стати поінформованість третіх осіб про права щодо речі (земельної ділянки). При цьому в цілях ринкового обороту бажано, щоб такі треті особи усвідомлювали зміст відповідного речового права без додаткових звернень до сторін, за домовленістю яких таке право було встановлене. Крім того, така поінформованість третіх осіб про зміст речового права дає змогу уникнути складнощів у разі виникнення можливих спорів (у тому числі судових) у майбутньому.

Згідно з Б. Аккермансом numerus clausus поєднується з двома іншими фундаментальними принципами права власності: свободою власності та вільним обігом товарів. Будь-яка вільна ринкова економіка, незалежно від типу, будується на тому, що кожен має право володіти майном і здатний без обмежень торгувати цією власністю з іншими. Numerus clausus має велике значення в цьому відношенні, оскільки він визначає, які речові права можуть набуватись, а отже і те, які права можна буде відчужити та захистити [5].

На нашу думку, дія принципу numerus clausus в українському праві є виправданою, оскільки він встановлює, які речові права можуть належати особі і які можуть бути відчужені/передані і, якщо необхідно, які права можуть бути захищені. Той факт, що види речових прав відомі заздалегідь у правовій системі, забезпечує передбачуваність не тільки для залучених сторін, але і для тих, хто може набути таке право у майбутньому. Інакше треті особи були б у невигідному становищі, оскільки вони потенційно могли би порушити абсолютне право, встановлене за невідомою цим третім особам домовленістю сторін.

Не всі, однак, поділяють думку щодо необхідності принципу numerus clausus. Як згадувалося вище, Г. Г. Харченко вважає його історичним пережитком. Більше того, дослідник зазначає, що негативні наслідки, настання яких так часто прогнозують через відмову від принципу numerus clausus, здебільшого умоглядні. Передбачення речових прав законом, насправді, жодною мірою не вирішує проблему інформованості третіх осіб про зміст речових прав інших осіб на об'єкт у конкретній ситуації. Інформацію про те, чи є об'єкт, наприклад, безхазяйним або належить іншій особі, у нашому повсякденному житті ми отримуємо за видимістю володіння, а якщо це нерухоме майно, то речові права на нього додатково підлягають державній реєстрації, а тому є можливість дізнатися про їх володільця та їх зміст із записів державної реєстрації (принцип публічності речових прав) [6, с. 328-329].

З доводами Г. Г. Харченка ми погодитись не можемо, оскільки описані вище переваги принципу numerus clausus перевищують його недоліки в аспекті стабільності цивільного обороту. Перелік речових прав має бути обмеженим, оскільки речові права встановлюють обов'язок для усіх третіх осіб утримуватись від їх порушення. Крім того, маємо погодитися з Д. С. Спєсівцевим, який зазначає, що numerus clausus похідних речових прав на нерухомість наразі виглядає більш ефективним для практики правозастосування й правореалізації порівняно з невичерпним переліком. Для того, щоб забезпечити ефективність правового регулювання відносин у сфері виникнення похідних речових прав на нерухомість у разі відмови від принципу numerus clausus, законодавець повинен встановити чіткі критерії чинності підстав виникнення таких прав і чинності самих прав. Інакше учасники майнового обороту, конструюючи не передбачені законодавством похідні речові права

на нерухомість, можуть уникати вимоги про нотаріальне посвідчення відповідних правочинів і державну реєстрацію таких прав [7, с. 151]. Маємо також доповнити, що, якщо сторони між собою будуть створювати нові речові права, не передбачені законодавством, вони, по суті, створюватимуть зобов'язання для усіх третіх осіб, «перетягуючи» тим самим на себе повноваження законодавця, що неприпустимо (оскільки зобов'язання для невизначеного кола осіб можуть встановлюватись лише законодавцем у формі норм права, але аж ніяк не домовленістю сторін без участі держави).

О. А. Халабуденко слушно зазначає, що з точки зору законодавчої техніки дотримання принципу numerus clausus далеко не завжди означає, що в самому тексті закону послідовно викладені всі речові права, а норми, що їх регулюють, викладені у вигляді стрункої системи [4, с. 40-41]. В Україні, зокрема, дія принципу numerus clausus підтверджується такими положеннями чинного законодавства:

– по-перше, Конституції України (ч. 1 ст. 19), згідно з якою правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством;

– по-друге, Цивільного кодексу України (ч. 2 ст. 395), згідно з яким інші речові права на чуже майно можуть бути встановлені законом;

– і, по-третє, Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (абз. 11 п. 2 ч. 1 ст. 4), де в переліку речових прав, що підлягають державній реєстрації, зазначені «інші речові права відповідно до закону».

Згадки про досліджуваний принцип трапляються і в сучасній судовій практиці України. Зокрема, в мотивувальних частинах постанови Одеського окружного адміністративного суду (2015 рік) та рішення апеляційного суду Закарпатської області (2016 рік) зазначено:

«Важливою ознакою прав на чужі речі є визначення їх закритого переліку виключно законом (numerus clausus). Оскільки ці права є абсолютними, тобто встановлюють обов'язок для невизначеного кола осіб, такі особи повинні бути поінформовані про зміст і види цих прав» [8; 9].

Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (надалі також – «Закон») є однією з небагатьох спроб звести воєдино наявний перелік речових прав, однак такий список остаточним і вичерпним не є. Спірним, на наше переконання, є віднесення до такого переліку прав оренди (суборенди) земельної ділянки та прав користування (найму, оренди) будівлею або іншою капітальною спорудою (їх окремою частиною), що виникає на підставі договору найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки. Ці права за своєю суттю є зобов'язальними.

Крім зазначених у Законі прав, продовжують існувати і права, які виникли на підставі норм вже не чинного законодавства. У сфері земельних відносин, наприклад, ідеться про право довічного успадковуваного володіння та право постійного володіння, передбачені ст. 6 першої редакції Земельного кодексу Української РСР від 18.12.1990.

Питання щодо застосування принципу numerus clausus окремо до речових прав саме на землю підтверджується специфікою таких прав. Так, М. В. Шульга відзначає, що якщо власність є загальним речовим правом як щодо землі, так і іншого майна, то всі інші речові права стосуються або тільки землі (емфітевзис, суперфіцій, сервітут), або тільки іншого майна, але не землі. Тим самим специфічні речові права на землю певним чином виокремлюються із загальних цивільно-правових положень про речові права [10, с. 120].

Разом із тим «обмеженість» переліку речових прав на землю постає у двох аспектах:

1) чи обмежується перелік таких прав законодавством?

2) якщо обмежується, то якими саме актами – лише ЗК України чи й іншими законами?

Так, Т. Є. Харитонова вважає за доцільне у чинному земельному законодавстві передбачити вказівку, що закріплений у ЗК України перелік прав на чужі земельні ділянки не вважається вичерпним. На думку вченої, доказом цьому можуть бути норми того ж таки ЗК України, які регламентують добросусідство у використанні земельних ділянок, або ж положення щодо права постійного користування земельними ділянками державної і комунальної власності суб'єктами приватного права [11, с. 140]. Незважаючи на відсутність такого припису натепер, на наше переконання, речові права на землю закріплені не лише у Земельному, але й у Цивільному кодексі. Зокрема, немає жодних перешкод для встановлення щодо землі права довірчої власності, яке Земельним кодексом не передбачене, але врегульоване кодексом Цивільним. Що ж стосується прав, передбачених господарським законодавством (право господарського відання та право оперативного управління), то тут ситуація менш однозначна. З одного боку, Господарським кодексом прямо передбачено, що земельні відносини не є предметом регулювання ГК

України (абз. 3 ч. 1 ст. 4). Проте мали місце випадки, коли, незважаючи на цей однозначний припис, ГК України врегульовував земельні відносини, наприклад, ст. 290, яка діяла до 09.07.2009 і передбачала нотаріальне посвідчення договору оренди землі.

Разом із тим, точаться дискусії і щодо доцільності існування (та, власне, віднесення до переліку) прав емфітевзису та суперфіцію. Так, наприклад, К. О. Настечко вважає, що з точки зору земельного права дані інститути створюють можливість для зловживання правом і є перепоною для прийняття законодавства, яке надалі запровадить та врегулює функціонування повноцінного ринку землі. Відсутність такого законодавства призводить до використання альтернативних способів оформлення права власності або користування земельною ділянкою, які з точки зору цивільного права повинні мати зовсім інше призначення [12, с. 197]. Д. В. Бусуйок у свою чергу вважає, що, незважаючи на особливості, які притаманні оренді землі, емфітевзису та суперфіцію, правове регулювання строкового строкового користування чужою земельною ділянкою на умовах оренди, емфітевзису та суперфіцію не має істотних відмінностей. За цих умов вчена наголошує, що запровадження в систему земельного права України практично аналогічних до інституту строкової оренди землі інститутів строкового емфітевзису та суперфіцію є недоцільним. Наслідком цього є дублювання та ускладнення правового регулювання однорідних земельних відносин [13, с. 17].

Ми у цьому питанні, однак, підтримуємо позицію Т. Є. Харитонової, яка вважає, що і емфітевзис, і суперфіцій мають право на існування, більше того, вони збагачують земельне право, надаючи його суб'єктам додаткові можливості для участі у земельних правовідносинах [11, с. 245]. Аргументи К. О. Настечко з фактичним посиланням на існуючий мораторій непереконливі, оскільки вже нині Рішенням Європейського Суду з прав людини від 22.05.2018 у справі «Зеленчук та Цицюра проти України» встановлено, що запроваджений Україною мораторій не відповідає Європейській конвенції з прав людини та порушує, зокрема, ст. 1 Протоколу до неї[1]. Нам не зовсім зрозуміло, яким чином наявність класичних речово-правових титулів перешкоджає прийняттю законодавства про ринок землі. Вказане окреме законодавство (необхідність якого, на наше переконання, є доволі спірною) не приймається суто з політичних мотивів.

Що ж стосується доводів Д. В. Бусуйок, ми згодні з тим, що за нинішнього стану речей «речова» оренда землі нічим принципово не відрізняється від емфітевзису та суперфіцію. Однак це, скоріше, свідчить про необхідність реформування оренди землі, яка має бути позбавлена ознак «речовості», зокрема, шляхом:

1) позбавлення вимоги щодо її державної реєстрації;

2) спрощення законодавства в частині оформлення найму землі;

3) позбавлення орендарів речово-правових способів захисту свого права (а саме, можливості використання віндикаційного та негаторного позовів).

Таким чином, оренда землі має стати зобов'язальним правом. У свою чергу А. М. Мірошниченко та А. І. Ріпенко зазначають, що одночасне існування речових та зобов'язальних прав забезпечує належний правовий «арсенал» для різноманітного використання майна, зокрема нерухомості. У разі, якщо є потреба встановити стійке, стабільне право, здійснюючи яке суб'єкт буде самостійно вступати у відносини із третіми особами (окрім власника майна), слід встановити речове право. Втім, часто будь-якої потреби для користувача вступати у відносини із третіми особами просто немає, а саме право необхідно встановити дуже оперативно та/або на невеликий строк. У цих випадках адекватним правовим інструментом є, звичайно, зобов'язальне право [14, с. 41].

Висновки.

Хоча чинне законодавство прямо і не закріплює цього, однак перелік речових прав на землю є закритим, тобто діє принцип numerus clausus. Як наслідок, сторони на свій розсуд у договірному порядку не можуть створити нові речові права, які б діяли по відношенню до невизначеного кола третіх осіб. Якщо сторони за приватною домовленістю між собою будуть створювати нові речові права, не передбачені законодавством, вони, по суті, формулюватимуть обов'язки для усіх третіх осіб, які сторонами відповідної домовленості не є. Тим самим такі сторони «перетягують» на себе повноваження законодавця, що неприпустимо і порушує приписи ст. 19 Конституції України (оскільки зобов'язання для неви-

[1] «Стаття 1 Захист власності

Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права.

Проте попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів».

значеного кола осіб можуть встановлюватись лише законодавцем у формі норм права).

Вважаємо, що дія діє принципу numerus clausus щодо переліку речових прав на землю є виправданою в цілях ринкового обороту земель і сприяє його визначеності. Треті особи мають усвідомлювати зміст речового права на конкретну земельну ділянку без додаткових звернень до сторін, за домовленістю яких таке право було встановлене. Поінформованість третіх осіб про зміст речового права дозволяє уникнути складнощів у разі виникнення можливих спорів (у тому числі судових) у майбутньому.

Станом натепер перелік речових прав на землю виглядає таким чином: 1) право власності; 2) права на чужі землі, передбачені чинним законодавством: - права користування чужою землею, зокрема: право оренди, право постійного користування землею, сервітуту, емфітевзису, суперфіцію; - права розпорядження чужою землею: іпотека, податкова застава; - право на земельну частку (пай); 3) права на чужі землі, передбачені нормативними актами України та Української РСР, які втратили чинність (наприклад, право довічного успадковуваного володіння, право постійного володіння, передбачені ст. 6 першої редакції Земельного кодексу Української РСР від 18.12.1990 р.).

Список використаних джерел:

1. Маттеи У., Суханов Е.А. Основные положения права собственности. Москва: Юристъ, 1999. 384 с.

2. Балаценко М. І. До питання визначення поняття «Речові права на землю» Журнал східноєвропейського права. 2017. № 44. С. 63-70.

3. Харченко Г. Г. Вітчизняна доктрина речових прав: історичні нариси. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 2015. № 1. С. 100–104.

4. Халабуденко О. А. Имущественные права. Кн. 1. Вещное право. Кишинев: Международный независимый ун-т Молдовы, 2011. 305 с.

5. Akkermans, Bram, The Numerus Clausus of Property Rights (November 20, 2015). M. Graziadei and L. Smith, eds., Comparative Property Law: Global Perspectives, Cheltenham: Edward Elgar, 2016; Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2015/10. URL: https://ssrn.com/abstract=2693667

6. Г.Г. Харченко. Окремі засади здійснення речових прав. Держава і право. 2012. Вип. 55. С. 324-330.

7. Спєсівцев Д. С. Юридичні факти у механізмі виникнення, переходу та припинення речових прав на нерухомість в Україні : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Харків, 2017. 225 с.

8. Рішення колегії суддів палати з цивільних справ апеляційного суду Закарпатської області від 02.08.2016 у справі №309/5741/15-ц. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/59822756.

9. Постанова Одеського окружного адміністративного суду віл 05.10.2015 у справі №815/4455/15. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/52033677.

10. Шульга М. Співвідношення земельно-правових та цивільно-правових приписів при регулюванні земельних відносин: стан та перспективи. Вісник Академії правових наук України. Х.: Право, 2004. № 1(36). С. 115-124.

11. Харитонова Т. Є. Проблеми здійснення прав на чужі земельні ділянки в України : дис. ... докт. юр. наук : 12.00.06. Одеса, 2016. 322 с.

12. Настечко К. О. Оформлення прав на земельні ділянки (монографія). Київ: Юрінком Інтер, 2012. 238 с.

13. Бусуйок Д. В. Правове регулювання виникнення, здійснення та припинення прав на землю: навчальний посібник / за заг. редакцією П. Ф. Кулинича. Київ: Видавництво Європейського університету, 2010. 185 с.

14. Мірошниченко А. М., Ріпенко А.І. Зобов'язальні права користування земельною ділянкою. Право України. 2012. № 7. С. 40-49.

Статья посвящена исследованию принципа numerus clausus и его функционированию в украинском праве в целом и земельном праве в частности. Приводятся аргументы в пользу применения исследуемого принципа и формулируется существующий перечень вещных прав на землю.

Ключевые слова: принцип numerus clausus, вещные права на землю, эмфитевзис, суперфиций, аренда земли.

The article is devoted to the study of the principle of numerus clausus and its functioning in Ukrainian law in general and land law in particular. Arguments in favor of the application of the mentioned principle are presented and the existing list of real rights to land is formulated.

Key words: principle of numerus clausus, real rights to land, emphyteusis, superficies, land rent.

УДК 349.41 4

Олена Літошенко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана»

ПРАВО ПОСТІЙНОГО КОРИСТУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОЮ ДІЛЯНКОЮ: ОСОБЛИВОСТІ ОБ'ЄКТНОГО ТА СУБ'ЄКТНОГО СКЛАДУ

Стаття присвячена дослідженню правового інституту постійного користування земельними ділянками; проаналізована сутність та характер права постійного землекористування, особливості його об'єктного та суб'єктного складу, обсяг правомочностей постійного землекористувача; з'ясовані переваги і недоліки даного правового титулу.

Ключові слова: право постійного землекористування, право власності, об'єкти, суб'єкти, державні та комунальні підприємства.

Постановка проблеми. Згідно з чинним земельним законодавством використання земель здійснюється як власниками земельних ділянок, так і землекористувачами, у тому числі постійними. Право постійного користування земельною ділянкою є усталеним у вітчизняному законодавстві, адже за радянських часів саме воно виступало головною формою використання земельних ресурсів та за своїм характером було повністю публічно-правовим [1, с. 160]. Проведення земельної реформи, перехід до ринкових умов господарювання на землі, законодавче закріплення багатоманітності форм землекористування й розширення можливостей використання землі на підставі права власності та оренди істотно звузили сферу застосування права постійного землекористування.

Втім, дане право в оновленому вигляді закріплено у чинному Земельному кодексі України від 21.10.2001 (далі – ЗК України) й застосовується у сфері регулювання земельних відносин. Правові приписи, присвячені регламентації відносин щодо використання землі, зосереджені у главі 15 ЗК України. Водночас сфера поширення права постійного землекористування істотно обмежена, воно може здійснюватися лише на землях, що належать до державної або комунальної власності, та стосується тільки певної категорії суб'єктів.

Аналіз останніх досліджень. Право постійного користування земельною ділянкою досліджувалося багатьма науковцями у галузі земельного права. Зокрема, воно аналізується у працях А. М. Мірошниченка, О. О. Погрібного, В. І. Семчика, М. В. Шульги та багатьох інших вчених. Водночас окремі аспекти права постійного землекористування залишаються не досить дослідженими, що зумовлює необхідність проведення подальших наукових пошуків у цій сфері.

Формування цілей статті. З огляду на вищезазначене, метою даної статті є подальше дослідження інституту права постійного користування земельною ділянкою. Для досягнення зазначеної **мети** у процесі дослідження передбачається вирішити такі **завдання**: проаналізувати сутність, особливості об'єктного та суб'єктного складу права постійного землекористування, дослідити характер даного права, обсяг правомочностей постійного землекористувача, а також з'ясувати переваги й недоліки зазначеного правового титулу, на підставі чого сформувати пропозиції щодо подальшої трансформації досліджуваного правового інституту.

Виклад основного матеріалу. У юридичній літературі право землекористування традиційно розглядається в різних аспектах – як правовий інститут, суб'єктивне право і правовідносини. Як правовий інститут право землекористування становить систему однорідних правових норм, які регулюють підстави, умови та порядок виникнення, здійснення, зміни та припинення права на використання земельних ресурсів [2, с. 134-135; 3, с. 183; 4, с. 310]. Інститут права землекористування є похідним від інституту права власності на землю; це право може виникати лише за волевиявленням власника, який може передавати користувачеві належне йому право користування як у повному, так і в обмеженому обсязі. При цьому правомочність розпорядження завжди залишається за власниками земельних ділянок [1, с. 141]. У свою чергу, норми інституту права

© О. Літошенко, 2018

землекористування закріплюють особливості суб'єктивного права землекористування. Право землекористування, як суб'єктивне право, становить забезпечену і гарантовану державою правову можливість конкретної особи добувати у встановленому порядку корисні властивості землі [2, с. 134-135; 3, с. 182-183]. Сутність права землекористування як правовідносин, які виникають у процесі використання земельних ресурсів, полягає в тому, що вони включають сукупність прав та обов'язків, пов'язаних зі здійсненням права землекористування [3, с. 183].

Отже, праву землекористування притаманний комплексний характер, що систематизує законодавчі вимоги і, по-перше, об'єднує їх у земельно-правовий інститут, по-друге, охоплює правомочності суб'єктів – користувачів конкретних земельних ділянок, по-третє, регламентує права й обов'язки землекористувачів, які реалізуються у правовідносинах [3, с. 184].

Право землекористування у будь-якому наведеному вище розумінні характеризується певними різновидами. В основу класифікації можуть бути покладені істотні ознаки чи критерії, які відображають спільні та відмінні риси між окремими його видами. Доктринальних класифікацій правових титулів землекористування є досить багато, зокрема, виділяють класифікації за терміном землекористування, за цільовим призначенням земельної ділянки, за суб'єктом права землекористування, за обсягом повноважень користувача, платністю, за кількістю землекористувачів тощо [1, с. 142; 5, с. 223-224].

На відміну від доктринальних класифікацій чинне земельне законодавство передбачає три форми права користування землею, зокрема: право постійного землекористування, право орендного землекористування й право концесійного землекористування, які розрізняються за метою, строком, суб'єктним та об'єктним складом.

Відповідно до ст. 92 ЗК України право постійного користування земельною ділянкою – це право володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку. Незважаючи на те, що зазначене право у законодавстві позначається терміном «землекористування», очевидно, що його зміст включає у себе і право володіння земельною ділянкою, адже не можливо користуватися земельною ділянкою без здійснення володіння.

Спільною рисою права власності на землю і права постійного користування земельною ділянкою є їх безстроковість. Не встановлений заздалегідь строк права постійного землекористування, так само як і права власності, надає сталого характеру постійному землекористуванню та підвищує ступінь стабільності правомочностей землекористувача. У цьому, на думку багатьох науковців, полягає перевага права постійного землекористування перед іншими видами користування земельними ділянками [2, с. 140; 3, с. 193].

Специфічні особливості цього виду землекористування полягають у його обмеженому об'єктному та суб'єктному складі, а також стосуються характеру постійного землекористування. Об'єктами права постійного землекористування виступають земельні ділянки, які надаються з усіх категорій земель державної або комунальної власності, перелік яких визначений у ст. 83 та 84 ЗК України. У зв'язку з цим, як справедливо зазначають дослідники, право постійного землекористування має особливе значення для використання земельних ділянок, які не підлягають передачі у приватну власність через їхню особливу цінність або призначення для забезпечення публічних інтересів [2, с. 140]. Таким чином, через право постійного землекористування наведеними землями забезпечується пріоритет саме публічних інтересів [3, с. 193].

Згідно з ч. 2 ст. 92 ЗК України суб'єктами права постійного землекористування можуть бути:

– підприємства, установи та організації, що належать до державної та комунальної власності;
– громадські організації інвалідів України, їх підприємства (об'єднання), установи та організації;
– релігійні організації України;
– публічне акціонерне товариство залізничного транспорту загального користування;
– заклади освіти незалежно від форми власності;
– співвласники багатоквартирного будинку.

Щодо першої групи суб'єктів, то ними є юридичні особи публічного права у розумінні ст. 81 Цивільного кодексу України від 16.01.2003. Натомість юридичні особи приватного права можуть набувати земельні ділянки на праві приватної власності згідно зі ст. 82 ЗК України. Суб'єктами права постійного землекористування можуть бути державні сільськогосподарські, промислові, будівельні та транспортні підприємства, комунальні житлово-експлуатаційні підприємства, природоохоронні, оздоровчі та наукові установи державної або комунальної власності, лісогосподарські та водогосподарські підприємства, органи державної влади та місцевого самоврядування, які створені та функціонують для виконання завдань публічного характеру.

Водночас, як звертають увагу науковці [6, с. 245], щодо кола потенційних користува-

чів окремими земельними ділянками можуть існувати спеціальні обмеження, наприклад: щодо земельних ділянок водного фонду вони передбачені ст. 59 ЗК України й ст. 85 Водного кодексу України (право постійного землекористування надається державним водогосподарським організаціям); щодо земель лісогосподарського призначення – ст. 57 ЗК України та ст. 17 Лісового кодексу України (право постійного лісокористування надається спеціалізованим державним або комунальним лісогосподарським підприємствам, іншим державним і комунальним підприємствам, установам та організаціям, у яких створено спеціалізовані лісогосподарські підрозділи).

При цьому слід чітко розмежовувати правовий режим земельних ділянок державних і комунальних підприємств, які передаються останнім на праві постійного користування, і правовий режим іншого майна таких суб'єктів, яке закріплюється за ними на праві господарського відання чи оперативного управління, адже згідно зі ст. 4 Господарського кодексу України земельні відносини не є предметом його регулювання, а розмежування відносин у сфері господарювання й інших видів відносин має суттєве значення для правильного застосування положень нормативно-правових актів [7, с. 9].

На думку О. О. Погрібного, юридичне значення права постійного землекористування полягає в тому, що воно виключає можливість виникнення так званої «подвійної» власності держави або територіальних громад та їх підприємств, установ і організацій [2, с. 140]. Власником майна державних чи комунальних підприємств, установ, організацій залишається держава або територіальна громада, адже ще за часів римського права утвердився постулат: у однієї речі може бути лише один власник [8, с. 102-111]. Як зазначає В. С. Щербина, обсяг повноважень державного підприємства щодо державного майна у будь-якому разі має бути тією чи іншою мірою меншим, ніж у держави-власника, адже встановлення державному підприємству обсягу повноважень, належних державі як власнику, фактично означало би втрату державою контролю над своєю власністю, а можливо, і втрату самого права власності на ввірене підприємству майно [9, с. 260-261].

Іншу позицію займає А. М. Мірошниченко, адже чинний ЗК України хоч і не передбачає можливості для державних і комунальних підприємств володіти земельними ділянками на праві власності, відсутня також і пряма заборона, тому, на думку вченого, набуття земельних ділянок у власність відповідно до закону (цивільного законодавство про правочини) можливе [6, с. 222-223].

Громадські організації інвалідів України, їх підприємства (об'єднання), установи та організації забезпечують створення необхідних умов, які дають можливість інвалідам ефективно реалізувати права та свободи людини і громадянина та вести повноцінний спосіб життя згідно з індивідуальними можливостями, здібностями та інтересами [10, с. 186]. Вони є неприбутковими організаціями та призначені для виконання соціальних функцій, що зумовило включення їх до суб'єктів права постійного землекористування. Загальні засади діяльності громадських організацій інвалідів передбачені законами України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» й «Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні».

Щодо набуття релігійними організаціями України права постійного користування земельними ділянками законодавцем встановлені чіткі вимоги, а саме: статути (положення) релігійних організацій повинні бути зареєстровані у встановленому ст. 14 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» порядку, а земельна ділянка надаватися у постійне користування виключно для будівництва й обслуговування культових та інших будівель, необхідних для забезпечення їхньої діяльності.

Відповідно до Закону України «Про особливості утворення публічного акціонерного товариства залізничного транспорту загального користування» дане товариство також визнається суб'єктом права постійного користування земельними ділянками із земель державної та комунальної власності. При цьому специфіка правового статусу останнього полягає у тому, що право постійного користування земельними ділянками може вноситися державою до його статутного капіталу.

На підставі Закону України «Про вищу освіту» суб'єктами права постійного землекористування були визнані вищі навчальні заклади незалежно від форм власності, а згодом відповідно до Закону України «Про освіту» дане положення було поширене на всі заклади освіти незалежно від їх форм власності.

Останньою, передбаченою чинним ЗК України, групою суб'єктів права постійного користування земельними ділянками виступають співвласники багатоквартирного будинку з метою його обслуговування. Проте слід зазначити, що вони матимуть змогу реалізувати зазначене право лише після створення й державної реєстрації юридичної особи – об'єднання співвласників багатоквартирного будинку на підставі Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку».

Крім того, як справедливо зазначають дослідники [1, с. 160; 6, с. 244], наразі зберігається право постійного землекористування інших суб'єктів, що виникло на підставі попереднього земельного законодавства до набрання чинності ЗК України від 25.10.2001, адже вимога щодо переоформлення такими суб'єктами права постійного користування на право власності або право оренди, встановлена п. 6 розділу X «Перехідні положення» ЗК України, визнана рішенням Конституційного Суду України неконституційною (рішення Конституційного Суду України № 5-рп/2005 від 22.09.2005), оскільки зазначений обов'язок не передбачав відповідного законодавчого, організаційного та фінансового забезпечення. За оціночними даними, у постійному користуванні фізичних та юридичних осіб, які згідно зі ст. 92 ЗК України не належать до суб'єктів права постійного землекористування, перебуває 1,5 млн га сільськогосподарських угідь [11].

Також, на думку А. М. Мірошниченка, можливе набуття права постійного землекористування суб'єктами, не передбаченими ст. 92 ЗК України, у разі придбання будівлі або споруди у суб'єкта права постійного землекористування [6, с. 244].

Згідно зі ст. 123 ЗК України надання земельних ділянок у постійне користування здійснюється на підставі рішень органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування за проектами землеустрою щодо відведення таких ділянок; повноваження вищеназваних органів у зазначеній сфері визначені ст. 122 ЗК України. Договірні засади набуття цього права вважаються неприйнятними [1, с. 163; 2, с. 141]. Моментом виникнення права постійного землекористування є момент реєстрації відповідного державного акта на право постійного користування земельною ділянкою відповідно до положень ст. 125, 126 ЗК України та закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень».

Припинення права постійного землекористування здійснюється за підставами, передбаченими ст. 141, 144, 149 ЗК України, та в порядку, передбаченому законом, а земельними ділянками, віднесеними законом до особливо цінних, – у порядку, передбаченому ст. 150 ЗК України, за погодженням з Верховною Радою України.

Водночас експерти звертають увагу, що право постійного користування земельною ділянкою у значній кількості випадків не оформлене належним чином відповідно до вимог чинного законодавства України, що унеможливлює здійснення контролю за ефективним використанням відповідних земельних ділянок [11].

Слід зазначити, що суб'єкти права постійного землекористування поставлені у несприятливі умови під час здійснення господарської діяльності, оскільки на відміну від суб'єктів, що використовують майно на праві власності чи на праві господарського відання (згідно зі ст. 4 Господарського кодексу України земельні ділянки на праві господарського відання не використовуються), вони позбавлені можливості розпоряджатися своїми ділянками, що, на слушну думку науковців та експертів [5, с. 225], робить його набагато менш привабливим для суб'єктів господарювання й спонукає останніх укладати «сірі» договори про спільний обробіток землі, спільну діяльність тощо, які по суті є прихованими договорами про оренду або відчуження земель [5, с. 225; 11]. З цієї ж причини існування права постійного користування земельними ділянками оцінюється виключно негативно [6, с. 245].

До того ж, як зазначається у спеціальній літературі, збереження права постійного користування земельними ділянками з обмеженим суб'єктним складом суперечить обов'язкам України з адаптації національного законодавства до законодавства Європейського Союзу, адже з позиції законодавства ЄС про конкуренцію (ст. 86.1 Угоди про заснування ЄС) надання права постійного користування розглядається як державна допомога, яка допускається в обмежених випадках для досягнення певної мети [12, с. 69]. Проте в Україні надання земельних ділянок у постійне користування ніяким чином не прив'язується до конкретної мети, а залежить лише від організаційно-правової форми суб'єкта.

Висновки.

У результаті проведеного дослідження встановлено, що сучасне право постійного користування земельною ділянкою сформувалося на підґрунті права безстрокового землекористування радянського періоду. При цьому інститут права постійного землекористування зазнав істотної трансформації й набув оновленого змісту. Відмітною рисою цього виду землекористування є обмежений суб'єктний та об'єктний склад, а також специфічний характер постійного землекористування. Відповідно до чинного ЗК України сфера поширення постійного землекористування суттєво обмежена. По-перше, це право може здійснюватися лише на земельних ділянках державної або комунальної форми власності та, по-друге, воно поширюється лише певної, чітко визначеної категорії суб'єктів.

З огляду на вищевикладене, звертається увага на низку практичних недоліків права постійного землекористування [5, с. 225-226; 6, с. 245; 11], внаслідок чого його існування в сучасних умовах оцінюється виключно негативно [6, с. 245], що виступає підґрунтям для пропозицій щодо модернізації даного інституту [11] або відмови від нього [6, с. 245].

Крім того, існування права постійного користування земельними ділянками суперечить законодавству ЄС про конкуренцію [12, с. 69], що можна розглядати як додаткову підставу для глибокої й докорінної трансформації досліджуваного правового інституту.

Список використаних джерел:

1. Шульга М. В., Багай Н. О., Гордєєв В. І. Земельне право : підручник. Харків : Право, 2014. 520 с.
2. Погрібний О. О., Каракаш І. І. Земельне право України : підручник. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ : Істина, 2009. 600 с.
3. Семчик В. І., Кулинич П. Ф., Шульга М. В. Земельне право України : підруч. для студ. юрид. спец. внз. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2008. 600 с.
4. Семчик В. І. Земельний кодекс України : науково-практичний коментар. Київ : Видавничий дім «Ін Юре»», 2004. 748 с.
5. Мірошниченко А. М. Земельне право України : підручник. 2-ге видання, допов. і перероб. Київ : ЦУЛ, 2011. 678 с.
6. Мірошниченко А. М., Марусенко Р. І. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. Київ : ЦУЛ, 2011. 516 с.
7. Грудницька С. М. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України. Київ : ЦУЛ, 2016. 488 с.
8. Підопригора О. А. Основи римського приватного права. Київ : Вища школа, 1995. 264 с.
9. Щербина В. С. Актуальні проблеми господарського права. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 528 с.
10. Гиренко І. В. Земельний кодекс України. Науково-практичний коментар. Київ : Видавничий дім «Професіонал», 2018. 688 с.
11. Федун А. Право постійного користування землями: між минулим та майбутнім. AgroPortal : веб-сайт. URL : http://agroportal.ua/ua/views/blogs/pravo-postoyannogo-polzovaniya-zemlyami-mezhdu-proshlym-i-budushchim/# (дата звернення 28.09.2018).
12. Шляхи підвищення ефективності управління земельними ресурсами міст України. Київ : ІРЦ «Реформування земельних відносин в Україні», 2005. 336 с.

Статья посвящена исследованию правового института постоянного пользования земельными участками; проанализированы сущность и характер права постоянного землепользования, особенности его объектного и субъектного состава, объем правомочностей постоянного землепользователя; выяснены преимущества и недостатки данного правового титула.

Ключевые слова: право постоянного землепользования, право собственности, объекты, субъекты, государственные и коммунальные предприятия.

The article researches into the legal institute of permanent use of land plots, analyses the essence and character of the right of permanent land use, the features of its objects and subjects, the scope of rights of the permanent land user, finds out the advantages and disadvantages of this title.

Key words: right of permanent land use, ownership, objects, subjects, state and municipal enterprises.

УДК 340:504

Христина Марич,
канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права та процесу
Інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

МЕТА ТА ЗАВДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОЛОГІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена дослідженню адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки, що є частиною загального правового механізму. Адміністративно-правовий механізм є важливою гарантією забезпечення екологічної безпеки в Україні. У статті проаналізовано теоретичні підходи та правові норми щодо поліпшення екологічної ситуації і підвищення рівня екологічної безпеки за допомогою адміністративно-правового механізму. Автором визначено основну мету адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки, а також розкрито завдання адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки.

Ключові слова: екологічна безпека, забезпечення екологічної безпеки, адміністративно-правове забезпечення, адміністративно-правовий механізм, мета, завдання.

Постановка проблеми. Сьогодні людство переживає глибоку екологічну кризу, що стала наслідком багаторічного безвідповідального ставлення до охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання природних ресурсів, забезпечення екологічної безпеки. В Україні такі триваючі десятиріччями процеси, як прискорений розвиток загрозливих для екології галузей про¬мислового виробництва, використання у виробництві та сільському господарстві шкідливих речовин і небезпечних технологій, нагромадження у значних обсягах небезпечних відходів, є причиною того, що як на локальному, так і глобальному рівні стан довкілля продовжує невпинно погіршуватись, що, своєю чергою, призводить до погіршення стану здоров'я людей, зменшення народжуваності та збільшення смертності. Відповідно, вирішення проблеми забезпечення екологічної безпеки та підтримання екологічної рівноваги на території України, як і проблем, пов'язаних з іншими видами безпеки, є умовою виживання людства. Досягнувши ж високого рівня науково-технічного розвитку, людство повинно подбати про пошук шляхів вирішення життєво важливої проблеми збереження навколишнього природного середовища, зокрема, і через розроблення ефективного правового механізму забезпечення екологічної безпеки.

Аналіз останніх досліджень. Питання механізму правового регулювання досліджували С. С. Алексєєв, О. М. Бандурка, А. П. Головін, І. П. Голосніченко, В. М. Горшеньов, В. М. Корельський, В. К. Колпаков, В. В. Копєйчиков, М. І. Матузов, О. В. Малько, О. Ф. Скакун, Ю. А. Тихомиров та інші науковці. Дослідженню проблем забезпечення екологічної безпеки значну увагу приділяли В. І. Андрейцев, А. Г. Бобкова, А. П. Гетьман, В. М. Комарницький, В. В. Костицький, В. А. Лазаренко, М. В. Шульга, Ю. С. Шемшученко тощо. Праці цих вчених мають велике значення для подальшого вивчення сфери правового забезпечення екологічної безпеки, зокрема і комплексного дослідження питання адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки.

Постановка завдання. Визначити основну мету та завдання адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до ст. 50 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25 червня 1991 р., екологічна безпека – такий стан навколишнього природного середовища, при якому забезпечується попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей. Гарантується ж екологічна безпека через здійснення широкого комплексу взаємопов'язаних заходів [1]. Забезпечення належного рівня екологічної безпеки передбачає наявність дієвого механізму.

У науковій літературі під механізмом забезпечення екологічної безпеки зазвичай

© Х. Марич, 2018

розуміють комплекс взаємопов'язаних державних засобів, спрямованих на досягнення екологічної безпеки шляхом регулювання й контролю діяльності суб'єктів екологічних відносин за допомогою групи механізмів прийняття державноуправлінських рішень у сфері екологічної безпеки держави [2, с. 3]; комплекс правових засобів, спрямованих на досягнення екологічної безпеки шляхом державного регулювання і контролю діяльності суб'єктів екологічних правовідносин за допомогою відповідних екологічних норм [3, с. 92].

Частиною загального правового механізму і важливою гарантією забезпечення екологічної безпеки в Україні є адміністративно-правовий механізм.

Так, В. М. Комарницький, Р. Ф. Сабіров вважають, що під механізмом адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки можна розуміти цілісну систему правових заходів, за допомогою яких здійснюється нормативне впорядкування організації й функціонування об'єктів управління, вплив на суспільні відносини у сфері забезпечення екологічної безпеки для виконання суб'єктами встановлених обов'язків щодо охорони навколишнього середовища, захисту екологічних прав і свобод громадян в умовах дії спеціальних адміністративно-правових режимів [4, с. 182].

Саме через специфічні заходи, засоби, форми, методи адміністративно-правового характеру і забезпечується дієвість адміністративно-правового механізму, спрямованого на підвищення рівня екологічної безпеки, рівня, за якого якісний стан навколишнього природного середовища стабілізується і поліпшується.

Зокрема, в Законі України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21 грудня 2010 р. [5] поліпшення екологічної ситуації та підвищення рівня екологічної безпеки визначено як стратегічну ціль – ціль 2, на досягнення якої спрямована національна екологічна політика. При цьому в Законі України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» окремо визначено стратегічну ціль – ціль 3 – досягнення безпечного для здоров'я людини стану навколишнього природного середовища. Однак цілі 2 і 3 є взаємопов'язаними, оскільки стан навколишнього природного середовища, безпечного для здоров'я людини, і є станом екологічної безпеки.

Тому метою адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки є створення такої системи адміністративно-правових заходів, через здійснення яких відбувається оздоровлення довкілля – усувається або ж зменшується вплив факторів забруднення на навколишнє середовище і досягається стан екологічно безпечного навколишнього природного середовища для життя та здоров'я людей.

При цьому мета є лише передумовою будь-якої діяльності, необхідною для її здійснення. Для досягнення мети має бути розв'язано низку завдань.

Так, В. А. Лазаренко серед основних завдань адміністративно-правового регулювання екологічної безпеки називає: 1) створення необхідного підґрунтя для розвитку, стимулювання, покращення стану екологічної безпеки в Україні шляхом удосконалення чинного законодавства; 2) створення ефективної системи суб'єктів та заходів адміністративно-правового регулювання екологічної безпеки; 3) забезпечення ефективних заходів запобігання негативному впливу антропогенної діяльності на стан навколишнього природного середовища та здоров'я людей, а також оцінка ступеня екологічної безпеки господарської діяльності та екологічної ситуації на окремих територіях і об'єктах; 4) запобігання виникненню надзвичайних ситуацій екологічного, техногенного характеру та ефективна ліквідація їх наслідків і т. ін. [6, с. 11].

Відповідно до Закону України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21 грудня 2010 р. [5] завданнями, через які досягаються цілі 1 і 2, є: зменшення обсягу викидів загальнопоширених забруднюючих речовин; розроблення та виконання плану заходів щодо зменшення рівня забруднення внутрішніх морських вод і територіального моря; забезпечення повного врахування природоохоронних вимог у процесі відведення земель для розміщення об'єктів промисловості, будівництва, енергетики, транспорту і зв'язку та під час вирішення питань щодо вилучення (викупу), надання, зміни цільового призначення земельних ділянок; забезпечення максимально повного використання видобутих корисних копалин, мінімізації відходів при їх видобутку та переробці; підвищення ефективності функціонування державної системи координації діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування із запобігання виникненню надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру та підвищення оперативності реагування у разі їх виникнення; проведення постійно діючого радіоекологічного моніторингу під час виконання робіт із зняття з експлуатації Чорнобильської АЕС

та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну систему; запровадження новітніх технологій утилізації твердих побутових відходів; запобігання порушенням санітарно-гігієнічних вимог до якості повітря в населених пунктах (з кількістю населення не менш як 250 тисяч осіб) шляхом створення та удосконалення систем автоматичного моніторингу та посилення екологічного контролю за якістю повітря; підготовка державної цільової програми проведення оцінки та запобігання ризикам здоров'ю населення України від чинників навколишнього природного середовища, що передбачає застосування методології оцінки ризику; запровадження керованого управління екологічним ризиком (включаючи випадки надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру); посилення державного екологічного контролю за дотриманням законодавства у процесі розміщення, будівництва, експлуатації нових і реконструкції існуючих промислових підприємств та інших об'єктів на підставі оцінки ризику для здоров'я населення; розвиток нормативно-правової бази з екологічного страхування, що ґрунтуватиметься на визначенні питань щодо шкоди, яка може бути заподіяна здоров'ю населення; розвиток державної системи моніторингу навколишнього природного середовища шляхом її модернізації, посилення координації діяльності суб'єктів моніторингу та вдосконалення систем управління даними як основи для прийняття управлінських рішень тощо.

Зміст адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки, з одного боку, охоплює систему адміністративно-правових гарантій застосування державно-правових, екологічних, організаційних, технічних та інших заходів у сфері екологічної безпеки, в тому числі інституційних адміністративно-правових засобів впливу у сфері попередження погіршення екологічної обстановки та виникнення небезпеки для здоров'я людей, припинення екологічних правопорушень у цій сфері; а з іншого – їх реалізацію як цілеспрямований вплив органів публічного управління та інших суб'єктів на суспільні відносини у сфері екологічної безпеки [7, с. 166].

Забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України є не лише стратегічною ціллю, але й обов'язком держави. А особливістю адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки є і те, що застосування засобів адміністративно-правового характеру є прерогативою владних органів. Відповідно, досягненню мети адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки буде сприяти і вирішення тих завдань, що визначені в рамках адміністративної реформи, зокрема формування ефективної організації влади як на центральному, так і на місцевому рівнях управління, формування сучасної системи місцевого самоврядування, запровадження нової ідеології функціонування виконавчої влади і місцевого самоврядування як діяльності щодо забезпечення реалізації прав і свобод громадян. Адже метою адміністративної реформи є також формування системи державного управління, яка стане близькою до потреб і запитів людей, а головним пріоритетом її діяльності буде служіння народові, національним інтересам [8].

Отже, завданнями механізму адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки є:

– упорядкування суспільних відносин у сфері забезпечення екологічної безпеки в тому числі і через створення та вдосконалення відповідної нормативно-правової бази;

– розроблення основних засад (стратегії) державної політики, програм, планів з питань сталого розвитку, зміни клімату, формування екомережі, захисту територій і населення від надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру тощо;

– впровадження нових та вдосконалення наявних інструментів забезпечення екологічної безпеки;

– забезпечення ефективного попередження і здійснення контрольно-наглядової діяльності за шкідливими для довкілля і здоров'я чинниками;

– вдосконалення системи запобіжних заходів та забезпечення здійснення комплексу заходів реагування на надзвичайні ситуації техногенного і природного характеру;

– вдосконалення системи інформування населення про екологічні ризики;

– формування нових фінансово-економічних основ забезпечення екологічної безпеки;

– створення умов для реалізації кадрового, матеріально-технічного, інформаційного напряму діяльності суб'єктів відносин у сфері забезпечення екологічної безпеки.

При цьому, як правило, формування завдань механізму адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки відбувається з урахуванням того, що їх подальша реалізація є прерогативою державних органів. Адже згідно з Конституцією України забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України є обов'язком держави. Однак для досягнення кінцевої цілі – забезпечення стану екологічно безпечного навколишнього природного

середовища для життя та здоров'я людей – необхідна максимальна участь громадськості в адміністративно-правовому забезпеченні екологічної безпеки. Адже адміністративно-правовий механізм забезпечення екологічної безпеки включає як діяльність державних структур, так і діяльність громадянських інституцій, взаємопов'язаних орієнтацією на єдину ціль, але властивими їм методами та способами. Тому ще одним важливим завданням адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки є залучення громадськості та розширення її участі у вирішенні проблем забезпечення екологічної безпеки.

Висновки.

Реалізація адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки здійснюється за допомогою адміністративно-правового механізму. Метою адміністративно-правового механізму забезпечення екологічної безпеки є створення такої системи адміністративно-правових заходів, через здійснення яких відбувається оздоровлення довкілля – усувається або ж зменшується вплив факторів забруднення на навколишнє середовище і досягається стан екологічно безпечного навколишнього природного середовища для життя та здоров'я людей. Мета ж реалізується через завдання та функції, а через специфічні заходи, засоби, форми, методи адміністративно-правового характеру забезпечується дієвість адміністративно-правового механізму, що стане предметом подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 № 1264-XII. Відомості Верховної Ради. 1991. № 41. Ст. 546.

2. Омаров А. Е. Управлінські механізми державної політики забезпечення екологічної безпеки. Теорія та практика державного управління. 2016. 3(54). С. 1-7.

3. Борщевська О. Правове забезпечення екологічної безпеки під час здійснення морських перевезень. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 6. С. 91-95.

4. Комарницький В. М. Механізм адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки: поняття та складові. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2015. Вип. 1. С. 179-188.

5. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року : Закон України від 21.12.2010 № 2818-VI. Відомості Верховної Ради. 2011. № 26. Ст. 218.

6. Лазаренко В. А. Адміністративно-правове регулювання екологічної безпеки в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. К., 2010. 22 с.

7. Личенко І. Поняття та ознаки адміністративно-правового забезпечення екологічної безпеки в Україні. Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Львів : Видавництво Львівської політехніки, 2017. № 876. С. 163-169.

8. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22.07.1998 № 810/98 (дата оновлення: 28.05.2006). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98 (дата звернення: 30.09.2018).

Статья посвящена исследованию административно-правового механизма обеспечения экологической безопасности, что является частью общего правового механизма. Административно-правовой механизм является важной гарантией обеспечения экологической безопасности в Украине. В статье проанализированы теоретические подходы и правовые нормы по улучшению экологической ситуации и повышению уровня экологической безопасности с помощью административно-правового механизма. Автором определена основная цель административно-правового механизма обеспечения экологической безопасности, а также раскрыты задачи административно-правового механизма обеспечения экологической безопасности.

Ключевые слова: экологическая безопасность, обеспечение экологической безопасности, административно-правовое обеспечение, административно-правовой механизм, цель, задачи.

The article is focused on the administrative and legal mechanism for environmental safety providing in Ukraine as a part of the general legal mechanism. The administrative and legal mechanism is an important guarantee of environmental safety in Ukraine. The article analyzes theoretical approaches and legal norms for ecological situation improving and ecological safety raising by the administrative-legal mechanism. The author has defined the main objective and task of the administrative and legal mechanism for environmental safety providing.

Key words: ecological safety, provision of ecological safety, administrative and legal support, administrative-legal mechanism, purpose, task.

УДК 351.7461:343.102-043,5

Вячеслав Білецький,
канд. наук з держ. упр.,
професор кафедри спеціальних дисциплін
Національної академії Державної прикордонної служби України
імені Богдана Хмельницького

ВЗАЄМОДІЯ ОПЕРАТИВНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ ІНШИХ ОРГАНІВ НА ТЕРИТОРІЇ ПРОВЕДЕННЯ ОПЕРАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ СИЛ

У статті досліджені особливості взаємодії оперативних підрозділів Державної прикордонної служби України з оперативними підрозділами інших суб'єктів взаємодії, які виконують завдання на території проведення операції Об'єднаних сил. Визначено, що взаємодія оперативних підрозділів здійснюється за напрямами, які зумовлені конкретними завданнями цих підрозділів, та є їх обов'язком.

Ключові слова: взаємодія, оперативні підрозділи, Державна прикордонна служба України, операція Об'єднаних сил.

Постановка проблеми. Злагоджена робота всіх механізмів держави, які доречно порівнює з годинниковим механізмом О. Ф. Скакун [1], сприяє досягненню загального результату – гармонійного розвитку людини, суспільства й держави. Якщо взяти до уваги загальну діяльність правоохоронних органів держави, то це є надійний рівень законності та правопорядку, які є складником загального підсумку функціонування держави. В умовах необхідності забезпечення національної безпеки та відсічі збройній агресії Російської Федерації у Донецькій і Луганській областях питання спільного злагодженого функціонування Збройних Сил України, Державної прикордонної служби України (далі – ДПСУ), Національної гвардії України та інших правоохоронних органів набувають найбільшої актуальності. Важливим ефективним складником підтримання миру та врегулювання конфлікту, який став наслідком ведення Російською Федерацією проти України нового виду війни – «гібридної», стала оперативно-розшукова діяльність як складова частина оперативно-службової діяльності ДПСУ. Діяльність оперативно-розшукових підрозділів ДПСУ на східних ділянках, де-факто державному кордоні, спрямована на боротьбу з тероризмом, припинення діяльності незаконних воєнізованих або збройних формувань, організованих злочинних груп тощо. У результаті проведення оперативно-розшукових заходів надходить інформація про діяльність протиправних груп, установлюються причетні до діяльності незаконних збройних формувань, вилучається зброя, боєприпаси, вибухові речовини, гранати тощо, що сприяє виявленню та припиненню злочинної діяльності на лінії розмежування тимчасово окупованих територій. Така діяльність є найбільш ефективною та результативною за умови взаємодії усіх оперативних підрозділів, що задіяні в операції Об'єднаних сил (далі – ООС).

Необхідність зосередженості спільних зусиль взаємодіючих органів на реалізації оперативно-розшукової діяльності на лінії розмежування на території проведення ООС підсилюється такими факторами, як:

– відсутність контролю за окремими ділянками державного кордону в межах окремих районів Луганської і Донецької областей;

– збереження високого рівня терористичної загрози насамперед на лінії розмежування на території проведення ООС;

– продовження спроб проникнення на контрольовану територію України осіб, причетних до діяльності незаконних збройних формувань, з метою дестабілізації обстановки та проведення провокаційних дій і терористичних актів в Україні;

– продовження переміщення на територію окремих районів Донецької та Луганської областей гуманітарних вантажів від міжнародних і українських благодійних організацій та подальших спроб незаконного переміщення товарів через лінію зіткнення на території проведення ООС.

Аналіз останніх досліджень. Взаємодія оперативних підрозділів у протидії злочин-

© В. Білецький, 2018

ній діяльності досліджена О. Бандурком, Р. Грень, В. Грохольським, Л. Гулою, Є. Дідоренком, Я. Кондратьєвим, О. Суворовим, О. Яковлевим та багатьма іншими. Питанням взаємодії під час проведення АТО (сьогодні – ООС) присвячені наукові праці В. Батчаєва, С. А. Гаркуші, Д. Ю. Гулеватого, В. Назаренка, В. Серватюка тошо. Аналіз зазначених праць дозволив виявити відсутність наукового опрацювання питань взаємодії оперативних підрозділів на території проведення ООС. Тому **мета нашого дослідження** – з'ясувати особливості взаємодії оперативних підрозділів ДПСУ з оперативними підрозділами інших суб'єктів, що діють на території проведення ООС.

Виклад основного матеріалу. Завданням оперативно-розшукової діяльності як специфічного виду державної діяльності є пошук і фіксація фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, розвідувально-підривну діяльність спеціальних служб іноземних держав та організацій з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави [2, ст. 1]. Тому метою взаємодії в ході оперативно-розшукової діяльності вважають здійснення заходів, спрямованих на максимальне об'єднання сил, засобів, методів, інших наявних ресурсів оперативних підрозділів у боротьбі зі злочинністю. При цьому повинно бути досягнуте правильне використання в ході кримінального провадження процесуальних і оперативно-розшукових функцій, досягнення таким шляхом найбільшого ефекту під час реалізації вищезазначених завдань як ОРД зокрема, так і кримінального судочинства України взагалі [3, с. 298].

Необхідність взаємодії оперативних підрозділів правоохоронних органів, зазначає Р. Р. Грень, зумовлюється і недостатнім власним інформаційно-аналітичним забезпеченням у протидії злочинам, а також потребою використання сил і засобів інших підрозділів правоохоронних органів та міжнародних організацій [4, с. 99]. Ситуація на сході нашої країни показала, що контролювати, стабілізувати та подолати її можливо лише спільними зусиллями не тільки правоохоронних органів і всіх державних структур, але й усіх громадян (волонтерського руху). Саме тому взаємодія оперативних підрозділів за таких умов повинна бути найбільш чіткою та деталізованою в умовах наявної реальної загрози життю громадян, представників правоохоронних та інших державних органів і загалом національній безпеці держави.

Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» покладає на підрозділи, які реалізують оперативно-розшукову діяльність, обов'язок здійснювати взаємодію між собою та з іншими правоохоронними органами, в тому числі відповідними органами іноземних держав та міжнародних антитерористичних організацій, з метою швидкого й повного попередження, виявлення та припинення злочинів [2, п. 5 ст. 7]. Виходячи з норми цієї статті, можна окреслити коло суб'єктів взаємодії в ході проведення оперативно-розшукової діяльності в інтересах охорони державного кордону у складі Об'єднаних сил, а саме: відбувається взаємодія між оперативно-розшуковими підрозділами ДПСУ; оперативних підрозділів ДПСУ з оперативними підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, інших органів, зазначених у статті 5 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»: Національної поліції, Державного бюро розслідувань, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, управління державної охорони, органів доходів і зборів, слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, розвідувального органу Міністерства оборони України [2, ст. 5].

Вимога про взаємодію закріплена нормативно в урядових документах із розвитку ДПСУ, що враховують досвід оперативно-розшукової діяльності в охороні державного кордону та реальну потребу співробітництва у цій сфері з іншими органами держави:

– забезпечення співпраці контрольних органів, здійснення спільних оперативно-профілактичних заходів щодо протидії організованій злочинності та правопорушенням на державному кордоні [5];

– створення дієвого механізму оперативного співробітництва з правоохоронними органами на національному та міжнародному рівні, зокрема у сфері обміну інформацією, проведення спільних оперативних заходів [6].

Є значна кількість відомчих (міжвідомчих) наказів, що врегульовують порядок спільної діяльності (за різних умов) взаємодіючих у сфері охорони державного кордону органів та підрозділів, але діяльність оперативних підрозділів ДПСУ має вузьке спрямування, що зумовлене покладеним на них завданням – веденням оперативно-розшукової діяльності в інтересах забезпечення захисту державного кордону України [7, ч. 1 ст. 2].

Взаємодія оперативних підрозділів ДПСУ здійснюється за напрямами, що зумовлені конкретними завданнями цих підрозділів:

– здійсненням слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора;

– пошуком і фіксацією фактичних даних про протиправні діяння окремих осіб та груп, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, з метою припинення правопорушень та в інтересах кримінального судочинства, а також отриманням інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави [8, п. 3].

Обов'язковими складниками, через які проявляється взаємодія у досліджуваній сфері, є: нормативно-правові акти, що врегульовують взаємодію (визначають повноваження суб'єктів взаємодії, мету, способи, форми спільних дій та їхні функції); правові відносини між суб'єктами взаємодії (безпосередня реалізація прав і обов'язків учасників взаємодії, а саме врегульована, узгоджена поведінка окремих суб'єктів у спільних діях на території проведення операції об'єднаних сил); акти застосування норм права, що врегульовують досліджувану взаємодію (конкретизація відносин спільної діяльності, наприклад, у планах взаємодії щодо порядку інформування та обміну інформації).

Незважаючи на досить широке застосування терміна «взаємодія», натепер немає загальноприйнятого його визначення. Хоча в законодавстві не розкрито зміст терміна «взаємодія», він широко використовується і в теорії, і на практиці, оскільки вдало відображає характер спільних зусиль різних органів у вирішенні завдань, що стоять перед ними, як власних, так і спільних [9, с. 53]. Якщо в Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» термін «взаємодія» використовується, то в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України взагалі не згадується. Цими законами керуються під час здійснення оперативно-розшукової діяльності.

Є. В. Жилін розглядає взаємодію як форму взаємозв'язку між окремими взаємодоповнюючими елементами відкритої системи, де відбувається процес обміну соціальними діями або більше суб'єктами [10, с. 36].

На думку І. В. Потайчука, взаємодія – це спільна взаємна діяльність двох сторін, яка здійснюється за допомогою взаємної підтримки [11, с. 2].

Ю. С. Назар розуміє взаємодію як динамічне явище, яке здійснюється на підставі певної діяльності суб'єктів за загальними законами діалектики, але також і явище, що зумовлює створення і розвиток нової впорядкованої якості (певної структурної одиниці) системи, узгодження якої із соціально бажаним станом є метою соціального управління. Саме взаємодія є основним фактором побудови структури, тим інтегруючим началом, за допомогою якого здійснюється об'єднання елементів у певний тип цілісності [12, с. 9].

Взаємодія – заснована на нормативних актах, взаємозалежна, погоджена за місцем і часом діяльність декількох її суб'єктів, спрямована на виконання загального завдання зміцнення законності та правопорядку у боротьбі зі злочинністю; обмін результатами діяльності, у процесі якої важливо не тільки здійснити обмін інформацією, а й організувати обмін діями, спланувати загальну діяльність [13, с. 10].

Дослідивши взаємодію Національної поліції України з іншими суб'єктами публічної адміністрації в зоні проведення антитерористичної операції, К. Яровий підкреслює, що вона завжди була важливою складовою частиною ефективної роботи з проведення спільних заходів, спрямованих на мінімізацію криміногенної ситуації в регіоні, профілактику адміністративних проступків, інших заходів, спрямованих на підвищення ефективності боротьби зі злочинністю й тероризмом [14, с. 125].

З погляду теорії оперативно-розшукової діяльності під взаємодією підрозділів оперативної служби з іншими підрозділами органів внутрішніх справ О. М. Бандурка розуміє основану на вимогах законодавства діяльність оперативних підрозділів, що забезпечує узгодженість і своєчасність проведення візуального спостереження з метою отримання та фіксації оперативної інформації щодо забезпечення розкриття, попередження злочинів, відшкодування матеріальних збитків, спричинених злочинними діями підозрюваних та обвинувачених, а також для виявлення та затримання осіб, які переховуються від слідства та суду [15, с. 25].

Проаналізовані наукові тлумачення щодо з'ясування сутності терміна «взаємодія» різняться переважно формою та суб'єктивним підходом кожного науковця з урахуванням специфіки сфери, у якій досліджена взаємодія. Разом із тим є і загальні риси, які характеризують та зумовлюють сутність взаємодії у досліджуваній сфері, – це спільні узгоджені за часом, місцем і способом дії оперативно-розшукових підрозділів з метою пошуку та фіксації інформації про злочинну діяльність та отримання інформації в інтересах безпеки громадян, суспільства і держави на території проведення ООС для прискорення її завершення та встановлення миру.

Висновки.

Як підсумок проведеного дослідження можна зазначити, що для взаємодії оперативних підрозділів ДПСУ з оперативними підрозділами інших органів на території проведення ООС характерне:

– тісний взаємозв'язок між оперативними підрозділами на території проведення ООС;

– реалізація в умовах виконання заходів із забезпечення національної безпеки, відсічі збройної агресії Російської Федерації у Донецькій і Луганській областях;

– чітка узгодженість дій взаємодіючих оперативних підрозділів зі своєчасним обміном інформацією;

– рішення про взаємодію приймається на підставі збалансованого поєднання норм законодавства, наказів Командувача Об'єднаних Сил, рішень вищого керівництва за підпорядкуванням та реальної обстановки;

– виявлення ознак злочинної діяльності, особливо пов'язаної з посяганням на державний суверенітет України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях;

– отримання більш якісних результатів, ніж результати оперативно-розшукової діяльності окремого суб'єкта.

Зміна ситуації на території проведення ОСС від стабілізації до звільнення території від окупантів та захисту територіальної цілісності України потребує вдосконалення форм і способів взаємодії оперативних підрозділів силових і правоохоронних органів, які залучені до ОСС, що може бути розглянуто у подальших наукових дослідженнях.

Список використаних джерел:

1. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. Харків: Алерта: 2001. 656 с. URL: http://politics.ellib.org.ua/pages-1570.html

2. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992. № 2135-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 22. Ст. 303.

3. Основи оперативно-розшукової діяльності : навч. посіб. / Анциферов О. Ю. та ін.; за ред. С. М. Гусарова. Харків : ХНУВС: Золота миля, 2015. 311 с.

4. Грень Р. Р. Взаємодія оперативних підрозділів правоохоронних органів України у протидії злочинам у сфері обігу наркотичних засобів. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2016. Вип. 38(2). С. 99–102.

5. Про схвалення Концепції інтегрованого управління кордонами : розпорядження Кабінету Міністрів України від 28.10.2015. № 1149-р. Урядовий кур'єр. 2015. № 210.

6. Про схвалення Стратегії розвитку Державної прикордонної служби : розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015. № 1189-р. Урядовий кур'єр. 2015. № 220.

7. Про Державну прикордонну службу України : Закон України від 3.04.2003. № 661-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 27. Ст. 208.

8. Про затвердження Положення про оперативно-розшуковий відділ органу охорони державного кордону : наказ Міністерства внутрішніх справ України від 02.02.2015. № 118. Офіційний вісник України. 2015. № 19. Ст. 533.

9. Кушнір І. П. Нормативно-правове забезпечення взаємодії у сфері охорони державного кордону України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2014. 267 с.

10. Жилін Є. В. Сутність та особливості взаємодії об'єднань громадян з органами державної влади. Вісник Одеського національного університету. Серія «Правознавство». 2012. Т. 17. Вип. 7. 220 с.

11. Потайчук І. В. Взаємодія органів досудового розслідування: минуле і сучасність. Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2012. 1(5). С. 1–12.

12. Назар Ю. С. Взаємодія органів внутрішніх справ із місцевими органами виконавчої влади й органами місцевого самоврядування у профілактиці адміністративних правопорушень : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 160 с.

13. Олійник І. Л. Організаційно-правові засади взаємодії міліції (поліції) країн – учасниць СНД у боротьбі з правопорушеннями : автореф. дис... канд. юрид. наук. Ірпінь, 2005. 26 с.

14. Яровий К. Питання взаємодії Національної поліції України з іншими суб'єктами публічної адміністрації в зоні проведення антитерористичної операції. Підприємництво господарство і право. 2017. № 4. С. 124–127.

15. Бандурка О. М. Оперативно-розшукова діяльність. Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. Ч. 1. 336 с.

В статье исследованы особенности взаимодействия оперативных подразделений Государственной пограничной службы Украины с оперативными подразделениями других субъектов взаимодействия, которые выполняют задачи на территории проведения операции Объединенных сил. Определено, что взаимодействие оперативных подразделений осуществляется по направлениям, которые обусловлены конкретными задачами этих подразделений, и является их обязанностью.

Ключевые слова: взаимодействие, оперативные подразделения, Государственная пограничная служба Украины, операция Объединенных сил.

The article explores the peculiarities of the interaction of operational units of the State Border Service of Ukraine with the operational units of other subjects of interaction that perform tasks on the territory of the operation of the joint forces. It is determined that the interaction of operational units is carried out in areas that are due to the specific tasks of these units and are their responsibility.

Key words: cooperation, operational units, the State Border Guard Service of Ukraine, United Force Operation.

УДК 342.9

Юрій Буглак,
канд. юрид. наук, докторант
Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ФОРМИ, МЕТОДИ Й КРИТЕРІЇ РОЗМЕЖУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

У статті обґрунтовано актуальність дослідження методів, форм і критеріїв розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування в сучасних умовах. З'ясовано сутність методів, форм і критеріїв розмежування, виділено основні з них у сфері саме розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування.

Ключові слова: форма, метод, критерій, повноваження, компетенція, органи місцевого самоврядування, органи виконавчої влади.

Постановка проблеми. Розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування є одним із ключових напрямів уже тривалий час упроваджуваної адміністративної реформи. Проте, незважаючи на заплановані й проголошені урядом заходи, чіткого й обґрунтованого розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування так і не досягнуто. Однією з причин цього можна назвати відсутність комплексного підходу до розмежування повноважень, який, у свою чергу, передбачає помірковане й адекватне реаліям сьогодення застосування низки сучасних форм, методів і критеріїв розмежування.

Окремі аспекти дослідження форм, методів і критеріїв розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування були предметом вивчення вітчизняних і зарубіжних учених (В.Б. Авер'янов, Г.В. Бублик, Т.О. Карабін, О.Д. Крупчан, С.В. Майстро, Н.Р. Нижник, В.Ф. Погорілко, Ю.О. Тихомиров, Ю.С. Шемшученко та інші).

Проте комплексно форми, методи й критерії розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування не досліджувалися.

Метою статті є комплексне дослідження форм, методів і критеріїв розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що розмежування повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування відбувається за допомогою низки методів, форм і критеріїв. Більш детально вважаємо за доцільне зупинитися на малодосліджених сьогодні формах розмежування повноважень між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, оскільки, як справедливо відмічає Ю.З. Торохтій, взаємодія місцевих державних адміністрацій та органів місцевого самоврядування розглядається в діалектичному взаємозв'язку форм і методів її здійснення. На думку автора, кожне явище має свій зміст і форму, тому й взаємодія між зазначеними суб'єктами також здійснюється в певних формах. При цьому одним із найважливіших напрямів адміністративної реформи, вдосконалення функціонування місцевих органів влади, пристосування їх до умов, що склалися, є застосування сучасної науково обґрунтованої методологічної бази для взаємодії місцевих держадміністрацій і місцевого самоврядування [1, с. 133–134], з чим цілком погоджуємося.

О.Д. Крупчан розглядає такі «типові форми встановлення повноважень»: 1) на рівні Конституції України; 2) на рівні законів, а також підзаконних актів виконавчої влади; 3) на договірному рівні; 4) на рівні делегування повноважень одним органом публічної влади іншому [2, с. 89]. Проте, на нашу думку, за своє сутністю запропоновані «форми» віддзеркалюють способи розмежування повноважень між органами виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Ю.З. Торохтій натомість виокремлює такі форми: 1) субординація (підпорядкованість) органів місцевого самоврядування державним адміністраціям; 2) координація (відсутність підпорядкованості органів місцевого

© Ю. Буглак, 2018

самоврядування державним адміністраціям); 3) реординація (наявність в органів місцевого самоврядування виключної компетенції в окремих випадках за загального верховенства органів державного управління).

Проте не можемо погодитися із зазначеним вище, вбачаючи загалом у субординації та координації принципи розмежування повноважень.

Проте у висновках до свого дослідження автор зазначає зовсім інші форми взаємодії між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування: 1) інституційні – створення спільних органів (координаційних, консультативних, дорадчих); 2) правові – прийняття спільних актів, участь у розробленні певних правових актів; 3) організаційні – проведення спільних заходів, участь посадових осіб місцевих держадміністрацій у засіданнях органів місцевого самоврядування чи депутатів і муніципальних службовців у роботі державних адміністрацій; 4) інформаційні – обмін інформацією з питань місцевого значення; 5) матеріально-фінансові – спільне фінансування проектів регіонального значення, створення спільних підприємств та організацій [1, с. 135, 154]. Як бачимо, відсутня чіткість щодо розуміння як форм взаємодії між досліджуваними органами влади, так і форм розмежування їхніх повноважень.

На наш погляд, основною причиною цього є розбіжності в баченні авторами загалом сутності понять «метод» і «форма». Так, у загальному розумінні метод означає спосіб практичного здійснення чого-небудь; шлях до мети, спосіб її досягнення; сукупність прийомів і способів (засобів) впливу суб'єкта на об'єкт для досягнення поставлених організацією цілей [3, с. 85; 4, с. 320; 5, с. 241]. У свою чергу, методи виражаються в конкретних формах, що є зовнішнім вираженням (зовнішнім образом) змісту того чи іншого методу. Зокрема, у різних сферах юридичної науки під формою розуміють зовнішній вияв практичного виконання завдань і функцій суб'єктів, для якої властивий певний комплекс прийомів організації та здійснення [6, с. 75]; зовнішні, постійно й типізовано виражені волевиявлення керуючого суб'єкта, здійснені в межах режиму законності та його компетенції з формування й реалізації управлінської мети та функцій [7, с. 35]; безпосередній атрибут адміністративної діяльності, що забезпечує взаємний зв'язок, найбільш доцільну залежність елементів діяльності, що вносить у їх співвідношення упорядкованість, стабільність і динамізм [8, с. 171]; тощо.

Отже, підсумовуючи вищесказане, вважаємо за доцільне виокремити такі основні методи (способи) розмежування повноважень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування:

1) нормативно-правові: розмежування повноважень на конституційному, законодавчому рівнях, за допомогою актів Президента України тощо, у т. ч. розподіл повноважень (первинний, під час створення нових органів тощо), перерозподіл (вторинний розподіл), делегування повноважень;

2) судові: розмежування повноважень як наслідок вирішення судового спору, як наслідок тлумачення нормативних актів Конституційним Судом України й перевірки їх на відповідність нормам Конституції України;

3) договірні: укладання адміністративних договорів та угод між органами державної влади та органами місцевого самоврядування щодо розмежування повноважень.

Відповідно, основними формами розмежування повноважень між органами державної влади та органами місцевого самоврядування можна визначити такі:

1) правотворча (закріплення повноважень, їх розподілу чи перерозподілу у відповідному нормативно-правовому акті – Конституції України, Законах України «Про місцеве самоврядування в Україні», «Про державні місцеві адміністрації» тощо);

2) правозастосовна (делеговані повноваження, договір, проведення спільних дій та участь у спільних заходах, узгодження рішень, взаємне інформування тощо).

Водночас для ефективного застосування комплексу форм і методів розмежування повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування необхідним є визначення критеріїв такого розмежування.

Як слушно стверджує Ю.В. Георгієвський, пошук критеріїв розмежування компетенції органів державної виконавчої влади й органів місцевого самоврядування дає можливість установити єдиний підхід не тільки до визначення механізмів подальшого внесення змін до чинного законодавства й, відповідно, вдосконалення практики його реалізації, а й до розгляду необхідних теоретикоправових положень, котрі в перспективі можуть бути використані для формування моделі співвідношення компетенції зазначених органів виконавчої влади на певному територіальному рівні. У зв'язку з цим автор пропонує такі критерії:

1) визначеність конституційно-правового статусу систем органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування;

2) відтворення правової природи органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування під час визначення

цілей їхньої діяльності, завдань функціонування, компетенції й обсягів повноважень;

3) дотримання принципу адміністративно-територіального устрою, одиницею формування якого є громада;

4) закріплена на законодавчому рівні територіальна визначеність предмета реалізації компетенції органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування;

5) недопущення дублювання повноважень органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, тобто усунення можливості наділення їх однаковими функціями в одній і тій самій сфері чи під час вирішення однакових питань;

6) установлення відповідальності органів державної виконавчої влади за забезпечення виконання функцій держави, а органів місцевого самоврядування – за реалізацію інтересів населення, котре спільно проживає на відповідній території [9].

Проте, на нашу думку, цей перелік не є вичерпним. Зокрема, до критеріїв розмежування повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування варто додати загалом доцільність делегування передбачених законодавством повноважень, фінансову спроможність адміністративно-територіальної одиниці, достатність податкової бази для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування власних повноважень, належність матеріальних та організаційних умов для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень тощо.

А.А. Манжула із цього приводу зазначає, що розмежування владних і наданих повноважень має відбуватися відповідно до: 1) об'єктів власності, управління якими здійснюють органи місцевого самоврядування; 2) функцій, для реалізації яких передбачається застосування відповідних повноважень; 3) матеріального й фінансового забезпечення; 4) організації надійного й ефективного контролю за виконанням повноважень з боку відповідних органів державної влади, що повинен передбачати можливість органів виконавчої влади проводити рішення, обов'язкові для органів місцевого самоврядування з питань, що стосуються реалізації наданих повноважень; право цих органів оцінювати рішення, які приймаються органами місцевого самоврядування, з питань реалізації наданих повноважень з погляду їх законності й доцільності, скасовувати та припиняти дію відповідних актів; захист органів і посадових осіб місцевого самоврядування від надмірної опіки з боку відповідних органів виконавчої влади під час здійснення наданих повноважень [10, с. 230–231].

Підсумовуючи вищесказане, вважаємо, що критеріями розмежування повноважень між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування мають бути такі:

1) правова природа органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування;

2) визначеність і законодавче закріплення адміністративно-правового статусу органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування (компетенції, предметів відання, повноважень, завдань, функцій, прав, обов'язків тощо);

3) адміністративно-територіальна визначеність відповідно до загальнодержавного адміністративно-територіального устрою;

4) соціально-економічна обґрунтованість і доцільність делегування передбачених законодавством повноважень;

5) фінансова спроможність адміністративно-територіальної одиниці, достатність податкової бази для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень;

6) достатність матеріальних, організаційних, методологічних, інформаційних та інших умов для забезпечення виконання органами місцевого самоврядування власних і делегованих повноважень тощо;

7) неприпустимість дублювання компетенції й повноважень органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування;

8) відповідальність органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування за виконання тих чи інших повноважень в інтересах розвитку відповідної адміністративно-територіальної одиниці й задоволення потреб населення;

9) делеговані повноваження не повинні бути перешкодою на шляху виконання власних повноважень органами місцевого самоврядування;

10) заборона делегування одним суб'єктом делегованих йому згідно із законодавством чи адміністративно-правовим договором повноважень іншим суб'єктом тощо.

Висновки.

Отже, методи, форми і критерії розмежування повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування мають вагоме теоретичне й практичне значення, зумовлюють унесення змін до Законів України «Про місцеве самоврядування в Україні» та «Про місцеві державні адміністрації», особливо в контексті делегування повноважень, приведення їх у відповідність до положень Європейської хартії з місцевого самоврядування й оптимального їх комбінування в процесі практичного використання.

Список використаних джерел:

1. Торохтій Ю.З. Правові засади взаємодії місцевих державних адміністрацій та місцевого самоврядування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02 / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2005.
2. Крупчан О.Д. Організація виконавчої влади: монографія. Київ: Видавництво УАДУ, 2001. 132 с.
3. Ершов А.Д. Основы управления и организации в таможенном деле: учебное пособие. Санкт-Петербург: СПбИВЭСЭП, Санкт-Петербургский имени В.Б. Бобкова филиал РТА, О-во «Знание», 1999. 362 с.
4. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Швецовой. Москва: Русский язык, 1987. 795 с.
5. Философский словарь / под ред. М.М. Розенталя. Москва: Политиздат, 1972. 496 с.
6. Коросташова І.М. Організаційно-правові засади контролю в митній службі України: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Київ, 2006. 209 с.
7. Організація роботи управління в органах прокуратури: навчальний посібник у запитаннях і відповідях / за загальною редакцією М.К. Якимчука, І.В. Європіної. Київ: Національна академія прокуратури України, 2009. 207 с.
8. Адміністративно-правове регулювання взаємодії місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Класич. приват. ун-т. Запоріжжя, 2009. 217 с.
9. Георгієвський Ю.В. До питання визначення критеріїв розмежування компетенції органів державної виконавчої влади та органів місцевого самоврядування. Віче. 2014. № 14. URL: http://www.viche.info/journal/4279/.
10. Манжула А.А. Проблеми розмежування владної компетенції та взаємодії між органами місцевої виконавчої влади й органами місцевого самоврядування у вирішенні соціальних проблем у регіоні. Город, регион, государство: проблемы распределения полномочий / ред. кол.; В.К. Мамутов (отв. ред.); НАН Украины. Институт экономико-правовых исследований. Донецк: Юго-восток, 2003. С. 227–233.

В статье обоснована актуальность исследования методов, форм и критериев разграничения полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления в современных условиях. Выяснена сущность методов, форм и критериев разграничения, выделены основные из них в сфере именно разграничения полномочий между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления.

Ключевые слова: форма, метод, критерий, полномочия, компетенция, органы местного самоуправления, органы исполнительной власти.

The article proves the urgency of researching methods, forms and criteria for delineation of powers between executive bodies and local self-government bodies in modern conditions. The essence of the methods, forms and criteria of delineation has been clarified; the main ones have been singled out in the sphere of precisely the delimitation of powers between executive bodies and local self-government bodies.

Key words: form, method, criterion, powers, competence, local self-government bodies, executive authorities.

УДК 342.9

Олег Дубинський,
канд. юрид. наук, доцент, докторант
Національного університету кораблебудування імені адмірала Макарова

СУБ'ЄКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДОДЕРЖАННЯМ ЗАКОНОДАВСТВА НА ТРАНСПОРТІ В УКРАЇНІ

У статті обґрунтовано, що чинна нормативно-правова база не дає чіткої відповіді, які конкретно органи є суб'єктами здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті. У зв'язку з цим визначено сутність поняття суб'єктів здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті, виділено та охарактеризовано основні з них. Акцентовано увагу на доцільності розроблення і прийняття проекту Закону України «Про державний контроль за додержанням законодавства на транспорті», який би врегульовував у тому числі й це питання.

Ключові слова: транспорт, контроль, законодавство, суб'єкт, держава, служба, безпека, нагляд.

Постановка проблеми. Важливою передумовою забезпечення своєчасного й ефективного державного контролю за додержанням законодавства на транспорті є чітке визначення суб'єктів його здійснення з урахуванням їх оптимального складу, однозначного та обґрунтованого розподілу повноважень, сфер компетенції, завдань і функцій, а також відповідного законодавчого закріплення. Попри це, в Законі України «Про транспорт» суб'єкти здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті конкретно не визначені, як і в інших нормативно-правових актах. Крім того, містяться вказівки на органи, які ліквідовано чи трансформовано, а завдання та повноваження є узагальненими й часто дублюються. Тому зазначене вище зумовлює актуальність теоретичних і практичних досліджень проблеми суб'єктів державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні.

Загалом питання державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні так чи інакше порушувалося в роботах В.Б. Авер'янова, Д.М. Бахраха, І.В. Булгакової, І.І. Веремеєнка, С.М. Гусарова, М.М. Долгополової, Д.В. Зеркалова, І.Б. Коліушка, В.К. Колпакова, В.В. Новикова, В.Ф. Погорілка, П.М. Рабіновича, А.О. Собакаря, Є.Д. Федорчука, Є.В. Циби, В.М. Шудрікова, П.О. Яновського, О.Н. Ярмиша та ін.

Проте суб'єкти здійснення державного контролю за додержанням законодавства саме на транспорті в Україні досліджувалися узагальнено або фрагментарно. Відповідно, специфіка діяльності суб'єктів державного контролю за додержанням законодавства на транспорті вимагає подальших теоретико-правових досліджень із цієї проблематики.

Метою статті є дослідження сутності й складу суб'єктів здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні.

Виклад основного матеріалу. Варто погодитися з М.С. Студенікіною стосовно того, що контроль не реалізується ізольовано, а здійснюється щодо конкретного предмета, тому й обсяг контрольної діяльності, як і її форми та методи, залежить від сфери, місця в системі державного управління, і, що особливо важливо, органів, які здійснюють контрольні повноваження [1, с. 5]. Безумовно, суб'єкт є невід'ємним активним елементом контрольної діяльності [2, с. 198].

У загальному розумінні суб'єктом є особа чи група осіб, організація, що є носієм певних прав та обов'язків і відіграють активну роль у тому чи іншому акті, процесі [3, с. 1211]. У юридичній науці суб'єкт контролю трактується як особи та органи, наділені повноваженнями щодо здійснення контролю, втручання в оперативну діяльність і притягнення до відповідальності [4, с. 89–95]. У транспортній галузі В.І. Петраш суб'єктами управління транспортом (а контроль є однією з функцій управління) називає органи, організації та їхніх посадових осіб, створених у встановленому законодавством порядку спеціально для здійснення управлінських функцій, наділених правами й обов'язками, щоб своїми діями реалізовувати надані права та виконувати покладені на них обов'язки [5, с. 60]. А.О. Собакарь під суб'єктами контролю за безпекою дорожнього руху розуміє сукупність спеціальних органів та установ, що беруть участь у процесі організації контролю за безпекою руху на автомобільному транспорті та яких

© О. Дубинський, 2018

держава наділяє повноваженнями щодо здійснення конкретних контрольних дій, закріплюючи процедури контролю у відповідних нормах [6, с. 15].

Є.Д. Федорчук із цього приводу зазначає, що функцію державного контролю у сфері управління здійснюють у різних обсягах і формах більшість державних органів – органи державної влади й органи місцевого самоврядування, відомчі органи, структурні підрозділи зазначених органів, громадські організації, колективні та колегіальні органи управління [7, с. 101]. Проте, як слушно підкреслює А.О. Собакарь, ефективність державного контролю значною мірою залежить від наявності дієвої системи суб'єктів, наділених відповідними контрольними повноваженнями. Саме чітка, організаційно побудована система суб'єктів державного контролю, на думку автора, сприяє точному розмежуванню між відповідними органами предмета контролю, повноважень і створення ефективних механізмів взаємодії між контролюючими суб'єктами щодо обміну інформацією, одержаною під час контролю, запобігання правопорушенням, ужиття заходів впливу до осіб, які вчинили порушення, серед іншого й притягнення до юридичної відповідальності [6, с. 15–16], із чим цілком погоджуємося.

Проте в Україні чинна нормативно-правова база не дає чіткої відповіді, які ж конкретно органи є суб'єктами здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті. Так, згідно зі ст. 41 Закону України «Про транспорт», контроль за додержанням законодавства на транспорті здійснюють відповідні органи виконавчої влади й органи місцевого самоврядування в межах своїх повноважень. У статті 4 Закону зазначається, що загалом державне управління в галузі транспорту здійснюють центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері транспорту, дорожнього господарства, туризму й інфраструктури, місцеві Ради народних депутатів та інші спеціально уповноважені на те органи відповідно до їхньої компетенції [8]. Тобто, як бачимо, по-перше, перелік органів є відкритим і не дає повного уявлення про всі контролюючі органи, по-друге, не міститься конкретних указівок на ці органи.

Далі відмітимо, що в ст. ст. 16-1 і 16-2 закріплюються окремі аспекти правового статусу посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері безпеки на наземному транспорті, і центрального органу виконавчої влади, що забезпечує реалізацію державної політики у сфері безпеки на морському та річковому транспорті [8]. Хоча сьогодні ці два уповноважені центральні органи виконавчої влади об'єднано в один, про що йтиметься далі, а в положеннях зазначеного Закону враховано не було. Так, відповідно до п. 1 Постанови Кабінету Міністрів України «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» від 10.09.2014 № 442, утворено Державну службу України з безпеки на транспорті, реорганізувавши шляхом злиття Державну інспекцію з безпеки на морському та річковому транспорті, Державну інспекцію з безпеки на наземному транспорті й підпорядкувавши Службі, що утворюється, Державну спеціальну службу транспорту [9]. При цьому центральні органи виконавчої влади, що утворюються шляхом реорганізації інших центральних органів виконавчої влади, є правонаступниками органів, які реорганізуються. Права й обов'язки центральних органів виконавчої влади, що ліквідуються, передаються відповідним центральним органам виконавчої влади, на які цією Постановою покладено функції з реалізації державної політики у відповідній сфері. Тобто правонаступником зазначених органів стала Державна служба України з безпеки на транспорті (далі – Укртрансбезпека), положення щодо якої затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 11.02.2015 № 103 [10]. Саме Укртрансбезпека натепер є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України через Міністра інфраструктури та який реалізує державну політику з питань безпеки на наземному транспорті й у сфері безпеки на морському та річковому транспорті (крім сфери безпеки мореплавства суден флоту рибного господарства).

Відмітимо, що одним із основних завдань Укртрансбезпеки є здійснення державного нагляду (контролю) за безпекою на автомобільному, міському електричному, залізничному, морському та річковому транспорті. І, відповідно до реалізації покладеного на неї завдання, Укртрансбезпека здійснює: 1) державний нагляд (контроль) за додержанням вимог законодавства на автомобільному, міському електричному, залізничному, морському та річковому транспорті, підготовку пропозицій щодо їх удосконалення, а також законодавства про судноплавство на суднах, у морських і річкових портах, територіальних і внутрішніх водах, на внутрішніх водних шляхах України; 2) нагляд за додержанням вимог щодо запобігання забрудненню навколишнього природного середовища автомобільним, залізничним, морським і річковим транспортом;

3) контроль за додержанням ліцензійних умов під час провадження господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів, багажу автомобільним, залізничним, морським і річковим транспортом; 4) контроль і нагляд за організацією безпечного перевезення небезпечних вантажів; 5) контроль за додержанням умов перевезень, визначених дозволом на перевезення пасажирів на міжобласних автобусних маршрутах; 6) контроль за забезпеченням безпеки перевезення вантажів, пасажирів і багажу на морських і річкових суднах; 7) державний нагляд за додержанням правил реєстрації операцій зі шкідливими речовинами на суднах, морських установках; 8) контроль за додержанням перевізниками вимог режиму праці та відпочинку, що здійснюють перевезення пасажирів і вантажів автомобільним транспортом; 9) контроль за забезпеченням безпеки руху трамвайних вагонів і тролейбусів [10] і низку інших повноважень.

Як бачимо, Державна служба України з безпеки на транспорті під час здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті тісно взаємодіє з Кабінетом Міністрів України й, зокрема, з Міністерством інфраструктури України та міністром інфраструктури України. Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про Міністерство інфраструктури України» від 30.06.2015 № 460, Міністерство інфраструктури України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України, є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах автомобільного, залізничного, морського й річкового транспорту, надання послуг поштового зв'язку, а також забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері авіаційного транспорту й використання повітряного простору України, розвитку, будівництва, реконструкції та модернізації інфраструктури авіаційного, морського й річкового транспорту, дорожнього господарства, навігаційно-гідрографічного забезпечення судноплавства, торговельного мореплавства, з питань безпеки на автомобільному транспорті загального користування, міському електричному, залізничному, морському й річковому транспорті, а також державного нагляду (контролю) за безпекою на автомобільному транспорті загального користування, міському електричному, залізничному, морському й річковому транспорті (крім сфери безпеки мореплавства суден флоту рибного господарства) [11].

Одним із основних завдань Міністерства є безпосередньо забезпечення формування та реалізації державної політики з питань державного нагляду (контролю) за безпекою на автомобільному транспорті загального користування, міському електричному, залізничному, морському й річковому транспорті (крім сфери безпеки мореплавства суден флоту рибного господарства) [11].

Поряд із досліджуваними органами варто звернути увагу й на участь у реалізації державного контролю за додержанням законодавства на транспорті Міністерства оборони України й Міністерства палива та енергетики України, зокрема у сфері трубопровідного транспорту та повітряного транспорту (особливо державної авіації). Відповідно до ст. 10 Закону України «Про трубопровідний транспорт», державний контроль у сфері трубопровідного транспорту здійснюється відповідними міністерствами й відомствами, органами державного нагляду та контролю й іншими спеціально уповноваженими на те державними органами, а також представницькими органами та органами місцевого самоврядування відповідно до законодавства України [12].

У свою чергу, державне регулювання діяльності в галузі цивільної авіації здійснюється уповноваженим органом з питань цивільної авіації, який реалізує державну політику і стратегію розвитку авіації України, що передбачає: 1) розроблення, прийняття й упровадження авіаційних правил України; 2) сертифікацію суб'єктів та об'єктів авіаційної діяльності; 3) ліцензування господарської діяльності з надання послуг з перевезення пасажирів і/або вантажів повітряним транспортом і надання прав на експлуатацію повітряних ліній і призначень авіаперевізникам; 4) здійснення постійного нагляду та інспектування дотримання встановлених законодавством, у тому числі авіаційними правилами України, вимог; 5) розслідування актів незаконного втручання тощо (ст. 5 Повітряного кодексу України) [13].

Таким уповноваженим органом є Державна авіаційна служба (далі – Державіаслужба). Здійснення державного контролю та нагляду за безпекою цивільної авіації, нагляду за забезпеченням аеронавігаційного обслуговування є одним із завдань Служби, для реалізації якого Державіаслужба: 1) узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до її компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України та Кабінету Міністрів України, нормативно-правових актів міністерств і в установленому порядку подає їх міністрові інфраструктури;

2) здійснює нагляд за безпекою польотів повітряних суден, льотною придатністю суден, унесених до Державного реєстру цивільних повітряних суден України, придатністю до експлуатації аеродромів, наземних засобів зв'язку, навігації та спостереження (радіотехнічного забезпечення), інших об'єктів цивільної авіації, а також забезпечує державне регулювання, здійснює контроль і проводить перевірку ефективності системи авіаційної безпеки; 4) здійснює нагляд і контроль за дотриманням суб'єктами авіаційної діяльності вимог законодавства, авіаційних правил України, зокрема, шляхом проведення планових і позапланових перевірок, аудитів та інспектувань, а також ситуаційних експериментів, випробувань, оглядів, спостережень; 5) здійснює ліцензування господарської діяльності з надання послуг з перевезень пасажирів і/або вантажу повітряним транспортом; 6) здійснює контроль і нагляд за додержанням вимог законодавства у сфері повітряних перевезень пасажирів і багажу, вантажів, небезпечних вантажів, товарів військового призначення та подвійного використання [14] тощо.

Цілком очевидно, що левова частка практичної роботи щодо державного контролю за додержанням законодавства на транспорті припадає саме на спеціальні уповноважені транспортні органи (центральні й місцеві органи виконавчої влади), розглянуті вище, які безпосередньо забезпечують виконання законів та інших нормативних актів вищих органів влади, розробляють і приймають нормативно-правові акти в межах своєї компетенції, проводять перевірки й інші заходи.

Окрім того, досліджуючи суб'єктів здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні, не можна не звернути увагу на роль Президента України та Верховної Ради України, про які нині в законодавчій базі з досліджуваної проблеми немає ніякої згадки. Незважаючи на це, вважаємо, що Президент України здійснює державний контроль за додержанням законодавства на транспорті шляхом видання відповідних указів, які є обов'язковими для виконання, і власне контроль за їх виконанням. У свою чергу, Верховна Рада України приймає відповідні закони, постанови, орієнтовані в тому числі на забезпечення додержання законодавства на транспорті, забезпечення діяльності й безпеки на різних видів транспорту і щодо правомірного та ефективного функціонування транспортної системи загалом.

Також вагому роль відіграють місцеві державні адміністрації, які в межах, визначених Конституцією й законами України, здійснюють на відповідних територіях державний контроль у тому числі й за додержанням правил транспортного обслуговування, законодавства про захист прав споживачів тощо (ст. 16 Закону України «Про місцеві державні адміністрації») [15].

Висновки.

Отже, підсумовуючи викладене вище, можна підсумувати таке. Сьогодні в Україні чинна нормативно-правова база у сфері транспорту не дає чіткої відповіді, які ж конкретно органи є суб'єктами здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті. Відсутній вичерпний, закритий перелік таких органів у Законі України «Про транспорт», як і в інших спеціальних законах, що регулюють функціонування окремих видів транспорту. Містяться посилання на ліквідовані/реорганізовані органи, їх положення продовжують бути чинними, неузгоджені норми підзаконних нормативно-правових актів і законів тощо. Тому доцільно розробити й прийняти проект Закону України «Про державний контроль за додержанням законодавства на транспорті», який би чітко визначив сутність поняття суб'єктів державного контролю за додержанням законодавства на транспорті, закріпив остаточний перелік таких суб'єктів, межі їхньої компетенції та правового статусу з метою ефективної організації контролю й уникнення дублювання функцій і повноважень.

У зв'язку з цим пропонуємо під суб'єктами здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні розуміти органи державної влади України загальнонаціонального та місцевого рівня й уповноважених посадових осіб цих органів, які є носієм кореспондуючих прав та обов'язків і наділені відповідними компетенцією й повноваженнями щодо організації та реалізації контролю за додержанням законодавства на транспорті України.

Основними суб'єктами здійснення державного контролю за додержанням законодавства на транспорті в Україні вважаємо: 1) органи влади загальної компетенції: Президента України, Верховну Раду України, Кабінет Міністрів України; 2) органи влади спеціальної компетенції щодо державного контролю за додержанням законодавства на транспорті: Міністерство інфраструктури України, Державну службу України з безпеки на транспорті, Державну авіаційну службу; місцеві органи виконавчої влади; 3) органи суміжної компетенції з державного контролю за додержанням

законодавства на транспорті: Міністерство оборони України (державна авіація, трубопровідний транспорт тощо), Міністерство палива та енергетики України (трубопровідний транспорт тощо), Міністерство соціальної політики України (з питань додержання законодавства про працю).

Список використаних джерел:

1. Студеникина М.С. Государственные инспекции в СРСР. Москва: Юрид. лит., 1987. 112 с.

2. Туровцев В.И. Народный контроль в социалистическом обществе. Москва: Политиздат, 1974. 255 с.

3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.

4. Контроль і ревізія: підручник для студентів вузів спеціальності 7.050106 «Облік і аудит» / Ф.Ф. Бутинець, С.В. Бардаш, Н.М. Малюга, Н.І. Петренко. 2-е вид., доп. і перероб. Житомир: ЖІТІ, 2000. 512 с.

5. Конспект лекцій з дисципліни «Транспортне право» (для студентів 1 курсу денної і заочної форм навчання за напрямом 1004 – «Транспортні технології» спеціальностей 6.100402 – «Транспорті системи», 6.100401 – «Організація і регулювання дорожнього руху», 6.100403 – «Організація перевезень і управління на транспорті», 6.050208 – «Логістика») / укл.: В.І. Петраш. Харків: ХНАМГ, 2008. 159 с.

6. Собакарь А.О. Інституційні засади державного контролю за безпекою дорожнього руху в Україні. Науковий вісник Національного університету ДПС України. Серія «Економіка, право». 2013. № 2 (61). С. 15–22.

7. Федорчук Є.Д. Контроль у сфері транспорту як функція державного управління. Теорія та практика державного управління. 2013. Вип. 4. С. 99–104.

8. Про транспорт: Закон України від 10.11.1994 № 232/94-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1994. № 51. Ст. 446.

9. Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади: Постанова Кабінету Міністрів України від 10.09.2014 № 442. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/442-2014-%D0%BF.

10. Про затвердження Положення про Державну службу України з безпеки на транспорті: Постанова Кабінету Міністрів України від 11.02.2015 № 103. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/103-2015-%D0%BF.

11. Про затвердження Положення про Міністерство інфраструктури України: Постанова Кабінету Міністрів України від 30.06.2015 № 460. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/460-2015-%D0%BF.

12. Про трубопровідний транспорт: Закон України від 15.05.1996 № 192/96-ВР. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1996. № 29. Ст. 139.

13. Повітряний кодекс України від 19.05.2011 № 3393-VI. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2011. № 48–49. Ст. 536.

14. Про затвердження Положення про Державну авіаційну службу України: Постанова Кабінету Міністрів України від 08.10.2014 № 520. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/520-2014-%D0%BF.

15. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 № 586-XIV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1999. № 20–21. Ст. 190.

В статье обосновано, что действующая нормативно-правовая база не дает четкого ответа, какие конкретно органы являются субъектами осуществления государственного контроля над соблюдением законодательства на транспорте. В связи с этим определена сущность понятия субъектов государственного контроля над соблюдением законодательства на транспорте, выделены и охарактеризованы основные из них. Акцентировано внимание на целесообразности разработки и принятия проекта Закона Украины «О государственном контроле над соблюдением законодательства на транспорте», который бы регулировал в том числе и данный вопрос.

Ключевые слова: транспорт, контроль, законодательство, субъект, государство, служба, безопасность, надзор.

The article substantiates that the current legal and regulatory framework does not give a clear answer, which bodies are the subjects of the state control over the observance of the legislation on transport. In this regard, the essence of the notion of subjects of state control over the observance of legislation on transport is determined; the main ones are identified and characterized. The emphasis was placed on the expediency of drafting and adopting a draft Law of Ukraine "On State Control over Compliance with Transport Laws" which would regulate incl. and this question.

Key words: transport, control, legislation, subject, state, service, safety, supervision.

УДК 342.9

Сергій Москаленко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри менеджменту, економіки, права та туризму
Льотної академії Національного авіаційного університету

ПРОБЛЕМИ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ НАУКОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ГАЛУЗІ ЦИВІЛЬНОЇ АВІАЦІЇ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу нормативного регулювання наукових досліджень у галузі цивільної авіації України. Досліджуються нормативно-правові акти, що регулюють діяльність цивільної авіації в Україні.

Ключові слова: цивільна авіація, наукові дослідження, нормативно-правові акти, науково-технічний прогрес.

Постановка проблеми. Важливим сьогодні є нормативно-правове регулювання наукових досліджень у галузі цивільної авіації. Науково-технічний прогрес сприяє розвитку транспортної галузі, особливо авіаційної. Нормативне регулювання будь-яких досліджень необхідне, перш за все, для забезпечення безпеки людства. Крім того, потрібно завчасно передбачати можливі наслідки та ризики.

Актуальність теми дослідження. Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» № 848-VIII визначає правові, організаційні та фінансові засади функціонування і розвитку сфери наукової і науково-технічної діяльності, створює умови для провадження наукової і науково-технічної діяльності, задоволення потреб суспільства і держави у технологічному розвитку шляхом взаємодії освіти, науки, бізнесу та влади [1]. Законом визначено, що рівень розвитку науки і техніки є визначальним чинником прогресу суспільства, підвищення добробуту громадян, їхнього духовного та інтелектуального зростання. Цим зумовлена необхідність пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання і невід'ємного складника національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності, забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Мета та стан дослідження. Метою статті є аналіз нормативного регулювання наукових досліджень у галузі цивільної авіації в Україні.

Окремі проблеми розвитку науки вивчали такі вчені, як М. Бесчастний, А. Васіна, Т. Желюк, А. Конверський, О. Крушельницька, М. Мацелик, А. Мельник, Т. Попович, В. Пригоцький, І. Рассоха, Г. Цехмістрова.

Особливості правового регулювання діяльності авіаційного транспорту аналізують у своїх дослідженнях В. К. Колпаков, В. М. Малишко, Г. М. Грабовська.

Окремі питання законодавчого регулювання наукової сфери знайшли своє відображення в працях відомих учених-адміністративістів: С. С. Алексєєва, В. Б. Авер'янова, Ю. П. Битяка, Є. В. Додіна, В. К. Колпакова, Т. О. Коломієць, Р. Н. Нижник та інших видатних науковців. Потрібно зазначити, що відносини в науковій сфері регулюються Конституцією України, Законами України: «Про наукову і науково-технічну діяльність» [1], «Про наукову і науково-технічну експертизу» [2], «Про пріоритетні напрямки розвитку науки і техніки» [3], «Про інноваційну діяльність» [4], «Про наукові парки» [5], «Про державне регулювання у сфері трансферу технологій» [6], «Про науково-технічну інформацію» [7] тощо, а також указами Президента України, постановами Кабінету Міністрів України; постановами, рішеннями й інструкціями відповідних міністерств інших центральних органів виконавчої влади; рішеннями місцевих державних адміністрацій; рішеннями органів місцевого самоврядування. Ефективність розвитку науки та техніки також неможлива без відповідного правового регулювання, що здійснюється на основі окремого підзаконного нормативно-правового акта.

Виклад основного матеріалу. Слід визначити завдання, які необхідно вирішити в процесі правового регулювання наукової

© С. Москаленко, 2018

діяльності в авіаційній галузі. Варто зазначити, що Держава також регулює науково-технічну діяльність, застосовуючи систему державного нагляду за дотриманням стандартів, норм, правил, діяльності відповідних наукових та технічних органів. Характерною рисою такого правового регулювання є те, що воно здійснюється різноманітними державними органами та відомствами, що також визначається на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Основним завданням підзаконних нормативно-правових актів, як ми вже визначили, є безпосередня реалізація державної політики у науковій сфері. Так, натепер прийнято ряд цільових програм, що визначають пріоритетні напрями реалізації політки у сфері науки у життя. На рівні підзаконного нормативно-правового акта затверджується відповідний план роботи органів влади для реалізації державної наукової політики. Авіаційна діяльність завжди пов'язана з ризиком для особи, навколишнього середовища. Тому правовому регулюванню підлягають такі групи правовідносин: 1) наукова діяльність цивільної авіації; 2) розвиток технічної діяльності авіації; 3) освітня діяльність у галузі цивільної авіації; 3) забезпечення безпеки для інших осіб, навколишнього середовища в процесі освітньої, наукової, науково-технічної діяльності в галузі цивільної авіації.

Випробування в цивільній авіації відбуваються згідно з «Правилами сертифікації наземних засобів радіотехнічного забезпечення в цивільній авіації України», затвердженими Наказом Мінінфраструктури № 121 від 25.05.2011 [8].

Повітряні судна в Україні поділяють на державні, цивільні, експериментальні.

Науково-технічний прогрес сприяє розвитку транспортної галузі, особливо авіаційної. Натепер важливим є правове регулювання науково-технічних випробувань в авіації. Нормативне регулювання будь-яких досліджень необхідне, перш за все, для забезпечення безпеки людства. Крім того, потрібно завчасно передбачати можливі наслідки та ризики.

Закон України «Про наукову і науково-технічну діяльність» № 848-VIII визначає правові, організаційні та фінансові засади функціонування і розвитку сфери наукової і науково-технічної діяльності, створює умови для провадження наукової і науково-технічної діяльності, задоволення потреб суспільства і держави у технологічному розвитку шляхом взаємодії освіти, науки, бізнесу та влади [1]. Законом визначено, що рівень розвитку науки і техніки є визначальним чинником прогресу суспільства, підвищення добробуту громадян, їхнього духовного та інтелектуального зростання. Цим зумовлена необхідність пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання і невід'ємного складника національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності, забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Окремі проблеми розвитку науки вивчали науковці, а саме М. Бесчастний, А. Васіна, Т. Желюк, А. Конверський, О. Крушельницька, М. Мацелик, А. Мельник, Т. Попович, В. Пригоцький, І. Рассоха, Г. Цехмістрова.

Особливості правового регулювання діяльності авіаційного транспорту аналізують у своїх дослідженнях В.К. Колпаков, В.М. Малишко, Г.М. Грабовська.

Окремі питання законодавчого регулювання наукової сфери, знайшли своє відображення в працях відомих учених-адміністративістів: С.С. Алексєєва, В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, Є.В. Додіна, В.К. Колпакова, Т.О. Коломієць, Р.Н. Нижник та інших видатних науковців. Потрібно зазначити, що відносини в науковій сфері регулюються Конституцією України, Законами України: «Про наукову і науково-технічну діяльність» [382], «Про наукову і науково-технічну експертизу» [383], «Про пріоритетні напрямки розвитку науки і техніки» [384], «Про інноваційну діяльність» [385], «Про наукові парки» [386], «Про державне регулювання у сфері трансферу технологій» [387], «Про науково-технічну інформацію» [388] тощо, а також указами Президента України, постановами Кабінету Міністрів України; постановами, рішеннями й інструкціями відповідних міністерств інших центральних органів виконавчої влади; рішеннями місцевих державних адміністрацій; рішеннями органів місцевого самоврядування. Зрозуміло, що ефективність розвитку науки та техніки також неможлива без відповідного правового регулювання, що здійснюється на основі окремого підзаконного нормативно-правового акта. Слід визначити задачі, які є необхідними в процесі правового регулювання наукової діяльності в авіаційній галузі. Варто зазначити, що Держава також регулює науково-технічну діяльність, застосовуючи систему державного нагляду за дотриманням стандартів, норм, правил, діяльності відповідних наукових та технічних органів. Характерною рисою такого правового регулювання є те, що воно здійснюється різноманітними державними органами та відомствами, що

також визначається на рівні підзаконних нормативно-правових актів. Основним завданням підзаконних нормативно-правових актів, як ми вже визначили, є безпосередня реалізація державної політики у науковій сфері. Так, на сьогодні прийнято ряд цільових програм, що визначають пріоритетні напрями реалізації політки у сфері науки у життя. На рівні підзаконного нормативно-правового акту затверджується відповідний план роботи органів влади для реалізації державної наукової політики. Авіаційна діяльність завжди повязана з ризиком для особи, навколишнього середовища. Тому правовому регулюванню підлягають наступні групи правовідносин: 1) наукова діяльність цивільної авіації; 2) розвиток технічної діяльності авіації; 3) освітня діяльність в галузі цивільної авіації; 3) забезпечення безпеки для інших осіб, навколишнього середовища, в процесі освітньої, наукової, науково-технічної діяльності в галузі цивільної авіації.

Випробування в цивільній авіації авіації відбуваються згідно «Правил сертифікації наземних засобів радіотехнічного забезпечення в цивільній авіації України», затверджених Наказом Мінінфраструктури № 121 від 25.05.2011 р. [8].

Повітряні судна в Україні поділяють на державні, цивільні, експерементальні. Таким чином, Повітряним кодексом, авіаційними правилами, іншими нормативними актами регламентується випробувальна діяльність у цивільній авіації України.

Слід зазначити, що в Україні відсутній нормативно-правовий акт, який комплексно регулював би питання проведення досліджень у галузі цивільної авіації. Так, аналіз Повітряного кодексу України призвів до висновку, що питання проведення досліджень у галузі цивільної авіації України ним практично не регулюються. Це є причиною виникнення прогалин чинного законодавства. Необхідно виокремити основні напрями розвитку науки в авіаційній галузі. Потрібно зазначити, що захист прав та інтересів людини є завжди основоположним у будь-яких дослідженнях. Відповідно до статті 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Потрібно враховувати, що більшість дослідницьких робіт потребує отримання дозволу. Крім того, ознакою наукових досліджень в авіації є державний контроль. Таким чином, до ознак наукових досліджень у галузі цивільної авіації можна віднести: 1) переважання інтересів особи; 2) дозвільність; 3) державний контроль.

Науково-технічний прогрес досить часто призводить до непередбачуваних ризиків.

Висновки.

Правовому регулюванню в галузі цивільної підлягають такі групи правовідносин, пов'язаних з науково-технічною діяльністю: 1) наукова діяльність цивільної авіації; 2) розвиток технічної діяльності авіації; 3) освітня діяльність у галузі цивільної авіації; 3) забезпечення безпеки для інших осіб, навколишнього середовища в процесі освітньої, наукової, науково-технічної діяльності в галузі цивільної авіації.

До ознак наукових досліджень в галузі цивільної авіації можна віднести: 1) переважання інтересів особи; 2) дозвільність; 3) державний контроль.

Список використаних джерел:

1. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України № 848-19 від 26.11.2015. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2016. № 3. Ст. 25.
2. Про наукову і науково-технічну експертизу: Закон України № 51/95-ВР (в редакції від 05.12.2012). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1995. № 9. Ст. 56.
3. Про пріоритетні напрямки розвитку науки і техніки: Закон України № 2623-III (в редакції від 16.01.2016). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2001. № 48. Ст. 253.
4. Про Інноваційну діяльність: Закон України № 40-IV від 05.12.2012. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2002. № 36. Ст. 266.
5. Про наукові парки: Закон України № 1563-VI (в редакції від 05.12.2012). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2009. № 51. Ст. 757.
6. Про державне регулювання у сфері трансферу технологій: Закон України № 143-V (в редакції від 09.12.2015). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2006. № 45. Ст. 434.
7. Про науково-технічну інформацію: Закон України № 3322-XII (в редакції від 19.04.2014). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 1993. № 33. Ст. 345.
8. Правила сертифікації наземних засобів радіотехнічного забезпечення в цивільній авіації України: затверджені Наказом Мінінфраструктури № 121 від 25.05.2011. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0701-11.

Статья посвящена анализу нормативного регулирования научных исследований в области гражданской авиации Украины. Исследуются нормативно-правовые акты, регулирующие деятельность гражданской авиации в Украине.

Ключевые слова: гражданская авиация, научные исследования, нормативно-правовые акты, научно-технический прогресс.

The article is devoted to the analysis of normative regulation of scientific researches in the field of civil aviation of Ukraine. The legal acts regulating the activity of civil aviation in Ukraine are being investigated.

Key words: civil aviation, scientific research, normative-legal acts, scientific and technological progress.

УДК 342.951

Ігор Пастух,
канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри адміністративного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

МЕЖІ СЛУЖБОВИХ ТА ПРЕДСТАВНИЦЬКИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У КОНФЛІКТІ ІНТЕРЕСІВ

Стаття присвячена аналізу нормативно-правових актів, що регулюють зміст службових та представницьких повноважень у конфлікті інтересів. Звертається увага на проблемні питання відповідного законодавства щодо меж зазначених повноважень, а також їх співвідношення з діяльністю осіб, які надають публічні послуги, інших осіб, визначаються конкретні пропозиції з їх усунення.

Ключові слова: конфлікт інтересів, потенційний конфлікт інтересів, реальний конфлікт інтересів, приватний інтерес, повноваження, службові повноваження, представницькі повноваження.

Постановка проблеми. Особа, яка вступає на публічну службу або планує на професійній основі надавати спектр публічних послуг громадянам, добровільно бере на себе всі зобов'язання, пов'язані з проходженням такої служби або здійсненням такої діяльності, погоджується зі встановленими вимогами, обмеженнями і заборонами. Відповідно до п. 1. ст. 28 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року № 1700-VII [1], одним із таких обов'язків є обов'язок вживати заходів щодо недопущення та врегулювання конфлікту інтересів. Відповідно, суспільство очікує від цих осіб справедливого та неупередженого виконання своїх обов'язків. Щоб не допустити конфлікту інтересів з їхнього боку насамперед необхідно розуміти його сутність та сферу дії, що видається складним у зв'язку з відсутністю законодавчо закріплених термінів «конфлікт інтересів», «службові повноваження», «представницькі повноваження».

Серед праць, присвячених зазначеному питанню, можна виділити досідження таких авторів, як Т. Василевська, В. Галунько, О. Єщук, О. Онищук, С. Рівчаченко, О. Токар-Остапенко. Загалом, можна відзначити, що проблемами протидії корупції у своїй діяльності займалися В. Александров, В. Колпаков, М. Мельник, Р. Мельник, І. Нуруллаєв, С. Рогульський, С. Стеценко, В. Тильчик, О. Ткаченко, Р. Тучак, М. Хавронюк, І. Яцків та ін. Водночас питання меж службових повноважень у конфлікті інтересів як його обов'язкового складового елемента спеціально не досліджувались. Враховуючи викладене, метою наукової статті є визначення на основі аналізу чинного законодавства наукових поглядів учених меж службових повноважень у конфлікті інтересів у діяльності суб'єктів владних повноважень, а також прирівняних до них осіб, які надають публічні послуги.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для формування чіткого розуміння порядку запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, перш за все, слід розкрити сутність та сферу дії конфлікту інтересів. На жаль, чинний Закон України «Про запобігання корупції» (далі – Закон) не містить загального визначення конфлікту інтересів, а його зміст розкривається через види конфліктів – потенційний і реальний [1]. У ст. 1 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» (остаточно втратив чинність 1 вересня 2016 року) такий конфлікт визначався як суперечність між особистими майновими, немайновими інтересами особи чи близьких їй осіб та її службовими повноваженнями, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, а також на вчинення чи невчинення дій під час виконання наданих їй службових повноважень [2]. Даючи оцінку даного визначення, слід вказати на попереджувальне регулювання розглядуваного нами феномену через призму потенційного конфлікту. Подібне визначення терміна «конфлікт інтересів» міститься й у посібнику Організації економічного співробітництва та розвитку з питань врегулювання конфліктів інтересів на державній службі, у якому, зокрема, зазначено, що це конфлікт між публічно-правовим обов'язком та приватними інтересами державної посадової особи, яка має інтереси, котрі випливають із її положення як приватної особи і які здатні неправомірним чином вплинути на виконання цією державною посадовою особою її офіційних обов'язків або функцій [3]. Тут так само акцентується увага лише на здатності

© І. Пастух, 2018

впливу на виконання службових обов'язків. Більш вдалим у цьому контексті видається визначення, закріплене у ст. 13 Модельного кодексу поведінки державних службовців: «конфлікт інтересів виникає у ситуації, коли державний службовець має особистий інтерес, який впливає або може впливати на безсторонність та об'єктивність виконання ним службових обов'язків» [4]. Саме з такої позиції надаються визначення видів конфліктів інтересів у національному антикорупційному законодавстві. Потенційний конфлікт інтересів визначається як наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень. Реальний конфлікт інтересів має місце за наявності суперечності між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень (ч. 1 ст. 1 Закону). Аналіз цих понять надає можливість розкрити складові елементи конфлікту (реального чи потенційного), за наявності яких він може мати місце, а також сферу його виникнення. Ними є: 1) приватний інтерес; 2) службові чи представницькі повноваження; 3) суперечність (її об'єктивна можливість) між приватним інтересом і службовими чи представницькими повноваженнями.

Приватний інтерес визначається Законом як будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, у тому числі зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, у тому числі ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю в громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях (абз. 12 ч. 1 ст. 1).

Як зазначається у Методичних рекомендацій щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, «практично це означає, що кожен службовець при виконанні своїх повноважень повинен брати до уваги увесь спектр своїх не лише правових (юридичних), а й соціальних (приватних) відносин, які зумовлюють виникнення майнового чи немайнового інтересу. При цьому тільки такий приватний інтерес у сфері службових або представницьких повноважень, що може вплинути або впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень, спричиняє виникнення реального або потенційного конфлікту інтересів. Законом не встановлюється заборон чи обмежень на наявність приватного інтересу, як такого. Йдеться про дотримання правил етичної поведінки службовця та відповідну оцінку приватних інтересів через призму можливого їх негативного впливу на об'єктивність прийняття рішень чи діянь службовця при реалізації своїх службових чи представницьких повноважень» [5].

Наступним елементом конфлікту інтересів виступають службові або представницькі повноваження. Поняття та зміст представницьких повноважень закон не розкриває. Їх перелік визначений, як правило, у відповідних законах, що визначають правовий статус відповідних органів та наділених ними осіб. Так, представницький орган місцевого самоврядування – виборний орган (рада), який складається з депутатів і відповідно до закону наділяється правом представляти інтереси територіальної громади і приймати від її імені рішення. Повноваження відповідних рад та депутатів розкриваються у главі II цього Закону. Представницькі повноваження можуть мати й інші суб'єкти владних повноважень. Так, Президент України представляє державу в міжнародних відносинах, здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави, веде переговори та укладає міжнародні договори України; приймає рішення про визнання іноземних держав; приймає вірчі і відкличні грамоти дипломатичних представників іноземних держав тощо. Таким чином, представницькі повноваження надають можливість відповідним суб'єктам відповідно до закону від власного імені та/або за дорученням уповноважених суб'єктів (напр., територіальної громади, суб'єкта владних повноважень) вирішувати певне коло проблем і діяти в інтересах таких осіб.

Зміст та межі службових повноважень у юридичній літературі визначаються порізному. Одразу слід зауважити, що на законодавчому рівні це поняття не закріплене. Зміст його, як правило, розкривається через призму службових злочинів: зловживання владою або службовим становищем; перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу (ст. ст. 364-365 Кримінального кодексу України) тощо, які переважно вчиняються службовими особами. Такими визнаються особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням здійснюють функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням

організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління зі спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом [6]. Тобто коло таких осіб обмежується суб'єктами владних повноважень, посадовими особами державних чи комунальних підприємств, установ чи організацій, а також тими, що виконують такі функції за спеціальним повноваженням.

Автори Науково-практичного коментаря Закону України «Про запобігання корупції» вважають, що «службові повноваження становить комплекс офіційно покладених на певних службовців конкретних функціональних обов'язків, а також повноважень, наданих виключно для ефективного виконання цих обов'язків. Будь-яких прав, відмінних від прав людини і громадянина, службовці не мають. Службові повноваження посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування повинні бути передбачені конституцією, міжнародним договором, законом, а також виданими в їх розвиток та на їх виконання указом, постановою, статутом, положенням, правилами, інструкцією тощо, інших державних органів – можуть бути визначені лише указом, постановою, статутом, положенням, правилами, інструкцією тощо, а службових осіб приватного сектору – будь-яким актом корпоративного права» [7, с. 60]. Неоднозначність даної позиції становить вислів, що «будь-яких прав, відмінних від прав людини і громадянина, службовці не мають», з яким важко погодитися, оскільки зі вступом на публічну службу службовці наділяються додатковими правами, притаманними лише їм, наприклад, на присвоєння чергового рангу, більш раннього виходу на пенсію тощо.

Як правильно зазначено у Методичних рекомендаціях щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, «коло службових повноважень визначається в посадових інструкціях, трудових договорах, іноді – в дорученнях тощо. Водночас, інструкції та інші документи визначають лише безпосередні повноваження конкретного службовця, в той час, як законом або іншим нормативно-правовим актом може додатково визначатися коло як безпосередніх, так і загальнослужбових повноважень» [5, с. 18]. Але й у цьому разі йдеться про службовців, коло службових повноважень яких слід брати до уваги, вирішуючи питання про наявність чи відсутність конфлікту інтересів.

Як свідчать положення Закону, коло осіб, на яких поширюються вимоги щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, значно ширше і виходить за межі службових повноважень. Відповідно до ч. 1 ст. 28 ними є особи, зазначені у пунктах 1, 2 частини першої статті 3 цього Закону, а саме: особи, уповноважені на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 1), та особи, які для цілей цього Закону прирівнюються до зазначених осіб і не є службовими, по-перше, особи, які не є державними службовцями, посадовими особами місцевого самоврядування, але надають публічні послуги (аудитори, нотаріуси, приватні виконавці, оцінювачі, а також експерти, арбітражні керуючі, незалежні посередники, члени трудового арбітражу, третейські судді під час виконання ними цих функцій, інші особи, визначені законом), і, по-друге, представники громадських об'єднань, наукових установ, навчальних закладів, експертів відповідної кваліфікації, інші особи, які входять до складу конкурсних комісій, утворених відповідно до Закону України «Про державну службу», Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», Громадської ради доброчесності, утвореної відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», громадських рад, рад громадського контролю, що утворені при державних органах та беруть участь у підготовці рішень із кадрових питань, підготовці, моніторингу, оцінці виконання антикорупційних програм і при цьому не є посадовими особами юридичних осіб публічного права (п. 2).

Розглянемо їхній статус та повноваження. Так, відповідно до ст. 3 Закону України «Про нотаріат» нотаріус – це уповноважена державою фізична особа, яка здійснює нотаріальну діяльність у державній нотаріальній конторі, державному нотаріальному архіві або незалежну професійну нотаріальну діяльність, зокрема посвідчує права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняє інші нотаріальні дії, передбачені законом, з метою надання їм юридичної вірогідності [8]. Слід зауважити, що у сфері запобігання корупції нотаріусу забороняється лише використовувати свої повноваження з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки чи пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, а також займатися підприємницькою, адвокатською діяльністю, бути засновником адвокатських об'єднань, перебувати на державній службі або службі в органах місцевого самоврядування, у штаті інших юридичних осіб, а також виконувати іншу оплачувану роботу, крім викладацької, наукової і творчої діяльності. Про те, що

йому забороняється вчиняти нотаріальні дії в умовах конфлікту інтересів, у законі зазначається лише частково. Сферу приватного інтересу у таких випадках становлять чоловік чи дружина нотаріуса, його (її) та свої родичі (батьки, діти, онуки, дід, баба, брати, сестри), а також працівники даної нотаріальної контори та працівники, що перебувають у трудових відносинах із приватним нотаріусом.

Подібне положення закріплене у ст. 16 Закону України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» [9], де зазначено, що приватним виконавцем може бути громадянин України, уповноважений державою здійснювати діяльність із примусового виконання рішень у порядку, встановленому законом, і є суб'єктом незалежної професійної діяльності. Стосовно конфлікту інтересів слід зауважити, що приватний інтерес у ньому обмежується ситуаціями, коли приватному виконавцю забороняється виконувати рішення, якщо: 1) боржником або стягувачем є сам виконавець, близькі йому особи; 2) пов'язані з ним особи – юридичні та/або фізичні особи, відносини між якими можуть впливати на умови або результати їхньої діяльності чи діяльності осіб, яких вони представляють, з урахуванням таких критеріїв: виконавець безпосередньо та/або опосередковано (через пов'язаних осіб) володіє корпоративними правами юридичної особи, яка є стороною виконавчого провадження, чи спільно з юридичною та/або фізичною особою, яка є стороною виконавчого провадження, володіє корпоративними правами будь-якої юридичної особи; виконавець має право та/або повноваження призначати (обирати) одноособовий виконавчий орган або колегіальний склад виконавчого органу/склад наглядової ради зазначених юридичних осіб. Про інші сфери приватного інтересу, зумовлені особистими, дружніми чи іншими стосунками, не йдеться.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про аудиторську діяльність» такою діяльністю визнається підприємницька діяльність, яка включає в себе організаційне і методичне забезпечення аудиту, практичне виконання аудиторських перевірок (аудит) та надання інших аудиторських послуг [10]. Аудит здійснюється незалежними особами (аудиторами), аудиторськими фірмами, які уповноважені суб'єктами господарювання на його проведення. За аналогією з вищезгаданими законами заборони проведення аудиту стосуються прямих сімейних стосунків та особистого майнового інтересу (ст. 20)

Нормативне закріплення статусу та обмежень, пов'язаних зі здійсненням професійної діяльності, можна продовжити оцінювачами, експертами, арбітражними керуючими, представниками громадських об'єднань тощо. Аналіз відповідних нормативно-правових актів свідчить про те, що зазначені особи відповідно до чинного законодавства не є службовими і не здійснюють службові повноваження, а провадять незалежну професійну діяльність представляючи сферу приватного права. При цьому сфера їхнього приватного інтересу, закріплена законом, значно вужча за ту, що задекларована у Законі «Про запобігання корупції». Проте це не суперечить тому факту, що такі особи наділені певними правами та обов'язками, які в сукупності становлять їхні повноваження неслужбового характеру. З цього приводу слід навести здобутки вчених-правників стосовно змісту понять «повноваження» і «службові повноваження». Вони співвідносяться між собою як загальне і часткове. Повноваження мають бути визначені у нормах права як на законодавчому, так і на підзаконному правових рівнях. Його змістом є система прав і обов'язків, набутих у легітимний спосіб державою, місцевим самоврядуванням, державними органами й органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, іншими суб'єктами правовідносин з метою забезпечення можливостей, потреб та інтересів людини та громадянина, окремих соціальних груп та суспільства в цілому [11, с. 39].

Як окрему неслужбову категорію повноважень аудиторів, оцінювачів, нотаріусів виділяє і кримінальне законодавство, яке передбачає окремі норми відповідальності для них у ст. 365-2 «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги», ст. 368-4 «Підкуп особи, яка надає публічні послуги» [6].

Таким чином, виходячи із зазначених вище законодавчих визначень реального та потенційного конфлікту інтересів, можна зробити висновок, що такі конфлікти можуть мати місце під час виконання лише службових повноважень, що значно звужує сферу їх виникнення й означає, що конфлікту інтересів у діяльності осіб, які надають публічні послуги, є представниками громадських формувань тощо, не може бути у зв'язку з тим, що вони наділені іншими (неслужбовими і непредставницькими) повноваженнями, що суперечить положенням законодавства у сфері запобігання корупції.

Останнім елементом конфлікту інтересів виступає суперечність (її об'єктивна можливість настання) між приватним інтересом і службовими повноваженнями чи представницькими повноваженнями особи. Дана обставина має подвійне значення: по-перше,

для своєчасного виявлення потенційного (об'єктивна можливість настання) та реального (вплив на об'єктивність) конфлікту інтересів і, по-друге, для встановлення складу відповідного правопорушення у разі порушення встановленої процедури попередження та урегулювання конфлікту інтересів, що має встановлюватися окремо для кожного випадку реалізації повноважень шляхом їх зіставлення з приватним інтересом із подальшим визначенням можливості його впливу на об'єктивність чи неупередженість прийняття рішення, вчинення дій службовою та іншими особами.

Висновки.

Аналіз нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері у сфері запобігання та врегулювання конфліктів інтересів, свідчить про таке: 1) натепер у національному правовому полі відсутнє легальне визначення конфлікту інтересів, а його зміст та структура розкривається через призму законодавчо визначених видів конфлікту інтересів – потенційного та реального; 2) складовими елементами конфлікту інтересів, виходячи зі змісту його видів, виступають: а) приватний інтерес; б) службові чи представницькі повноваження; в) суперечність (її об'єктивна можливість) між приватним інтересом і службовими повноваженнями. При цьому поняття та зміст службових та представницьких повноважень законодавчо не визначений і пов'язується переважно з поняттями «службова особа», «представницький орган»; 3) коло суб'єктів, на яких поширюється вимога щодо запобігання конфлікту інтересів, не обмежується лише службовими особами, а є значно ширшим за рахунок осіб, які не наділені службовими повноваженнями, але надають публічні послуги, здійснюючи незалежну професійну діяльність, є представниками громадських формувань тощо. Усе це свідчить про те, що законодавчі визначення конфліктів інтересів, що пов'язуються виключно з виконанням службових повноважень, не поширюються на вказане коло осіб, які такими повноваженнями не наділені; 4) спеціальні закони, що регулюють діяльність зазначених осіб, коло приватних інтересів під час здійснення професійної діяльності щодо надання публічних послуг зводять переважно до сімейних відносин, що не відповідає вимогам законодавства у сфері запобігання та протидії корупції.

Як першочергові заходи усунення зазначених проблем пропонується: по-перше, у поняттях потенційного та реального конфлікту інтересів «службові чи представницькі повноваження» змінити на «службові, представницькі чи інші повноваження»; по-друге, спеціальні закони, що регулюють діяльність суб'єктів, які надають публічні послуги, доповнити нормами, які визначають, що на зазначених осіб поширюються вимоги щодо запобігання конфлікту інтересів, передбачені Законом України «Про запобігання корупції».

Перспектива подальших досліджень полягає в удосконаленні законодавства, що регулює діяльність осіб, які надають публічні послуги, чіткому визначенні таких ключових понять, як конфлікт інтересів, службові та представницькі повноваження.

Список використаних джерел:

1. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014. Відомості Верховної Ради. 2014. № 49. Ст. 2056.

2. Про засади запобігання і протидії корупції : Закон України від 07.04.2011. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 40. Ст. 404.

3. Recommendation of the OECD Council on Guidelines for Managing. Conflict of Interest in the Public Service. URL: http://www.oecd.org/dataoecd/13/22/2957360.pdf.

4. Рекомендація No R (2000) 10 Комітету Міністрів державам-членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців. URL: http://crimecor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/ article;jsessionid=ADD49945492AB4622122873FCCB7BD8D?art_id=48082&cat_id=46352

5. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів: Рішення Національного агентства з питань запобігання корупції № 839 від 29.09.2017 / Національне агентство з питань запобігання корупції. URL: https://nazk.gov.ua/metodychni-rekomendaciyi.

6. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст.131.

7. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання корупції» / наук. ред. Хавронюк М. І., К.: Ваіте, 2018. 472 с.

8. Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 39. Ст. 383.

9. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02.06.2016. Відомості Верховної Ради. 2016. № 29. Ст. 535.

10. Про аудиторську діяльність : Закон України від 22.04.1993. Відомості Верховної Ради України. 1993. № 23. Ст. 243.

11. Голосніченко Д. І. Теорія повноважень: вітчизняний та зарубіжний досвід їх формування : монографія. К. : Видавець Голосніченко А.М. (Г.А.М.), 2009. 356 с.

Статья посвящена анализу нормативно-правовых актов, регулирующих содержание служебных и представительских полномочий в конфликте интересов. Обращается внимание на проблемные вопросы соответствующего законодательства относительно границ указанных полномочий, а также их соотношение с деятельностью лиц, оказывающих публичные услуги, иных лиц, определяются конкретные предложения по их устранению.

Ключевые слова: конфликт интересов, потенциальный конфликт интересов, реальный конфликт интересов, частный интерес, полномочия, служебные полномочия, представительские полномочия.

The article is devoted to the analysis of normative and legal acts regulating the content of official and representative powers in the conflict of interests. Attention is drawn to the problematic issues of the relevant legislation regarding the boundaries of these powers, as well as their correlation with the activities of persons providing public services, other persons, and specific proposals for their elimination are determined.

Key words: conflict of interests, potential conflict of interests, real conflict of interests, private interest, powers, official powers, representative powers.

УДК 341.1/8

Ольга Спектор,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри теоретично-правових дисциплін
Юридичного інституту
Київського міжнародного університету

ЗАСТОСУВАННЯ ПІДХОДІВ ОБЕРЕЖНОСТІ Й ПЕРЕСТОРОГИ В УПРАВЛІННІ ТА ЗАХИСТІ ЖИВИХ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

У статті аналізується сутність підходів обережності й перестороги в процесі управління та захисту живих природних ресурсів. Розглянуто особливості їх застосування на прикладі найбільшого їх застосування щодо морських живих ресурсів.

Ключові слова: міжнародне природоресурсне право, природні ресурси, живі природні ресурси, підхід обережності, принцип перестороги.

Постановка проблеми. Останнім часом поряд із екосистемним підходом активне застосування щодо живих природних ресурсів знаходить обережний підхід і принцип перестороги. Наприклад, його визнано як одну з основ рибальської політики як на міжнародному універсальному, регіональному, двосторонньому рівнях, так і на національному рівні.

Обережний підхід в управлінні рибальством завоював широку популярність передусім як метод, що дає змогу здійснювати раціональне рибальство в умовах низької якості й/або неповноти доступної інформації (тобто в умовах невизначеності) [1, с. 55]. Цей принцип закріплено в універсальному міжнародному договорі – Угоді про здійснення положень Конвенції ООН з морського права від 10 грудня 1982 р., які стосуються збереження транскордонних рибних запасів і запасів далеко мігруючих риб та управління ними (1995 р.) (далі – Угода 1995 р.), що надало йому універсального значення щодо живих ресурсів. Як справедливо зазначає О.Н. Вилегжанін, «принцип «обережного підходу» став договірною нормою сучасного міжнародного права про управління морськими живими ресурсами» [2, с. 12]. Причому, хоч «ці договірно-правові норми про обережний підхід належать, за змістом Угоди 1995 р., лише до морських районів, на практиці їх вплив уже позначається й на розвитку правового режиму ресурсокористування, і на береговій смузі, що омивається морськими водами» [3, с. 264].

Мета статті – проаналізувати сутність підходів обережності й перестороги в процесі управління та захисту живих природних ресурсів; розглянути особливості їх застосування на прикладі найбільшого їх застосування щодо морських живих ресурсів.

Виклад основного матеріалу. Здійснюючи обережний підхід, під час реалізації його щодо природних ресурсів державам варто враховувати, inter alia, невизначеність стосовно величини й продуктивності запасів, контрольні величини для безпечної експлуатації запасу, його стан стосовно таких величин, рівень і вплив промислової діяльності на види, які не є об'єктами промислу, на асоційовані або залежні види, а також екологічні та соціально-економічні умови [4, с. 58].

Своє найбільше застосування обережний підхід знайшов щодо морських живих ресурсів. Так, Кодекс ведення відповідального рибальства (1995 р.) зарахував обережний підхід до одного з найважливіших складників відповідального рибальства. Водночас, як зазначає В.К. Бабаян, Угода 1995 р. й попередній Кодекс 1995 р. заклали концептуальні засади обережного підходу, проте його практична реалізація виявилася тісно пов'язаною з традиціями регулювання та іншими регіональними особливостями рибальства. Наприклад, Міжнародна рада з дослідження моря (далі – ІКЕС), не будучи регулювальною організацією, виключила зі своєї схеми цільові орієнтири, замінивши їх так званими орієнтирами обережності, що враховує невизначеність. Це визначило мету застосування обережного підходу в ІКЕС – збереження експлуатованих запасів у біологічно безпечній зоні, обмеженій орієнтирами обережності щодо нерестової біомасі та промислової смертності. В Організації з рибальства в Північно-західній Атлантиці (далі – НАФО), навпаки, основний наголос робиться на якнайшвидше відновлення підірваних запасів, які переважають у її зоні регулювання.

© О. Спектор, 2018

Тому в схемі обережного підходу НАФО зона мораторію на промисел значно збільшена порівняно зі схемою ІКЕС за рахунок уведення в неї додаткових, буферних орієнтирів управління [5, с. 81]. Наукова рада НАФО в 1997 р. встановила рамки для здійснення обережного підходу і прийняла відповідний план дій. Угода про заснування Генеральної комісії з рибальства в Середземному морі (1949 р.) (зі змінами та доповненнями) в ст. 5 передбачає, що ця Комісія повинна застосовувати обережний підхід відповідно до Угоди про транскордонні рибні запаси 1995 р. й Кодексу ведення відповідального рибальства. Конвенція про майбутнє багатостороннє співробітництво в галузі рибальства в північно-східній частині Атлантичного океану (1980 р.) (з наступними змінами та доповненнями), що заснувала НЕАФК, закріплює, що Комісія повинна застосовувати обережний підхід в управлінні рибальством. Згідно зі ст. 4 Угоди з рибальства в південній частині Індійського океану (2006 р.), держави-учасниці застосовують обережний підхід відповідно до Кодексу відповідального риболовства 1995 р. й Угоди 1995 р., в результаті чого відсутність адекватної наукової інформації не повинно бути використано як причину для відстрочення або невжиття заходів щодо збереження й управління запасами морських живих ресурсів. У статті 3 Конвенції про збереження й управління рибними ресурсами у відкритому морі в північній частині Тихого океану (2012 р.) зазначено, що держави-учасниці зобов'язані вживати й виконувати заходи відповідно до обережного та екосистемного підходів до рибальства.

Деякі регіональні рибальські організації, створені до 1995 р., в установчих актах не містять згадки про обережний підхід, однак закріплюють різні положення, які сміливо можна зарахувати до такого принципу. Наприклад, Конвенція про збереження морських живих ресурсів Антарктики (1980 р.), що заснувала Комісію АНТКОМ, у ст. 2 перераховує такі норми [6]. Крім того, не всі прийняті останніми роками регіональні міжнародні договори з рибальства прямо закріплюють принцип обережного підходу, хоча й мають статті, зміст яких загалом тотожний йому. Наприклад, Угода про збереження та раціональне використання водних біологічних ресурсів Каспійського моря (2014 р.) не містить згадки про обережний підхід. У понятійному апараті Угоди такого терміна немає, але норми ст. 4 містять подібні принципи [7].

Загалом державам, субрегіональним або регіональним організаціям і в рамках інших домовленостей з управління рибними ресурсами варто на основі найкращих наявних наукових даних, inter alia, визначати:

– спеціально встановлені для того чи іншого запасу цільові контрольні величини й водночас дії, які варто вжити в разі їх перевищення;

– спеціально встановлені для того чи іншого запасу гранично допустимі величини й водночас дії, які варто вжити в разі їх перевищення; у разі наближення до гранично допустимих обсягів варто вжити заходів щодо недопущення їх перевищення.

У разі організації нового або експериментального промислу державам потрібно якомога швидше вжити заходів обережності з метою збереження й управління, включаючи, inter alia, обмеження обсягу вилову та промислового зусилля. Такі заходи повинні діяти доти, доки не буде достатніх даних для оцінювання впливу промислу на довгострокову стійкість запасів, після чого варто здійснювати заходи щодо збереження й управління, засновані на такій оцінці. Останні з названих заходів повинні по можливості забезпечувати поступовий розвиток рибальства.

На думку В.К. Бабаяна, варто виділити такі найважливіші складники принципу перестороги стосовно управління живими природними ресурсами:

1) запобігання ризикам або мінімізація ризиків, пов'язаних із можливістю заподіяння шкоди експлуатованому природному запасу у відповідній екосистемі;

2) негайне прийняття заздалегідь узгоджених заходів у разі реальної небезпеки для стану експлуатованого запасу або місця його існування;

3) урахування невизначеності (неповноти знань про запаси промислових видів і місця їх існування) як об'єктивно неминучого фактора регулювання експлуатації живих природних ресурсів;

4) відновлення експлуатованих запасів, а також запасів асоційованих або залежних видів до високих рівнів продуктивності й підтримання їх на цьому рівні протягом усього періоду експлуатації [8, с. 16].

Можна лише висловити жаль, що у двосторонніх договорах України принцип обережності щодо управління рибальством поки широко не закріплений. Наприклад, його не згадано в Угодах з Марокко (2012 р.) [9] і Мавританією (2004 р.) [10], він не згаданий, на відміну від екосистемного підходу, навіть у тій частині Угоди про асоціацію з ЄС (2014 р.), яка присвячена співробітництву у сфері рибальства (ст. ст. 407–413) [11].

Незважаючи загалом на позитивне ставлення більшості фахівців до принципу обережності з позиції міжнародного права щодо живих природних ресурсів, існують точки зору, що критично ставляться до нього. На-

приклад, на думку Р.Р. Черчіля й А.В. Лоу, зараз прийняття певних кроків щодо вдосконалення управління рибальством може бути розцінено як спроба «озеленення» міжнародного рибальського права шляхом імпорту до нього певних концепцій, розроблених у міжнародному праві навколишнього середовища, зокрема обережного підходу, сталого розвитку та підтримання біорізноманіття. У зв'язку з цим автори ставлять питання: чи буде таке вдосконалення виходити за рамки того, що зараз видається значною мірою предметом риторики, щоб чинити реальний вплив на міжнародне рибальське право найближчим часом [12]? Також існує точка зору, що широка свобода принципу обережності робить його сприйнятливим до довільного, ірраціонального або необґрунтованого застосування, наприклад, з метою торгового протекціонізму. Крім того, застосування обережного підходу може порушувати права й інтереси людини, в тому числі право на харчування та гідні умови проживання, а також посилити проблему бідності й голоду [13, с. 8].

Характерно, що недотримання принципу обережності в управлінні живими природними ресурсами, незважаючи на його недовгу історію, вже було предметом міждержавних суперечок. Зокрема, у Справі південного блакитного тунця, розглянутій Міжнародним трибуналом з морського права в 1999 р., серед іншого, Австралія й Нова Зеландія пред'явили претензії Японії в невиконанні зобов'язань у частині збереження запасів південного блакитного тунця відповідно до принципу обережності. Заявники звернулися до Суду з проханням наказати сторонам діяти під час вилову тунця згідно з принципом обережності до остаточного вирішення спору по суті [14, с. 174].

В іншій справі, розглянутій Міжнародним судом ООН у 2014 р., – справі про китобійний промисел в Антарктиці – Австралія, крім іншого, звинуватила Японію в порушенні обережного підходу під час видобутку китів у Південному океані. Зокрема, в п. 4.87 свого Меморандуму Австралія зазначила, що «обережність слугує орієнтиром під час тлумачення ст. 8 Міжнародної конвенції з регулювання китобійного промислу 1948 р.» [15].

Висновки.

Отже, можемо резюмувати, що в контексті управління живими ресурсами варто зазначити, що саме вищерозглянуті підходи дають змогу правового застосування заходів щодо них за межами юрисдикцій і суверенітету держав (через міжнародні органи у відкритому морі, Антарктиці, тощо).

Список використаних джерел:

1. Бекяшев Д.К. Международно-правовые проблемы управления рыболовством: монография. Москва: Проспект, 2017. 512 с.

2. Вылегжанин А.Н., Зиланов В.К. Юридические начала управления живыми ресурсами Мирового океана. Международно-правовые основы управления морскими живыми ресурсами: (теория и документы). Москва: ОАО «НПО «Издательство «Экономика», 2000. С. 12.

3. Вылегжанин А.Н. Морские природные ресурсы (международно-правовой режим). Москва: Информдинамо, 2001. С. 264–265.

4. Бекяшев Д.К. Международно-правовые проблемы управления рыболовством: монография. Москва: Проспект, 2017. 512 с.

5. Бабаян В.К. Концептуальные основы рационального рыболовства. Актуальные вопросы рационального использования водных биологических ресурсов: материалы Первой научной школы молодых ученых и специалистов по рыбному хозяйству и экологии, посвященной 100-летию со дня рождения проф. П.А. Моисеева, Звенигород, 15–19 апреля 2013 г. Москва: Изд-во ВНИРО, 2013. С. 81.

6. Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики (1980 г.). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_045/conv.

7. Соглашение о сохранении и рациональном использовании водных биологических ресурсов Каспийского моря (г. Астрахань, 29 сентября 2014 года). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31611777#pos=1;-73.

8. Бабаян В.К. Предосторожный подход к оценке общего допустимого улова (ОДУ): рекомендации по применению. Москва: Изд-во ВНИРО, 2000. С. 16–17.

9. Угода про співробітництво з метою розвитку партнерства в галузі рибальства між Кабінетом Міністрів України та Урядом Королівства Марокко (2012 р.). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/504_011.

10. Угода про співробітництво в галузі рибальства та морського господарства між Урядом України та Урядом Ісламської Республіки Мавританія (2003 р.). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ru/478_004.

11. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014 р.). URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/984_011/page11.

12. Churchill R.R., Lowe A.K. The law of the sea. Third edition. Manchester University Press, 2010.

13. Cooney R. Front Promise to Practicalities: The Precautionary Principle in Biodiversity Conservation and Sustainable Use. Biodiversity and the Precautionary Principle Risk and Uncertainty in Conservation and Sustainable Use. Edited by Rosie Cooney and Barney Dickson. New York. Earthscan, 2005. P. 8.

14. Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs Digest of International Cases on the Law of the Sea. United Nations. New York, 2006. P. 174–184.

15. Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan). Memorial of Australia. Vol. 1. URL: http://www.icj-cij.org/docket/files/148/17382.pdf (дата звернення: 04.02.2016).

В статье анализируется суть подходов осторожности и предостережения в процессе управления и защиты живых природных ресурсов. Рассмотрены особенности их применения на примере наиболее широкого их использования по отношению к морским живым ресурсам.

Ключевые слова: международное природоресурсне право, природные ресурсы, подход осторожности, принцип предосторожности.

In the article was analyzed the essence of caution and precautionary approaches in the management and protection of living natural resources. The peculiarities of their application on the example of their greatest application in relation to marine living resources are considered.

Key words: international natural resource law, natural resources, living natural resources, cautious approach, precautionary principle.

УДК 342, 351.746.1

Володимир Столбовий,
канд. юрид. наук, доцент, докторант
Національної академії Служби безпеки України

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СЛУЖБОВИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Стаття присвячена розгляду актуальних питань службових правовідносин у сфері національної безпеки України. Наголошено на тому, що в умовах реальних і потенційних загроз, гібридної війни необхідна високоефективна система службових правовідносин, яка має стати важливим складником механізму держави, здатного забезпечити реалізацію функцій і завдань, які стосуються сфери національної безпеки держави.

Ключові слова: службові правовідносини, правове регулювання службових правовідносин, національна безпека України, загрози національній безпеці держави, органи публічної влади, державні службовці.

Постановка проблеми. Сьогодні Україна перебуває у надзвичайно складних умовах, яких не мала протягом усього періоду незалежності. Насамперед ідеться про анексію Криму, окупацію частини території Луганської та Донецької областей. Фактично Україна перебуває у стані війни. Особливість цієї війни полягає у тому, що вона має гібридний характер. Усі ці обставини вимагають від держави прийняття нестандартних рішень, спрямованих на захист суверенітету і територіальної цілісності держави. Реалізація цих завдань неможлива без реформування і вдосконалення службових правовідносин у сфері національної безпеки держави. Серед найважливіших завдань, що можуть забезпечити синергію трансформаційних перетворень у державі, – здійснення ефективного удосконалення системи державного управління та місцевого самоврядування, яка охоплює низку галузевих реформ, серед яких важливе місце займає реформування службових правовідносин у сфері національної безпеки України.

Питання про те, що являють собою службові правовідносини, до сьогодні явно замало розроблені у вітчизняній правовій літературі. Їх аналіз на монографічному рівні, як правило, проводиться у зв'язку з дослідженням більш загальних питань, присвячених проблематиці державної служби.

Аналіз останніх публікацій. Питання діяльності публічних службовців на концептуальному рівні досліджувалось такими науковцями, як: В. Б. Авер'янов, С. Д. Дубенко, С. В. Ківалов, Н. Р. Нижник, В. М. Олуйко, О. В. Петришин, В. Малиновський, Є. Черноног та ін. Різні аспекти державно-службових відносин знайшли відображення в роботах В. Б. Авер'янова, Н. О. Армаш, Ю. П .Битяка, С. Д. Дубенко, О. О. Гришковця, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпакова, В. Л. Коваленка, І. Б. Коліушка, О. Г. Мовчуна, В. М. Манохіна, О. П. Ноздрачева, Д. М. Овсянка, П. Т. Павленчика, І. М. Пахомова, О. В. Петришина, Ю. М. Старілова, М. І. Цуркана, С. Є. Чаннова. Проте в цих роботах відсутні усталені підходи до сутності державно-службових відносин.

Загальні питання національної безпеки досліджувались такими науковцями, як: О. М. Бандурка, Д. О. Беззубов, Ю. П. Битяк, В. Т. Білоус, В. К. Колпаков, Р. А. Калюжний, Г. Ф. Костенко, В. А. Ліпкан, Р. Н. Нижник, Г. Г. Почепцов, Г. Л. Ситник, В. Г. Фатхутдінов, В. С. Цимбалюк та ін.

Однак у цих наукових дослідженнях питання службових правовідносин у сфері національної безпеки не було предметом окремого розгляду.

Мета статті полягає у дослідженні на основі аналізу чинного законодавства поглядів учених щодо місця службових правовідносин в адміністративному праві, а також встановити їх зв'язок із національною безпекою України.

Виклад основного матеріалу. Правовідносини виникають і існують тоді, коли є два і більше суб'єктів суспільних відносин, між якими виникає правовий зв'язок у формі суб'єктивних прав та обов'язків із приводу задоволення їхніх матеріальних і духовних потреб та інтересів. Метою правових відносин є врегулювання та впорядкування певних суспільних відносин, які існують між

© В. Столбовий, 2018

людьми і їх організаціями. О. Ф. Скакун визначає правовідносини як врегульовані нормами права вольові суспільні відносини, що виражаються в конкретному зв'язку між правомочними і зобов'язаними суб'єктами – носіями суб'єктивних прав, обов'язків, повноважень і відповідальності – і забезпечуються державою [1, с. 345].

Взагалі, правовідносини – це загальнотеоретичне поняття, яке стосується всіх сфер суспільного життя. Правовідносини у праві слід розглядати з позиції поділу права на публічне та приватне. Правовідносини, що виникають у сфері національної безпеки, є публічними правовідносинами. Відповідно до чинного законодавства, національна безпека України забезпечується шляхом проведення виваженої державної політики, за допомогою визначених суб'єктів, що входять до сектору безпеки й оборони, тобто через здійснення публічного управління [2]. Публічне управління, у свою чергу, є елементом предмета адміністративного права як галузі публічного права. Тобто, на нашу думку, у з'ясуванні змісту службових правовідносин у сфері національної безпеки необхідно відштовхуватись від відносин адміністративно-правових. Як зазначає О. І. Харитонова, адміністративно-правові відносини – це урегульовані адміністративно-правовою нормою суспільні відносини, що складаються у галузі державного управління та адміністративної охорони публічного правопорядку, один з учасників (або всі учасники) яких є носіями владних повноважень, а також суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, які перебувають під охороною держави [3].

Слід ураховувати, що публічно-правові відносини визначаються як відносини, що виникають, змінюються та припиняються на підставі норм публічного права між будь-якими суб'єктами, наділеними публічними правами й обов'язками, з ініціативи однієї зі сторін, пов'язані з виконанням публічних завдань і функцій держави чи територіальної громади та спрямовані на реалізацію публічного інтересу [4, с. 22]. Тому надзвичайно важливим є бездоганний за теоретичною основою механізм забезпечення цього публічного інтересу, розроблення дієвих правових норм, що максимально б захищали права та свободи громадян у відносинах із державою в умовах фактичної нерівності між ними.

Актуальність реформування державно-службових правовідносин випливає з необхідності відновити довіру громадян до державних інституцій. Так, за результатами досліджень, проведених центром Разумкова, ставлення громадян України до суспільних інститутів виглядає таким чином: Президенту України довіряють 24,8 % опитаних, не довіряють – 68,2 %, Уряду – відповідно 19,8 % і 73,1 %, Національному банку – відповідно 15,3 % і 75,2 %, Верховній Раді – відповідно 13,8 % і 80,7 %. Довіру до державного апарату (чиновників) висловили 11,2 % опитаних, не довіряють – 80,7 % [5].

Реформування службово-правових відносин випливає з цілої низки нормативно-правових документів. Згідно зі Стратегією реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування в Україні на період до 2017 року, схваленою розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 березня 2015 р. № 227-р, у межах подальшого реформування системи державної служби, служби в органах місцевого самоврядування, інших видів публічної служби до чинних нормативних актів будуть вноситися зміни і доповнення, а також розроблятися нові нормативні документи щодо особливостей статусу державних та інших публічних службовців і проходження ними публічної служби [6]. Зазначені новели публічно-службових відносин потребують подальшого дослідження і уточнення предмета службових правовідносин, системи і нормативного змісту його ролі та місця у сфері національної безпеки держави.

Регулювання службових правовідносин у сфері національної безпеки України – складний процес, який потребує здійснення ґрунтовних теоретичних досліджень. Намагання вирішити це питання шляхом точкових змін, без чіткого розуміння особливостей публічної службової діяльності не може бути переконливим. Усе це вимагає доктринального опрацювання філософії реформування публічної служби та її серцевини – службових правовідносин.

Серед авторів, які у своїх роботах розглядають службові правовідносини, немає єдності в розумінні їх специфіки та змісту. Насамперед це пов'язано з тим, що досі не вирішена проблема співвідношення трудових і адміністративних основ у правовому регулюванні різних аспектів службових правовідносин. Шляхи пошуку і розв'язання цього питання полягають у з'ясуванні співвідношення предмета адміністративного права та службовими правовідносинами (публічною службою). У теорії адміністративного права щодо відносин, у які, здійснюючи свою професійну діяльність, вступає службовець, слід говорити про виникнення та функціонування службових правовідносин. Умовно такі службові правовідносини можна поділити на дві основні групи: внутрішньо-організаційні відносини, тобто відносини з публічною адміністрацією, у більш вузькому розумінні – з

конкретним державним органом або органом місцевого самоврядування; відносини із зовнішніми суб'єктами – фізичними та юридичними особами, в які він вступає під час реалізації своїх службових повноважень.

Слід зауважити, що серед науковців у галузі адміністративного права немає єдиної думки стосовно однакового розуміння цього питання. Більшість науковців внутрішньо-організаційні відносини включають до предмета адміністративного права. Ю. П. Битяк відносить до предмета адміністративного права відносини, пов'язані з: діяльністю органів виконавчої влади; внутрішньо-організаційною діяльністю державних органів, підприємств, установ, організацій; управлінською діяльністю органів місцевого самоврядування; здійсненням недержавними суб'єктами делегованих повноважень органів виконавчої влади; здійсненням правосуддя у формі адміністративного судочинства [7]. Дещо ширше розглядає предмет адміністративного права В. К. Шкарупа, який визначає його як «сукупність суспільних відносин, що складаються в процесі організації та діяльності виконавчої влади, а також пов'язаних із внутрішньою організацією діяльності державних органів, інших державних організацій та органів місцевого самоврядування, із застосуванням заходів державного примусу, реалізацією та захистом прав і свобод громадян у сфері виконавчої влади та здійсненням окремими недержавними формуваннями делегованих їм повноважень та функцій виконавчої влади» [8]. В. К. Колпаков не виділяє окремо в предметі адміністративного права внутрішньо-організаційну діяльність. Він зараховує до предмета адміністративного права відносини: публічного управління; адміністративних послуг; відповідальності публічної адміністрації за неправомірні дії або бездіяльність; відповідальності суб'єктів суспільства (індивідуальних і колективних) за порушення встановленого публічною адміністрацією порядку і правил [9]. Аналогічну позицію займають науковці у сфері трудового права. На їхню думку, цивільна служба – особливий різновид праці вільного найму, «державний службовець виступає як службовець найманої праці, і в цьому сенсі володіє загальними трудовими правами, передбаченими для всіх категорій працівників, які здійснюють свою діяльність на основі трудової угоди (найму). Хоча назви (нормативно-правова термінологія) можуть бути різними (службовий контракт, службові відносини, службові права, службові обов'язки), їх змістом завжди є певна праця, специфіка якої проявляється в будь-якій сфері суспільно-корисної діяльності» [10, с. 23].

Зростаюча роль держави у сфері національної безпеки вимагає переосмислення ролі і місця службових правовідносин, перегляду стратегічних завдань розвитку державності та національної безпеки, економічного зростання та соціальної орієнтованості ринкової економіки, забезпечення інтегрування України у світове співтовариство, посилення дієздатності держави й активності регіональної політики, розвитку інноваційної та інвестиційної політики й забезпечення інтересів власного товаровиробника. Недостатня правова урегульованість публічної служби призводить до спорів та конфліктів щодо прийняття на публічну службу, її проходження та її припинення. Значна кількість таких адміністративних позовів негативно відбивається на функціонуванні публічної служби та негативно впливає на рівень національної безпеки держави.

В умовах реальних і потенційних загроз, гібридної війни нам потрібна високоефективна система службових правовідносин, яка має стати важливим складником механізму держави, здатної забезпечити реалізацію функцій і завдань, які стосуються сфери національної безпеки держави. Діяльність держави, функціонування її управлінського апарату здійснюється через публічну службу, в основі якої – службові правовідносини. Ставлення до службових правовідносин у сфері національної безпеки держави, їх організації, регламентації, якості виконання завдань і функцій держави є показником устрою держави, її апарату та міцності сектору безпеки і оборони держави.

Слід зауважити, що організація життєдіяльності органів публічної влади – досить складний та багатоаспектний процес, у якому взаємодіють об'єктивні та суб'єктивні чинники. Це включає в себе послідовне здійснення комплексних заходів, зокрема: законодавчих, організаційно-управлінських, фінансово-економічних, науково-дослідних, кадрових та інших. У ході реалізації всього спектра зазначених заходів важливо зберегти оптимальне співвідношення новацій та спадкоємності, перспективності та прагматизму. Порушення цих вимог буде слугувати фактором погіршення функціонування органів публічної влади і, як наслідок, зниження рівня національної безпеки держави.

Отже, основним інструментом ефективності органів публічної влади є службові правовідносини. У будь-якому суспільстві існують зв'язки між людьми, які встановлюються у процесі їхньої спільної діяльності. Ці зв'язки певною мірою упорядковані й організовані за допомогою моральних, релігійних та інших соціальних норм. Але значна

частина суспільних відносин будується на підставі правових норм, і тому їх називають правовими відносинами. У межах правовідносин життєдіяльність суспільства набуває цивілізованого, стабільного і передбаченого характеру. Правовідносини є особливим видом суспільних відносин, вони визрівають у глибині суспільних відносин, зумовлені політичними, економічними та іншими соціальними потребами, що сприяє необхідності їх визначення і захисту з боку держави.

Місце і роль службових правовідносин набуває особливого характеру в умовах військової агресії, гібридної війни проти України, що має безпосереднє відношення до сфери національної безпеки держави. Виходячи із наведеного вище, службові правовідносини у сфері забезпечення національної безпеки України, на нашу думку, можна розподілити на відносини:

– по-перше, що складаються під час вступу на публічну службу;

– по-друге, що складаються під час проходження публічної служби;

– по-третє, щодо складаються під час припинення публічної служби.

Висновки.

Основоположним поняттям у структурі службового права, на нашу думку, мають стати державно-службові правовідносини, під якими розуміють державно-правові відносини служби і відданості закону державного службовця, що вступає на службу. Роботодавці державного службовця – держава, органи державної влади, інші органи, на які поширюється дія Закону України «Про державну службу».

Отже, правове регулювання службових правовідносин у сфері національної безпеки України – це здійснюваний за допомогою норм права вплив на поведінку суб'єктів забезпечення національної безпеки з метою належного функціонування і організації структурних підрозділів та їх особового складу для досягнення поставлених цілей і завдань у даній сфері.

Необхідно зазначити, що серед основних принципів забезпечення національної безпеки України – принцип чіткого розмежування повноважень та взаємодія органів державної влади у забезпеченні національної безпеки. Тому належне правове регулювання службових правовідносин у сфері національної безпеки України є вкрай необхідним, дуже важливим елементом ефективного здійснення державного управління на сучасному етапі розвитку держави. Ключовим принципом реформаторських зусиль повинен залишатися принцип комплементарності, адже реалізація будь-якої найдосконалішої стратегії, якщо вона не буде спиратися на відповідні інститути та підготовлені кадри, приречена на невдачу.

Список використаних джерел:

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. Енциклопедичний курс: підручник. Харків, 2009. С. 561.

2. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII. Голос України. 2018. № 122.

3. Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та правова природа: автореф. дис .... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Одеса, 2004. 36 с.

4. Зелена О. Визначення підстав юридичної відповідальності: актуальні питання. Право України. 2003. № 4. С. 21-25.

5. Ставлення громадян України до суспільних інститутів, електоральні орієнтації. Понеділок, 23 жовтня 2017 / Центр Разумкова. URL: http: // razumkov.org.ua/napryamki/sotsiolohichni-doslidzhennia/stavlennia-hromadian-ukrainy-do-suspilnykh-instytutiv-elektoralni-oriientatsii-2.

6. Про схвалення Стратегії реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування в Україні на період до 2017 року та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 18.03.2015 № 227-р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/227-2015-р.

7. Ю.П. Битяк, В.В. Богуц, В.М. Гаращук та ін. Адміністративне право України: підручник. Харків: Право, 2001. 528 с.

8. В.К. Шкарупа, Ю.А. Ведерніков, В.П. Підчибій. Словник-довідник. Дніпропетровськ: Видво Юридичної академії МВС України, 2001. 194 с.

9. Колпаков В.К., Кузьменко О.В., Пастух І.Д., Сущенко В.Д. Курс адміністративного права України: підручник. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 872 с.

10. Ліпкан В.А., Мовчун О.Г. Сутність та порядок вирішення службових спорів: монографія / за заг. ред. В.А. Ліпкана. Київ: Видавець О.С. Ліпкан, 2017. 312 с.

Статья посвящена рассмотрению актуальных вопросов служебных правоотношений в сфере национальной безопасности Украины. Отмечено, что в условиях реальных и потенциальных угроз, гибридной войны необходима высокоэффективная система служебных правоотношений, которая должна стать важной составляющей механизма государства, способного обеспечить реализацию функций и задач, касающихся сферы национальной безопасности государства.

Ключевые слова: служебные правоотношения, правовое регулирование служебных правоотношений, национальная безопасность Украины, угрозы национальной безопасности государства, органы публичной власти, государственные служащие.

The article is devoted to consideration of topical issues of official legal relations in the sphere of national security of Ukraine. It is emphasized that in the conditions of real and potential threats, hybrid warfare requires a highly effective system of legal relations, which should become an important part of the mechanism of the state capable of ensuring the implementation of functions and tasks related to the sphere of national security of the state.

Key words: official legal relations, legal regulation of service legal relations, national security of Ukraine, threats to national security of the state, public authorities, civil servants.

УДК 342.9

С. Уварова,
здобувач
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ Й ВИДИ УЧАСНИКІВ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ

У статті досліджено наукові підходи до визначення поняття й видів учасників виконавчого провадження, на основі чого запропоновано власне визначення учасників виконавчого провадження, а також узгоджено та вироблено авторську позицію щодо їх класифікації.

Ключові слова: учасники виконавчого провадження, суб'єкти виконавчого провадження, державний виконавець, приватний виконавець, стягувач, боржник, експерт.

Постановка проблеми. Однією з передумов забезпечення своєчасного, повного й ефективного виконання прийнятих рішень є встановлення кола учасників виконавчого провадження, адже правильне їх визначення сприятиме науковому тлумаченню місця та ролі кожного з них у цих правовідносинах, крім того, дасть можливість забезпечити належним комплексом прав та обов'язків та уникнути можливих порушень законності під час здійснення виконавчих дій.

Дослідженням проблематики адміністративно-правового статусу учасників виконавчого провадження в окремих аспектах займалися В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, І.П. Голосніченко, А.С. Васильєв, Є.В. Додін, Р.А. Калюжний, С.В. Ківалов, Н.Р. Нижник, О.В. Петришин, А.О. Селіванов та інші. Разом із тим реформування вітчизняного законодавства зумовлює необхідність пошуку нових шляхів удосконалення правового стану учасників виконавчого провадження.

Метою статті є, зокрема, визначення поняття й видів учасників виконавчого провадження, що є основою для дослідження їхнього правового статусу.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні досить часто в науковій літературі можна зустріти два терміни «учасник провадження» й «суб'єкт провадження», тому детальніше зупинимося на з'ясуванні їх змісту. У теорії права під суб'єктом права розуміють носія передбачених правовими нормами суб'єктивних прав та обов'язків [1, с. 517]. Досліджуючи цю проблематику в рамках адміністративного процесу, О.В. Кузьменко під суб'єктом адміністративного процесу визначає носія прав та обов'язків з реалізації процесуальної діяльності у сфері публічного управління, здатного надані права щодо процесуальної діяльності реалізовувати, а покладені обов'язки виконувати, а учасником уважати реально існуючого індивіда адміністративного процесу [2, с. 176].

У свою чергу, О.І. Миколенко, досліджуючи провадження у справах про адміністративні правопорушення, ототожнює суб'єкта прав із суб'єктом провадження, а суб'єкта правовідносин – з учасником провадження. При цьому він робить такий висновок: а) суб'єкт провадження – це особа, наділена державою відповідною компетенцією і спроможна бути (але не є) учасником відносин в адміністративно-деліктному процесі; б) учасник провадження – це особа, наділена державою відповідною компетенцією, що є стороною фактично існуючих процесуальних відносин [3, с. 146].

Р.С. Мельник дещо інакше підходить до висвітлення цього питання, стверджуючи, що суб'єкт адміністративної процедури – це особа, яка має реальну можливість (тобто вона правоздатна, дієздатна, має права й обов'язки) взяти участь у будь-якій адміністративній процедурі, а вже з того моменту, коли суб'єкт адміністративної процедури вчиняє конкретні дії в межах тієї або іншої процедури (подає заяву, скаргу тощо), він уже стає учасником адміністративної процедури. У кінцевому підсумку вчений робить висновок, що поняття «суб'єкт адміністративної процедури» є більш широким, ніж термін «учасник адміністративної процедури» [4, с. 43].

Цікавою є позиція щодо змісту вищевказаних понять В.М. Тертишника, який зазначає, що всі особи, які вступають у процесуальні правовідносини, незалежно від підстав, обсягу їхніх прав, повноважень чи обов'язків, стадії кримінального процесу, в котрій вони беруть участь, чи тривалості їхньої участі в процесі, є суб'єктами (учасниками) кримінального процесу. При цьому, на його думку, терміни «суб'єкти кримінального процесу» та «учасники кримінального процесу» то-

© С. Уварова, 2018

тожні й уживаються як рівнозначні, спроби дати визначення кожному з них науково безперспективні та недоцільні [5, с. 126].

Досліджуючи виконавче провадження, варто звернути увагу на те, що поняття «учасники виконавчого провадження» є скоріше більш умовним, оскільки повністю не відображає всього складу суб'єктів виконавчого процесу. Такої самої думки дотримуються й С.Я. Фурса та С.В. Щербак, зазначаючи, що «учасниками виконавчого провадження мають бути лише ті особи (фізичні, юридичні, громадяни-підприємці), які мають заінтересованість у результатах виконавчого провадження (особисту, державну, службову) і роль яких є активною у провадженні щодо виконання рішень, тобто вони можуть впливати на процес учинення виконавчих дій. Усі ж інші особи – не учасники, а суб'єкти виконавчого провадження, оскільки вони не заінтересовані в його результаті, а лише сприяють проведенню виконавчих дій. Їхня роль у виконавчому провадженні не активна, а пасивна» [6, с. 227].

Разом із тим натепер законодавець, не розкриваючи самого поняття, чітко встановив, що учасниками виконавчого провадження є виконавець, сторони, представники сторін, прокурор, експерт, спеціаліст, перекладач, суб'єкт оцінної діяльності – суб'єкт господарювання, особи, права інтелектуальної власності яких порушені. Крім того, для проведення виконавчих дій виконавець за потреби залучає понятих, працівників поліції, представників органів опіки й піклування, інших органів та установ у порядку, встановленому Законом України «Про виконавче провадження» [7]. З урахуванням такої позиції законодавця вбачається за доцільне використання саме терміна «учасники виконавчого провадження», під якими пропонуємо розуміти фактичних учасників правовідносин у сфері виконавчого провадження, які наділені певним колом прав та обов'язків, відповідно до яких виражають і реалізовують певну волю.

Продовжуючи далі, зауважимо, що вагоме значення для розкриття питання щодо встановлення кола учасників виконавчого провадження має їх поділ на види. Із цією метою проводять класифікацію, що полягає в систематизованому розподілі за видами предметів, які досліджуються, для встановлення певного зв'язку між ними, визначення спільних закономірностей. Крім того, проведення класифікації має як теоретичне, так і практичне значення, оскільки сприяє забезпеченню нормативно-правового регулювання статусу кожного учасника виконавчого провадження.

Отже, проведення класифікації учасників виконавчого провадження дасть змогу визначити права й обов'язки сторін та обсяг службових повноважень окремих учасників і допоможе встановити умови й порядок проведення виконавчих дій.

Варто зазначити, що учасників виконавчого провадження можна об'єднати за різними критеріями. Так, на думку Ю.І. Гринько, учасників доцільно поділити на сторони – стягувача й боржника, та інших осіб (осіб, які або володіють майном боржника, або пов'язані іншими правовідносинами, предметом яких є здійснення певних дій стосовно майна або грошових цінностей та осіб, що заявляють спір про право цивільне, пов'язане з належністю майна, що підлягає стягненню [8, с. 27].

1. З іншого боку, П.П. Заворотько виокремлює загалом декілька груп, до яких зараховує:

1) осіб, що наділені владними функціями, тобто судові виконавці;

2) осіб, які беруть участь у виконанні й мають суб'єктивну матеріально-правову заінтересованість у виконанні, особи, які здійснюють прокурорський нагляд, особи, які захищають права інших осіб;

3) осіб, які в силу закону зобов'язані сприяти судовому виконанню (торговельні організації, органи внутрішніх справ);

4) осіб, які утримують майно боржника на законних підставах;

5) осіб, майнові права яких стосуються або порушуються державним виконавцем, але у справі такі особи участі не беруть (власники майна, на яке накладений арешт для задоволення вимоги стягувача до боржника) [9, с. 188].

При цьому варто підкреслити, що вищезазначений автор разом із М.Й. Штефан другу групу суб'єктів деталізують ще на декілька видів:

а) особи, які мають у справі суб'єктивну матеріально-правову заінтересованість, – сторони;

б) особи, які мають у справі державну заінтересованість (прокурор, органи державного управління);

в) особи, які мають у справі громадську заінтересованість (профспілки та інші громадські організації) [10, с. 33].

Доречно також виокремити й позицію Д.М. Сибільова, який проводить класифікацію учасників виконавчого провадження шляхом поділу їх на три групи:

1) державні виконавці;

2) особи, що мають особисту юридичну заінтересованість у виконанні рішення, до яких зараховує сторони виконавчого провадження та їхніх представників;

3) особи, що сприяють виконанню рішень, до яких належать, на його думку, експерти, спеціалісти, перекладачі, поняті й інші особи [11, с. 18]. Разом із тим, ураховуючи зміни у вітчизняному законодавстві, перший пункт класифікації доречно було б викласти врахувавши й приватних виконавців.

Хоча не всі науковці погоджуються з точкою зору, що представники сторін не мають особистої заінтересованості у виконанні рішення державним виконавцем. Логічніше стверджувати, що в представників заінтересованість не особиста, а функціональна, як в прокурора й органів виконавчої влади [12, с. 17].

Проте домінуючим переважно є підхід С.Я. Фурси та С.В. Щербак, відповідно до якого в основу поділу учасників виконавчого провадження на види покладено критерій інтересу, який є об'єктивним. Зокрема, державний виконавець має державний інтерес, він повинен бути неупереджений під час учинення виконавчих дій. У другої групи осіб, які беруть участь у виконавчому провадженні, цей інтерес особистий, наприклад, сторони або суспільний чи інший інтерес, зокрема представники. До третьої групи зараховують осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій, у яких ніякого інтересу не має бути, бо ці особи є неупередженими в процесі здійснення виконавчих дій [13, с. 213].

Крім того, класифікувати суб'єктів виконавчого провадження також можна за ступенем обов'язковості участі в процесі. Так, першу групу становлять суб'єкти, участь яких у виконавчому провадженні є обов'язковою, адже без них учинення виконавчих дій буде неможливим. До цієї групи доцільно зарахувати насамперед виконавця і сторони виконавчого провадження. Іншу групу становлять особи, чия участь у вчиненні виконавчих дій має необов'язковий характер, вони залучаються виконавцем лише в окремих випадках у разі настання тих чи інших обставин. До них варто зарахувати перекладача, експерта, спеціаліста, спеціалізовані організації, понятих та інших.

Також розподіл учасників виконавчого провадження можна провести й за підставами їх залучення до виконавчих дій. Отже, учасників виконавчого провадження доцільно поділити на дві групи. Першу групу становлять особи, які вступають у провадження за законом або за власною ініціативою (державний чи приватний виконавець; сторони та їхні представники). До другої групи варто включити осіб, які залучаються в провадження тільки за ініціативою первинних суб'єктів (а саме: перекладач, експерт, спеціаліст, спеціалізовані організації, зберігач, поняті).

Водночас не зовсім вдалою є позиція І.Б. Морозової щодо розподілу суб'єктів виконавчого провадження на такі групи:

1) основні учасники виконавчого провадження (судовий пристав-виконавець, сторони, суд і суддя, прокурор, державні органи й органи місцевого самоврядування, банки (кредитні організації));

2) особи, що сприяють виконанню судових актів та актів інших органів (працівники міліції й організації, що здійснюють розшукові та охоронні функції, перекладачі та спеціалісти, спеціалізовані організації, що реалізують майно боржника) [14, с. 62]. Зарахування суду до учасників виконавчого провадження, на нашу думку, є нелогічним, оскільки суд діє лише в межах того процесуального законодавства, за правилами якого здійснюється конкретний розгляд справи, а не за нормами Закону України «Про виконавче провадження».

Варто звернути увагу на те, що для позначення суб'єктів виконавчого провадження в теорії вчені досить часто застосовують саме визначення «учасники виконавчого провадження». Подібне визначення знайшло своє законодавче закріплення в Законі України «Про виконавче провадження». Загалом, якщо проаналізувати зміст цього Закону, можна дійти висновку, що всіх учасників виконавчого провадження доцільно поділити на такі групи:

1) органи, які здійснюють примусове виконання рішень;

2) учасники виконавчого провадження, що заінтересовані в учиненні виконавчих дій;

3) особи, які не мають власного інтересу та залучаються до проведення виконавчих дій.

Так, згідно з чинним законодавством, до першої групи можна зарахувати органи державної виконавчої служби та у визначених Законом України «Про виконавче провадження» випадках приватних виконавців. Другу групу осіб становлять ключові фігури виконавчого провадження – це сторони, стягувач і боржник. Отже, стягувачем є фізична або юридична особа чи держава, на користь чи в інтересах яких видано виконавчий документ. Відповідно, боржником є визначена виконавчим документом фізична або юридична особа, держава, на яких покладається обов'язок щодо виконання рішення [7].

Крім того, до цієї групи можемо зарахувати й правонаступників сторін, якщо ці правовідносини передбачають правонаступництво. Власне, у разі вибуття однієї зі сторін виконавець за заявою сторони, а також заінтересована особа мають право звернутися до суду із заявою про заміну сторони її правонаступником. Звісно, для правонаступника

всі дії, вчинені до його вступу у виконавче провадження, є обов'язковими тією мірою, якою вони були б обов'язковими для сторони, яку правонаступник замінив [7].

Також до цієї групи доцільно зарахувати представників зазначених вище осіб, адже законодавець визначив, що сторони можуть реалізувати свої права й обов'язки у виконавчому провадженні самостійно або через представників. При цьому особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний учинити певні дії особисто [7].

Між тим, якщо говорити про останню групу учасників виконавчого провадження, то до неї варто зарахувати осіб, які присутні не в кожному виконавчому провадженні, а залучаються виконавцем лише за необхідності вчинення певних виконавчих дій. До них можна зарахувати:

1) експерта (особи, яка з'ясовує чи роз'яснює питання, що виникають у процесі виконання судового рішення чи іншого рішення). Безперечно, мова йде й про дотримання всіх вимог щодо особи експерта (наявність відповідної вищої освіти, освітньо-кваліфікаційного рівня, проходження відповідної підготовки та отримання кваліфікації експерта з певної спеціальності);

2) спеціалісти (особи, що володіють знаннями в певній галузі, проте їхні висновки не мають доказової сили, на відміну від висновку експерта);

3) суб'єкти оцінної діяльності – суб'єкти господарювання (юридичні або фізичні особи, які здійснюють оцінювання майна боржника);

4) поняті. Так, відповідно до вимог Закону України «Про виконавче провадження» (ст. 22), присутність понятих обов'язкова під час учинення виконавчих дій, пов'язаних із примусовим входженням до нежитлових приміщень і сховищ, де зберігається майно боржника, на яке звернено стягнення, або майно стягувача, яке має бути повернено йому в натурі; до житлових будинків і квартир для забезпечення примусового виселення з них і вселення в них; до будинків, квартир та інших приміщень, у яких перебуває дитина, яка має бути передана іншим особам відповідно до рішення суду; під час проведення огляду, арешту, вилучення й передачі майна [7];

5) представники органів опіки та піклування (у разі представлення інтересів недієздатних або неповнолітніх осіб);

6) перекладачі, коли одна зі сторін не володіє державною мовою, якою здійснюється виконавче провадження;

7) працівники поліції, яких залучають у разі перешкоджання державному чи приватному виконавцю здійснювати примусове входження до житла або іншого приміщення боржника;

8) зберігачі майна (особи, на яких покладено обов'язок щодо збереження майна боржника);

9) опікуни майна (якщо особа визнана судом безвісно відсутньою);

10) спеціалізовані організації, що здійснюють реалізацію майна.

Разом із тим варто висловити деякі міркування щодо складу останньої групи учасників виконавчого провадження. Мова йде насамперед про роль експерта в ході вчинення виконавчих дій. Убачається, що його роль дещо відмінна від тієї, які він відіграє під час розгляду справи в суді, оскільки не існує потреби у висновку експерта. У зв'язку з цим убачається, що він скоріше виконує функції спеціаліста в ході виконавчого провадження.

Крім того, зважаючи на умови сьогодення, майже постійними учасниками виконавчого провадження стають як органи опіки та піклування, так і працівники поліції, оскільки в більшості випадків виникають конфліктні ситуації, що зачіпають права не лише конкретної особи, а й передусім неповнолітніх осіб. Також вагоме значення мають особи, які беруть участь у виконавчому провадженні та є утримувачами майна, опікунами чи зберігачами. Досить часто ними є органи державної влади й місцевого самоврядування.

Висновки.

Отже, підсумовуючи викладене, можна резюмувати таке. Національне законодавство закріплює визначення учасників виконавчого провадження, проте воно є певною мірою неповним, оскільки не охоплює всіх учасників. Проте законодавець не має прагнути до розширення кола учасників і передбачити всіх можливих учасників, оскільки їх види та правовий статус закріплено чинними вітчизняними нормами, в тому числі й Законом України «Про виконавче провадження».

Крім того, всіх учасників виконавчого провадження варто розглядати як одну систему, цілісний організм, де всі учасники взаємодіють один із одним для досягнення мети виконавчого провадження. До того ж сама система побудована на принципі стримувань і противаг.

Список використаних джерел:

1. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Юристь, 2003. 776 с.

2. Кузьменко О.В. Теоретичні засади адміністративного процесу. Київ, 2005. 352 с.

3. Миколенко А.И. Административный процесс и административная ответственность в Украине: учебное пособие. Харьков: Одиссей, 2004. 272.

4. Мельник Р.С. Адміністративні процедури в діяльності органів внутрішніх справ України: навчальний посібник. Харків, 2005.

5. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: підручник. 4-те вид., доп. і переробл. Київ: А.С.К., 2003. 1120 с.

6. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: науково-практичний коментар. Київ: Видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2008. 1172 с.

7. Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 № 1404-VIII. Дата оновлення: 15.12.2017. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19 (дата звернення: 28.01.2018).

8. Морозова И.Б., Треушников А.М. Исполнительное производство: учебно-практическое пособие. Москва: Городец, 1999. 328 с.

9. Заворотько П.П. Процессуальные гарантии исполнения судебного решения. Москва: Юр. лит., 1974. 359 с.

10. Заворотько П.П., Штефан М.Й. Судове виконання: для викладачів і студентів юрид. ВУЗів, працівників суду, прокуратури, юрисконсультів підприємств, установ, організацій. Київ: Вид-во Київського ун-ту, 1967. 263 с.

11. Сибилев Д.М. Закон Украины «Об исполнительном производстве»: научно-практический комментарий. Харьков: Легас, 2000. 112 с.

12. Тертышников В.И., Тертышников Р.В. Закон Украины об исполнительном производстве: научно-практический комментарий. Харьков: Консум, 2000. 128 с.

13. Фурса С.Я., Щербак С.В. Виконавче провадження в Україні. Київ: Атіка, 2002. 480 с.

14. Морозова И.Б., Треушников А.М. Исполнительное производство: учебно-практическое пособие. Москва: Городец, 1999. 328 с.

В статье исследованы научные подходы к определению понятия и видов участников исполнительного производства, на основе чего предложено собственное определение участников исполнительного производства, а также согласована и выработана авторская позиция по их классификации.

Ключевые слова: участники исполнительного производства, субъекты исполнительного производства, государственный исполнитель, частный исполнитель, взыскатель, должник, эксперт.

The scientific approaches to the definition of the concept and types of participants in executive proceedings are investigated, on the basis of which the actual definition of the participants of the executive proceedings is proposed, as well as the author's position on their classification is agreed and worked out.

Key words: participants in executive proceedings, subjects of enforcement proceedings, state executor, private executor, collector, debtor, expert.

УДК 342.111.2:347.98

Ірина Берестова,
канд. юрид. наук, доцент, заслужений юрист України,
провідний науковий співробітник
Національної академії внутрішніх справ

ФОРМИ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ І ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

Стаття присвячена розкриттю переліку й ознак ключових форм взаємозв'язку між конституційним провадженням і цивільним судочинством. В аспекті взаємозв'язку між конституційною юрисдикцією і цивільним судочинством важливим є дотримання суб'єктом конституційної скарги, крім правового обґрунтування порушення конституційного права особи приписами конкретного закону, процедурних умов: 1) вичерпаність усіх національних засобів юридичного захисту; 2) темпорального складника – дотримання присічного строку звернення із конституційною скаргою – не більше трьох місяців з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням.

Ключові слова: конституційне провадження, цивільне судочинство, конституційна скарга, форми взаємозв'язку, судовий захист, оскарження судового рішення, прийнятність конституційної скарги.

Постановка проблеми. В умовах ускладнення системи і структури правовідношень, що виникають під час судового захисту прав і свобод осіб у порядку різних видів судочинства, взаємозв'язок цивільного судочинства і конституційного провадження реально простежується в судовій практиці і частково закріплений у нормах права, однак ще не отримав належного наукового осмислення.

Проблеми конституційного судочинства, конституційного процесу, цивільного судочинства, а також проблеми правового регулювання й захисту публічних інтересів досліджуються під різними кутами, у тому числі й в аспекті розв'язання проблем, та постійно перебувають у колі наукової уваги вітчизняних та зарубіжних науковців, зокрема: С. С. Алексєєва, Ю. В. Бауліна, С. М. Братуся, В. Д. Бринцева, Є. В. Бурлая, І. В. Венедіктової, С. В. Головатого, К. В. Гусарова, О. С. Захарової, В. М. Кампа, М. І. Козюбри, В.В. Комарова, В. В. Лемака, Д. Д. Луспеника, М. І. Мельника, Л. М. Москвич, В. Л. Мусіяки, М. П. Орзіха, В. Ф. Погорілка, П. М. Рабіновича, Я. М. Романюка, М. В. Савчина, А. О. Селіванова, І. Д. Сліденка, П. Б. Стецюка, Ю. М. Тодики, О. М. Тупицького, С. В. Шевчука, Ю. С. Шемшученка та інш.

Метою цієї статті є розкриття форм і видів взаємозв'язку між конституційним провадженням і цивільних судочинством.

Виклад основної частини дослідження та його основні результати. Передусім проілюструємо декілька конституційних новел, які мають засадниче значення для цілей цієї публікації, і наведемо аргументи на користь взаємозв'язку між досліджуваними галузями.

По-перше, у межах розділу VIII Основного Закону України відбулося відокремлення Конституційного Суду України від судів системи судоустрою (судів загальної юрисдикції в редакції Конституції України 1996 р.).

По-друге, із положень Основного Закону України виключено повноваження Конституційного Суду України здійснювати офіційне тлумачення законів України. При цьому ні процесуальні кодекси в новій редакції, ні приписи Закону № 1402-VII прямо не закріплюють такого повноваження за Верховним Судом, однак за логікою застосовування норм права і повноваження забезпечувати єдність судової практики таким судом є Верховний Суд.

По-третє, новелою судово-конституційної реформи стало закріплення у положеннях Основного Закону України норми про поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення, на відміну попередніх положень частини другої статті 124 Основного Закону України (в редакції 1996 року), згідно з якою юрисдикція судів поширювалася на всі правовідносини, що виникають у державі.

По-четверте, ключовою новелою зазначеної реформи, що впливатиме саме на права і свободи громадянина, є зміна підходів до порядку перегляду судових рішень заінтересованими особами, а саме: закріплення нової засади судочинства – «забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення» (пункт 8 частини другої статті 129 Конституції України).

© І. Берестова, 2018

По-п'яте, на конституційному рівні відбулася зміна концептуальних підходів до участі людини у конституційному провадженні – *запровадження давно затребуваного інституту конституційної скарги як активного інструменту відновлення порушених конституційних прав* (законодавчо закріплених конституційних цінностей).

Ще однією із новел останньої реформи в системі судоустрою є довгоочікуване закріплення принципу верховенства права як базового конституційного принципу, яким має керуватися кожний суддя під час здійснення судочинства.

Крім того, нині Україна переживає надзвичайно складний політико-правовий і соціально-економічний період, пов'язаний з анексією частини території, порушенням територіальної цілісності держави, «гібридною війною» та загальним зубожінням населення. Природно, що зазначене сформувало і дедалі посилює напругу населення в усіх сферах соціального життя, що логічно вимагало певної реакції з боку законодавця, яка характеризується, на жаль, безсистемністю внесених змін.

Підтвердженням цього є численні припущення щодо неконституційності ряду законодавчих змін соціального, економічного та інших напрямів з боку суб'єктів права на конституційне подання та з вересня 2016 року – громадян України шляхом звернень із конституційними скаргами. Різноманітність звернень активних суб'єктів до Конституційного Суду України переконує у тому, що здебільшого оскаржуються положення тих законодавчих актів, в яких законодавчі зміни торкнулися соціальних прав громадян та відбулося (і продовжує відбуватися) регулярне втручання законодавця у мирне володіння майном громадян України (права власності, запровадження ряду обов'язкових платежів без наведення належних і достатніх аргументів, про що свідчить практика Європейського Суду з прав людини).

Виходячи із викладених новел, зауважимо, що, по суті, кінець 2017 початок 2018 років ознаменувався початком сучасного формату судового правозастосування судами системи судоустрою, заснованого на верховенстві права як базовій засаді здійснення судочинства та офіційному тлумаченні норм матеріального і процесуального права, у зв'язку з чим нового значення набуває роль судової практики в сучасних особливо чутливо-кризових умовах суспільного життя.

Стосовно цивільного судочинства цей етап пов'язаний із переосмисленням новел у частині ініціативи осіб самостійно чи за допомогою професійного представника (адвоката) звертатися за захистом свого порушеного права (законного інтересу) до суду; з'ясування порядку та юрисдикційних нюансів такого звернення, виходячи зі зміни устрою мережі місцевих і апеляційних судів у судовій системі (тобто до якого суду і в якому порядку). Тож остання судова реформа привнесла також істотні новели стосовно законодавчого цивільно-процесуального порядку захисту прав осіб у цивільних спорах.

По-перше, йдеться про цивільні справи, які становлять «суспільний інтерес/значний суспільний інтерес», а також дотримання принципу балансу публічних і приватних інтересів під час розгляду цивільних справ. У кожній справі, якщо фактичні обставини цього вимагають, суд завжди має звертатися до пошуку балансу публічних і приватних інтересів, які, як правило, мають полярні цілі.

По-друге, йдеться про законодавчу можливість дискреції суду першої інстанції для визначення **порядку** розгляду справи у спрощеному чи загальному порядку (ст. 274 ЦПК України в редакції від 03.10.2017), а судді касаційної інстанції – допустити чи не допустити справу до касаційного розгляду загалом (ст. 389 ЦПК України в редакції 03.10.2017), враховуючи критерій «чи становить розгляд справи значний суспільний інтерес» в обох випадках.

По-третє, окреме положення закону, застосоване у конкретній справі, конституційність якого оскаржується носієм права чи пов'язується із висновком суду про неконституційність закону під час розгляду справи, дає підстави припустити наявність суспільного (публічного) інтересу і в цьому випадку, адже неконституційний закон сам по собі підриває стабільність правопорядку і призводить до свавілля у регулюванні суспільних відносин.

Щодо права на оскарження судового рішення, то зазначена новела є законодавчим закріпленням згаданих конституційних змін стосовно конституційної гарантії особі забезпечити право на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. На наш погляд, конституційне і законодавче закріплення цієї новели зумовлене певними чинниками. Насамперед, касаційне оскарження справи в системі способів реалізації права на судовий захист, як правило, пов'язано з неправильним застосуванням норм матеріального права та порушенням норм процесуального права. При цьому слід пам'ятати, що касаційний суд є судом, котрий розглядає справи з питань права, а не фактів, які належить встановлювати судам першої та апеляційної інстанцій.

Судова влада, для того щоб визнаватися дійсно владою, має захищати права і свободи учасників суспільних відносин і одночасно дбати про єдність правозастосування, в чому вбачається стабільність цієї влади, її розвиток та своєчасна реакція на зовнішні виклики. Закріплення обов'язкового права на апеляційний перегляд відповідає практиці ЄСПЛ. Так, у справі «Сокуренко і Стригун проти України» ЄСПЛ зазначив, що «стаття 6 Конвенції не зобов'язує держав – учасників Конвенції створювати апеляційні чи касаційні суди. Однак там, де такі суди існують, необхідно дотримуватись гарантій, визначених у статті 6» (пункт 22 мотивувальної частини Рішення від 20 липня 2006 року) [7].

Нині у порядку касаційного оскарження розглядаються ті касаційні скарги, що стосуються питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики, або якщо особа, яка подала касаційну скаргу, у її змісті належним чином обґрунтує, що справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для неї (пп. а) і в) п. 2 ч. 3 ст. 389 ЦПК України в редакції від 03.10.2017). Звичайно, що й інші підстави, про які йдеться у згаданій частині, широко застосовуються для відкриття касаційного провадження.

Ще одна форма взаємозв'язку реалізується через конституційну скаргу і являє собою цікавий для доктрини конституційного і цивільного процесів взаємозв'язок між способами захисту прав та основних свобод людини на національному рівні, який розкривається через судову правотворчість судів як складову частину судового права.

Змін зазнала стаття 55 Конституції України, яка була доповнена частиною четвертою такого змісту: *«Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом»*. Також згідно зі статтею 151-1 Основного Закону України *«Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України»*.

Отже, інститут конституційної скарги, запроваджений у 2016 році, є важливим нововведенням, покликаним забезпечити належний захист прав і свобод людини і громадянина в Україні і сьогодні стає все більш популярним інструментом захисту конституційних прав громадян та юридичних осіб. Викладені конституційні норми виступають головним базисом подальшого законодавчого врегулювання інституту конституційної скарги.

Так, відповідно до щорічної інформаційної доповіді КСУ, затвердженої постановою КСУ від 28 березня 2018 року № 17-п/2018, з моменту запровадження в Україні інституту конституційної скарги, а саме з 30 вересня 2016 року до 31 грудня 2017 року, до КСУ надійшло 474 конституційної скарги, з них 118 – до набрання чинності Законом № 2136-VIII, 356 – після набрання чинності Законом, з яких 83 визнано прийнятними, а 273 конституційні скарги повернуто авторам клопотань як такі, що не відповідають вимогам згаданого Закону, з роз'ясненням щодо необхідності усунення недоліків у їх оформленні [9]. Станом на 20 липня 2018 року до КСУ надійшло і зареєстровано вже 334 конституційні скарги [4].

Закон України «Про Конституційний Суд України» деталізує вимоги до конституційної скарги та особливостей її внесення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 77 цього Закону, конституційна скарга вважається прийнятною за умов її відповідності вимогам, передбаченим ст. 55, 56 цього Закону, та якщо: 1) вичерпано всі національні засоби юридичного захисту (за наявності ухваленого в порядку апеляційного перегляду судового рішення, яке набрало законної сили, а в разі передбаченої законом можливості касаційного оскарження – судового рішення, винесеного в порядку касаційного перегляду); 2) з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано закон України (його окремі положення), сплинуло не більше трьох місяців.

Важливим при цьому є законодавче застереження, яке змінює підстави і порядок звернення із конституційною скаргою, закріплене у ч. 2 ст. 77 згаданого Закону: «2. Як виняток, конституційна скарга може бути прийнята поза межами вимог, установлених пунктом 2 частини першої цієї статті, *якщо Суд визнає її розгляд необхідним із мотивів суспільного інтересу»*.

Отже, законодавець передбачив умови, жорстка та комплексна сукупність яких становить поняття «прийнятність конституційної скарги». В аспекті взаємозв'язку між конституційною юрисдикцією і цивільним судочинством важливим є дотримання суб'єктом конституційної скарги, крім правового обґрунтування порушення конституційного права особи приписами конкретного закону, процедурних умов: 1) вичерпаність усіх національних засобів юридичного захисту; 2) темпорального складника – дотриман-

ня присічного строку звернення із конституційною скаргою – не більше трьох місяців з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням (з можливістю заявити клопотання на підставі ч. 3 ст. 77 цього Закону).

Схожі умови стосовно вичерпності національних способів захисту містяться в законодавстві інших країн. Так, Конституція Республіки Албанії закріплює можливість вирішення Конституційним Судом питання кінцевого рішення у скаргах приватних осіб про порушення їхніх конституційних прав на ведення належного за законом судового процесу, але після того, як будуть вичерпані всі юридичні засоби захисту цих прав (п. j) ст. 131). У Вірменії, згідно з п. 6 ст. 101 Конституції (після конституційної реформи 2005 року), кожна особа може звернутися до Конституційного Суду у конкретній справі, коли є остаточний акт суду, вичерпано всі засоби захисту і оспорюється конституційність застосованого до неї цим актом положення [2, с. 134]. Із цього приводу слушним є висвітлення погляду судді Федерального Конституційного Суду Німеччини у відставці Д. Хьоміга на міжнародній конференції: «Якщо скаржник вважає застосовану до нього норму неконституційною, він спочатку повинен звернутися зі своєю скаргою до відповідного суду і таким чином вичерпати всі засоби захисту. Тільки після того, як він не досяг там бажаного результату, йому в рамках спрямованої проти судових рішень конституційної скарги відкривається шлях до перевірки відповідної норми у Федеральному Конституційному Суді. У такий спосіб відбувається, так би мовити, розвантаження Федерального Конституційного Суду і гарантується, що спірне питання, щодо якого він має прийняти остаточне конституційно-правове рішення, вже опрацьоване компетентними органами фахового судочинства» [2, с. 198].

Поняття «вичерпність усіх національних засобів юридичного захисту» можна відшукати у практиці ЄСПЛ, адже відповідно до ст. 35 Конвенції Суд може брати справу до розгляду лише після того, як було вичерпано всі національні засоби юридичного захисту, згідно із загальновизнаними принципами міжнародного права, і впродовж шести місяців від дати постановлення остаточного рішення на національному рівні [3]. Суд зазначає, що відповідно до пункту 1 статті 35 Конвенції він може розглядати питання лише після того, як заявники, як правило, вичерпали всі національні засоби юридичного захисту згідно із загальновизнаними принципами міжнародного права. Головна мета цього правила полягає в тому, щоб дозволити Договірним державам виправляти виявлені порушення або запобігати їм, перш ніж ці твердження будуть подані до Суду (Selmouni v. France) [1].

Наступною формою взаємозв'язку є зміна підходів у діях судді за наявності у нього сумніву стосовно конституційності закону, положення якого він застосовує під час вирішення цивільної справи. На відміну від попередньої редакції ЦПК України, нині суд, який розглядає справу, у разі, якщо *«доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. У такому випадку суд* ***після*** *ухвалення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України»* (ч. 6 ст. 10 ЦПК України (в редакції від 03.10.2017).

Аналіз суті зазначеної норми ЦПК України (в редакції 03.10.2017) свідчить, що у цьому разі у суду системи судоустрою відсутній сумнів, а наявним є переконання і твердження, що призводить до висновку судді про суперечність згаданого положення закону Конституції України. Конструкція згаданої норми побудована таким чином, що закріплює прямі дії судді (не повноваження і не обов'язок його, а саме прямі дії як наслідок його власного висновку стосовно оцінки положень конкретного Закону) – застосувати положення Конституції України, а не Закону як неконституційного, на думку судді. Разом із тим такий висновок уповноважений формувати виключно єдиний орган конституції юрисдикції – КСУ. Отже, без наявності відкритого конституційного провадження суд системи судоустрою визнає Закон неконституційним. На нашу думку, суд нижчого рівня системи судоустрою не виступає належним суб'єктом для формування висновку про неконституційність, адже, згідно з наведеною редакцією норми, саме цей суд доходить висновку (не сумніву!) про неконституційність закону, про що зазначає у конкретному рішенні суду по суті цивільного спору до наявності відкритого конституційного провадження з цього приводу. Детально цю проблему нами буде досліджено у подальших наукових публікаціях.

Наступною окремою формою взаємозв’язку між конституційним провадженням і цивільним судочинством видається можливість постановлення вказівки КСУ загальному суду.

Так, у ч. 3 ст. 89 Закону України «Про Конституційний Суд України» [6] передбачено положення: *«Якщо Суд, розглядаючи справу за конституційною скаргою, визнав закон України (його положення) таким, що відповідає конституції України, але одночасно виявив, що суд застосував закон України (його положення), витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Конституції України, то Конституційний Суд вказує на це у резолютивній частині рішення»*.

Це положення Закону України «Про Конституційний Суд України» неоднозначно сприйняте як на етапі обговорення проекту Закону, так і під час моделювання наслідків його застосування. Адже нині Конституція України, акти чинного законодавства, рішення КСУ та ЄСПЛ, правова доктрина, а також інша правозастосовча практика не містить підходів до визначення поняття «у спосіб, що не відповідає Конституції України». Жоден процесуальний акт також не розкриває зміст цієї категорії.

Також у цьому простежується звернення КСУ до аналізу фактичних обставин справи під час конституційного провадження, у чому вбачається можливість впливу КСУ на рішення судів системи судоустрою, ризиком чого видається приховане формування в Україні суду конституційної касації (суду четвертого рівня [8]), незважаючи на те, що КСУ виведений із системи правосуддя.

Утім коректне, правильне застосування ч. 3 ст. 89 Закону України «Про Конституційний Суд України» зможе закласти сталі зв'язки між загальними судами і Конституційним Судом України, створить фундаментальні засади для ефективного захисту прав і свобод людини всередині держави, а також істотно розвантажить ЄСПЛ. Водночас не можна залишати поза увагою ризик спотворення наведеної законодавчої ініціативи щодо перетворення КСУ фактично на суд четвертої інстанції з можливістю буквального втручання у судовий розгляд справ судами системи судоустрою.

Останньою формою взаємозв'язку між конституційним провадженням і цивільним судочинством, яку ми розглянемо в межах цієї статті, є також повноваження КСУ вчиняти певні дії, спрямовані на модифікацію судового розгляду справи на стадії виконавчого провадження.

Йдеться про повноваження Великої палати КСУ з власної ініціативи у виняткових випадках видати з метою вжиття заходів щодо забезпечення конституційної скарги забезпечувальний наказ, який є виконавчим документом. Підставою для забезпечення конституційної скарги є необхідність запобігти незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення. Способом забезпечення конституційної скарги є встановлення тимчасової заборони вчиняти певну дію. Забезпечувальний наказ втрачає чинність із дня ухвалення рішення або постановлення ухвали про закриття конституційного провадження у справі (ст. 78 Закону України «Про Конституційний Суд України»). У цьому також вбачається можливість впливу КСУ на рішення судів системи судоустрою, ризиком чого вбачається приховане формування в Україні суду конституційної касації (суду четвертого рівня), незважаючи на те, що КСУ виведений із системи правосуддя.

Утім згадане повноваження Великої Палати КСУ полягає у прагненні запобігти незворотнім наслідкам, що можуть настати у зв'язку з виконанням остаточного судового рішення, – саме у цьому полягає легітимна мета заходів щодо забезпечення конституційної скарги [5, с. 40], тобто забезпечення КСУ дієвості конституційного права, що належить особі-заявнику. Аналогічним повноваженням наділені Конституційні суди інших країн: Конституційний трибунал Польщі, Конституційний Суд Республіки Хорватія, Угорщини, Чеської Республіки і Словенія, які реалізують його у зв'язку з наявністю спільної передумови, пов'язаної з **охороною суспільного інтересу чи несуперечністю істотному суспільному інтересу,** а також уникненням непоправної істотної шкоди заявнику) [10; 11].

Таким чином, вказане повноваження не є унікальною екстраординарною законодавчою ініціативою України, а притаманне багатьом країнам сталої та новітньої демократії. Утім, на наш погляд, в Україні перші спроби Великої палати КСУ видати забезпечувальний наказ, який є виконавчий документом, можуть також отримати критику з боку громадськості або другої сторони цивільного провадження (особа, яка не подавала конституційну скаргу) й обвинувачення КСУ в упередженості та приставанні на бік певного учасника виниклих правовідносин. Аргументами також можуть стати обвинувачення КСУ щодо аналізу фактичних обставин справ (фактично як конституційна касація – суд четвертої інстанції).

Підсумовуючи викладене, зауважимо, що в межах цієї наукової публікації нами проілюстровано ключові форми взаємозв'язків між конституційним провадженням і цивільним судочинством, які характеризуються сталістю і різноманітністю залежно від виду захисту права КСУ і за своєю суттю є самостійними предметами досліджень у майбутніх наукових розвідках.

Список використаних джерел:

1. Авдєєва М. Проблема вичерпання національних засобів юридичного захисту у практиці Європейського суду з прав людини. URL: ttps://precedent.in.ua/2016/06/09/problemavycherpannya-natsionalnyh-zasobiv-yurydychnogo-zahystu-u-praktytsiyevropejskogo-sudu-z-prav-lyudyny.
2. Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина при здійсненні правосуддя в рішеннях Конституційного Суду України. К.: Логос, 2011. 305 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 (Рим). Голос України. 2001. № 3.
4. Конституційні скарги, що надійшли до Конституційного Суду України станом на 20 липня 2018 року. URL: http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyni-skargy-shcho-nadiyshly-do-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-za-stanom-na-20-lypnya.
5. Литвинов О. М., В. В. Богуш. Інституційний механізм забезпечення конституційної скарги в України: концептуальні проблеми. Проблеми законності. 2018. Вип. 141. С. 34-42.
6. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 року № 2136-VIII. Голос України. 2017. № 141.
7. Рішення у справа «Сокуренко і Стригун проти України» (заяви № 29458/04 та № 29465/04) від 20 червня 2006 року. URL: http://khpg.org/index.php?id=1179484678 (дата звернення 00.00.000)
8. Станет ли Конституционный Суд Украины «четвертой инстанцией». Открытая и откровенная дискуссия о будущем конституционализма в Украине. Право TV. URL: https://www.youtube.com/watch?v=NCF1wgm1-lg.
9. Щорічна інформаційна доповідь Конституційного Суду України, затверджена постановою Конституційного Суду України від 28 березня 2018 року № 17-п/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/2064
10. Law on the Constitutional Court of the Republic of Serbia, articles 42b, 46, 86. URL: http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/237-100030/law-on-the-constitutional-court/; Constitutional Court Act of the Republic of Slovenia, articles 54, 57, 58. URL: http://www. us-rs.si/en/about-the-court/legal-basis/statutes/constitutional-court-act/v-constitutional-complaint/; 5. Act on the Constitutional Court of Hungary, sections 47, 50, 53, 56, 61. URL: http:// hunconcourt.hu/act-on-the-cc/; 6. The Constitutional Act on the Constitutional Court of the Republic of Croatia, articles 67, 68. URL: https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_Constitutional_Act_on_the_Constitutional_Court_of_the_Republic_of_Croatia_consolidated_text_Official_Gazette_No_49-02.pdf; 7. Constitutional Court Act of the Czech Republic, paragraphs 11, 15, 8, 79. URL: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/usta.
11. The Act of the Republic of Poland on the Organisation of the Constitutional Tribunal and the Mode of Proceedings Before the Constitutional Tribunal, articles 37, 61, 77, 79. URL: http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/dokumenty/Akty_normatywne/The_Act_on_the_Organisation_of_the_Constitutional_Tribunal_and_the_Mode_of_Proceedings_Before_the_Constitutional_Tribunal_en.pdf.

Статья посвящена раскрытию перечня и признаков ключевых форм взаимосвязи между конституционным производством и гражданским судопроизводством. В аспекте взаимосвязи между конституционной юрисдикцией и гражданским судопроизводством важным является соблюдение субъектом конституционной жалобы, кроме правового обоснования нарушения конституционного права человека предписаниями конкретного закона, процедурных условий: 1) исчерпанности всех национальных средств правовой защиты; 2) темпоральной составляющей – соблюдения пресекательного (преклюзивного) срока обращения с конституционной жалобой – не более трех месяцев со дня вступления в законную силу окончательного судебного решения.

Ключевые слова: конституционное производство, гражданское судопроизводство, конституционная жалоба, формы взаимосвязи, судебная защита, обжалование судебного решения, приемлемость конституционной жалобы.

The article is devoted to the disclosure of the list and signs of global forms of the legal relationship between constitutional proceedings and civil proceedings. In terms of the relationship between constitutional jurisdiction and civil proceedings, it is important for the subject to comply with the constitutional complaint, except for the legal justification for violating the constitutional human rights by the prescriptions of a specific law, procedural conditions: 1) the exhaustion of all national remedies; 2) the temporal component - observance of the exclusive (preemptive) term for handling the constitutional complaint - no more than three months from the date of entry into force of the final judicial decision.

Key words: constitutional proceedings, civil proceedings, constitutional complaint, forms of interrelationship, judicial protection, appeal of a court decision, admissibility of a constitutional complaint.

УДК 342.72/.73

Олександр Кузьменко,
канд. пед. наук, доцент, доцент кафедри права
Національного технічного університету
«Харківський політехнічний інститут»

Яна Григоренко,
канд. юрид. наук, доцент кафедри міжнародних відносин,
міжнародної інформації та безпеки
Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА МИРНІ ЗІБРАННЯ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена міжнародно-правовому регулюванню права громадян на мирні зібрання та регламентації зазначеного права чинним національним законодавством. Звертається увага на законні обмеження реалізації цього права на національному рівні, що зумовлюється міжнародними стандартами.

Ключові слова: конституційні права, колективні права, політичні права, обмеження прав, право громадян на мирні зібрання, імплементація норм, національне законодавство.

Постановка проблеми. Процес розвитку прав людини вийшов на новий етап із часу закріплення прав особистості на рівні основоположних міжнародних документів, коли останні набули статусу взірця для конституцій та законодавчих актів, що закріплюють права і свободи людини та громадянина, національними державами [1, с. 66]. Сьогодні питання національної імплементації міжнародних стандартів у сфері колективних політичних прав громадян у цілому та права громадян на мирні зібрання зокрема є вкрай актуальним з огляду на підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом [2], що повинно підвищити рівень забезпечення верховенства права та поваги до прав людини та основоположних свобод в умовах плідного співробітництва України та названого наднаціонального утворення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із цієї теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Наукова проблематика забезпечення колективних політичних прав загалом висвітлювалася вченими-правниками протягом майже всього періоду існування України як незалежної правової держави. Зокрема, свої публікації зазначеному питанню присвятили Є. І. Григоренко, В. І. Козлов, О. Г. Кушніренко, Т. М. Слінько, Ю. М. Тодика та ін. Однак питання стосовно національної імплементації міжнародних стандартів у сфері колективних політичних прав на сучасному етапі розвитку державотворення залишаються малодослідженими та потребують пильної уваги. Особливо стосовно такого важливого права, як право на мирні зібрання.

Формування цілей статті (постановка завдання). Виходячи з наведеної нами постановки наукової проблематики у загальному вигляді, у статті ми ставимо за мету на підставі аналізу норм міжнародного права та чинного національного законодавства у сфері забезпечення колективних політичних прав громадян визначити, які саме міжнародні стандарти у цій сфері потребують імплементації до національної правової площини. Значимість такого міжнародно-правового аналізу під кутом розгляду забезпечення колективних політичних прав громадян зумовлює також ефективну реалізацію інформаційних, економічних, соціальних, екологічних прав громадян та прав у сфері культури.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Міжнародно-правовими стандартами у сфері колективних політичних прав громадян прийнято вважати Загальну декларацію прав людини від 10 грудня 1948 року [3], Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року [4] та Конвенцію про захист прав людини та основних свобод від 4 жовтня 1950 року [5]. Загальна декларація прав лю-

© О. Кузьменко, Я. Григоренко, 2018

дини [3] відіграє значну роль у процесі розвитку конституційного процесу в різних державах, адже цей документ виходить із природного характеру прав людини, починаючи з першої статті, автором якої був відомий французький учений Рене Касен. У цій статті проголошено, що всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності і правах. Такий принцип покладено і в основу статті 21 Конституції України [6], якою встановлюється, що права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними. Природні права і свободи, відповідно до Загальної декларації прав людини [3], повинні бути надані кожному, незалежно від того, в якій державі проживає людина. Зміст таких прав не може визначатися виключно державою.

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права [4], прийнятий XXI сесією Генеральної Асамблеї ООН 16 грудня 1966 року, ратифікований Україною 19 жовтня 1973 року, набув чинності 23 березня 1976 року. Цей документ базується на Загальній декларації прав людини [3], уточнює і розвиває зміст статей 3-21 зазначеної Декларації. Статті 21-27 Загальної декларації прав людини [3] присвячені іншим категоріям прав – економічним, соціальним та культурним, на основі яких розроблено Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права. Вищезазначені документи в науковій літературі, доктрині, практиці міжнародного співробітництва прийнято називати міжнародним Біллем про права людини чи міжнародною Хартією прав людини.

Вступивши до Ради Європи, Україна 17 липня 1997 року ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основних свобод 1950 року [5], перший протокол та протоколи № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції. Зазначена Конвенція, як і Міжнародний пакт про громадянські та політичні права [4], також ґрунтується на Загальній декларації прав людини [3]. Конвенція про захист прав і основних свобод людини [5] прийнята з метою об'єднати членів Ради Європи та забезпечити у майбутньому реалізацію прав людини та основних свобод. Саме тому статтею 1 зазначеної Конвенції встановлено, що високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції.

Зокрема, право громадян на мирні зібрання регламентується статтею 20 Загальної декларації прав людини [3], якою визначається, що кожна людина має право на свободу мирних зборів та асоціацій. Ніхто не може бути примушений вступати до будь-якої асоціації. Крім того, статтею 21 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права [4] визнається право на мирні збори та встановлюється, що користування цим правом не підлягає жодним обмеженням, крім тих, які накладаються відповідно до закону і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи суспільної безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб.

Майже аналогічним правовим приписом право на мирне зібрання прописано у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, [5] у статті 11, якою передбачено, що кожен має право на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами, включаючи право створювати профспілки та вступати до них для захисту своїх інтересів. Здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення цих прав особами, що входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави. Наведене обмеження має встановлюватися виключно на підставі закону та стосовно чітко визначеного кола осіб, що мають організаційну та юридичну належність до відповідних державних структур.

Національне законодавство також спрямовано на регулювання зазначеного колективного права. Зокрема, Основний Закон нашої держави [6] передбачає, що громадяни мають право збиратися мирно без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (стаття 39 Конституції України). Проведення мирних зібрань як одне із прав, яке надається громадським об'єднанням в Україні, регламентовано статтею 21 Закону України «Про громадські об'єднання», який набув чинності 1 січня 2013 року [7]. До речі, звернемо увагу, що до ухвалення зазначеного Закону України, до 2012 року, права на свободу об'єднання громадян регулював Закон України «Про об'єднання громадян». Неодноразово фахівці та експерти правозахисних організацій у сфері реалізації колективних політичних

прав громадян наполягали на зміні чинного на той час Закону України «Про об'єднання громадян» шляхом ухвалення Закону України «Про громадські організації», який, на їхню думку, повинен відповідати вимогам Європейської конвенції про права людини, Міжнародному пакту про громадянські та політичні права та Рекомендації Комітету Міністрів держав-членів Ради Європи «Про правовий статус неурядових організацій в Європі» (CM/Rec(2007)14). Сьогодні Закон України «Про громадські об'єднання» [7] не оперує поняттям «об'єднання громадян» та не поширюється на суспільні відносини у сфері утворення, реєстрації, діяльності та припинення політичних партій, релігійних організації, асоціацій органів місцевого самоврядування та їх добровільних об'єднань, саморегульованих організацій, організацій, які здійснюють професійне самоврядування та ін., чим змінив такий перелік порівняно із Законом України «Про об'єднання громадян».

Розглядаючи питання про актуальні проблеми захисту прав громадян на мирні зібрання у 2014 році, Є. А. Кобрусєва [8, с. 98] відзначила, що право громадян збиратися мирно є невід'ємним природним правом кожної людини і є важливою умовою реалізації, зокрема, свободи вираження світогляду і віросповідання, переконань, використання і поширення інформації, вільного розвитку своєї особистості та реалізації політичних поглядів. Воно є однією з гарантій демократизації суспільства. Натомість, відзначає вчена, міжнародні документи вимагають встановити законні обмеження щодо зібрань громадян, які суперечать інтересам національної безпеки і громадського порядку, котрі (обмеження) сприяють запобіганню правопорушень, захисту прав і свобод громадян відповідними правоохоронними органами.

Справді, Закон України «Про громадські об'єднання» [7] тільки у 2015 році регламентував обмеження щодо утворення і діяльності громадських об'єднань, а саме визначив, що утворення і діяльність громадських об'єднань, мета (цілі) або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення, пропаганду комуністичного та/або націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів та їхньої символіки, забороняються. Встановлення таких обмежень, на наш погляд, є дієвим кроком на шляху до імплементації міжнародних норм до норм національного законодавства у сфері регулювання права на мирне зібрання як колективного політичного права громадян. Це зумовлено також і тим, що законодавець передбачив і відповідальність за порушення вказаних правових приписів, встановивши, що посадові особи органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадяни, іноземці, особи без громадянства, громадські об'єднання, відокремлені підрозділи іноземних неурядових організацій за порушення законодавства про громадські об'єднання несуть відповідальність згідно зі встановленим законом порядком.

Йдеться про те, що Розділом 1 Особливої частини Кримінального кодексу України передбачено кримінальну відповідальність за посягання на національну безпеку України, що охоплює злочинні дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, на захоплення державної влади, посягання на територіальну цілісність та недоторканність держави, на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України (йдеться про перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України), вчинення з метою ослаблення держави вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, а також вчинення з тією самою метою дій, спрямованих на радіоактивне забруднення, масове отруєння, поширення епідемій, епізоотій чи епіфітотій та ін. Тобто норми кримінального кодексу охоплюють увесь спектр об'єктів, на які потенційно може посягати утворене громадське об'єднання.

Однак слід звернути увагу, що Основний Закон нашої держави закріплює також положення, яке суперечать вимогам міжнародних документів та одночасно обмежує права громадян. Ідеться, як ми вже звернули увагу, про право створювати громадські організації й вступати до них та про право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, які відповідно до Конституції України належать виключно громадянам нашої держави, хоча міжнародні документи проголошують приналежність цього права усім, незалежно від громадянства, особам (кожній людині).

З огляду на зазначене вище, частина 1 статті 36 Конституції України [6] повинна виглядати таким чином: усі мають право на свободу асоціацій для здійснення й захисту прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів, за винятком обмежень, установлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей.

У такому разі частина 1 статті 39 Конституції України [6] також підлягає редагуванню та повинна регламентувати, що особи, які перебувають в Україні на законних підставах, мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування.

Таким чином, право громадян на мирні зібрання, що регламентовано національним законодавством, має досить чітке міжнародно-правове підґрунтя. Ураховуючи домінування та пріоритетність норм міжнародного права та усвідомлюючи прагнення України стати правовою державою, в якій юридично та фактично діє принцип верховенства права, необхідно досить виважено підходити до питання про імплементацію норм міжнародного права до національної правової системи у сфері колективних політичних прав і свобод взагалі та під час реалізації права громадян на мирні зібрання зокрема. Адже цей імператив підсилюється у зв'язку з тим, що в нашій молодій державі сфера застосування такої категорії прав громадян є досить нетривалою та непослідовною, особливо порівняно з країнами західної Європи. Саме тому є достатні можливості для вдосконалення як конституційно-правової регламентації, так і практики застосування відповідних норм в Україні на підставі міжнародно-правових стандартів.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. Міжнародно-правові стандарти у сфері колективних політичних прав взагалі та реалізації права на мирні зібрання громадян зокрема являють собою певні орієнтири для молодої держави Україна, яка тільки встала на шлях свого розвитку, керуватися якими повинні державні службовці, ухвалюючи конституцію чи інші акти, де закріплено такі права і свободи. Міжнародно-правові документи містять узагальнення, положення без чіткої конкретизації. Саме цим можна пояснити певну неузгодженість між національним законодавством та міжнародними актами про права людини, яка повинна мати тимчасовий характер. Але загалом чинне національне законодавство України в питаннях регулювання реалізації права громадян на мирні зібрання відповідає міжнародно-правовим стандартам у цій галузі.

Список використаних джерел:

1. Колективні політичні права і свободи людини та громадянина в Україні: проблеми теорії та практики / Є. І. Григоренко, Я. О. Григоренко, В. І. Козлов та ін.; за ред. Л. В. Новікової. Харків, 2013. 352 с.

2. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 16 вересня 2014 року № 1678-VII / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1678-18#n2

3. Загальна декларація прав людини: прийнята і проголош. резолюцією 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. / База даних «Законодавство України». URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 28.09.2018).

4. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року, ратифікований Указом Президії Верховної Ради

Української РСР № 2148-VIII від 19.10.1973. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043

5. Конвенція про захист прав людини та основних свобод від 4 жовтня 1950 року, ратифікована Україною 17 липня 1997 року. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

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

7. Про громадські об'єднання: Закон України від 22 березня 2012 року

№ 4572-VI / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17

8. Кобрусєва Є. А. Актуальні проблеми захисту прав громадян на мирні зібрання. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 5. С. 97-101.

Статья посвящена международно-правовому регулированию права граждан на мирные собрания, а также регламентации указанного права действующим национальным законодательством. Обращается внимание на законные ограничения реализации указанного права на национальном уровне, что обусловлено международно-правовыми стандартами.

Ключевые слова: конституционные права, политические права, коллективные права, право граждан на мирные сборы, имплементация норм, национальное законодательство.

The article is devoted to the international legal regulation of the citizens' right to peaceful gathering, as well as the regulation of this right by the current national legislation. Attention is drawn to legal restrictions on the implementation of this right at the national level, which is conditioned by international legal standards.

Key words: constitutional rights, political rights, collective rights, right of citizens to peace gathering, implementation of norms, national legislation.

УДК 347.73

Світлана Грищенко,
аспірант кафедри фінансового права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
директор юридичного управління ТОВ «Салторо» (м. Київ)

ПОПЕРЕДНІЙ ПОДАТКОВИЙ КОНТРОЛЬ: ТЕОРЕТИЧНИЙ АСПЕКТ

У статті досліджено визначення поняття податкового контролю та одного із його різновидів за критерієм часу проведення – попереднього податкового контролю. Розглядаючи попередній податковий контроль, який відіграє важливу роль в адмініструванні податків та інших обов'язкових платежів, попередженні (профілактиці) правопорушень у сфері оподаткування, автор наводить власне визначення поняття цього виду контролю, а також досліджує як межі (в часі) його проведення, так і його зміст.

Ключові слова: податкова система, податковий контроль, попередній податковий контроль.

Постановка проблеми. Належне функціонування будь-якої держави, незалежно від стану її економічного та соціального розвитку, політичного устрою тощо, неможливе без формування централізованих фондів грошових коштів, акумулювання (мобілізації) коштів, які в майбутньому дозволяють забезпечити фінансування виконання завдань і функцій, що покладені на державу, зокрема на державний апарат. Основним джерелом акумулювання (мобілізації) грошових коштів до зазначених вище фондів у більшості держав світу, у тому числі в Україні, є податкові надходження. Для прикладу, серед усіх доходів, закладених у Державний бюджет України на 2018 рік, 82,79 % належить податковим надходженням. У Державному бюджеті України на 2017 рік податкові надходження закладались на рівні 81,70 %.

Необхідність формування для належного функціонування держави централізованих фондів грошових коштів, їх подальший розподіл (перерозподіл) та використання зумовили виникнення фінансового контролю, а також податкового контролю (як різновиду фінансового), який здійснюється на етапі формування таких фондів грошових коштів та покликаний, зокрема, забезпечити повноту та своєчасність сплати (перерахування) платниками податків та податковими агентами податків та інших обов'язкових платежів до державних публічних фондів грошових коштів.

В Україні, починаючи з початку формування податкової системи та створення системи фіскальних органів і донедавна, податковий контроль зосереджувався, як правило, на виявленні фактів порушення податкового законодавства та притягненні винних осіб до фінансової та інших видів юридичної відповідальності. Однак натепер в Україні формується принципово протилежний підхід до правовідносин, що виникають між платниками податків та органами державної фіскальної служби України у тому числі під час реалізації останніми покладених на них функцій щодо здійснення податкового контролю. Так, фіскальні органи поступово реформуються (перетворюються) в органи податкового сервісу (сервісного обслуговування платників податків), а в податковому контролі, що здійснюється такими органами, дедалі більшого значення набувають превентивні заходи, що покликані запобігати вчиненню будь-яких податкових правопорушень. Відповідно, поступово все більшого значення набуває попередній податковий контроль та взаємодія учасників податкових відносин на умовах співпраці, а не протистояння.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні та практичні проблеми, пов'язані з державним контролем загалом та фінансовим (у тому числі податковим) контролем зокрема, привертали увагу значної кількості науковців та є актуальними і сьогодні. Так, фінансовий (у тому числі податковий) контроль ставав об'єктом досліджень представників вітчизняної науки фінансового права, таких як Л. К. Воронова, Д. О. Гетманцев, Л. М. Касьяненко, М. П. Кучерявенко, О. А. Маринів, Н. Ю. Пришва, Л. А. Савченко, Н. Г. Хмельовська, а також представників інших наук (економічної науки, державного управління) – П. Ю. Буряка, Ю. М. Васюка, О. А. Шевчука та інших. Попри це, в наукових та експертних дослідженнях приділяється, на нашу думку, недостатня увага питанню попереднього податкового контролю та його значенню для функціонування податкової системи.

Незважаючи на численні наукові праці, що присвячені проблематиці податкового контролю в цілому чи окремих його склад-

© С. Грищенко, 2018

ників, попередній податковий контроль не ставав самостійним об'єктом наукових досліджень у вітчизняній науці фінансового права. Тому, враховуючи світові тенденції щодо зміни формату взаємодії між платниками податків та податковими органами та зміщення акцентів від фіскальної функції до профілактичної, все більшого значення набувають доперевірочні заходи, які вчиняються податковими (фіскальними) органами задля забезпечення виконання платниками податків, податковими агентами вимог чинного податкового законодавства, а вдосконалення організації попереднього податкового контролю набуває все більшої актуальності та значення.

Метою цієї статті є дослідження змісту попереднього податкового контролю та надання авторського визначення цього поняття.

Виклад основного матеріалу. Належне виконання державою покладених на неї функцій, насамперед соціально-економічних, безпосередньо залежить від достатності обсягу сформованих державою централізованих фондів грошових коштів, значна частка у формуванні яких на сьогодні в Україні належить податковим надходженням. Відповідно, вагомий вплив на формування таких фондів грошових коштів відіграє податкова культура та податкова дисципліна платників податків, податкових агентів (далі – платників податків), доступність для розуміння та однозначність вимог законодавства з питань оподаткування, а також здійснюваний органами державної фіскальної служби України податковий контроль.

Податковий контроль також відіграє важливу роль у формуванні та функціонуванні податкової системи, оскільки заходи, що вживаються уповноваженими на те державними (фіскальними) органами під час реалізації покладених на них функцій щодо здійснення податкового контролю, зокрема, сприяють забезпеченню належного виконання платниками податків покладеного на них обов'язку щодо своєчасного та повного перерахування (сплати) до відповідного бюджету податків та інших обов'язкових платежів, що входять до податкової системи держави. Відповідно, за відсутності податкового контролю та в умовах недостатньої податкової культури, податкової дисципліни, навіть при нескладній та прозорій системі податків, запроваджена в державі податкова система не функціонуватиме, внаслідок чого держава не отримуватиме необхідних фінансових ресурсів. Отже, податковий контроль є обов'язковою та об'єктивною умовою для функціонування податкової системи та акумулювання коштів до бюджетів різних рівнів.

Відіграючи важливу роль у функціонуванні податкової системи, податковий контроль (у тому числі окремі його аспекти) вже досить тривалий час є об'єктом ґрунтовних наукових (зокрема, у вітчизняній науці фінансового права) та експертних досліджень. Попри це, науковці досі не дійшли до єдиного узгодженого доктринального розуміння дефініції цього терміна та його змісту.

Так, із погляду М. П. Кучерявенка, податковим контролем є спеціальний державний контроль, який становить собою діяльність податкових органів та їх посадових осіб з перевірки виконання вимог податкового законодавства особами, що реалізують податкові обов'язки або забезпечують цю реалізацію [1, с. 107]. Податковий контроль – вид спеціального державного контролю, що здійснюється як діяльність податкових органів та їх посадових осіб із забезпечення законності, фінансової дисципліни та доцільності при мобілізації грошових коштів і пов'язаних із ними матеріальних засобів у централізовані і децентралізовані публічні фонди [2, с. 383].

Г. В. Дмитренко розглядає податковий контроль як особливий вид державного фінансового контролю, що здійснюється на стадії формування державних грошових фондів спеціально уповноваженими суб'єктами (органами державної податкової служби та іншими контролюючими органами), спрямований на забезпечення додержання податкового законодавства платниками податків, податковими агентами та іншими суб'єктами, що забезпечують реалізацію податкового обов'язку, виявлення і попередження податкових правопорушень, а також притягнення винних осіб до юридичної відповідальності [3, с. 23-24]. На думку іншого науковця В. А. Онищенко, податковий контроль являє собою багатоаспектну міжгалузеву систему спостереження державних контролюючих органів за фінансово-господарською діяльністю платників податків з метою об'єктивного забезпечення заданого рівня формування бюджету й установлення її відповідно до вимог чинного законодавства [4].

Л. М. Касьяненко, досліджуючи правові основи здійснення фінансового контролю органами державної податкової служби України, зазначає, що науковці розглядають податковий контроль як:

– функцію або елемент державного управління економікою та як діяльність щодо виконання податкового законодавства України;

– спеціалізований надвідомчий державний контроль;

– державний фінансовий контроль – контроль за додержанням податкового законодавства;

– встановлену нормативними актами сукупність прийомів і способів щодо забезпечення дотримання податкового виробництва [5, с. 62].

Водночас Л. М. Касьяненко дійшла висновку про те, що контрольна функція ДПС України полягає у перевірці правильності обчислення, повноти і своєчасності сплати податків та інших обов'язкових платежів, виявленні та аналізі порушень, а також у забезпеченні удосконалення роботи власне державного органу [5, с. 77].

Найпоширенішим визначенням податкового контролю у фінансовій літературі, як зазначає О. Ю. Буглаєва, є таке: податковий контроль – це окремий складник системи управління податкової системи, що забезпечує дотримання чинного податкового законодавства з метою забезпечення грошовими ресурсами бюджету і державних цільових фондів [6, с. 132].

У свою чергу Ю. М. Васюк, досліджуючи погляди різних науковців щодо поняття «податковий контроль», сформував таке узагальнене визначення цього терміна: податковий контроль – система дій та заходів, спрямована на контроль за виконанням податкового законодавства із застосуванням форм, методів і інструментів податкового контролю уповноваженими на це державними та незалежними органами з метою забезпечення грошовими ресурсами бюджету і державних цільових фондів, застосування превентивних заходів при виявленні відхилень від встановлених норм, притягнення винних до відповідальності за встановленими фактами порушень, отримання компенсації за нанесення збитків, реалізації діяльності щодо уникнення виявлених порушень у майбутньому [7, с. 24-25].

Сьогодні погляди науковців щодо цієї правової категорії відрізняються навіть у таких, на нашу думку, принципово важливих питаннях, як суб'єкти податкового контролю, його об'єкт, зміст та мета здійснення. Це певною мірою простежується із наведених вище доктринальних визначень поняття «податковий контроль». Попри це, серед численних поглядів різних науковців щодо дефініції поняття «податковий контроль» можна виокремити спільність їхніх позицій у тому, що податковий контроль є контролем за дотриманням та виконанням з боку платників податків податкового законодавства.

Офіційне визначення поняття «податковий контроль» у законодавстві України з'явилося в 2011 році із набранням чинності Податковим кодексом України. Так, відповідно до пункту 61.1 статті 61 Податкового кодексу України, податковий контроль – це система заходів, що вживаються контролюючими органами та координуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику, з метою контролю правильності нарахування, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, а також дотримання законодавства з питань регулювання обігу готівки, проведення розрахункових та касових операцій, патентування, ліцензування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи [8].

Таким чином, у чинному податковому законодавстві України податковий контроль за колом суб'єктів зводиться виключно до контролю, що здійснюється органами державної фіскальної служби України, а за об'єктом – є значно ширшим, аніж контроль за дотриманням та виконанням платниками податків податкового законодавства, зокрема виконання покладеного на них податкового обов'язку. Тобто, податковий контроль у розумінні Податкового кодексу України не обмежується забезпеченням з боку органів державної фіскальної служби України акумулювання (мобілізації) коштів платників податків у централізованих фондах через механізм справляння податків та інших обов'язкових платежів. Так, для прикладу, натепер до такого виду державного контролю (враховуючи приписи підпунктів 19^1.1.13 та 19^1.1.14 пункту 19^1 статті 19^1, статті 80 Податкового кодексу України) належить контроль за господарською діяльністю суб'єктів господарювання, зокрема, щодо виробництва спирту, алкогольних напоїв, тютюнових виробів та їх реалізації (продажу), контроль за дотриманням законодавства щодо укладення трудового договору.

Відповідно, можна зробити висновок про те, що законодавець, надаючи зазначену вище офіційну дефініцію поняття «податковий контроль», виокремлює даний вид контролю з-поміж інших видів державного контролю не стільки за об'єктом, як за суб'єктом його здійснення – органами державної фіскальної служби України. Податковий контроль – будь-який контроль, що здійснюється органами державної фіскальної служби України як контролюючими органами в розумінні чинного законодавства України.

Законодавчий підхід щодо охоплення податковим контролем усіх без винятку сфер,

контроль за дотриманням законодавства в яких покладено законом на органи державної фіскальної служби України, вважаємо не зовсім виваженим, виходячи з того, що податковий контроль є різновидом фінансового контролю та здійснюється на етапі формування централізованих фондів грошових коштів та, власне, призначений для забезпечення акумулювання коштів до таких фондів. Відповідно, об'єкт податкового контролю не може бути ширшим за об'єкт фінансового контролю, який не включає в себе контроль власне за господарською діяльністю платників податків, у тому числі за процесом виробництва продукції. Контроль за власне господарською діяльністю суб'єктів господарювання, зокрема за виробництвом та реалізацією товарів (хоча і підакцизних), не належить і до фінансової діяльності держави, складовою частиною якої є фінансовий контроль.

Разом із тим варто погодитися з позицією В. І. Стреляного в тому, що «право органів податкової служби здійснювати контроль у суміжних з податковим напрямках (як от контроль за розрахунковими, касовими операціями тощо) не означає його віднесеність до податкового контролю» [9, с. 20]. В основу обґрунтування даного твердження закладається те, що у разі включення до податкового контролю контролю у суміжних із податковим напрямах критерії (властивості), що дозволяють виокремити у фінансовому контролі такий його вид, як податковий контроль, «змішуються з іншими видами фінансового контролю» [9, с. 20]. Контроль за дотриманням порядку проведення готівкових розрахункових операцій, що відповідно до Податкового кодексу України належить до податкового контролю, згаданим вище автором розглядається як самостійний вид фінансового контролю. Відповідно, як зазначається в його дисертаційному дослідженні, «недоречним є ототожнення податкового контролю і контролю органів державної податкової служби України» [9, с. 20].

Подібної позиції дотримується і Л. М. Касьяненко, яка зазначає, що «оскільки фактично органи податкової служби контролюють більше питань, ніж обумовлено податковим законодавством (...), то помилково говорити про те, що контрольна діяльність органів ДПС України повністю охоплюється поняттям «податковий контроль». Органи ДПС України відповідно до чинного законодавства здійснюють саме фінансовий контроль» [5, с. 78].

Підтримуючи думку про те, що органи державної фіскальної служби України здійснюють кілька самостійних видів фінансового контролю, які охоплені в Податковому кодексі України дефініцією поняття «податковий контроль», та про те, що контрольна діяльність зазначених вище державних органів є ширшою, аніж контроль за дотриманням податкового законодавства, вважаємо за необхідне розмежувати контроль органів державної фіскальної служби України за дотриманням податкового законодавства та за дотриманням іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на зазначені вище державні органи, вивівши останній з-під поняття «податковий контроль». Таке розмежування (виокремлення) вважаємо доцільним не тільки з тієї точки зору, що кожний такий вид контролю характеризується специфічним об'єктом та метою здійснення, а й тому що він потребує власної процедури проведення, яка враховуватиме його особливості.

Підсумовуючи зазначене вище, слід відзначити, що під податковим контролем, на нашу думку, слід розглядати систему заходів, що здійснюються уповноваженим державним органом на етапі мобілізації (акумулювання) коштів до централізованих фондів грошових коштів з метою забезпечення формування таких фондів та які полягають в аналізі дотримання і виконання з боку платників податків вимог податкового законодавства, виявленні та попередженні фактів порушення такого законодавства.

Чинне податкове законодавство України, регламентуючи питання проведення податкового контролю, не передбачає його класифікації. Попри це, податковий контроль, як і фінансовий, класифікується науковцями за різними критеріями. У наукових дослідженнях фінансовий та податковий контроль розподіляється, зокрема, на попередній, поточний та наступний. Критерієм такої класифікації, як правило, є час здійснення контролю, хоча деякі фахівці зазначені вище види контролю розмежовують за ознакою періодичності (В. М. Митрофанов) [5, с. 143], за формами здійснення (М. Б. Гусак) [10, с. 7].

Класифікацію фінансового і податкового контролю на попередній, поточний та наступний за таким критерієм, як час здійснення, можна назвати більш-менш усталеною. Для прикладу, така класифікація простежується в працях І. А. Белобжецького, О. Ю. Буглаєвої, Г. В. Дмитренка, Л. М. Касьяненко, М. П. Кучерявенка, Л. А. Савченко, К. В. Хмільовської, О. А. Шевчука. Виділення попереднього контролю також трапляється у працях М. Т. Білухи, Л. М. Крамаровського тощо.

Оскільки об'єктом даного дослідження є саме попередній податковий контроль, зупинимо увагу на ньому. В основу класифікації

податкового контролю за зазначеними вище видами покладається, як правило, певний часовий орієнтир (тобто момент у часі, стосовно якого і здійснюється така класифікація), хоча, як зазначалося вище, в основу такого розподілу деякими науковцями закладається критерій періодичності чи форми здійснення контролю.

Насамперед слід відзначити, що ми не погоджуємося з позицією розподілу податкового контролю на попередній, поточний та наступний за критерієм періодичності, оскільки означений критерій (ознака), на нашу думку, вказує на частоту проведення контролю стосовно одного й того самого конкретного об'єкта контролю, тоді як вказані вище види податкового контролю не пов'язані ні з періодом (наприклад, місяць, квартал, півріччя, рік), ні з частотою (повторністю) проведення.

Щодо розгляду деякими науковцями (наприклад, Н. Б. Гусак) попереднього, поточного та наступного податкового контролю як форм його здійснення слід відзначити, що до сьогодні відсутнє єдине узгоджене розуміння того, що є формою контролю. Так, як зазначає Л. М. Касьяненко, «в одних роботах форма трактується як зовнішній вираз чого-небудь, зумовлений певним змістом, або як зовнішній вигляд, пристосування для надання чому-небудь певних окреслень (...) інколи під формою (...) розуміють прояв змісту контролю, його сутності залежно від часу здійснення контрольних дій.» [5, с. 144]. Тому можна певною мірою погодитися з позицією щодо поділу податкового контролю на попередній, повторний та наступний за критерієм форм його здійснення у разі, якщо в категорію «форма» закладається сутність та зміст контролю, залежно від часу його здійснення.

Розглядаючи питання виокремлення в межах податкового контролю попереднього контролю, хочемо звернути увагу на важливість визначення меж останнього, оскільки від цього, на нашу думку, залежить з'ясування особливостей його змісту, форм та мети здійснення.

Розмежування попереднього та поточного контролю в межах податкового контролю, вважаємо, має здійснюватися щодо дій, операцій, що стосуються нарахування, утримання, сплати (перерахування) до бюджету податків та інших обов'язкових платежів, а також інших дій, які повинні вчинятися платниками податків з метою дотримання та виконання вимог податкового законодавства, тобто щодо тих дій, операцій тощо, які становлять об'єкт податкового контролю та є предметом перевірки органів державної фіскальної служби України під час здійснення ними контрольної (перевірочної) діяльності. Тому підтримуємо позицію М. П. Кучерявенка в тому, що попередній податковий контроль здійснюється до проведення операцій, дій, пов'язаних із формуванням грошових фондів, він передує операціям, що перевіряються [2, с. 391], з тим уточненням, що такі операції та дії пов'язані з формуванням саме централізованих грошових фондів.

Слід відзначити, що серед науковців, які виділяють попередній податковий контроль, є певні розбіжності щодо моменту в часі, який розмежовує попередній та поточний податковий контроль. Так, наприклад, на думку П. М. Дозорця, попередній контроль проводиться до формування платником податків об'єктів оподаткування [11, с. 113], а з погляду Ю. А. Крохіної, до звітного періоду стосовно конкретного виду податку або до вирішення питання про надання платнику податків податкових пільг, зміни строку сплати податку і т. п. [12, с. 161].

Із викладеною вище позицією Ю. А. Крохіної погодитися складно, оскільки за такого підходу контроль, який здійснюється органами державної фіскальної (податкової) служби у поточному звітному періоді стосовно запланованих платниками податків у цьому ж звітному періоді фінансово-господарських операцій, не належатиме до попереднього, незважаючи на те, що такий контроль передує операції, пов'язаній з оподаткуванням, здійснюється стосовно запланованої операції, а також з метою попередження допущення платником податків податкового правопорушення.

У науковій літературі також простежується позиція, згідно з якою податковий контроль починається на стадії державної реєстрації суб'єктів господарювання у вигляді податкового обліку платників податків і зборів [13, с. 370; 14, с. 29]. Такий підхід щодо визначення початку податкового контролю вважаємо необґрунтованим, виходячи з такого.

По-перше, платниками податків відповідно до чинного законодавства України є не тільки суб'єкти господарювання (юридичні особи, фізичні особи – підприємці), а й фізичні особи без статусу підприємця. Відповідно, податковий контроль здійснюється також щодо осіб, які не підлягають державній реєстрації як суб'єкти господарювання, щодо об'єктів оподаткування, які формуються та належать таким особам, тоді, якщо йти за логікою зазначеної вище позиції, без державної реєстрації як суб'єктів господарювання податковий контроль щодо фізичних осіб не може бути розпочатий.

По-друге, статус платника податків виникає в силу закону, тобто наявність в особи такого статусу та, відповідно, виникнення в неї податкового обов'язку не пов'язані з державною реєстрацією такої особи. Наприклад, фізична особа, отримавши дохід від неподаткового агента, зобов'язана самостійно нарахувати та сплатити (перерахувати) до відповідного бюджету податок з доходів фізичних осіб та військовий збір, незалежно від того, включена вона до Державного реєстру фізичних осіб – платників податків чи ні.

По-третє, такий підхід, на нашу думку, не враховує заходи, які здійснюються органами державної фіскальної служби України в межах попереднього податкового контролю та можуть передувати включенню платників податків до державних реєстрів, ведення яких покладено законодавством на зазначені вище контролюючі органи (наприклад, Державного реєстру фізичних осіб – платників податків, Єдиного банку даних про платників податків – юридичних осіб). Наприклад, фіскальний рескрипт.

Аналізуючи позиції науковців щодо сутності попереднього податкового контролю, можна спостерігати, що одні зводять такий вид контролю до реєстрації платників податків та інформації про їхню діяльність [11, с. 113], інші відносять до такого виду контролю, окрім реєстрації платників податків, також спостереження за підконтрольними об'єктом, прогнозування, планування, вивчення документів, операцій та записів у податковому та бухгалтерському обліку та звітності, масово-роз'яснювальну роботу [5, с. 147].

З точки зору П. Ю. Буряка, попередній податковий контроль «охоплює всю систему до перевірочної роботи органів державної податкової служби» [14, с. 14], а також включає масово-роз'яснювальну роботу, у тому числі консультації платникам податків. Попередній податковий контроль, як зазначає М. П. Кучерявенко, полягає «у розгляді аналізі кошторисів, бюджетів, затвердження їх проектів» [2, с. 391].

Попередній податковий контроль, на думку А. С. Каратаева, пов'язаний, перш за все, з роз'ясненням чинного податкового законодавства, збиранням, обробкою та аналізом інформації про платників податків на стадії планування податкових перевірок [15, с. 142].

Серед передбачених Податковим кодексом України заходів, які, на нашу думку, належить саме до попереднього податкового контролю, можна назвати реєстрацію платників податків, об'єктів оподаткування, а також попереднє узгодження ціноутворення у контрольованих операціях, податкові консультації.

Тобто попередній податковий контроль, на нашу думку, характеризується такими особливостями:

– предметом контролю є запланована платником податків операція чи дія, вчинення чи утримання від вчинення якої впливає на виконання таким платником податків покладеного на нього податкового обов'язку з того чи іншого податку, обов'язкового платежу, включеного до системи податків, та/або на виконання та дотримання інших обов'язків, покладених на платника податків податковим законодавством;

– даний вид контролю спрямований не на виявлення фактів порушення норм податкового законодавства, а на попередження (профілактику) вчинення податкових правопорушень, у тому числі злочинів;

– попередній податковий контроль не може мати наслідком притягнення платника податків до юридичної відповідальності.

Підсумовуючи зазначене вище, можна зробити висновок, що попередній податковий контроль – це система передбачених законом заходів, які здійснюються уповноваженим державним органом у формах та у порядку, визначених податковим законодавством, щодо запланованих платниками податків операцій та дій, вчинення яких пов'язане з виникненням у такого платника податку податкового обов'язку, та які спрямовані на попередження податкових правопорушень.

Актуальні світові тенденції демонструють поступове зростання ролі попереднього податкового контролю, що, на нашу думку, зумовлюється такими його перевагами:

а) попередній податковий контроль сприяє підвищенню податкової свідомості у платників податків, що, відповідно, позитивно відбивається на дотриманні ними податкової дисципліни;

б) даний вид контролю сприяє зменшенню кількості податкових правопорушень, що має наслідком покращення показників рівня надходження коштів (за рахунок податків та зборів) до централізованих фондів грошових коштів;

в) через реалізацію заходів попереднього податкового контролю налагоджується взаємодія між платниками податків та контролюючими органами та зміщується акцент у відносинах між ними – від протистояння до співпраці *(Cooperative Compliance)*.

Як засвідчує досвід економічно-розвинутих країн світу (США, Канада, Нідерланди, Австрія, Швеція, Австралія тощо), розбудова

податкової системи на засадах партнерських відносин між платниками податків та державою в особі контролюючих органів дозволяє пом'якшити природній конфлікт між публічними та приватними інтересами в оподаткуванні. І одним з інструментів такого підходу *(Cooperative Compliance)* є попередній податковий контроль.

Висновки.

Заходи попереднього податкового контролю відіграють важливу роль у формуванні державою централізованих фондів грошових коштів, оскільки вони сприяють, по-перше, підвищенню у платників податків податкової свідомості та податкової культури; по-друге, мінімізації випадків ненавмисного порушення податкового законодавства (наприклад, внаслідок непоінформованості про запровадження нового податку, неправильного тлумачення норми податкового законодавства, що призвело до неправильного визначення бази оподаткування чи застосування ставки податку в іншому розмірі, тощо); по-третє, створенню належних передумов для здійснення органами державної фіскальної служби заходів поточного та наступних контролів (наприклад, для проведення документальних (виїзних та невиїзних) перевірок, для проведення фактичних перевірок тощо); по-четверте, побудові взаємовідносин між платниками податків (приватний інтерес) та органами державної фіскальної служби України (публічний інтерес) на засадах відкритості та партнерства, а не протистояння. Заходи попереднього податкового контролю також, на нашу думку, сприяють зменшенню податкових ризиків для платників податків щодо проведення тієї чи іншої фінансово-господарської операції (наприклад, у разі застосування горизонтального моніторингу), а також сприяють попередженню вчинення ними податкових правопорушень.

Відповідно, удосконалення наявного підходу щодо організації та здійснення контролюючими органами попереднього податкового контролю у тому числі з урахуванням позитивного досвіду економічно-розвинутих країн світу має бути, на нашу думку, одним із пріоритетних напрямів державної податкової політики.

Список використаних джерел:

1. Кучерявенко М.П. Правове регулювання податкового контролю. Вісник Академії правових наук України. 2002. № 2 (29). С. 107-113.
2. Кучерявенко М.П. Податкові процедури: правова природа і класифікація: монографія. Київ, 2009. 460 с.
3. Дмитренко Г.В. Державний фінансовий контроль в Україні (податковий, казначейський, бюджетний): монографія. Київ: ТОВ «Видавництво «Консультант», 2009. 176 с.
4. Що таке податковий контроль? URL: https://taxlink.ua/ua/analytics/Podatkoviy-kontrol/SHCHo-take-podatkoviy-kontrol/ (дата звернення: 01.09.2018).
5. Касьяненко Л.М. Правові основи здійснення фінансового контролю органами державної податкової служби України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Ірпінь, 2004. 232 с.
6. Буглаєва О.Ю. Податковий контроль: теоретичний аспект. Наукові праці НДФІ. 2009. Вип. 4 . С. 131-137.
7. Васюк Ю.М. Механізми реалізації податкового контролю в Україні: державно-управлінський аспект: дис. ... канд. наук з держ. управ: 25.00.02. Київ, 2015. 254 с.
8. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112.
9. Стреляний В.І. Правове регулювання поточного фінансового контролю за додержанням порядку проведення готівкових розрахункових операцій: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2010.
10. Гусак Н.Б., Гусак Ю.Б. Контроль податковий органів за діяльністю підприємств: навч. посібник. Київ, 2007. 320 с.
11. Дозорець П.М. Форми податкового контролю органів державної фіскальної служби за обігом підакцизних товарів. Науковий вісник Ужгородського Національного університету. Серія «Право». 2015. Вип. 35. Ч. 1. Т. 2. С. 112-115.
12. Крохина Ю.А. Налоговое право: учебник для СПО. 8-е изд., перераб. и доп. Москва, 2017. 428 с.
13. Гречана Т.В. Податковий контроль при адмініструванні податку на додану вартість. Держава і право, 2012. Вип. 56. С. 368-371.
14. Буряк П.Ю., Карпінський Б.А., Залуцька Н.С., Осідач О.Б. Податковий контроль в Україні. Контрольно-перевірочний процес: монографія. Львів: Простір, 2007. Т. ІІ. 420 с.
15. Каратаев А.С. Формы налогового контроля. Экономические науки, 2010. № 8. С. 142-144.

В статье исследовано определение понятия налогового контроля и одного из его разновидностей по критерию времени проведения – предварительного налогового контроля. Рассматривая предварительный налоговый контроль, который играет важную роль в администрировании налогов и других обязательных платежей для предупреждения (профилактики) правонарушений в сфере налогообложения, автор наводит собственное определение понятия этого вида контроля, а также исследует как границы (во времени) его проведения, так и его содержание.

Ключевые слова: налоговая система, налоговый контроль, предварительный налоговый контроль.

This article investigates the definitions of tax control and one of its types according to timing criterion – preliminary tax control. When considering preliminary tax control, which plays a significant role in administration of taxes and other compulsory payments, as well as in prevention of offences in the sphere of taxation, the author provides his own definition of this type of control, and investigates both timescales of conduction and its content.

Key words: tax system, tax control, preliminary tax control.

УДК 342.951:339.543 (477)

Сергій Іванов,
докторант
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРИНЦИПИ ДЕРЖАВНОЇ МИТНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ І КРИТЕРІЇ КЛАСИФІКАЦІЇ

У статті сформовано авторський підхід до переліку принципів реалізації державної митної політики з урахуванням двох частин: 1) принципів, які визначають специфіку (особливості) митної політики залежно від напрямів здійснення митної політики; 2) процедурних принципів, які є базовими під час здійснення митної діяльності й не залежать від напрямів митної політики. Надано власне розуміння категорії «принципи державної митної політики». Наголошено на необхідності внесення змін до Митного кодексу України з метою закріплення принципів державної митної політики.

Ключові слова: державна митна політика, принципи, митні інтереси, митна справа, органи митного спрямування.

Постановка проблеми. Питанням формування та реалізації принципів державної митної політики не приділяється достатньої уваги ані науковцями, ані практиками, що є не припустимим. Перманентні реформи в усіх сферах суспільного життя, в тому числі й у частині митної політики, навіть у постановочному аспекті не зачіпали питань щодо визначення принципів формування державної митної політики. Така ситуація не сприяє єдності державної митної політики, створює перешкоди для практики правозастосування, не дає змоги визначити базові підвалини формування останньої, створює перепони для подальшого входження Української держави до європейської спільноти.

Натепер у законодавстві України, а саме в Митному кодексі України, мова йде лише про принципи здійснення державної митної справи. Також законодавець формулює визначення державної митної політики через систему принципів діяльності держави у сфері захисту митних інтересів і забезпечення митної безпеки України, регулювання зовнішньої торгівлі, захисту внутрішнього ринку, розвитку економіки України та її інтеграції до світової економіки. Але при цьому не визначає останні. Нами в попередніх наукових публікаціях наголошувалось, що визначення державної митної політики через систему принципів не дає уявлення про сутність і зміст цього поняття, оскільки принципи – це вторинна категорія, яка визначає вектор побудови, розвитку певного явища. Що ж стосується закріплення принципів митної справи, то виникає питання: а чому законодавець вирішив закріпити їх тільки на законодавчому рівні й залишив поза увагою такі напрями державної митної політики, як регулювання зовнішньої торгівлі, захист внутрішнього ринку, розвиток економіки України та її інтеграція до світової економіки тощо. З огляду на це, питання наукового пошуку щодо визначення принципів формування й реалізації державної митної політики є актуальним і своєчасним.

Ця проблематика в рамках науки адміністративного та митного права частково розглядалась у роботах таких учених: В.Б. Авер'янова, О.І. Безпалової, К.В. Бережної, Ю.П. Битяка, В.М. Бойка, В.М. Вишновецького, О.В. Джафарової, Є.В. Додіна, І.Г. Калєтника, С.В. Ківалова, О.В. Коломоєць, С.П. Коляди, В.Т. Комзюка, Ю.Д. Кунєва, С.Г. Левченка, В.Я. Настюка, В.П. Науменка, П.В. Пашка, А.А. Пилипенка, Д.В. Приймаченка, В.П. Чабана, В.В. Ченцова, О.П. Федотова, Р.В. Шаповала й інших. Праці зазначених авторів є для нас добрим науковим підґрунтям для формування науково обґрунтованого, авторського підходу до кола принципів формування й реалізації державної митної політики, оскільки останні є фундаментом розвитку відносин у зазначеній сфері.

Мета статті – сформувати авторський підхід до переліку принципів реалізації державної митної політики з урахуванням принципів, які визначають специфіку (особливості) митної політики залежно від напрямів здійснення митної політики, і процедурних принципів, які є базовими під час здійснення митної діяльності й не залежать від напрямів митної політики; надати власне розуміння категорії «принципи державної митної політики».

© С. Іванов, 2018

Виклад основного матеріалу. Для початку звернімося до теоретичних напрацювань щодо змісту категорії «принципи» та «принципи державної митної політики». У філософському словнику зазначається, що категорія «принцип» у перекладі з латинської мови (principium) означає буквально основу, першоджерело, керівну ідею, основне правило поведінки, вихідне положення якого-небудь явища (вчення), організації, діяльності тощо [1, с. 294]. На думку Ю.М. Грошевого, це «узагальнена сутність явища. А суті не буває більше або менше, її завжди буває стільки, щоб надати явищу, предмету якісної самобутності» [2, с. 56]. Розмірковуючи над вищенаведеним, можемо сказати, що «принципи» – це категорія, яка є вторинною, оскільки визначає першооснову, базу, першоджерело якось явища та є багатокомпонентною, оскільки розкриває уявлення про останнє на підставі абстрактних характеристик.

Коли мова йде про принципи права, то, як зазначає І.Є. Данильєва, їх якісна самобутність розкривається в таких аспектах: 1) принципи права містять у собі історичний досвід побудови суспільних, державно-владних відносин, відбивають закономірності їх еволюції; 2) вони є компонентом ідеології суспільства. Принцип є ідеєю, закладеною в традиційний механізм розвитку й функціонування суспільних відносин; 3) принцип права має морально-етичну основу. Він випливає із загальнолюдських прав, свобод, таких чеснот, як рівність, справедливість, порядність, совість, що зумовлює значимість, законність, соціальну цінність правового регулювання; 4) принцип права також має політичну природу, оскільки базується на основних тенденціях державно-владних відносин, практиці державного будівництва, народного суверенітету; 5) економічною передумовою формування принципів права є передусім проголошене невід'ємне від людини право власності, а також розвинена на основі людської кооперації колективна і державна власність як показник життєздатності держави [3, с. 14–15]. Ми погоджуємось із позицією дослідниці, що принципи права – це комплексна категорія, яка формується, змінюється під впливом багатьох факторів, але при цьому залишається найбільш виваженою, усталеною і статичною категорією. І, як слушно зазначає О.В. Джафарова, принципи права є базовою категорією, вихідним началом, керівною ідеєю формування й функціонування держави, побудови її внутрішніх і зовнішніх зв'язків, де людина та її права є найвищою соціальною цінністю [4, с. 68]. Ураховуючи, що категорія «державна політика» є правовою, то й, відповідно, принципи формування та реалізації останньої повинні базуватися на принципах права, які в більшості випадків є правовими принципами. Але варто навести й іншу думку. Так, Б.А. Кормич наголошує на тому, що про правові принципи митної політики можна говорити з певними застереженнями, оскільки правові норми не можуть відображати динаміку зовнішніх і внутрішніх об'єктивних факторів. Подібні зміни зовнішніх і внутрішніх об'єктивних факторів викликають зміни в змісті політики загалом і державної політики зокрема, а ті, у свою чергу, ініціюють законотворчий процес, результатом якого стають зміни в правових нормах [5, с. 43]. Ми із цією позицією не погоджуємось, оскільки політика держави апріорі повинна базуватись на принципах правах, які, до речі, можуть існувати на рівні правових ідей, свідомості, позицій і переконань і не завжди отримують «статус правових принципів».

Зосередимося на визначеннях, які існують на шпальтах наукових видань, щодо змісту категорії «принципи державної митної політики». Так, О.О. Кахович зазначає, що під час розроблення митної політики органи публічної влади керуються, крім національних інтересів і національної безпеки, певними динамічними принципами, що розкривають зміст національних інтересів держави на певному етапі суспільного розвитку. Такі принципи закладені в законодавчих актах держави з питань митної політики та програмних документах, зокрема посланнях президента, програмах діяльності уряду, концепціях національного розвитку тощо [6, с. 78]. Аналізуючи вищенаведену позицію, зауважимо, що ми погоджуємось із дослідником, що джерелом правових принципів митної політики є законодавчі акти та програмні документи, які визначають вектор руху держави щодо забезпечення митних інтересів, однак називати останні динамічними принципами не коректно, оскільки останні є віддзеркаленням усталених, справедливих, фундаментальних засад розвитку державної політики загалом і митної зокрема. Цікавим є підхід О.Г. Гуменюка, який під принципами зовнішньоекономічної діяльності розуміє норми імперативні, тобто обов'язкові, наказові, позбавлені вибору. Вони не можуть бути скасовані ніякими установленнями спеціального характеру. Вони є критерієм законності всіх правових норм, що впроваджуються державою в зовнішньоекономічній сфері, в ієрархії правових норм займають найвищий щабель [7, с. 116]. Б.А. Кормич виділяє принципи загального значення, які є базовими для розроблення всієї державної політики України, та специфічні принципи, що

є властивими для державного регулювання зовнішньоекономічних відносин [5, с. 36]. До галузевих (специфічних) принципів формування та здійснення митної політики, на думку вченого, належать такі принципи: 1) принцип єдності митної політики як складника зовнішньої політики України; 2) принцип єдності державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності й контролю за її здійсненням; 3) принцип єдності тарифної політики України; 4) принцип єдності політики експортно-імпортного контролю; 5) принцип єдності митної території України; 6) принцип гармонізації та уніфікації митної діяльності України з загальноприйнятими в міжнародній практиці нормами і стандартами; 7) принцип захисту державою прав і законних інтересів учасників зовнішньоекономічної діяльності; 8) принцип юридичної рівності й недискримінації, виключення невиправданого втручання держави в зовнішньоекономічну діяльність [5, с. 39–42]. Дещо схожою є позиція П.О. Пашко щодо виокремлення основних принципів митної політики: 1) єдність митно-тарифної політики як складника зовнішньоекономічної політики України; 2) єдність державного регулювання зовнішньоекономічної політики України й контролю за її здійсненням; 3) єдність політики експортного контролю; 4) єдність митної території; 5) пріоритет економічних заходів державного регулювання ЗЕД; 6) рівність учасників ЗЕД; 7) захист державою прав та інтересів учасників ЗЕД [8, с. 28–29]. О.А. Мосякіна зазначає, що принципи реалізації митної політики переплітаються з принципами, на яких ґрунтується реалізація зовнішньоекономічної діяльності [9, с. 211]. Наведені визначення принципів митної політики сьогодні є завузькими, оскільки охоплюють лише один із напрямів здійснення митної політики. У свою чергу, І.А. Гуцул визначає такий перелік принципів митної політики: 1) принципи переміщення через митний кордон України товарів і транспортних засобів; 2) виконання митних формальностей (митне оформлення); 3) митні режими як сукупність вимог та умов, що визначають правовий статус оформлюваних товарів і покладають обов'язки, необхідні до виконання під час здійснення митного оформлення; 4) тарифне й нетарифне регулювання; 5) спеціальні захисні, антидемпінгові й компенсаційні заходи під час імпорту товарів; 6) справляння митних платежів; 7) надання митних пільг; 8) митний контроль; 9) правова регламентація взаємовідносин учасників митних правовідносин у захисті прав і законних інтересів учасників зовнішньоекономічної діяльності [10, с. 232]. Наведений перелік не можна вважати принципами, оскільки останній містить інструменти реалізації митної політики (методи державного впливу на господарську діяльність), а в деяких випадках мова йде про функції.

Найбільш удалим є перелік принципів митного регулювання, які сформульовані в підручнику «Адміністративне право» за загальною редакцією Ю.П. Битяка. До останніх зараховані такі принципи, як верховенство права; законність і верховенство митного закону; захист економічних і політичних інтересів держави; збалансованість інтересів держави, фізичних і юридичних осіб – принцип справедливості; недопустимість подвійного оподаткування; однаковість митних режимів; єдність регулювання митних відносин, стабільність митного законодавства; додержання митними органами (посадовими особами) прав юридичних і фізичних осіб і відповідальність їх за незаконні рішення та дії; гласність [11].

Підсумовуючи, сформулюємо визначення цієї категорії: принципи державної митної політики – це комплексна категорія, яка представлена сукупністю економічних і правових ідей, положень, що зумовлені метою й завданнями митної політики, нормативно закріплені й спрямовані на охорону митних інтересів як окремого громадянина, групи осіб, так і держави загалом тощо.

Зосередимо увагу на нормативно-правовому закріплені принципів митної політики. Звернення до Міжнародної конвенції про спрощення та гармонізацію митних процедур дає можливість виокремити такі принципи: 1) здійснення програм, спрямованих на постійне вдосконалення й підвищення ефективності митних правил і процедур; 2) застосування митних правил і процедур є передбачуваним, послідовним і прозорим; 3) надання заінтересованим сторонам усієї необхідної інформації щодо законів, нормативно-правових та адміністративних актів з митного регулювання, митних правил і процедур; 4) затвердження сучасних методів роботи, таких як система аналізу ризиків і метод контролю, що базується на аудиті, а також максимальне практичне використання інформаційних технологій; 5) співробітництво з іншими національними органами влади, митними службами інших держав і торговими співтовариствами в усіх випадках, коли це можливо; 6) упровадження відповідних міжнародних стандартів; 7) забезпечення безперешкодного доступу причетних сторін до процедур адміністративного та судового контролю [12]. Аналіз наведеного переліку принципів, на нашу думку, дає привід зробити висновок, що останні є процедурними

принципами, які визначають базові засади здійснення митної справи.

В частині 1 ст. 2 Закону України «Про засади внутрішньої та зовнішньої політики» визначено, що остання базується на безумовному додержанні Конституції України, забезпеченні в Україні прав і свобод людини та громадянина й гарантуванні прав і свобод, проголошених Конституцією України, на загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, забезпеченні соціальної спрямованості економіки України і сталого соціально-економічного розвитку України, зміцненні демократичних засад суспільного й державного життя, забезпеченні верховенства права, економічної й політичної незалежності держави, захисту її національних інтересів, утвердження України як повноправного й авторитетного члена світового співтовариства [13]. Загалом не заперечуючи проти такого підходу, щодо визначення базових засад внутрішньої та зовнішньої політики держави вважаємо, що останні в більшості репрезентують положення, які характеризують форму державного устрою й сутність правової держави, але при цьому не визначають специфіки саме формування державної політики загалом і митної зокрема. Найбільш вдало, на нашу думку, сформульовано перелік принципів державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності в окремому законодавчому акті. Так, до останніх, згідно із Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», зараховано: 1) доцільність – обґрунтована необхідність державного регулювання господарських відносин з метою вирішення наявної проблеми; 2) адекватність – відповідність форм і рівня державного регулювання господарських відносин у вирішенні наявної проблеми та ринковим вимогам з урахуванням усіх прийнятих альтернатив; 3) ефективність – забезпечення досягнення внаслідок дії регуляторного акта максимально можливих позитивних результатів за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян і держави; 4) збалансованість; 5) передбачуваність; 6) прозорість і врахування громадської думки [14]. Аналіз наведеного переліку принципів у більшості випадків розкриває базові підвалини, які повинні бути керівними ідеями в процесі роботи над формуванням державної політики. Зауважимо, що цей перелік принципів не є досконалим, але в більшості випадків відображає сутність процесу, пов'язаного саме з формуванням державної митної політики. Процес формування митної політики, на думку О.О. Кахович, включає в себе діяльність щодо формування моделі майбутніх змін міжнародних торговельних та економічних відносин і міжнародного митного законодавства, а також правотворчу діяльність з реалізації державними інститутами моделі майбутніх змін суспільних відносин, пов'язаних із обігом товарів у міжнародному обміні, в нормативно-правових актах митного законодавства [6, с. 78]. Ми погоджуємось із дослідником щодо виокремлених етапів формування митної політики: 1) вироблення оптимальної моделі митної політики; 2) закріплення моделі митної політики на нормативному рівні.

Отже, принципи формування митної політики можна подавити дворівневою системою: 1) принципи вироблення моделі митної політики; 2) принципи нормотворчості. Зауважимо, що принципи нормотворчості є усталеними і стосуються всього нормотворчого процесу.

На базі вищенаведеного сформулюємо власний перелік принципів формування державної митної політики, який пов'язаний із роботою над «моделлю митної політики»: 1) доцільність – обґрунтована необхідність виокремлення цілей і завдань останньої з метою державного регулювання митних відносин; 2) виключна юрисдикція України на її митній території; 3) адекватність – відповідність цілей і завдань митної політики наявним державним інструментам їх досягнення з урахуванням інтересів як окремого громадянина, групи осіб, так і держави загалом; 4) законність – формулювання цілей, завдань та обрання інструментів досягнення поставлених результатів має відбуватися виключно в правовому полі; 5) збалансованість; 6) передбачуваність; 7) прозорість і гласність; 8) об'єктивність – розроблення моделі митної політики на основі реальних показників, яких реально досягти та які можна оцінити; 9) співробітництво – узгодження цілей, пріоритетів, завдань, заходів усіх суб'єктів, які мають повноваження щодо формування й реалізації митної політики держав.

Рухаючись далі, спробуємо сформулювати авторський підхід до переліку принципів реалізації державної митної політики. Відразу зауважимо, що останній повинен складатись із двох частин: 1) принципів, які визначають специфіку (особливості митної політики) залежно від напрямів здійснення митної політики; 2) процедурні принципи, які є базовими під час здійснення митної діяльності й не залежать від напрямів митної політики.

У статті 2 Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» визначено, що внутрішня політика держави

ґрунтується на таких принципах: 1) пріоритетність захисту національних інтересів; 2) верховенство права, забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина, повага до гідності кожної особи, забезпечення особливого піклування про дитину й реалізації її прав; 3) рівність усіх суб'єктів права власності перед законом, захист конкуренції у сфері економічної діяльності; 4) здійснення державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову; 5) відкритість і прозорість процесів підготовки і прийняття рішень органами державної влади й органами місцевого самоврядування; 6) забезпечення сталого розвитку економіки на ринкових засадах і її соціальної спрямованості; 7) забезпечення балансу загальнодержавних, регіональних і місцевих інтересів; 8) свобода, соціальна справедливість і творча самореалізація, участь громадян в управлінні державними й суспільними справами; 9) соціальне партнерство та громадянська солідарність [13]. Також цим нормативно-правовим актом визначено й принципи внутрішньої політики в економічній сфері. Ураховуючи той фактор, що митна політика є частиною економічної політики, останні автоматично можна екстраполювати на державну митну політику тощо. У свою чергу, в Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» надано перелік принципів зовнішньоекономічної діяльності, до яких зараховано такі: 1) принцип суверенітету народу України в здійсненні зовнішньоекономічної діяльності; 2) принцип свободи зовнішньоекономічного підприємництва; 3) принцип юридичної рівності й недискримінації; 4) принцип верховенства закону; 5) принцип захисту інтересів суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності; 6) принцип еквівалентності обміну, неприпустимості демпінгу під час увезення та вивезення товарів [15].

Отже, враховуючи всі вищенаведені напрацювання щодо загальних принципів державної митної політики, до них доцільно зарахувати такі:

– *верховенство права*. Цей принцип є дуже важливим для всіх сфер і напрямів функціонування сучасної держави, оскільки він є багатогранним і таким, що дає уявлення про сутність і зміст «права» як явища, що поєднує в собі такі складники, як чесність, порядність, справедливість, повага, рівність, заборона свавілля тощо. Юридичне тлумачення цього принципу надано рішенням Конституційного Суду України від 02.11.2004, де зазначено, що верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення в правотворчу та правозахисну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою відображена в Конституції України [16]. Тобто принцип верховенства права – це своєрідний «ідеал» забезпечення прав і законних інтересів усіх зацікавлених суб'єктів митних відносин із одночасною охороною митних інтересів держави України, за якого збережено й дотримано інтереси всіх зацікавлених сторін;

– *законність*. Зазначений принцип реалізації державної митної політики полягає в тому, що суб'єкти, які безпосередньо втілюють останню в життя, діють на підставі ч. 2 ст. 19 Конституції України, де прямо проголошено, що органи державної влади та місцевого самоврядування, їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі в межах повноважень і в спосіб, що передбачені Конституцією й законами України [17]. Зміст цього принципу також полягає в тому, що тільки Законом можуть бути визначені положення, які стосуються питань дотримання прав і свобод людини та громадянина. Особливо це актуально для митних відносин, оскільки останні пов'язані з певними адміністративними зобов'язаннями (обмеженнями), які стосуються перевезення товарів та автомобільних засобів через митний кордон тощо. Зауважимо, що ми не виокремлювали як самостійний принцип рівності учасників митних відносин, оскільки зміст останнього прямо випливає з принципів верховенства права та законності, про що прямо проголошено в Конституції України;

– *збалансованість інтересів держави, фізичних і юридичних осіб у митних відносинах*. Зміст цього принципу полягає в тому, що під час реалізації митної політики необхідно виконати два завдання. З одного боку, наповнити Державний бюджет, забезпечити дотримання митних інтересів держави, а з іншого – виконати суспільний запит на спрощення формальностей і зменшення адміністративних бар'єрів під час перетину товарів і транспортних засобів через державний кордон;

– *недопустимість подвійного оподаткування*. Проблема подвійного оподаткування є не новою, виникає внаслідок існування

різних податкових систем у державах, між якими відбувається переміщення товарів або транспортних засобів. Як слушно відзначає Г.В. Петрова, основною причиною виникнення явища міжнародного подвійного оподаткування є те, що кожна держава, яка бере участь у міжнародній торгівлі, виступає у двох якостях. В одних випадках держава стверджує своє право на утримання податку як країна місцеперебування платника такого податку, в інших – відстоює право на податкову юрисдикцію як держава – джерело доходу, яке отримує платник податку [18]. Реалізація цього принципу можлива за умови адаптації національного митного законодавства до законодавства Європейського Союзу й тісної взаємодії на між державному рівні для вирішення проблем подвійного оподаткування тощо;

– *єдність митних режимів.* Зміст цього принципу полягає в тому, що до всіх учасників та об'єктів митних відносин незалежно від суб'єктивних та об'єктивах обставин застосовуються однакова сукупність правил, які визначають порядок такого переміщення; умови перебування товарів та інших предметів на чи поза митною територією; встановлюють коло прав та обов'язків учасників правовідносин, які при цьому виникають; обсяг і зміст митних процедур, що здійснюються відповідними державними органами;

– *прозорість, гласність.* Зазначений принцип передбачає, що під час здійснення митних процедур здійснюється максимально повне, своєчасне інформування про порядок здійснення останніх, про результати митного контролю та виявлені порушення. Наведемо позицію О.В. Джафарової, згідно з якою принцип прозорості зобов'язує публічну адміністрацію так організувати своє функціонування, щоб процеси й інформаційні потоки, які мають місце в межах останньої, були досяжними приватним особам для ознайомлення. Це може бути досягнуто шляхом інформування суб'єктами публічної адміністрації населення через засоби масової інформації, офіційні веб-сайти, інформаційні стенди тощо [4, с. 84–85]. У свою чергу, І.П. Яковлєв зазначає, що принцип гласності й прозорості здійснення державної митної справи (п. 9 ч. 1 ст. 8 Митного кодексу України) не вартував би для приватного суб'єкта нічого, якби не забезпечувався посередністю видання індивідуальних та узагальнених консультацій з питань державної митної справи, розміщення стислих довідок щодо основних положень галузевого законодавства тощо [19, с. 81–82]. Запровадження вищенаведеного принципу є дієвою формою здійснення громадського контролю в митній сфері.

Висновки.

Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що наведений перелік принципів є базовим для всіх напрямів здійснення митної політики та розкриває правове підґрунтя для її реалізації. Уважаємо, що Митний кодекс України доцільно доповнити окремою статтею «Мета, завдання та принципи державної митної політики України», в рамках якої закріпити перелік вищезазначених принципів тощо.

Зауважимо, що принципи митної політики можна класифікувати за певними критеріями: 1) *залежно від функцій держави* (принципи формування митної політики та принципи реалізації митної політики); 2) *залежно від напрямів митної політики* (принципи захисту митних інтересів, принципи забезпечення митної безпеки, принципи регулювання зовнішньої торгівлі, принципи захисту внутрішнього ринку, принципи розвитку економіки, принципи інтеграції до світової економіки); 3) *залежно від функціонального призначення митної політики* (соціально-правові та спеціально-правові); 4) *залежно від територіальної спрямованості погодження інтересів* (принципи зовнішньої економічної політики та принципи внутрішньої економічної політики).

Список використаних джерел:

1. Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 4-е изд. Москва: Политиздат, 1981. 445 с.
2. Кримінальний процес України: підручник / за ред. Ю.М. Грошевого, В.М. Хотенця. Харків: Право, 2000. 496 с.
3. Данильєва І.Е. Принципи організації та функціонування державної служби в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Київ, 2005. 196 с.
4. Джафарова О.В. Дозвільна діяльність органів публічної адміністрації в Україні: адміністративно-правові засади: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07. Харків, 2015. 572 с.
5. Кормич Б.А. Державно-правовий механізм митної політики України: монографія. Одеса: Астропринт, 2000. 180 с.
6. Кахович О.О., Кахович Ю.О. Проблемні питання формування митної політики в Україні. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 2. С. 77–79. URL: http://www.lsej.org.ua/2_2017/24.pdf.
7. Гуменюк О.Г. До питання про основні принципи митного регулювання зовнішньоекономічної діяльності. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Економічні науки». 2016. Вип. 16. Ч. 4. С. 113–116.
8. Основи митної справи в Україні : навч. посіб. / за ред. П.В. Пашка. Київ: Знання, 2004. 732 с.
9. Мосякіна О.А. Митна політика та принципи її реалізації в Україні. Публічне управління та митне адміністрування. 2015. № 2 (13).

10. Гуцул І.А. Митна політика у фіскальному просторі України. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Економіка і менеджмент». 2015. Вип. 10. С. 232–234.

11. Адміністративне право України: підручник / за ред. Ю.П. Битяка. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 624 с.

12. Міжнародна конвенція про спрощення і гармонізацію митних процедур (Кіотська конвенція) від 18.05.1973. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_643.

13. Про засади внутрішньої і зовнішньої політики: Закон України від 01.07.2010 № 2411-VI. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2411-17.

14. Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності: Закон України від 11.09.2003 № 1160-IV. URL: http://zakon.rada.gov.ua/go/1160-15.

15. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/959-12.

16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Центральної спілки споживчих товариств України про офіційне тлумачення положень пункту 1 статті 9, пункту 1 статті 10 Закону України «Про споживчу кооперацію», частини четвертої статті 37 Закону України «Про кооперацію» (справа про захист права власності організацій споживчої кооперації) від 11.11.2004 № 16-рп/200. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-04.

17. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

18. Демянчук Ю.Г. Поняття та ознаки подвійного оподаткування. Держава і право. 2010. Вип. 47. С. 279–284.

19. Яковлєв І.П. Форми і методи публічного адміністрування у державній митній справі: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07. Одеса, 2016. 224 с.

В статье сформирован авторский подход касательно перечня принципов реализации государственной таможенной политики с учётом двух частей: 1) принципов, которые определяют специфику (особенности) таможенной политики в зависимости от направлений осуществления таможенной политики; 2) процедурные принципы, которые являются базовыми при осуществлении таможенной деятельности и не зависят от направлений таможенной политики. Предоставлено собственное понимание категории «принципы государственной таможенной политики». Отмечена необходимость внесения изменений в Таможенный кодекс Украины с целью закрепления принципов государственной таможенной политики.

Ключевые слова: государственная таможенная политика, принципы, таможенные интересы, таможенное дело, органы таможенного направления.

The author's approach to the list of principles of the implementation of the state customs policy is formed in the article, taking into account two parts: 1) the principles that determine the specificity (features of customs policy) depending on the directions of the implementation of the customs policy; 2) procedural principles which are basic in the implementation of customs activities and do not depend on the directions of customs policy. Self-actualization of the category of the principles of state customs policy is given. The necessity of amendments to the Customs Code of Ukraine was emphasized in order to consolidate the principles of state customs policy.

Key words: state customs policy, principles, customs interests, customs, customs authorities.

УДК 346:347

Олена Черненко,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ ВКЛАДНИКІВ БАНКІВ

У статті розглянуто проблемні питання щодо захисту інтересів вкладників банку та притягнення до відповідальності пов'язаних із банком осіб за порушення вимог законодавства, в тому числі нормативно-правових актів Національного банку України, здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, або доведення банку до неплатоспроможності.

Ключові слова: неплатоспроможність, банкрутство, вкладник, кредитор, відповідальність.

Постановка проблеми. Ефективне функціонування банківської системи є однією з необхідних умов розвитку економіки країни. Забезпечення стабільності банківської системи – це одне з першочергових завдань, яке необхідно вирішити на шляху інтеграції України до європейського економічного простору. Світова фінансова криза, несприятливі політичні та військові події, здійснення керівниками банку ризикових операцій, зниження інвестиційної активності негативно впливають на розвиток банківської системи України.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженню функціонування банківської системи присвячені праці таких вчених, як О. Вовчак, О. Кириченко, С. Міщенко, Р. Міллера. Питання неплатоспроможності (банкрутства) досліджувались такими вітчизняними вченими, як О. Бірюков, В. Джунь, Б. Поляков, П. Пригуза, В. Радзивілюк, Я. Рябцева, О. Степанов та ін. Проте питання, що пов'язані із захистом інтересів кредиторів, вкладників банків, ще є недостатньо опрацьованими.

Метою наукової статті є дослідження деяких проблемних питань, пов'язаних із захистом інтересів вкладників та кредиторів неплатоспроможних банків.

Виклад основного матеріалу. На стан банківської системи впливають численні фактори – зовнішні, внутрішні, економічні, адміністративні, викликаючи велику кількість серйозних проблем, що стоять на заваді підвищення конкурентоспроможності банківського сектору в Україні [1, с. 84].

До зовнішніх причин на сьогодні відносять:

1) призупинення темпів росту та нестабільність загальносвітової та внутрішньої економіки;

2) втрата довіри до банку, наприклад, від неправильного управління;

3) загальноекономічна ситуація, коли відбуваються масові паніки серед вкладників банківських установ;

4) рейдерські атаки, які цілеспрямовано направлені на знецінення активів банку, що в подальшому призводять до їх можливого продажу або ліквідації.

До внутрішніх причин відносять:

1) недотримання законодавства, особливо в частині про підтримання необхідного рівня всіх показників;

2) обман органів влади, який викликаний приховуванням інформації від контролюючих суб'єктів про справжній стан із платоспроможністю фінансової установи;

3) некомпетентне керівництво, що залежить від рівня корпоративної культури установи;

4) спекуляція;

5) недоліки внутрішньобанківської системи, яка безпосередньо залежить від проведеної політики всередині установи [2].

Банкрутство банку коштує суспільству дуже дорого і лягає тягарем на плечі платників податків. Нездатність банківської установи погасити свої зобов'язання призводить до збитковості клієнтів, вкладників, акціонерів і держави.

Із початку 2014 року Національний банк України визнав неплатоспроможними більш ніж 80 банків. У ліквідації українських банків є цілий спектр причин, починаючи з невиконання основних нормативів, закінчуючи непрозорою структурою власності [3].

Погіршення фінансового становища банків, що відбулося останнім часом, пов'язане, як правило, із чинниками суб'єктивного характеру, зокрема здійсненням банками ризикових операцій та приховуванням таких операцій від регулятора шляхом подання недостовірної звітності.

© О. Черненко, 2018

За таких обставин вкладники та інші кредитори банку опиняються в ситуації, коли їхні права порушуються. Більше того, ризикові операції в переважній більшості випадків проводяться опосередковано, а отже, відслідкувати схему шахрайства через розгалужене коло можливих її учасників заздалегідь не вбачається можливим. Проте не лише відслідкувати, а і довести умисел учасників подібних схем, спрямованих на доведення банку до неплатоспроможності, дуже непросто.

Із метою посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» від 02.03.2015 р. № 218-VIII було внесено зміни до низки законодавчих актів, у тому числі до Закону України «Про банки і банківську діяльність». Так, ч. 5 та ч. 6 статті 58 Закону було викладено в редакції: «*Пов'язана з банком особа за порушення вимог законодавства, в тому числі нормативно-правових актів Національного банку України, здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку, або доведення банку до неплатоспроможності несе цивільно-правову, адміністративну та кримінальну відповідальність.*

Пов'язана з банком особа, дії або бездіяльність якої призвели до завдання банку шкоди з її вини, несе відповідальність своїм майном. Якщо внаслідок дій або бездіяльності пов'язаної з банком особи банку завдано шкоди, а інша пов'язана з банком особа внаслідок таких дій або бездіяльності прямо або опосередковано отримала майнову вигоду, такі особи несуть солідарну відповідальність за завдану банку шкоду».

Слід зазначити, що відповідно до ст. 52 згаданого закону пов'язаними з банком особами є:

1) контролери банку;

2) особи, які мають істотну участь у банку, та особи, через яких ці особи здійснюють опосередковане володіння істотною участю в банку;

3) керівники банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів банку;

4) споріднені та афілійовані особи банку, в тому числі учасники банківської групи;

5) особи, які мають істотну участь у споріднених та афілійованих особах банку;

6) керівники юридичних осіб та керівники банків, які є спорідненими та афілійованими особами банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів цих осіб;

7) асоційовані особи фізичних осіб, зазначених у пунктах 1-6 цієї частини;

8) юридичні особи, в яких фізичні особи, зазначені в цій частині, є керівниками або власниками істотної участі;

9) будь-яка особа, через яку проводиться операція в інтересах осіб, зазначених у цій частині, та на яку здійснюють вплив під час проведення такої операції особи, зазначені в цій частині, через трудові, цивільні та інші відносини.

Необхідно звернути увагу на те, що питання відповідальності пов'язаної з банком особи регулює також і ч. 5 ст. 52 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», відповідно до якої Фонд або уповноважена особа Фонду в разі недостатності майна банку звертається до пов'язаної з банком особи, дії або бездіяльність якої призвели до заподіяння кредиторам та/або банку шкоди, та/або пов'язаної з банком особи, яка внаслідок таких дій або бездіяльності прямо чи опосередковано отримала майнову вигоду, з вимогою про відшкодування шкоди, заподіяної банку. Фонд або уповноважена особа Фонду також має право заявити вимоги до небанківської фінансової установи, якою від фізичних осіб залучені як позики або вклади кошти, що згідно із цим Законом прирівнюються до вкладів.

Важливими є внесення змін до КК України шляхом прийняття статті 218-1, яка передбачає, що *доведення банку до неплатоспроможності, тобто умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої заінтересованості або в інтересах третіх осіб вчинення пов'язаною з банком особою будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору, – карається обмеженням волі на строк від одного до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, із накладенням штрафу від п'яти тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.*

Отже, прийняття вищезгаданих норм мало сприяти ефективнішому захисту інтересів кредиторів банків, вкладників, але на практиці виникла проблема доведення складу правопорушення. Головною складністю для притягнення до відповідальності пов'язаної з банком особи (насамперед, керівників банків, контролерів, власників істотної участі в банку, під час прийняття ними рішень, що негативно впливатимуть на фінансовий стан, платоспроможність банку) є необхідність встановлення вини в завданні

збитків (неповернення депозитів у повному обсязі) та причинного зв`язку між діями (бездіяльністю) та негативними наслідками.

Прийняті зміни справді є революційним для України, але й до їх прийняття була передбачена в законодавстві відповідальність власників істотної участі та керівників банків за фіктивне банкрутство, доведення до банкрутства чи приховування неспроможності банку. Суд міг встановити вину відповідних осіб і за загальною статтею КК України – доведення до банкрутства. Аналогічно за рішенням суду на цих осіб могла бути покладена відповідальність за зобов'язаннями банку в разі визнання банку з їхньої вини неплатоспроможним. Попри це, приклади притягнення осіб до відповідальності за вищезазначені правопорушення українській практиці невідомі [4].

Отже, притягнення до відповідальності таких осіб залежить швидше від належної роботи слідчих органів та політичної волі, ніж від недоліків законодавства.

Необхідно звернути увагу на те, що і НБУ повинен вживати всіх заходів, щоб запобігти ймовірності банку стати проблемним або неплатоспроможним.

Відповідно до ст. 69 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банк зобов'язаний подавати Національному банку України фінансову й статистичну звітність щодо роботи банку, його операцій, ліквідності, платоспроможності, прибутковості, а також інформацію афілійованих осіб банку з метою оцінки фінансового стану банку.

Метою банківського нагляду є стабільність банківської системи й захист інтересів вкладників і кредиторів банку щодо безпеки зберігання коштів клієнтів на банківських рахунках (ст. 67 Закону України «Про банки і банківську діяльність»). Відповідно до статті 55 Закону України «Про Національний банк України» головна мета банківського регулювання й нагляду – безпека та фінансова стабільність банківської системи, захист інтересів вкладників і кредиторів. Національний банк здійснює функції банківського регулювання й нагляду на індивідуальній і консолідованій основі за діяльністю банків і банківських груп у межах і порядку, передбачених законодавством України.

Отже, від належного виконання функцій, покладених на НБУ та органи слідства, залежить захист прав та інтересів вкладників, кредиторів банків.

На перший погляд, ефективним способом захисту порушених прав споживачів фінансових послуг може стати внесення змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» шляхом закріплення такої норми: *«У разі доведення банку до неплатоспроможності пов'язана з банком особа несе солідарну відповідальність перед вкладниками, кредиторами банку, за виключенням випадків, коли зможе довести, що нею було вжито всіх можливих заходів щодо недопущення здійснення ризикових операцій, які загрожували інтересам вкладників чи інших кредиторів банку»*. Проте навіть прийняття запропонованої вище норми не гарантує бажаного результату.

На нашу думку, захистити права вкладників банку можливо шляхом укладання обов'язкового договору страхування ризику неповернення вкладу. При цьому необхідно укладати такий договір із фізичними особами, якщо сума вкладу становить більше 200 000,00 грн. (оскільки Фонд гарантування вкладів зможе повернути суму вкладу фізичній особі до 200 000,00 грн.), а з юридичними особами – за будь-якої суми вкладу. Встановлення на законодавчому рівні обов'язковості укладання для вкладників усіх банків договору страхування ризику неповернення вкладу надасть можливість зробити суму страхового платежу мінімальною.

Висновки.

Ураховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що норми законодавства, які спрямовані на посилення відповідальності пов'язаних із банком осіб, на жаль, не в повній мірі реалізуються на практиці, тому наразі необхідним є пошук інших шляхів для захисту інтересів вкладників банків, одним із яких є укладання обов'язкового договору страхування ризику неповернення вкладу.

Список використаних джерел:

1. Тьорло В.О., Іщенко Р.О. Проблеми функціонування комерційних банків України за сучасних умов та шляхи їх вирішення. URL: http://www.economy.in.ua/pdf/1_2015/22.pdf.

2. Меньшова А.Ю. Причини виникнення та шляхи запобігання банкрутства комерційного банку: монографія. Х.: ХДТУБА, 2008. 146 с.

3. Перевір свій банк: що вказує на швидкий крах банку в Україні. URL: https://biz.nv.ua/ukr/publications/perevir-svij-bank-shcho-vkazuje-na-shvidkij-krah-banku-v-ukrajini-176291.html.

4. Посилення відповідальності власників банків. URL: http://equity.law/images/publication/news_name/nikitin-top100-1.pdf.

В статье рассмотрены проблемные вопросы относительно защиты интересов вкладчиков банка и привлечения к ответственности связанных с банком лиц за нарушение требований законодательства, в том числе нормативно- правовых актов Национального банка Украины, осуществление рисковых операций, которые угрожают интересам вкладчиков или других кредиторов банка, или доведение банка до неплатежеспособности.

Ключевые слова: неплатежеспособность, банкротство, вкладчик, кредитор, ответственность.

In the article problem questions are considered in relation todefence of interests of depositors of bank and bringing in toresponsibility of the persons related to the bank for violation ofrequirements of legislation, including normatively- legal acts ofthe National bank of Ukraine, realizations of risk operations, that threaten to interests of depositors or other creditors ofbank, or leading to of bank, to solvency.

Key words: insolvency, bankruptcy, depositor, creditor, responsibility.

УДК 343.2

Марина Андріяшевська,
аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін та судових експертиз
Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

СУЧАСНИЙ ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД У СФЕРІ СОЦІАЛЬНОЇ РЕАБІЛІТАЦІЇ ДІТЕЙ – ЖЕРТВ КРИМІНАЛЬНИХ ЗЛОЧИНІВ

У рамках даної науково-правничої статті автор актуалізував, розглянув та оцінив наявний практичний досвід низки держав у сфері соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів.

Ключові слова: діти, кримінальні злочини, діти – жертви кримінальних злочинів, соціальна реабілітація дітей – жертв кримінальних злочинів.

Постановка проблеми. Як відомо, сучасні суспільні потреби, вимоги, інтереси та цінності у сфері кримінально-правових відносин давно набули розширеного, системно-комплексного характеру. Вони пов'язані, таким чином, не лише із забезпеченням невідворотного, законного та справедливого юридичного засудження та покарання правопорушника, а й із необхідністю комплексної, багатопрофільної державної та громадської уваги власне до стану жертв кримінальних злочинів. У цьому сенсі йдеться саме про низку проблем, пов'язаних із комплексною, практичною соціальною реабілітацією жертв кримінальних злочинів.

Надзвичайно важливе, особливе значення вищесказане має стосовно саме такої окремої соціально, фізично та психологічно вразливої категорії жертв кримінальних злочинів, як діти/підлітки/неповнолітні особи. Як зазначають сучасні вчені, забезпечення прав і свобод дитини є тим критерієм, за яким оцінюється рівень гуманістичного розвитку будь-якої держави і суспільства загалом [10, с. 5].

Саме тому сучасне, прогресивне, стратегічне громадсько-державне реагування на вчинення протиправних діянь по відношенню до дітей має обов'язково включати докладання усіх можливих, ефективних зусиль, спрямованих на подолання всього комплексу наслідків потенційної та фактичної віктимізації вказаної категорії жертв кримінальних злочинів.

Аналіз публікацій. У працях вітчизняних учених А. О. Джужи, О. М. Джужи, Є. С. Назимка, В. О. Тулякова, В. І. Шакуна висвітлюються основні питання стану злочинності стосовно неповнолітніх, а також засобів запобігання їй. Однак положення сучасного зарубіжного законодавства у сфері соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів залишаються малодослідженими.

Мета статті – проаналізувати основні риси сучасного зарубіжного законодавства у сфері соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів.

Виклад основного матеріалу. Відомо, що досвід та наслідки перебування в якості жертви кримінального злочину накладає на дитину глибоку та подекуди, на жаль, невиліковну протягом усього її подальшого життя соціальну, психологічну, розумову та іноді й суто фізично-тілесну травму. Дитина, будучи найбільшою соціальною цінністю будь-якого суспільства, ставши одного разу жертвою досить тяжкого, жахливого кримінального злочину, може зазнати певної, подекуди й досить суттєвої та незворотної десоціалізації (соціальної дезінтеграції), психологічної (психічної) фрустрації та, безумовно, власної криміналізації.

Комплексна ж соціальна реабілітація дітей – жертв кримінальних злочинів, тобто власне соціальна реінтеграція таких дітей, передбачає, наприклад: а) проходження ними відповідних курсів комплексного медичного, зокрема і психологічного та/або психіатричного, лікування; б) повторне набуття ними, тобто дітьми, комплексу навичок із повноцінного життя, навчання в людських колективах; в) соціально-психологічне визволення дітей – жертв кримінальних злочинів від отриманого ними досвіду перебування в якості постраждалої особи; г) сприяння подоланню ними страхів перед безпечним суспільним оточенням, безпечними дорослими особами та ровесниками; ґ) засвоєння дітьми – жертвами кримінальних злочинів основ поведінки, яка надалі вберігатиме їх від повторної віктимізації; д) забезпечення

© М. Андріяшевська, 2018

певного місця дітей – жертв кримінальних злочинів у соціумі, зокрема, наприклад, через їх законне працевлаштування, навчання; е) інші необхідні, важливі заходи із соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів.

Попри те, що здійснення відповідних заходів із соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів є багатолітнім досвідом у багатьох державах світу, незалежно від їхнього географічного розташування, належності до тієї чи іншої правової сім'ї, рівня соціально-економічного розвитку та інших важливих чинників, перманентне та ґрунтовне наукове осягнення відповідної, саме зарубіжної соціальної практики й досі видається актуальним та необхідним.

Комплексне дослідження саме зарубіжного досвіду у сфері соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів може суттєво збагатити, розвинути сучасну українську юридичну практику.

Слушним, на наш погляд, видається твердження про те, що вжиття комплексу вищевказаних заходів із соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів – похідним від наступного фундаментального, універсального морально-ціннісного, етичного та суто практичного імперативу. Він передбачає першочерговість, обов'язковість та своєчасність надання усілякої багатосторонньої допомоги дітям як таким. Ці імперативні принципи у своєму суто кримінологічному вимірі імлементуються, у свою чергу, власне через перспективу та/або наявний факт скоєння того чи іншого кримінального злочину проти дитини [10, с. 138-149].

Даний загальний імператив суворо та чітко нормативізовано в рамках низки джерел сучасного міжнародного права, зокрема, безумовно, і відповідних міжнародно-правових положень щодо основоположних прав і свобод людини, а отже й дитини.

Так, наприклад, згідно з Принципом 8 Декларації прав дитини, дитина за будь-яких обставин має бути серед тих, яка першою отримує захист і допомогу [2]. Власне, в цьому разі йдеться і про обов'язковість, імперативність надання відповідної соціально-реабілітаційної допомоги і дітям – жертвам кримінальних злочинів.

Принцип 2 даної Декларації, у свою чергу, більш конкретно проголошує, що дитині законом та іншими засобами має бути забезпечений спеціальний захист і надані можливості та сприятливі умови, що дадуть їй змогу розвиватися фізично, розумово, морально, духовно та соціально, здоровим і нормальним шляхом, в умовах свободи та гідності. Коли ухвалюються відповідні закони, основною метою має бути найкраще забезпечення інтересів дитини [2].

Таким чином, зазначені можливості та умови імплементуються, забезпечуються і в рамках тих чи інших державних та/або громадських програм/заходів/ініціатив/дій із соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів.

Однак як, власне, можна визначити реабілітацію як таку та соціальну реабілітацію зокрема? Сучасний російський науковець-правник О. Б. Бєлих зазначав: «Першочергово в розумінні реабілітації панував медичний підхід. Акцент робився на психосоматичних якостях людини, відновлення яких було достатнім для досягнення нею соціального благополуччя. Однак надалі відбувається перехід від суто медичної до соціальної моделі, в рамках якої реабілітація як відновлення не лише працездатності, а й усіх соціальних здатностей індивіда» (в даному випадку дитини – жертви того чи іншого кримінального злочину. – *Прим. авт.*) [1, с. 165].

Загалом же слід, насамперед, сказати також і про те, що нормативно-правова неприпустимість вчинення кримінальних злочинів по відношенню до дітей випливає зі змісту основоположних прав і свобод людини, а отже й дитини.

Ці права дитини викладено та належно нормативізовано, наприклад, у правових положеннях ст. 3, 4 та 5 Загальної декларації прав людини, в яких гарантовано такі людські (і, таким чином, дитячі) права, як право на життя, свободу, особисту недоторканність, свободу від перебування у рабстві або у підневільному стані, свободу від тортур або жорстокого, нелюдського, або такого, що принижує гідність, поводження і покарання [4].

Усі вищезазначені універсальні права будь-якої людської особи, зокрема і дитини, нормативно забезпечено також і в положеннях ст. 2, 3, 4, 5, 9, 10 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція про права людини і основоположні свободи) [5], а також ст. 6, 7, 8, 9, 18 та 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [7].

Це, таким чином, означає, що діти можуть стати жертвами таких кримінальних злочинів, як вбивство, нанесення тяжких, середньої тяжкості та інших тілесних ушкоджень, незаконне вилучення та продаж їхніх внутрішніх органів, викрадення, работоргівля, незаконне переміщення та неповернення із-за кордону, незаконне усиновлення, трудова, рабська, зокрема і сексуальна та/або порнографічна, експлуатація, насильство, незаконне (насильницьке) вербування, фізичні та моральні знущання, приниження особистої

гідності, примушення до вчинення певних незаконних дій, особистісна дискримінація дитини на тій чи іншій підставі тощо.

Аналогічна кримінологічна спрямованість зазначених міжнародно-правових норм також обумовлена, на наш погляд, і положеннями, наприклад, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права. Так, згідно з ч. 3 ст. 10 даного Пакту, суворо заборонено: здійснювати економічну і соціальну експлуатацію дітей, застосувати їх у праці в галузі, шкідливій для їх моральності і здоров'я (в рамках, наприклад, порнографічної та/або іншої подібної неприпустимої, злочинної експлуатації) чи небезпечній для життя або такій, що може завдати шкоди їх нормальному розвитку [8].

Таким чином, небезпека, перспектива та/або факт вчинення по відношенню до дітей одного із вищеперерахованих кримінальних злочинів та наступний статус і стан таких дітей як постраждалих осіб логічно та незворотно відтворюють нормативно-правову та іншу обов'язковість імплементації державних та/або громадських програм/заходів/ініціатив/дій із соціальної реабілітації дітей, проти яких скоєно ці злочини.

Надзвичайно важливе системно-правове та універсальне морально-ціннісне значення має положення тієї самої ч. 3 ст. 10 даного Пакту, яка передбачає, що особливі заходи охорони і допомоги повинні вживатися щодо всіх дітей і підлітків, без будь-якої дискримінації за ознакою сімейного походження чи за іншою ознакою [8].

Таким чином, усі зазначені міжнародно-правові принципи, норми та орієнтири є та мають бути змістовно-імперативним базисом для сучасної національної політики та практики тих чи інших окремих держав у сфері соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів.

Загалом, відповідну соціально-реабілітаційну практику окремих держав можна та треба розглядати в контексті сутності, характерних рис та наслідків вчинення конкретних видів кримінальних злочинів проти дітей.

Так, наприклад, саме діти досить часто можуть ставати жертвами такого виду кримінального злочину, який іменується домашнім насильством. А. О. Джужа окреслює власне українську наявну соціальну практику з цього приводу: «На сьогоднішній день в Україні діють спеціальні кризові центри для допомоги потерпілим від домашнього насильства, а також центри медико-соціальної реабілітації. Працівники центрів надають інформаційну, психологічну, педагогічну, медичну, юридичну допомогу особам, які можуть стати або стали жертвами насильства в сім'ї; повідомляють службі дільничних інспекторів міліції чи кримінальній міліції у справах неповнолітніх про виявлені факти реальної загрози застосування насильства в сім'ї або про факти вчинення такого насильства. До того ж у цих закладах жертви знаходять тимчасовий притулок. У нашій державі почали активно впроваджуватися різні методи і методики соціальної роботи з жертвами сімейного насилля, зокрема, з особами, щодо яких вже було вчинено акт насильства в родині або має місце погроза його вчинення» [3, с. 22].

Однак вчена акцентує увагу на відповідному досить дієвому та корисному соціально-практичному досвіді інших держав, зокрема, наприклад, Швеції: «Однією з найбільш визначальних рис усієї системи організації соціального захисту населення в Швеції є те, що важливе місце в ній посідає вирішення кризових конфліктних ситуацій в житті людини. При цьому охоплюються всі сфери життєдіяльності людини (від виробничо-трудової активності до інтимних відносин), а також всі етапи людського життя (від *дитинства* (курсив мій. – *Авт.*) до глибокої старості). Ця система захисту особи забезпечується, з одного боку, спеціальними допоміжними установами, а з другого – підвищеною увагою до цієї проблеми представників державної влади країни» [3, с. 23].

Серед комплексу базових принципів, на основі яких має бути побудовано діяльність відповідних шведських установ (центрів, притулків тощо) та саму практику реабілітації жертв домашнього насильства, зокрема дітей, слід виділити створення у мешканців таких установ почуття безпеки. Йдеться, власне, про фактичне гарантування такої безпеки.

Так, А. О. Джужа згадує з цього приводу про Жіночий центр в м. Ґетеборг (Швеція): «Центр є відносно відокремленим, *напівзасекреченим* (курсив мій. – *Авт.*), тобто до нього відсутній вільний доступ сторонніх осіб. Про це заявляє Аннет Олефссон – керівник центру: «Це в першу чергу забезпечує підвищений рівень безпеки для жінки та її *дітей* (курсив мій. – *Авт.*) і є обов'язковою умовою нашої роботи». Передусім обмежується контакт з чоловіком/партнером (кривдником). Зустріч можлива лише після закінчення певного часу і тільки за межами Центру. Окрім усього вищезазначеного, така система охорони захищає інших пацієнтів Центру від додаткових психологічних травм» [3, с. 24].

Власне, апробована тактика соціальної, зокрема психологічної, реабілітації жертв кримінальних злочинів, у тому числі дітей,

передбачає, окрім іншого, насамперед, широке сприяння комплексному психологічному відновленню мешканців таких центрів, включно із докладанням певних зусиль з боку самих жертв. Так, наприклад, можна звернутися до Програми реабілітації жертв насильства, започаткованій у Каліфорнії (США). «Ця програма та система заходів, за допомогою яких вона впроваджується, є своєрідним зразком створення та роботи всіх Центрів допомоги жертвам домашнього насильства як у Каліфорнії, так і в інших штатах. Програма побудована на *груповому обговоренні* (курсив сій. – *Авт.*) проблем насильства» [3, с. 25].

США, насправді, можуть похвалитися своїми досягненнями у сфері соціальної реабілітації дітей, які стали жертвами домашнього насильства. Так, С. О. Кубіцький зазначає: «Велике значення для розвитку служб захисту дітей в США мала робота педіатра Генрі Кемпа, стривоженого кількістю постраждалих дітей через так званий «синдром битої дитини». З його участю був проведений спеціальний симпозіум. Опублікований Дитячим Бюро США проект закону послужив зразком для керівництва штатів, які почали приймати відповідні закони для соціальних працівників. У 1974 р. в США прийнято загальнонаціональний Закон про запобігання поганому поводженню з дітьми і ліквідації його наслідків. Відповідно до нього був створений Національний Центр з проблем жорстокого поводження з дітьми і проблем запущених дітей. В даний час цей Центр несе відповідальність за координацію служб захисту дітей, забезпечує практичну допомогу штатам і фінансує деякі дослідницькі проекти» [6, с. 53].

Надзвичайно великим практичним досвідом у сфері соціальної реабілітації жертв насильства, причому незалежно від їхнього віку, володіє також Канада. Так, А.О. Джужа зазначає: «Починаючи з 70-тих років у Канаді створюються та продовжують активно функціонувати притулки, так звані «безпечні будинки», для постраждалих від насильства в цілому та домашнього насильства зокрема. У 1980 р. кількість таких будинків становила вже більше 70 по усій Канаді, а до 1990 р. їх кількість зросла до 400. Вони розташовані як у міській, так і в сільській місцевості. На сьогодні їх кількість збільшилася приблизно у три рази. Жінкам і *дітям* (курсив мій. – *Авт.*) в притулках надаються такі послуги: – терапевтичне консультування; – індивідуальне та групове консультування; – 24-годинна кризова телефонна лінія; – допомога в зверненнях до юристів і в інші організації» [3, с. 27].

Окрім Швеції, серед інших європейських країн, у Німеччині також приділяється значна увага проблематиці соціальної реабілітації дітей – жертв кримінальних злочинів. Так, С. О. Кубіцький зазначає: «Дитячі центри захисту (тобто саме в Німеччині. – *Прим. авт.*) – це специфічні служби допомоги для сімей із проблемами насильства (фізичні, психічні, сексуальні й т. ін.). Допомога центрів захисту поєднується за назвою «Сучасна робота з захисту дітей». Центри працюють як команда, що складається з 5-ти співробітників: соціальних працівників, психологів, педагогів, соціологів. У своїй концепції співробітники центру виходять із того, що необхідно знати причини виникнення насильства, для того щоб надати дієву допомогу. Розуміння всієї сукупності проблем насильства вимагає розглядати насильство над дітьми не тільки як прояв і вираження сімейних конфліктів, але і як вплив соціальних процесів на стосунки в сім'ї. Комплекс психологічних причин (переживання насильства з боку батьків у дитинстві, недовіра стосовно інших людей, низька самооцінка, безконфліктність, зміна ролей, конфлікти в партнерстві, «важка дитина» і т. ін.) і соціальних причин (соціальна ізоляція родини, важкі життєві умови, авторитарні традиції у вихованні, формування насильства в суспільних відносинах) насильства над дітьми в сім'ї називають «синдромом знущання» [6, с. 130].

Щодо конкретних дій, спрямованих на сприяння соціальній реабілітації дітей, які стали жертвами домашнього насильства, в таких німецьких центрах варто сказати таке: «Різноманітна допомога в центрах захисту дітей розглядається як комплексна і взаємозалежна допомога: консультації по телефону, втручання в кризові ситуації, порадотерапія для сім'ї і дітей, відвідування вдома, батьківські групи, соціальні служби (практична допомога), конференції працівників служб допомоги, співробітництво з іншими установами, співробітництво з добровільними помічниками, сімейні вечори, сімейні зустрічі із соціальними педагогами, наради і спецзустрічі з колегами інших організацій по проблемі насильства, підвищення кваліфікації соціальних працівників по проблемі «Насильство в сім'ї», широка суспільно-просвітительська робота з цієї проблеми» [6, с. 130131].

Висновки.

Таким чином, виходячи з усього вищевикладеного, ми доходимо таких загальних висновків. Норми сучасного міжнародного права відтворюють універсальний морально-ціннісний, етичний та практичний ім-

ператив, який передбачає першочерговість, обов'язковість та своєчасність надання усілякої багатосторонньої допомоги дітям як таким. На основі даного імперативу, в рамках його кримінологічного виміру, і має здійснюватися комплексна соціальна реабілітація дітей – жертв злочинів. Власне соціальна реабілітація дітей-жертв злочинів у зарубіжних країнах здійснюється через перебування таких дітей у відповідних, спеціалізованих установах (центрах, притулках).

Список використаних джерел:

1. Белых О. Б. Структурный анализ социальной реабилитации несовершеннолетних. Вестник Челябинского государственного университета. Серия «Философия. Социология. Культурология». 2008. № 14 (115). Вып. 7.

2. Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

3. Джужа А.О. Зарубіжний досвід функціонування центрів реабілітації жертв домашнього насильства. Вісник Кримінологічної асоціації України. 2016. № 1 (12).

4. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

6. Кубіцький С.О. Технології соціально-педагогічної роботи в зарубіжних країнах: навч. посіб. 3-те вид. доп. і перероб. К.: Міленіум, 2015. 300 с.

7. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

8. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

9. Назимко Є. С., Лосич С. В., Пономарьова Т. І., Пилипенко Д. О. Безумовне звільнення неповнолітніх від покарання та його відбування у кримінальному праві України : монографія. Харків : НікаНова, 2017. 188 с.

10. Назимко Є. С. Інститут покарання неповнолітніх у кримінальному праві України : монографія. Київ : ВД «Дакор», 2018. 336 с.

В рамках данной научно-правовой статьи автор актуализировал, рассмотрел и оценил имеющийся практический опыт ряда государств в сфере социальной реабилитации детей – жертв уголовных преступлений.

Ключевые слова: дети, уголовные преступления, дети – жертвы уголовных преступлений, социальная реабилитация детей – жертв уголовных преступлений.

Within the given law study the author actualized, considered, and appreciated the present practical experience of a range of national states in the field of social rehabilitation of children as a victims of criminal offences.

Key words: children, criminal offences, children as a victims of criminal offences, social rehabilitation of children as a victims of criminal offences.

УДК 344.13

Микола Карпенко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права,
кримінології, цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»

ОСОБЛИВОСТІ СУБ'ЄКТІВ ВІЙСЬКОВИХ ЗЛОЧИНІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ СВІТУ

У статті аналізуються окремі положення КК більше 20-ти держав світу стосовно військовослужбовців як суб'єктів військових злочинів. Констатується той факт, що, крім військовослужбовців, зазначаються й інші особи. Разом із тим для визначення їхнього статусу як військовослужбовців необхідно враховувати також норми військового законодавства.

Ключові слова: військові злочини, суб'єкти військових злочинів, порівняльно-правовий аналіз, кримінальне законодавство інших держав, військове законодавство, військове право.

Постановка проблеми. Порівняльно-правовий аналіз окремих положень кримінального законодавства провідних держав світу виявив різний підхід їхніх законодавців до визначення статусу військовослужбовців та інших осіб як суб'єктів військових злочинів. Тому є потреба додаткового осмислення їх змісту і висвітлення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питань щодо порівняльно-правової характеристики суб'єктів військових злочинів за кримінальним законодавством України й інших держав світу приділялося замало уваги. Тому є необхідність усунути цю прогалину з метою запозичення позитивного досліду зарубіжних законодавців.

Метою статті є подальший аналіз і розкриття особливостей, які характеризують окремі аспекти, що стосуються статусу суб'єктів військових злочинів, та їх представлення для обговорення широкому загалу фахівців у цій царині законодавства.

Виклад основного матеріалу. Аналіз КК (військово-кримінального законодавства) більше 20-ти держав світу свідчить про різний підхід законодавців до визначення переліку осіб, які перебувають на військовій службі чи можуть мати відношення до виконання військового обов'язку і які порушили кримінальний закон, зокрема вчинили військові злочини, що є підставою притягнення їх до кримінальної відповідальності.

Більшість КК, що проаналізовані, містять конкретні положення, які передбачають кримінальну відповідальність військовослужбовців, військовозобов'язаних, резервістів, інших осіб, визначених законом, за вчинення військових злочинів, злочинів проти військової служби, злочинів проти порядку (несення) військової служби, злочинів військовослужбовців проти службового обов'язку, військових кримінальних правопорушень, винних діянь проти військової служби, злочинних діянь на військовій службі, злочинів військовослужбовців. У цьому різноманітті назв системи військових злочинів (назв відповідних розділів Особливої частини КК) головним є причетність відповідної особи до військової служби, перебування її на військовій службі, виконання обов'язків із військової служби чи співучасть (організатором, підбурювачем, пособником) у скоєнні зазначених злочинів.

Так, ч. 1 ст. 327 КК *Азербайджанської Республіки* передбачає, що суб'єктами військових злочинів є військовослужбовці, які проходять військову службу за призовом або за контрактом у Збройних Силах Азербайджанської Республіки, інших військах і військових формуваннях Азербайджанської Республіки, інші особи, які мають на законних підставах статус військовослужбовців, а також військовозобов'язаних, залучених на навчальні чи перевірні збори. Ч. 2 цієї статті передбачає положення, що співучасть осіб, не згаданих у цій статті, у злочинах проти військової служби тягне відповідальність за відповідними статтями цієї глави [1].

Ч. 1 примітки до глави 37 КК *Республіки Білорусь* містить положення про те, що військові злочини проти встановленого порядку несення військової служби можуть бути вчинені військовослужбовцями, які проходять військову службу у Збройних Силах Респу-

© М. Карпенко, 2018

бліки Білорусь, інших військах і військових формуваннях Республіки Білорусь, а також військовозобов'язаними під час проходження зборів. А ч. 2 цієї примітки передбачає, що особи, які не згадані у частині першій цієї примітки, несуть відповідальність за співучасть у вчиненні військових злочинів як організатори, підбурювачі і пособники [2].

Згідно зі ст. 371 КК *Республіки Болгарії* за злочини, передбачені главою тринадцятою, несуть відповідальність військовослужбовці; особи рядового, сержантського і офіцерського складу підрозділів Міністерства внутрішніх справ; особи, які перебувають у запасі під час навчальних, перевірних і практичних зборів; не вказані у цій статті особи, які винні у співучасті у військових злочинах [3].

За ч. 5 ст. 356 КК *Республіки Вірменії* суб'єктами злочинів проти порядку військової служби, передбачених у главі 32, є особи, які проходять військову службу за призовом або за контрактом у Збройних Силах Республіки Вірменії, в інших військах Республіки Вірменії, а також військовозобов'язані під час проходження військових зборів [4].

Відповідно до ч. 1 ст. 382 КК *Грузії* за злочини проти військової служби передбачена кримінальна відповідальність військовослужбовців, які проходять військову службу за призовом або за контрактом у Збройних Силах Грузії, а також резервістів під час військових зборів [5].

Згідно з ч. 1 ст. 431 ПК *Естонської Республіки* за вчинення винного діяння (злочину і проступку. – М.К.), пов'язаного зі службою у Силах оборони, карається особа, яка проходить службу у Силах оборони. За ст. 2 цього Кодексу злочином є винне діяння, за вчинення якого як основне покарання для фізичної особи передбачено грошове стягнення або тюремне ув'язнення, а проступком є винне діяння, що передбачає основне покарання у виді штрафу, арешту або позбавлення права управляти транспортними засобами [6].

За вчинення військових кримінальних правопорушень – діянь, передбачених главою 18 КК *Республіки Казахстан*, що спрямовані проти встановленого порядку несення військової служби, несуть у разі їх вчинення військовослужбовці, які проходять військову службу за призовом або за контрактом у Збройних Силах Республіки Казахстан, інших військах і військових формуваннях Республіки Казахстан, а також громадяни, які перебувають у запасі, під час проходження ними зборів [7].

Відповідно до ч. 1, 2 ст. 354 КК *Киргизької Республіки* за вчинення військових злочинів несуть кримінальну відповідальність військовослужбовці, які проходять військову службу у Збройних Силах, військово-будівельних загонах (частинах), інших військах і військових формуваннях Киргизької Республіки, а також громадяни, які перебувають у запасі, під час проходження ними військових зборів. Крім того, за ст. 354–372 КК Киргизії несуть відповідальність військові будівельники, а також особовий склад воєнізованих формувань, служба в яких прирівнюється до військової [8].

За ст. 420, 450 КК *Китайської Народної Республіки* за злочини військовослужбовців проти службового обов'язку застосовується кримінальна відповідальність до офіцерів, кадрових працівників, рядових і осіб військових навчальних закладів, що навчаються, які перебувають на дійсній військовій службі у Народно-Визвольній Армії Китаю; до офіцерів, кадрових працівників, рядових і осіб, що навчаються у військових навчальних закладах, які перебувають на дійсній службі у військах Китайської народної озброєної міліції, а також до резервістів, що виконують військовий обов'язок, і до інших осіб [9].

Згідно зі ст. 331 КК *Латвійської Республіки* за вчинення злочинних діянь на військовій службі передбачена кримінальна відповідальність військовослужбовців, тобто осіб, які перебувають на дійсній військовій службі, і осіб рядового складу Національних збройних сил, а також осіб, які зобов'язані проходити обов'язкову військову службу, під час перебування їх на військових навчаннях і осіб, стосовно яких законами передбачені спеціальні положення [10].

Як випливає з ч. 1 ст. 330 і ст. 313–329 КК *Литовської республіки*, за вчинення злочинів і кримінальних проступків проти служби охорони краю передбачена кримінальна відповідальність воїнів, якими визнаються громадяни Литовської республіки, які проходять обов'язкову (рядову чи то в активному резерві), професіональну або добровільну військову службу [11].

За ч. 1 ст. 128 КК *Республіки Молдова* суб'єктом скоєння злочинів проти встановленого порядку несення військової служби є особи, які виконують військову службу за контрактом, строкову військову службу, скорочену військову службу або військову службу резервістів, призваних на військові збори або мобілізованих [12].

Як передбачає § 1 Військово-кримінального закону *Федеративної Республіки Німеччина*, зазначений Закон передбачає кримінальну відповідальність солдатів Бундесверу; військових начальників, які не є солдатами, у разі порушення їхніх обов'язків; колишніх солдатів, які вчинили військові злочини під час проходження військової

служби; інших осіб (підбурювачів, пособників, інших співучасників у разі «спроби» взяти участь у вчиненні цих військових злочинів). Крім того, § 4 (військові злочини проти союзних сил) вказаного Закону передбачено, що його положення застосовуються до солдат Бундесверу і в разі вчинення військових злочинів проти збройних сил союзної держави або одного з її членів [13].

Згідно з § 4 Військового кримінального кодексу *Норвегії* під військовослужбовцями розуміються:

«1. Військовий чиновник, який отримує встановлену заробітну плату з дня призначення до припинення виконання службових обов'язків.

2. Військовозобов'язаний командний склад, військові музиканти і рядові під час служби ... у тому числі, коли вони ув'язнені у військову тюрму.

3. Добровольці, які перебувають на службі у збройних силах, військові з дня вступу на посаду до припинення виконання службових обов'язків.

4. Цивільні військові особи на відповідних посадах, за винятком службовців на службі комплектування і військової юридичної служби» [14, с. 321-322].

У ст. 317 КК *Республіки Польща* сказано: «§ 1. Положення Загальної і Особливої частин цього Кодексу застосовуються до військовослужбовців, якщо Військова частина не містить положень, що їх змінює.

§ 2. Положення ст. 356–363 (злочини проти правил несення служби, злочини проти військового майна. – М.К.), а також у випадках вчинення злочину, передбаченого у цих статтях, загальні положення, що стосуються військовослужбовців, застосовуються відповідно також до співробітників армії.

§ 3. Положення Військової частини застосовуються відповідно також до інших осіб, якщо це встановлено законом» [15].

Як випливає з ч. 1 ст. 331 КК *Російської Федерації*, злочини проти встановленого порядку проходження військової служби вчиняються військовослужбовцями, які проходять військову службу за призовом або за контрактом, а також громадянами, які перебувають у запасі, під час проходження ними військових зборів, тому вони і передбачені законодавцем як суб'єкти цих злочинів [16].

ЄКВЮ *США* не містить визначення поняття суб'єкта військових злочинів, передбачених окремими статтями розділу X цього Кодексу. Тому у ст. 77 поняття суб'єкта цих злочинів визначено як «будь-яку особу, що може бути покарана згідно з цим розділом, яка: по-перше, вчиняє злочини, передбачені цим розділом або допомагає, підбурює, консультує, командує, забезпечує його вчинення; або, по-друге, особа, яка сприяє вчиненню діяння, якщо воно безпосередньо не вчиняється нею» (неофіційний переклад. – *М.К.*) [17].

Ч. 1, 2 ст. 366 КК *Республіки Таджикистан* визначають як суб'єктів злочинів проти військової служби військовослужбовців, які проходять військову службу за призовом або у добровільному порядку у Збройних Силах Республіки Таджикистан і інших військових формуваннях Республіки Таджикистан, громадян, які перебувають у запасі, під час проходження ними військових зборів, а також осіб, які наділені статусом військовослужбовця відповідно до чинного законодавства. Особи, які не згадані у цій статті, несуть відповідальність за відповідними статтями цього Кодексу (ст. 366–393. – *М.К.*) за співучасть у вчиненні злочинів проти військової служби в якості організаторів, підбурювачів і пособників [18].

Згідно з ч. 1 ст. 336 КК *Туркменістану* за вчинення військових злочинів проти встановленого порядку проходження військової служби передбачена відповідальність військовослужбовців, які проходять військову службу у Збройних Силах, прикордонних військах, внутрішніх військах Міністерства внутрішніх справ, військах і органах Міністерства національної безпеки, військах інших міністерств і відомств Туркменістану, в яких законом передбачена військова служба, а також громадян, які перебувають у запасі, під час проходження ними військових зборів [19].

Відповідно до розділу восьмого КК *Республіки Узбекистан* суб'єктами військових злочинів проти встановленого порядку несення військової служби є військовослужбовці, а також військовозобов'язані під час проходження ними зборів [20].

За ч. 1–3 ст. 401 КК *України* військові злочини проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби вчиняються військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів. Зокрема. за ст. 402–422, 425–435 КК несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом. Особи, не зазначені у цій статті, за співучасть у військових злочинах підлягають

відповідальності за відповідними статтями розділу XIX Особливої частини [21].

Цікавою і відмінною від попередніх положень проаналізованих КК зазначених держав щодо визначення статусу суб'єктів злочинів військовослужбовців є відповідні положення КК Швеції, у ст. 3, 4 якого зазначено таке:

«Стаття 3. Для цілей цієї Глави (21. – *М.К.*) всі ті, хто зобов'язаний служити у збройних силах, повинні розглядатися в якості військовослужбовців.

Під збройними силами варто також розуміти таких:

1. офіцерів поліції, які не підлягають службі у збройних силах, але зобов'язані брати участь у захисті Королівства;

2. вартових і осіб, які наглядають за територією, яка охороняється, що призначаються відповідно до Акта про Охорону Важливих Споруд;

3. всіх інших осіб, іншим чином прикріплених до з'єднань збройних сил, коли такі з'єднання знаходяться на полі битви або діють за подібних обставин, і

4. членів організованого руху опору.

Стаття 4. Положення цієї Глави, що стосуються військовослужбовців, повинні також застосовуватися до:

1. військовополонених;

2. учасників війни, інтернованих протягом війни, в якій Королівство є нейтральним, і

3. іноземців, які перебувають чи залишаються з військовополоненими або з інтернованими учасниками війни з метою здійснення медичної чи духовної турботи» [22, с. 172-173].

Висновки.

На нашу думку, суб'єкт військових злочинів за законодавством більшості держав, КК яких проаналізовані, поряд із кримінальним законодавством визначається й іншими законами, зокрема, у військовій сфері. Вважаємо, що для спрощення змісту ч. 2 ст. 401 КК України надалі доцільно відійти від переліку у ній військових формувань, в яких проходять військову службу військовослужбовці, обмежившись їхнім статусом *«військовослужбовці, а також інші особи, визначені законодавством»*.

Список використаних джерел:

1. Уголовный кодекс Азербайджанской Республики от 30.12.1999 № 787-IQ (с изменениями от 31.05.2016). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30420353.

2. Уголовный кодекс Республики Беларусь от 09.07.1999 г. № 275-З (с изменениями от 24.10.2014)/ URL: https://kodeksy-by.com/ugolovnyj-kodeks-rb/download.htm

3. Уголовный кодекс Республики Болгарии / науч. ред. канд. юрид. наук, проф. А.И. Лукашова; перевод с болгарского Д.В. Милушева, А.И. Лукашова, вступ. статья Й.И. Айдарова. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. 298 с.

4. Уголовный кодекс Республики Армении от 29.04.2003 ЗР-528 (с изменениями от 30.12.2008) / Сайт Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека Legislationline. URL: http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4260/file/Armenia_CC_am2008_ru.pdf..

5. Уголовный кодекс Грузии от 22.07.1999 № 2287-вс (с изменениями от 03.09.2015) / Сайт законодательного вестника Грузии. URL: https://matsne.gov.ge/ru/dokument/view/16426.

6. Пенитенциарный кодекс Эстонской Республики от 06.06.2001 (с изменениями от 01.11.2017). URL: http://www.legislationline.org/download/action/download/id/4707/file/Estonia_Penal Code_am2013_en.pdf.

7. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 03.07.2014 № 226-V-ЗРК (с изменениями и дополнениями по состоянию на 01.01.2018). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252. Заголовок з екрану.

8. Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 01.10.1997 № 68 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.03.2017). URL: http://online.adviser.kg/Document/?link_id=1000871624. Заголовок з екрану.

9. Уголовный кодекс Китайской Народной Республики / под ред. докт. юрид. наук, проф. А.И. Коробеева; пер. с китайского Д.В. Вичикова. СПб.: Издательство «Юридический центр Прес», 2001. 303 с.

10. Уголовный кодекс Латвийской Республики / науч. ред. и вступ. статья канд. юрид. наук А.И. Лукашова и канд. юрид. наук Э.А. Саркисовой; перевод с латышского канд. юрид. наук А.И. Лукашова. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. 313 с.

11. Уголовный кодекс Литовской республики / науч. ред. докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса; предисл. канд. юрид. наук, доц. Н.И. Мацнева; вступ. статья докт. юрид. наук, проф. В. Павилониса, докт. юрид. наук, доц. А. Абрамавичюса, докт. юрид. наук, доц. А. Дракшене; пер. с лит. канд. филол. наук, доц. В.П. Казанскене. СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 470 с.

12. Уголовный кодекс Республики Молдова от 18.04.2002 (с изменениями от 09.04.2015) / Сайт Міністерства юстиції Республіки Молдова. URL: http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=331268&lang=2.

13. Військово-кримінальний закон Федеративної Республіки Німеччини від 30.03.1957 (у редакції від 24.05.1974) / Wehrstrafgesetz. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/index.html]. Заголовок з екрану.

14. Уголовное законодательство Норвегии / науч. ред. и вступ. статья докт. юрид. наук, про-

фессора Ю.В. Голика; перевод с норвежского А.В. Жмени. СПб: «Юридический центр Пресс», 2003. 375 с.

15. Карний кодекс Республіки Польща / наук. ред. д. ю. н., проф. П.С. Берзіна; переклад з польської Г.В. Бормецької. Київ: ВАІТЕ, 2015. 172 с.

16. Уголовный кодекс Российской Федерации от 24.05.1996 (с изменениями от 16.07.2015) / Информационный портал. URL: http://ug-kodeks.ru/doc/ug-kodeks.doc. Заголовок з екрану.

17. Uniform Code of Military Justice, 1951. URL: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47;

1. MANUAL FOR COURTS-MARTIAL UNITED STATES (2000 EDITION) // The 2000 Edition of the MCM is a complete revision incorporating all Executive Orders (1984 MCM, Changes 1-7, and 1995, 1998, and 1999 Amendments). Copies of cach Executive Order can be found in Appendix 25, page IV-1 – IV-126.

18. Уголовный кодекс Республики Таджикистан от 21.05.1998 № 574 (с изменениями от 28.08.2017). URL: https://tj.spinform.ru.

19. Уголовный кодекс Туркменистана в редакции от 10.05.2010 № 104-IV (с изменениями и дополнениями, внесенными по состоянию на 01.11.2017) / Сайт Министерства адалат Туркменистана. URL: http://minijust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8091. - Заголовок з екрану.

20. Уголовный кодекс Республики Узбекистан 1994 г. (с изменениями от 20.08.2015) / Национальная база данных законодательства Республики Узбекистан Центра правовой информатизации при Министерстве юстиции Республики Узбекистан. URL: http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=111457. Заголовок з екрану.

21. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25-26. Ст. 131.

22. Уголовный кодекс Швеции / научные редакторы проф. Н.Ф. Кузнецова и канд. юрид. наук С.С. Беляев; перевод на русский язык С.С. Беляева. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. 320 с.

В статье анализируются отдельные положения УК более 20-ти государств мира относительно военнослужащих как субъектов воинских преступлений. Констатируется тот факт, что, кроме военнослужащих, указываются и иные лица. Вместе с тем для определения их статуса в качестве военнослужащего необходимо учитывать также нормы военного законодательства.

Ключевые слова: воинские преступления, субъекты воинских преступлений, сравнительно-правовой анализ, уголовное законодательство иных государств, военное законодательство, военное право.

The article analyzes certain provisions of the Criminal Code of more than 20 countries of the world in relation to servicemen as subjects of war crimes. It is noted that besides the military men, other persons are also mentioned. At the same time, in order to determine their status as a serviceman, it is necessary to take into account also the norms of military legislation.

Key words: war crimes, subjects of war crimes, comparative legal analysis, criminal law of other states, military law, military law.

УДК 343.01

Роман Ніколенко,
аспірант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТ. 365-2 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ

Зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання та застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Це дає змогу застосувати діяльнісний підхід для законодавчої конструкції ст. 365-2 Кримінального кодексу України зі спростуванням надмірної диференціації відповідальності.

Ключові слова: кримінальна політика, корупційні правопорушення, публічні послуги, декриміналізація, склад злочину, диференціація відповідальності.

Постановка проблеми. Нині в нашій державі відбуваються складні реформаційні процеси, поряд із якими питання вдосконалення й ефективності кримінального законодавства набуває особливого значення. З огляду на це та на численність вчинення злочинів у службовій і професійній діяльності, пов'язаній із наданням публічних послуг, а також беручи до уваги велику кількість змін і доповнень, що вносилися до Кримінального кодексу України (далі – КК України) останнім часом, особливо до розділу XVII, актуальним є дослідження такого складу злочину, як зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги.

Метою статті є аналіз питань кримінальної відповідальності за ст. 365-2 Кримінального кодексу України.

Виклад основного матеріалу. Кримінально-правова відповідальність за зловживання професійною діяльністю, що пов'язана з наданням публічних послуг, є відносно новою формою реалізації кримінально-правової політики України щодо протидії корупційним деліктам. У цьому сенсі під нею розуміється система стратегічних і тактичних заходів, що забезпечують належне розроблення, своєчасне запровадження та ефективну реалізацію норм кримінального права, спрямованих на охорону суспільних відносин від небезпечних посягань, які здійснюються у сфері професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (ст. ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 КК України).

Зловживання професійною діяльністю суб'єктів, які не є службовими особами, є «додатковою» нормою в переліку діянь, пов'язаних із корупційними відносинами. Саме зловживання під час надання професійних публічних послуг є конститутивним елементом цієї норми. Проте відомо, що в основу криміналізації вказаних діянь було покладено саме суб'єктний склад злочину. Цікаво, що при цьому законодавець змінював обсяг криміналізації, виходячи не з характеристик діяльності, а з характеристик соціального статусу окремих суб'єктів – виконавців окремих професійних функцій.

Так, ч. 2 ст. 358 КК України сформульовано таким чином: «Складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача приватним підприємцем, аудитором, експертом, оцінювачем, адвокатом, нотаріусом, державним реєстратором, суб'єктом державної реєстрації прав, особою, яка уповноважена на виконання функцій держави щодо реєстрації юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, державним виконавцем, приватним виконавцем або іншою особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг, завідомо підроблених офіційних документів <...>» [1].

Як бачимо, функція складання та видачі завідомо підроблених документів розподілена серед групи осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних чи адміністративних послуг [2]. Причому перелік спеціальних суб'єктів складають такі особи:

– працівники, які не є службовими особами;
– приватні підприємці;
– аудитори;
– експерти;

© Р. Ніколенко, 2018

– оцінювачі;
– адвокати;
– нотаріуси;
– державні реєстратори;
– суб'єкти державної реєстрації прав;
– особа, яка уповноважена на виконання функцій реєстрації;
– державні виконавці;
– приватні виконавці;
– інші особи, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних та адміністративних послуг.

Вочевидь, останнє положення поглинає всі види діяльності, тому в завершеному вигляді частина диспозиції ч. 2 ст. 358 КК України могла би мати такий вигляд: «Складання чи видача працівником юридичної особи незалежно від форми власності, який не є службовою особою, складання чи видача особою, яка здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних та адміністративних послуг <...>».

Не менш цікавим є питання диференціації відповідальності між окремими спеціальними суб'єктами в ч. 1 ст. 365-2 КК України.

Закон встановлює, що кримінальній відповідальності за зловживання повноваженнями підлягають аудитор, нотаріус, оцінювач, уповноважена особа або службова особа Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, проте здійснює професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій), або державний реєстратор, суб'єкт державної реєстрації прав, державний виконавець, приватний виконавець із метою отримання неправомірної вигоди. Як бачимо, з переліку суб'єктів у диспозиції ст. 365-2 КК України було вилучено приватних підприємців, адвокатів, проте додано уповноважених осіб або службових осіб Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, членів трудового арбітражу, третейських суддів та інших осіб.

Що ми бачимо, розглядаючи питання диференціації відповідальності в ст. 368-4? Інший перелік осіб. Так, диспозиція ч. 1 ст. 368-4 КК України встановлює, що особами, відповідальними за отримання неправомірної вигоди особою, яка надає публічні послуги, є аудитор, нотаріус, оцінювач, інша особа, яка не є державним службовцем, посадовою особою місцевого самоврядування, проте провадить професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, у тому числі послуг експерта, арбітражного керуючого, приватного виконавця, незалежного посередника, члена трудового арбітражу, третейського судді (під час виконання цих функцій). Тобто кількість суб'єктів, які професійно надають публічні послуги, було звужено.

Варто з'ясувати, як і яким чином регуляція схожих соціальних відносин здійснюється окремо для різних соціальних груп та суб'єктів, а також що є основою диференціації відповідальності та відокремлення певних суб'єктів для відображення останніх у відповідній нормі. Зрозуміло, що ефективність правореалізації залежить частково від чіткості законодавчої техніки [3], проте очевидно, що її правила в цьому разі було порушено. Доцільність перелічення в статті Особливої частини КК України всіх категорій осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг, є мінімальною. У цьому разі саме звернення юридичної громадськості до продовження обговорення питань визнання поняття та змісту публічних послуг як нормоутворюючого елемента диспозицій ст. ст. 365-2, 368-4, ч. 2 ст. 358 Кримінального кодексу України є актуальним, оскільки ліквідує правову невизначеність та відповідає загальноправовим принципам законності й рівності як підґрунтю сучасної нормотворчості.

Загальновизнано, що кримінально-правова протидія зловживанню правом у сфері надання публічних послуг вважається відносно невирішеною проблемою у світовому правовому просторі. Серед двох типових шляхів її вирішення маємо назвати притягнення до відповідальності за службові зловживання та формування спеціальної заборони зловживання правом осіб, які здійснюють професійну діяльність, пов'язану з наданням публічних послуг.

Досвід зарубіжних держав у сфері регулювання відповідальності за посадові злочини та злочини у сфері надання публічних послуг є досить різноманітним, часто суперечливим і мінливим, проте повчальним. Для кваліфікації цих злочинів першочергове значення має поняття особи, яка надає публічні послуги, та посадової особи. Тобто в кримінальних кодексах одних країн передбачено загальний вид зловживання повноваженнями, у кримінальних законах інших держав – тільки низка спеціальних видів зловживання. Ці зловживання впливають на економіку й політику, право та ідеологію не лише малорозвинених держав, а й світових лідерів. Нині і практики, і вчені згодні з думкою про те, що абсолютне викорінення зловживань у цій сфері, як і в службовій, напевно, неможливе. Наразі головним завданням є локалі-

зація цих протиправних явищ, зменшення їх обсягу та сфер існування.

Говорячи про недоліки диференціації відповідальності за ст. 365-2 КК України, варто навести певні зауваження.

По-перше, фахівці зазначають, що кількість адміністративних послуг, узгоджених у реєстрі державних послуг, не відповідає повній кількості послуг, які надаються, а отже, потребує коригування й уточнення. Тому необхідне вдосконалення інструментарію інформаційного забезпечення системи надання адміністративних послуг на основі реалізації таких заходів:

– підтримки забезпечення комплексної інформатизації Центрів надання адміністративних послуг у процесі побудови єдиного інформаційного простору;

– надання консультативної допомоги населенню в процесі отримання доступу до Єдиного державного порталу адміністративних послуг із метою скорочення інформаційної надлишковості та використання єдиних правил відкритих стандартів обміну та форматів даних;

– забезпечення належного рівня координації, доступу до інформації та взаємодії між учасниками процесу реформування системи надання адміністративних послуг;

– проведення системних тренінгів із забезпечення інформаційної грамотності населення, створення умов вільного доступу громадян до інформаційної інфраструктури;

– упровадження стимуляційних заходів генерування інформаційних ресурсів сприяння демократичним перетворенням із передбаченням надання номенклатури електронних адміністративних послуг населенню сільської місцевості;

– підтримки забезпечення громадської дискусії щодо реалізації партнерських відносин між населенням і владою в процесі побудови інформаційного суспільства [4].

По-друге, зміна суб'єктного складу не буде, вочевидь, іти на користь правозастосуванню.

По-третє, диспозицію виписано із суттєвим порушенням правил законодавчої техніки, використанням синонімічних термінів всупереч традиційним, оцінних понять.

По-четверте, порушено правила формування санкції норми, яка вводить окремий новий вид відповідальності у вигляді позбавлення права займати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до 10 років. Тим самим основні засади призначення покарання, які передбачено в ст. 65 КК України, було порушено, оскільки за умов призначення покарання, керуючись положеннями Загальної частини КК України, суд повинен користуватися положеннями ст. 55 КК України, яка встановлює, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від 2 до 5 років або як додаткове покарання на строк від 1 до 3 років. Позбавлення права обіймати певні посади як додаткове покарання в справах, передбачених Законом України «Про очищення влади», призначається на строк 5 років [1].

Як бачимо, первісний погляд на цю норму свідчить про суттєві порушення правил законодавчої техніки. Саме це унеможливлює адекватне застосування наведеної норми. Найбільш прийнятним варіантом у такому разі, на нашу думку, є прийняття адміністративного законодавства, яке загалом буде регулювати спектр відносин, пов'язаних із наданням адміністративних і публічних послуг, обов'язкове створення правових умов для визначення Єдиного реєстру обов'язкових електронних адміністративних послуг [4, с. 197], а також формулювання відповідної норми на основі цього масиву законодавства та практики його застосування органами управління [5].

Зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання й застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Отже, можна визначити зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, як діяльність, яка, по-перше, відбувається лише через здійснення (реалізацію) суб'єктами їхніх юридичних прав; по-друге, завжди є умисною поведінкою; по-третє, заподіює непропорційну шкоду правовим відносинам і їхнім учасникам.

Обов'язковою ознакою публічних послуг є те, що вони безпосередньо зумовлюють юридичні наслідки. Тому ми згодні з тим, що понятійно-категорійний апарат, що стосується характеристик диверсифікації суб'єктного складу зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги, має бути уточнено. Суб'єктами цього злочину доцільно визнавати лише осіб, які безпосередньо надають публічні послуги, як це визначено в назві ст. 365-2 КК України, а не «пов'язаних із наданням таких послуг», про що йдеться в ч. 1 цієї норми.

Вочевидь, зміни змісту цієї правової норми було спрямовано на посилення боротьби з корупцією та корупційними відносинами в державі. Водночас кримінально-політичні передумови протидії корупційним відносинам у державі й досить непослідовній історії змін цієї кримінально-правової норми приводять до можливості формулювання

робочої версії кримінально-правової норми, що досліджується. Вважаємо, що вона може бути сформульована таким чином:

«Зловживання своїми повноваженнями особою, яка здійснює професійне надання публічних послуг, з метою отримання неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи, якщо це завдало істотної шкоди охоронюваним законом правам або інтересам окремих громадян, інтересам юридичних осіб, громадським чи державним інтересам, – карається обмеженням волі на строк до 3 років із позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до 3 років».

Вочевидь, певні зміни має бути зроблено в ст. 368-4 КК України стосовно спрощення диспозиції до концепції отримання неправомірної вигоди особами, які здійснюють професійне надання публічних послуг.

Висновки.

Таким чином, зловживання правом під час надання публічних послуг може мати місце як у процесі використання юридичних норм, так і впродовж їх виконання, дотримання й застосування, що має значення для кримінально-правової оцінки діяння. Це дає змогу застосувати діяльнісний підхід для законодавчої конструкції ст. 365-2 Кримінального кодексу України зі спростуванням надмірної диференціації відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.

2. Небрат О.О. Деякі аспекти надання адміністративних послуг в Україні. Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. 2014. № 1. С. 130–139.

3. Балобанова Д.О. Законодавча воля та законодавча техніка у кримінальному праві Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 20 травня 2016 р.): у 2 т. / відп. ред. М.В. Афанасьєва. Одеса: Юридична література, 2016. Т. 2. С. 180–182.

4. Негрич О.М. Формування механізмів розвитку системи надання адміністративних послуг в Україні: дис. ... канд. держ. упр.: 25.00.02; Міжрегіональна Академія управління персоналом. Київ, 2018. 235 с.

5. Шемякін О.В. Відповідальність за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги. Наше право: спеціалізоване видання. 2012. № 3. Ч. 3. С. 83.

Злоупотребление правом во время предоставления публичных услуг может иметь место как в процессе использования юридических норм, так и в течение их выполнения, соблюдения и применения, что имеет значение для уголовно-правовой оценки деяния. Это позволяет применить деятельностный подход законодательной конструкции ст. 365-2 Уголовного кодекса Украины с опровержением чрезмерной дифференциации ответственности.

Ключевые слова: уголовная политика, коррупционные правонарушения, публичные услуги, декриминализация, состав преступления, дифференциация ответственности.

Abuse of power during the provision of public services may take place both in the process of using legal norms, and during their implementation, observance and application, which is relevant for the criminal-law assessment of an act. This allows us to apply an activity approach to the legislative design of article 365-2 of the Criminal Code of Ukraine, refuting the excessive differentiation of responsibility.

Key words: criminal policy, corruption offenses, public services, decriminalization, crime composition, differentiation of responsibility.

УДК 343.9

Анна Мировська,
канд. юрид. наук,
професор кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

Леся Патик,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

РОЛЬ ДЕЯКИХ УЧАСНИКІВ СЛІДЧО-ОПЕРАТИВНОЇ ГРУПИ В ДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ЗБОРУ КРИМІНАЛІСТИЧНО ЗНАЧУЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ ПІД ЧАС ОГЛЯДУ МІСЦЯ ПОДІЇ

Статтю присвячено розкриттю ролі деяких учасників слідчо-оперативної групи в діяльності щодо збору криміналістично значущої інформації під час огляду місця події. Роль кожного з учасників слідчо-оперативної групи на місці події важлива й необхідна для якісного та кількісного збору криміналістично значущої інформації. Варто не виділяти окремо кожного учасника слідчо-оперативної групи, а розглядати їх як єдине ціле, оскільки лише в тісній співпраці вони здатні вирішувати завдання досудового розслідування.

Ключові слова: слідчо-оперативна група, криміналістично значуща інформація, досудове розслідування.

Постановка проблеми. Незважаючи на те, що під оглядом розуміють «процесуальну діяльність слідчого, реалізуючи яку він виявляє, досліджує, оцінює і фіксує стан, властивості й ознаки матеріальних об'єктів, пов'язаних з подією, що розслідується, з метою з'ясування обставин кримінального провадження» [1, с. 69], все одно така діяльність не лягає на плечі лише одного слідчого, а здійснюється всіма учасниками слідчо-оперативної групи (далі – СОГ). Звичайно збір криміналістично значущої інформації здійснюється такими працівниками поліції, як: працівник оперативно-розшукового підрозділу, інспектор-криміналіст, дільничний поліцейський, кінолог зі службовою собакою тощо. Усі вони, виконуючи кожен свою роботу, роблять вагомий внесок у роботу щодо виявлення, фіксації та вилучення доказів злочинної події.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням тактики огляду місця події займалися багато вчених-криміналістів, зокрема, слід назвати таких, як: Р. С. Бєлкін, О. І. Дворкін, Е. П. Іщенко, Н. І. Клименко, О. А. Леві, В. К. Лисиченко, М. П. Молібога, Є. О. Разумов, В. Ю. Шепітько, та багато інших. Однак для швидкого, повного та ефективного розслідування кримінальних правопорушень важливим є не лише тактика проведення такого виду огляду, але й діяльність кожного учасника СОГ на місці події щодо виявлення, фіксації та вилучення доказової інформації. У світлі внесення змін у кримінальне процесуальне законодавство та інші нормативно-правові акти, що регулюють діяльність СОГ на місці події, актуальними та такими, що потребують наукового вивчення, залишаються питання розуміння ролі кожного із учасників СОГ у процесі збору доказової інформації.

Формування цілей. Метою статті є з'ясування ролі кожного з учасників слідчо-оперативної групи у зібранні криміналістично значущої інформації під час огляду місця події.

Виклад основного матеріалу. Огляд місця події є невідкладною слідчою (розшуковою) дією, яка спрямована на збір криміналістично значущої інформації з метою повного, всебічного та ефективного розкриття та розслідування кримінальних правопорушень. Завданнями огляду є: 1) виявлення слідів кримінального правопорушення й інших об'єктів, що можуть бути залучені до матеріалів кримінального провадження як речові докази; 2) з'ясування обстановки кримінального правопорушення; 3) виявлення інших обставин, які мають значення

© А. Мировська, Л. Патик, 2018

для кримінального провадження; 4) відображення (фіксація) в протоколі та додатках до нього всіх дій слідчого і всіх виявлених обставин [1, с. 69]. Такий комплекс дій слідчому самостійно, за відведений кримінальним процесуальним кодексом України строк здійснити дещо проблематично. Саме тому законодавець і уповноважив інші підрозділи Національної поліції допомагати слідчому у розслідуванні кримінальних правопорушень.

Така узгоджена взаємодопомога у розслідуванні злочинів починається уже на початковому етапі, під час проведення огляду місця події у складі слідчо-оперативної групи. Завданням останньої є виявлення, фіксація, вилучення та пакування слідів кримінального правопорушення, речових доказів, установлення свідків та потерпілих, з'ясування обставин кримінального правопорушення, що мають значення для всебічного, повного і неупередженого їх дослідження та встановлення осіб, які його вчинили [2]. Виходячи із завдань, що стоять перед СОГ, можна передбачити необхідність у комплексній взаємодії осіб, що входять до її складу.

Наказом МВС України № 575 від 07.07.2017 встановлено, що до складу слідчо-оперативної групи (далі – СОГ) входять слідчий, працівник оперативного підрозділу, інспектор-криміналіст (технік-криміналіст), а також у разі потреби кінолог зі службовою собакою [2]. Однак можна констатувати, що таке коло осіб дещо ширше і пов'язане з вихідною інформацією, що отримує слідчий від чергового по Відділу поліції. Запропонована у Законі стандартна кількість працівників поліції може змінюватися: наприклад, якщо у вихідних даних вказано, що є два трупа з ознаками насильницької смерті, то до складу СОГ приєднуються ще й судово-медичний експерт, криміналістична лабораторія Експертної служби МВС України та інші учасники. Це пов'язано з тим, що СОГ формується конкретно для виїзду на місце події та виконання збору криміналістично значущої інформації. А якщо є труп, то його огляд має здійснювати спеціаліст у галузі судової медицини, оскільки саме він констатує смерть та допомагає виявити і правильно описати характер пошкоджень на відповідних частинах тіла.

Роль кожного із зазначених вище суб'єктів дуже важлива та необхідна для швидкого, повного та ефективного збору доказової інформації під час огляду місця події. Це пов'язано з тим, що вони спрямовують свою діяльність на виявлення, фіксацію, вилучення та пакування слідів кримінального правопорушення, речових доказів, встановлення свідків та потерпілих, з'ясування обставин кримінального правопорушення, що мають значення для всебічного, повного і неупередженого їх дослідження та встановлення осіб, які його вчинили. Однак у практичних підрозділах між працівниками поліції точаться дискусії з приводу обсягу покладених на них робіт, де кожен із працівників різних підрозділів стверджує, що робить роботу за інших, що його діяльність найважливіша та найнеобхідніша. Гадається, що виділити когось окремо як найважливішого суб'єкта неможливо, оскільки у кожного з них – свої функції, права та обов'язки і кожен із них не зможе зробити якісно та кількісно той обсяг роботи, який досягається їхніми спільними діями. Тому виокремлювати когось як найкращого чи як найбільш завантаженого такою роботою тактично не правильно. А от розкрити діяльність кожного учасника слідчо-оперативної групи необхідно для подальшого встановлення ролі кожного з них у проведенні слідчих (розшукових) дій.

Неоціненну роль на місці події здійснюють слідчі, оскільки на їхні плечі лягає весь процес не лише організації та проведення цієї слідчої (розшукової) дії, а й проведення розслідування кримінального правопорушення в цілому. І тут важливу роль відіграє процес збирання криміналістично значущої інформації під час ОМП, повнота його проведення, оскільки результат розслідування залежатиме від отриманої якісної та кількісної слідової інформації, яка надалі буде формувати міцну доказову базу.

Повнота дослідження обстановки місця події може бути забезпечена за умови, що огляд здійснюватиметься планомірно, з таким розрахунком, щоб, вибираючи певний метод огляду, слідчий послідовно, за завчасно продуманим планом вивчив матеріальну обстановку місця події у повному обсязі. Планомірність досягається у разі, коли до обстановки місця злочину підходять не як до випадкового скупчення окремих слідів та предметів, а як до взаємопов'язаної системи об'єктів, які закономірно відображають діяльність злочинця, його жертви та інших осіб [3, с. 14].

Слідчий – це основна та головна фігура у процесі організації, планування та проведення розслідування взагалі та окремих слідчих (розшукових) дій зокрема. Слідчий не лише організовує проведення такої слідчої (розшукової) дії на підготовчому етапі до її проведення, а й контролює і спрямовує діяльність учасників СОГ на місці, вирішує питання організаційного та тактичного характеру, веде протокол огляду тощо. Також він відповідає за якість проведення огляду місця події загалом. Він фіксує відомості щодо обставин учи-

нення кримінального правопорушення, вилучає речі і документи, які мають значення для кримінального провадження, та речі, вилучені з обігу. Особлива його роль полягає у забезпеченні належного зберігання вилучених матеріальних об'єктів для подальшого направлення для проведення судової експертизи [2].

Головним чином він координує весь процес проведення огляду, і оскільки саме він оперує зібраними доказами на подальшому етапі розслідування кримінальних правопорушень, то він найбільше за всіх учасників СОГ зацікавлений у щонайбільшій якості та кількості зібраної криміналістично значущої інформації.

Усі дії слідчого мають бути спрямовані на забезпечення таких завдань, що стоять перед оглядом: 1) безпосереднє вивчення обстановки місця події для з'ясування характеру та обставин події; 2) виявлення, фіксація, вилучення, дослідження, оцінка слідів і речових доказів; 3) одержання інформації для висування та перевірки версій щодо події злочину; 4) одержання даних для організації оперативно-розшукових заходів та використання допомоги громадськості, переслідування підозрюваної особи, встановлення її особистості, мотивів вчинення злочину; 5) виявлення причин і умов, які сприяють скоєнню злочину чи полегшують його [4, с. 419].

Як уже було зазначено, слідчому на допомогу у зборі доказової інформації уповноважили й інших учасників СОГ, зокрема: 1) працівників оперативних підрозділів; 2) інспектора-криміналіста, експертів Експертної служби МВС України, судово-медичного експерта, лікаря, психолога та інших спеціалістів різних галузей знань; 3) працівників патрульної поліції; 4) дільничних офіцерів поліції; 5) кінолога із собакою.

Працівники **патрульної поліції** приїздять на місце події першими і забезпечують його охорону, і говорити, що вони не відіграють ніякої ролі у процесі збору доказової інформації, не можна, тому що вини сприяють збереженню криміналістично значущої інформації, яку надалі слідчий разом з іншими учасниками СОГ будуть збирати після приїзду на місце події. Саме працівники патрульної поліції мають вживати усіх заходів щодо збереження обстановки місця події, для того щоб вони самі та сторонні особи не знищили слідову картину та не утворили нових слідів.

Після приїзду на місце події патрульний має оцінити подію, що сталася, і встановити межі, де могли б залишитися сліди її вчинення; забезпечити збереження таких слідів до приїзду СОГ. Важливість таких дій полягає у збереженні слідової інформації, яка є ґрунтовним матеріальним та ідеальним відображенням злочинної події і надалі слугує доказовою базою у розслідуванні конкретного кримінального правопорушення.

Відповідно до ст. 41 КПК України працівники **оперативного підрозділу** здійснюють слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого. Під час виконання доручень, які є обов'язковими для виконання, співробітник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого [5, с. 30]. А це означає, що під час огляду місця події працівник оперативного підрозділу за дорученням слідчого здійснює: 1) обхід приміщень, ділянок місцевості з метою відшукання свідків скоєного злочину; 2) збір будь-якої інформації про злочин (обставини скоєння, кількість причетних до скоєння, спосіб пересування, час та напрямок, у якому зник злочинець тощо); 3) виявлення камер відеоспостережень на будівлях, стовпах; 4) за письмовим дорученням слідчого проводить слідчі (розшукові) та негласні слідчі (розшукові) дії, при цьому користуючись його повноваженнями, тощо.

Важливим також у діяльності на місці події працівника оперативного підрозділу є встановлення: 1) часу, місця і обставин вчинення кримінального правопорушення; 2) кількості осіб, які його вчинили, їхніх прикмет; 3) наявності у них зброї, транспортних засобів, слідів на одязі чи тілі, які могли залишитися через опір потерпілих або під час подолання перешкод; 4) індивідуальних ознак викрадених речей; 5) напрямку руху осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, інших відомостей, необхідних для їх встановлення [2].

Особливістю участі працівника оперативного підрозділу є той факт, що саме він може використати наявні джерела оперативної інформації з метою розкриття кримінального правопорушення, що важливо для висунення версій, планування слідчих (розшукових) дій або негласних слідчих (розшукових) дій, а також планування розслідування загалом.

Незважаючи на те, що дільничний інспектор поліції не є обов'язковим учасником СОГ, його залучення до огляду місця події може стати корисним. Так, до повноважень **дільничного офіцера поліції** на місці події входять такі дії: 1) до прибуття СОГ забезпечити охорону місця події, вжити дій щодо збереження слідів кримінального правопорушення та в разі необхідності організувати надання невідкладної медичної допомоги потерпілим особам; 2) з'ясувати обставини вчиненого кримінального правопорушення, встановити свідків, очевидців події, прикмети правопорушників, зібрати інші відомос-

ті, що можуть бути використані як докази; 3) інформувати уповноваженого працівника чергової частини органу, підрозділу поліції про обставини вчинення кримінального правопорушення та осіб, які його вчинили, для вжиття невідкладних заходів щодо їх затримання; 4) з прибуттям СОГ негайно інформувати слідчого про одержані дані щодо обставин вчинення кримінального правопорушення та осіб, які його вчинили, для їх подальшої фіксації шляхом проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій [2]. Така діяльність дільничного офіцера поліції межує з повноваженнями на місці події працівників патрульної поліції. Їхнє завдання – належним чином спрацювати до приїзду СОГ з метою організації надання домедичної допомоги, недопущення сторонніх осіб на місце події, збереження слідової інформації та вжити інших заходів, спрямованих на забезпечення якісного проведення огляду.

З метою розшуку та затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, шляхом застосування службового собаки по запахових слідах, речах і предметах, залишених на місці події, а також з метою пошуку слідів і предметів, які мають значення для розкриття і розслідування кримінального правопорушення, слідчий може залучити до огляду **кінолога зі службовою собакою.** Однак його роль полягає не лише у зазначеному, він також бере участь у блокуванні місця вчинення кримінального правопорушення, його огляді, виявленні, фіксації, вилученні і збереженні предметів і слідів, які можуть бути використані для розшуку особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, із застосуванням службового собаки [2].

Так, кінолог з допомогою службового собаки обстежує прилеглу до місця події територію та ймовірні місця переховування особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. Це можуть бути як частини приміщень самого місця події, так і приміщення чи прилегла територія до місця події, наприклад: горища, підвальні приміщення прилеглих будівель, незамкнені сховища, лісопаркові зони, кар'єри тощо. Коли собака взяв слід, разом з іншими працівниками поліції кінолог бере участь у переслідуванні та затриманні осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення.

Ще одним із видів допомоги кінолога слідчому на місці події є надання консультації щодо можливого походження запахоносіїв (слідів, предметів) виявлених на місці події, та способів їх використання для розкриття та розслідування кримінального правопорушення.

Висновки.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що роль кожного з учасників СОГ на місці події важлива та необхідна для якісного та кількісного збору криміналістично значущої інформації. Усі розглянуті вище суб'єкти разом здійснюють дуже важливі для процесу розслідування завдання, зокрема такі, як: 1) виявлення інформації про злочин та його учасників; 2) висунення попередніх версій; 3) фіксація та вилучення об'єктів, слідів та отриманих даних тощо. Оцінити роль кожного дуже важко, оскільки усі вони об'єднані єдиною метою та завданнями, дії одного з них можуть ґрунтуватися на отриманій інформації іншим учасником тощо. А це означає, що не варто виділяти окремо кожного учасника СОГ, а слід їх розглядати як єдине ціле, оскільки лише у тісній співпраці вони здатні вирішувати завдання досудового розслідування. Така взаємна праця з чітко розмежованими обов'язками кожного її учасника уможливить не лише збирання необхідної доказової бази, але й встановлення істини у кримінальному упровадженні.

Список використаних джерел:

1. Криміналістика у питаннях і відповідях : навчальний посібник / А. В. Іщенко, В. В. Пясковський, А. В. Самодін, Ю. М. Чорноус та ін. К. : ТОВ «Видавництво «Центр учбової літератури», 2016. 118 с.

2. Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні : Наказ МВС України № 575 від 07.07.2017. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0937-17.

3. Разумов Э. А., Молибога Н. П. Осмотр места происшествия. К.: РИО МВД Украины, 1994. 672 с.

4. Криміналістика : підручник / В.В. Пясковський, Ю.М. Чорноус, А.В. Іщенко, О.О. Алєксєєв та ін. К. : «Центр учбової літератури», 2015. 704 с.

5. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 квіт. 2016 р. К.: ПАЛИВОДА А.В., 2016. 372 с.

Статья посвящена раскрытию роли некоторых участников следственно-оперативной группы в деятельности по сбору криминалистически значимой информации при осмотре места происшествия. Роль каждого из участников следственно-оперативной группы на месте происшествия важна и необходима для качественного и количественного сбора криминалистически значимой информации. Стоит не выделять отдельно каждого участника следственно-оперативной группы, а рассматривать их как единое целое, поскольку только в тесном сотрудничестве они способны решать задачи досудебного расследования.

Ключевые слова: следственно-оперативная группа, криминалистически значимая информация, досудебное расследование.

The article is devoted to the disclosure of the role of some members of the investigative and operational group in the activity of collecting criminally relevant information during the review of the place of the event. The role of each participant in the investigative and operational team at the scene is important and necessary for the qualitative and quantitative collection of criminally relevant information. It is worth not allocating each participant separately to the investigative task force, but to consider them as a whole, since only in close cooperation they are able to solve the tasks of the pre-trial investigation.

Key words: investigation-operational group, criminally relevant information, pre-trial investigation.

УДК 347.168

Наталія Бондарчук,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правознавства
Житомирського національного агроекологічного університету

Анастасія Бугайчук,
студентка факультету екології і права
Житомирського національного агроекологічного університету

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МЕДІАЦІЇ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу правового регулювання медіації в Україні. Виявлено недоліки законодавства в цій сфері та запропоновано шляхи їх усунення.

Ключові слова: медіація, медіатор, послуги, альтернативне судочинство, договір, законодавство.

Постановка проблеми. Сьогодні Україна впевнено йде шляхом Євроінтеграції. Це рішення призвело до глобальних змін не тільки в економічній, політичній та соціальній сферах, але і в багатьох інших, включаючи і сферу права. В Україні було проведено судову реформу: зокрема, була внесена низка змін до Конституції України, процесуальних кодексів та Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Окрім цього, було створено Вищий антикорупційний суд. Але ми вважаємо, що у сторіччя світової глобалізації цього замало. Адже у всіх провідних державах світу ставлення до судочинства разюче відрізняється від нашого. Розв'язання конфліктів у таких провідних країнах-членах Євросоюзу, як Франція, Німеччина, Бельгія, Італія, у 80 % випадків проводиться не за допомогою класичної моделі судочинства, а за допомогою використання альтернативних видів судочинства, найбільш поширеним з яких є медіація.

Враховуючи недостатній рівень наукових та практичних розробок, а також відсутність будь-якого законодавчого підґрунтя щодо медіації в Україні, ми вважаємо за доцільне дослідити правову природу, сутність та переваги медіації для нашої держави, а також проаналізувати досвід інших країн, в котрих переважає даний вид судочинства.

Метою цієї публікації є дослідження одного із різновидів альтернативного судочинства – медіації, аналіз міжнародної практики використання медіації, а також внесення пропозицій щодо вдосконалення законодавства України у даній сфері.

Виклад основного матеріалу. Дедалі частіше у судовій практиці багатьох розвинутих країн світу застосовується такий різновид альтернативного судочинства, як медіація. Медіація з латині перекладається як «бути посередником». У правовому ж аспекті вчений І. Г. Ясиновський вбачає, що медіація – це узгоджувальна процедура, процес, у якому третя сторона консультує сторони спору з метою досягнення ними компромісу, що має влаштувати обидві сторони [1, с. 18].

А член Вищої ради правосуддя Н. О. Волковицька вважає, що медіація у праві – це метод вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає проаналізувати конфліктну ситуацію так, щоб зацікавлені сторони самостійно змогли обрати варіант рішення, який задовольняв би інтереси та потреби всіх учасників конфлікту [2] .

На нашу думку, медіація є одним із різновидів альтернативного судочинства, сутність якого полягає у залученні третьої, нейтральної, сторони до певного конфлікту з метою сприяння спільному віднаходженню шляхів розв'язання даного конфлікту, прийнятних для усіх його сторін.

Метою медіації є пошук рішення, прийнятного для обох сторін. Головне, щоб обидві сторони вважали, що це рішення є оптимальним та прийнятним. Тобто медіація працює не лише з правовою позицією, а й з реальним інтересом людини, що виходить за межі юридичного вирішення питань у суді. У процесі медіації не встановлюють винного у ситуації та не доводять, хто більше правий.

Медіація як спосіб вирішення конфліктів має доволі глибоке історичне коріння. Перші праобрази цього виду судочинства застосовувались і під час родинно-племінного устрою, і в давньогрецьких містах, і у римській державі, а також у середньовічній Європі. Проте у сучасному її розумінні медіація зародилась у 1976 р., під час проведення Паундської

© Н. Бондарчук, А. Бугайчук, 2018

конференції. На ній було представлено два документа, котрі у майбутньому становитимуть політичну платформу вирішення спорів як у США, так і в багатьох інших країнах світу. Першим із них була доповідь судді У. Бергера, котрий зазначав, що тогочасне американське суспільство було надзвичайно невдоволене системою судочинства, зокрема: високими судовими витратами, тривалістю судового процесу, надмірною його формалізацією та надзвичайно високими цінами на юридичні послуги. Вихід із цієї ситуації Бергер вбачав у використанні альтернативних способів вирішення конфліктів.

Другим документом стала доповідь професора Ф. Сандера, котрий створив концепцію «судочинства з багатьма дверима». Згідно з його баченням, особа, котра звертається до суду, спочатку веде бесіду із судовим консультантом, котрий, оцінивши суть справи, пропонує даній особі найбільш дієвий засіб вирішення саме цього конфлікту. Так особа звертається у наступні «двері», котрі вестимуть її або до медіатора, або ж до судової зали.

Ці ідеї зробили певною мірою революцію в американському судочинстві. Окрім надзвичайного розвантаження судів, варто відзначити отримання громадянами права вибору шляху вирішення спорів, а також можливості заощадити власні кошти.

Наступні 30 років ознаменувались надзвичайно широким застосуванням медіації не тільки в Америці, але і в країнах східної Європи. Медіацію із США перейняли такі країни, як: Англія, Франція, Німеччина, Швеція, Нідерланди, Іспанія, Канада та багато інших. Законодавче закріплення цього виду судочинства у вище згаданих країнах почалось ще на початку 80-х років минулого сторіччя.

Винятком не стала й Україна. Вперше спроби застосування медіації в нашій державі були зроблені наприкінці 80-х та початку 90-х років, під час страйку шахтарів у Донецькій та Луганських областях. Тоді задля врегулювання конфліктної ситуації щодо виплат заробітної платні робітникам шахт, а також її підвищення було запрошено членів американської служби арбітражу. Проте широкого застосування в Україні медіація не набула у зв'язку з розпадом Радянського Союзу, початком побудови нової української держави та глибокою економічною кризою 90-х років.

Але, незважаючи на складні політичні та економічні умови, медіація, як один із різновидів врегулювання спірних питань, все ж здійснила певний вплив на нове українське законодавство. Зокрема, у Законі України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» № 137/98 ВР від 03.03.1998 зазначено, що для урегулювання колективних трудових спорів (конфліктів) сторони можуть вдатися до використання послуг незалежного посередника, метою діяльності якого є встановлення взаємодії між конфліктуючими сторонами та проведення переговорів (ст. 11), що є дуже схожим на мету діяльності медіатора [3].

Згодом, у 2014 році, на тлі реформування нашої держави та з початком її шляху до Євроінтеграції було створено громадську організацію під назвою «Національна асоціація медіаторів України», головним завданням якої є сприяння становленню, використанню та поширенню медіації як особливого підходу до розв'язання конфліктів у різних сферах життя. Також у 2017 році ця організація розробила власний «Кодекс етики медіатора» європейського зразка, взявши за основу міжнародно-правові акти, котрі регулюють дану сферу діяльності.

Проте це були лише перші кроки до зародження медіації у її сучасному правовому розумінні в нашій державі. Останніми роками цей процес значно активізувався й у сфері законодавства. Зокрема, 17 грудня 2015 року у Верховній раді України було зареєстровано Законопроект № 3665 «Про медіацію», ініційований народним депутатом А. І. Шкрум. У Пояснювальній записці до проекту було зазначено, що його прийняття забезпечить приведення чинного законодавства Україні щодо альтернативного вирішення спорів у відповідність до стандартів ЄС та імплементацію норм Директиви 2008/52/ЕС Європейського Парламенту та Ради у національне законодавство України, що створить умови для роботи медіаторів у єдиному європейському правовому просторі [4].

Але, на нашу думку, цей законопроект має низку недоліків. По-перше, у ст. 7 перераховані особи, котрі не можуть бути медіаторами. Ми вважаємо, що цей список необхідно доповнити такими особами, як: судді та працівники судових органів, прокурори, працівники Національної поліції України, члени органів місцевого самоврядування. Перш за все це усуне суперечність принципам медіації, а також сприятиме недопущенню корупційного складника під час проведення даного процесу.

По-друге, у п. 1 ст. 13 йдеться про те, що сторони після закінчення медіації можуть укладати договір у письмовій формі. Ми ж вважаємо, що формою укладення цього договору має бути виключно письмова форма, що, у свою чергу, встановлює правову відповідальність сторін за невиконання договору, котра значно підвищить ефективність меді-

ації. Тому слово «можуть» варто замінити словом «мають» або «повинні».

Також у цій статті не зазначено зміст договору. Ми ж схиляємось до того, що законодавцю все-таки треба зазначити пункти, котрі мають бути обов'язковими складниками цього договору. Зокрема, у цьому документі слід прописати:

1) П.І.Б учасників медіації та медіатора (медіаторів), котрий здійснював примирну процедуру.

2) Строки здійснення медіації (коли було розпочато та закінчено медіаційний процес).

3) Що саме стало причиною виникнення спору.

4) Рішення, котре виробили учасники медіації.

5) Строки виконання рішення та наслідки, до яких призведе його невиконання

6) Витрати, спричинені даною процедурою, форма їх відшкодування, а також розмір та форма оплати послуг медіатора (медіаторів).

7) Підписи конфліктуючих сторін та медіатора.

Кожен з учасників процесу повинен мати власний екземпляр цього документа, до якого також слід додати договір про нерозголошення інформації учасниками медіації або ж дозвіл певної сторони чи усіх учасників процесу. Даний документ повинен бути складений державною мовою, а також, у разі потреби, мовою, зрозумілою певній стороні чи сторонам конфлікту. Це є необхідним задля створення умов для здійснення стягнень зі сторони, котра порушила договір, у законному порядку.

По-третє, у ст. 16 зазначено вимоги до медіатора. Зокрема, у п. 1 вказано, що медіатором може бути особа, котра досягла 25-річного віку. Але ми не можемо з цим погодитись. На нашу думку, медіатор несе таку ж відповідальність перед сторонами, як і суддя. Тож ми вважаємо, що віковий бар'єр медіатора має відповідати віковому бар'єру суддів, а саме 30-ти рокам.

Окрім цього, у даному пункті встановлено, що професійне навчання медіатора має тривати 90 академічних годин, 45 з яких має бути відведено на навчання практичним навичкам. На наш погляд, цього замало. Адже, наприклад, у Франції тривалість підготовки медіатора становить 560 навчальних годин, у тому числі 70 годин практичних занять. Ми ж схиляємось до думки, що навчання медіатора в Україні має тривати не менше ніж 200 академічних годин, 60 із яких буде відведено на навчання практичним навичкам. Також ми вважаємо за доцільне введення в навчальну програму медіаторів таких обов'язкових предметів, як правознавство, конфліктологія та психологія. Адже дана професія перш за все пов'язана з умінням спілкуватися з людьми, а також із допомогою сторонам у прийнятті рішення, котре б не лише задовольняло їх, але й було правомірним та таким, яке можливо реалізувати саме за українським законодавством.

По-четверте, дискусійним є питання підготовки майбутніх медіаторів. Перш за все слід зазначити, що в чинному Класифікаторі професій відсутня професія медіатора, відповідно, і заклади вищої освіти не здійснюють підготовку за такою спеціальністю. У ст. 17 Законопроекту № 3665 зазначено, що підготовку медіаторів можуть здійснювати фізичні та юридичні особи, акредитовані об'єднаннями медіаторів [5]. Проте ми вважаємо, що підготовка спеціалістів даного виду діяльності повинна проводитись все ж під контролем держави, зокрема, у ЗВО або ж юридичними особами, котрі отримали саме державну акредитацію. Ефективність такого підходу ми можемо спостерігати на тому ж прикладі Франції, де після закінчення навчання медіатор здобуває диплом від голови регіонального департаменту. Незважаючи на все вище викладене, даний законопроект має ще низку недоліків, котрі чітко були окреслені у висновку Головного науково-експертного управління від 30.03.2016, із зауваженнями якого ми повністю погоджуємось [6].

Саме через певне недопрацювання згодом, 29 грудня 2015 року, до Верховної Ради України був поданий альтернативний законопроект № 3665-1 «Про медіацію», ініційований народним депутатом С. В. Ківаловим. Пояснювальна записка до даного законопроекту є ширшою за змістом, і в ній містяться більш переконливі та обґрунтовані аргументи щодо необхідності запровадження інституту медіації в Україні, аніж у першому законопроекті, поданому А. І. Шкрум. Зокрема, народні депутати зазначають не лише необхідність приведення українського законодавства до європейських зразків, але й ефективність та активне використання даного виду судочинства провідними країнами світу. Також авторський колектив наголошує на тому, що застосування медіації може значно покращити механізм захисту прав людини та громадянина у нашій державі.

Доволі позитивним фактором є також надання авторами прогнозу соціально-економічних наслідків прийняття даного законопроекту. Зокрема, було зазначено: «Законопроект сприятиме розвитку процедури медіації в Україні. Водночас, наслідком прийняття цього законопроекту стане

підвищення ефективності роботи судових органів внаслідок їх істотного розвантаження, удосконалення правових механізмів забезпечення права особи на захист своїх прав і законних інтересів та приведення чинного законодавства України у відповідність до міжнародних стандартів» [7].

Сам законопроект № 3665-1 є гідною альтернативою, адже багато недоліків законопроекту № 3665 було виправлено, а також до нього було внесена низка змін та доповнень. А саме, у ст. 5 ширше перелічені умови набуття особою статусу медіатора, а також запропоновано ведення реєстрів підготовлених осіб та зазначення у їхніх дипломах/сертифікатах кількості годин теоретичного та практичного навчання, його період, назву навчального закладу чи організації, що здійснила підготовку. Ми вважаємо, що дані заходи здатні значно підвищити ефективність навчання медіаторів, а також забезпечити їх високу кваліфікацію. Окрім цього, гідним схвалення є пропозиція щодо прийняття не лише дипломів державного зразка, а й дипломів, виданих у зарубіжних країнах.

Також, на відміну від проекту закону № 3665, у цьому проекті чітко окреслено права та обов'язки медіатора (ст. 13-14), а також встановлено цивільно-правову відповідальність у разі порушення медіатором його зобов'язань (ст. 15) . Але ми вважаємо за доцільне додати до вищезазначеної відповідальності ще дисциплінарну відповідальність у вигляді відсторонення від роботи на певний строк або ж позбавлення ліцензії на 3 роки.

Також позитивним є чітке окреслення процедури проведення медіації у 19 ст. цього законопроекту. Найвищим досягненням цього законопроекту ми вважаємо урегулювання застосування медіації під час судових проваджень у розділі III. Зокрема, у п. 3 ст. 21 зазначено, що угода за результатами медіації, котра була укладена під час судового провадження, може бути затверджена судом в установленому законом порядку. Це є доволі позитивним, адже рішення, вироблене сторонами самостійно, має більше шансів на виконання внаслідок самостійного його прийняття конфліктуючими сторонами, а також відсутністю сторони, котра виграла та програла спір.

Проте щодо застосування медіації у кримінальному провадженні у нас є певні зауваження. Ми вважаємо, що дана угода має братися судом до уваги і виступати пом'якшувальною обставиною у розгляді справи, що необхідно зазначити у даному законі [8].

Загалом, у жодному із законопроектів не було зазначено розмірів оплати діяльності медіатора, а також строків позовної давності у медіаційному процесі. Ми вважаємо за необхідне більш чітко конкретизувати суму винагороди медіатора, а саме встановити розмір мінімальної плати за 1 годину роботи медіатора. Щодо строків позовної давності, на нашу думку, то вони мають право на існування і повинні бути приведені у відповідність до тієї галузі права, у сфері якої виник спір між сторонами.

Висновки.

Підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що правове регулювання медіації в Україні сьогодні не можна вважати належним. Зокрема, не врегульовані питання чітких вимог до кандидатів на посаду медіатора, закладів котрі б могли надавати освітні послуги з напряму «Медіація», не встановлено конкретний перелік документів, котрі б могли посвічувати кваліфікацію спеціаліста у сфері медіації. Також законодавець не окреслив вимог щодо процесу здійснення та юридичного оформлення медіації, не зазначив можливості існування строків позовної давності у даному виді судочинства та не встановив мінімальний розмір оплати діяльності медіатора. На нашу думку, для покращення ситуації слід внести зміни та доповнення до національного законодавства, котрі було запропоновано та обґрунтовано у даній статті.

Список використаних джерел:

1. Ясиновський І. Г. Імплентація процедури медіації в Українське законодавство: теоретико-правовий аналіз: дис. ... канд. юр. наук: 27.10.2016. К., 2016. 295 с.

2. Волковицька Н. О. Медіація: альтернативний чи ефективний спосіб вирішення спорів. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/mediaciya-alternativniy-chi-efektivniy-sposib-virishennya-sporiv.html

3. Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів): Закон України від 11 листопада 2003 року. Відомості Верховної Ради. 2003. № 15. Ст. 157-159.

4. Пояснювальна записка до законопроекту № 3665 «Про медіацію». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=369788

5. Проект закону № 3665 «Про медіацію». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=369535

6. Висновок на проект Закону України «Про медіацію» (реєстр. № 3665 від 17.12.2015). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57463&pf35401=381817

7. Пояснювальна записка до законопроекту № 3665-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57620&pf35401=371872

8. Законопроект № 3665-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=57620&pf35401=371748

Статья посвящена анализу правового регулирования медиации в Украине. Выявлены недостатки законодательства в этой сфере и предложены пути их решения.

Ключевые слова: медиация, медиатор, услуги, альтернативное судопроизводство, договор, законодательство.

The article is devoted to the analysis of legal regulation of mediation in Ukraine. The shortcomings of legislation in this area were identified and ways of their solution were proposed.

Key words: mediation, mediator, services, alternative litigation, contract, legislation.

УДК 343.162:331.108.43(477)

Валерія Рядінська,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,
начальник лабораторії правового
та організаційного забезпечення діяльності Міністерства
Державного науково-дослідного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

Олена Карпушова,
канд. юрид. наук, суддя
Київського апеляційного адміністративного суду

КВАЛІФІКАЦІЙНА АТЕСТАЦІЯ СУДДІВ В УКРАЇНІ ЯК НЕОБХІДНА УМОВА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИНЦИПУ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

У статті досліджено зарубіжний та національний досвід у сфері реформування судової системи. Встановлено, що кваліфікаційна атестація суддів, як організаційно-правовий механізм мотивації судді до професійного виконання покладених державою на нього обов'язків та кар'єрного зростання, є ефективним та основним засобом вдосконалення судоустрою. При цьому доведено, що порядок проведення кваліфікаційної атестації суддів повинен забезпечувати баланс між оцінкою професійності судді та дотриманням принципу незалежності судової влади.

Ключові слова: кваліфікаційна атестація суддів, судова реформа, судоустрій, суддя, принцип незалежності судової влади.

Постановка проблеми. Розвиток сучасних суспільних відносин передбачає інтенсивне розширення сфери правового регулювання за допомогою створення законів, спрямованих на охорону політичних, соціальних, екологічних, економічних та інших прав та свобод людини та громадянина. Специфіка такого розвитку характеризується умовами обмеженості природних, економічних ресурсів та (або) відсутністю задовільного рівня політичної, соціальної інфраструктури, що в сукупності впливає на формування нових видів конфліктів та спорів, які вирішуються судами.

Конституцією України визначено, що судова система України існує для захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, прав та законних інтересів юридичних осіб, інтересів держави шляхом своєчасного, ефективного і справедливого вирішення правових спорів на засадах верховенства права [1]. Отже, враховуючи стрімкий розвиток сучасних суспільних відносин, регулювання яких забезпечується судовою системою України, діяльність судів потребує постійного пошуку адекватних та ефективних засобів, спрямованих на її вдосконалення.

Вдосконалення судів з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб – стандарт, гарантований Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [2], дотримання якого визначено ключовим завданням судової реформи в Україні, що стартувала з прийняття Верховною Радою України у 2015 році Закону «Про забезпечення права на справедливий суд» № 192-VIII від 12.02.2015 [3].

Як вбачається з пояснювальної записки до Проекту Закону України «Про забезпечення права на справедливий суд», одним із завдань, визначених законопроектом, є очищення суддівського корпусу від непрофесійних і недоброчесних суддів та створення дієвих механізмів запобігання корупції шляхом проведення кваліфікаційної атестації діючих суддів [4]. Таким чином, запровадження кваліфікаційної атестації суддів є необхідним основним засобом реформування вітчизняної судової системи, проте видається досить складним завданням, оскільки вдосконалення ефективності судів не повинно порушувати доктринальний принцип побудови судової влади – її незалежності від будь-якого виду впливу. Зазначений висновок зумовлює актуальність проведення даного дослідження з метою виявлення балансу між незалежністю судової системи України та запровадженням кваліфікаційної атестації суддів.

© В. Рядінська, О. Карпушова, 2018

Дослідженню проблем щодо проведення ефективного вдосконалення судової системи присвячена достатня кількість наукових робіт, загальний аналіз яких показав: основною помилкою у запровадженні судової реформи в державі є те, що правники найчастіше концентрують увагу на заходах, спрямованих на забезпечення охорони незалежності судів, нівелюючи при цьому ті заходи, що забезпечують підвищення рівня професійної та особистої компетентності суддів, їхнього кар'єрного просування [5, с. 31; 6, с. 15]. Подібні зауваження свого часу були висловлені стосовно судоустрою Італії, Іспанії, Португалії, а в межах сучасного періоду – стосовно східно-європейських держав [7, с. 120; 8].

Як зазначає вчений В. В. Молдован, аналіз досвіду судового реформування деяких держав Європи дає підстави для висновків, що у тих випадках, коли незалежність суду не була забезпечена такими чинниками, як професійна компетентність та справедливе кар'єрне просування суддів, проявляється ряд негативних наслідків, які можна диференціювати на чотири види: 1) дискреційність (адміністративний вплив на незалежність судді); 2) корпоративізм (вплив зв'язків всередині групи); 3) фаворитивізм (вплив особистих зв'язків); 4) корупція (вплив матеріальних засобів та благ) [9, с. 59]. Таким чином, у разі прояву будь-якого із перелічених наслідків демократична держава зобов'язана вжити необхідних та ефективних заходів, спрямованих на досягнення балансу між незалежністю судоустрою та професійною компетентністю суддів шляхом проведення судових реформ.

У цьому контексті, на нашу думку, досить показовим є приклад реформування судоустрою Італії, оскільки: а) в середині 60-х років XX століття норми італійського законодавства, які регулювали професійну атестацію суддів та їхнього кар'єрного просування, були скасовані у зв'язку з порушенням принципу незалежності судової влади, що й зумовило в майбутньому вдосконалення італійської системи судоустрою; б) починаючи з 2003 року норми, що регулюють дотримання принципу незалежності діяльності судів, були забезпечені імперативною вимогою щодо необхідності періодичної оцінки кваліфікації суддів та їхнього кар'єрного просування; в) сьогодні в законодавстві Італії принцип незалежності судової влади отримав найвище визнання завдяки досконалій системі правових норм, що забезпечують його дотримання, та практики їх застосування [10, с. 432].

Гарантуючи незалежність судової влади, Конституція Італії встановлює, що будь-які питання, пов'язані з функціонування судоустрою, в тому числі з кар'єрним просуванням судді, вирішує Вища Рада з питань магістратських судів (далі – ВРМС). Склад ВРМС, яка функціонує на постійній основі з 1959 року, утворюють 2/3 суддів та 1/3 вчених та практиків-юристів [11]. Досліджуючи причини та наслідки італійської судової реформи 2003 року, професор Джузеппе ді Федеріко, директор інституту досліджень судової системи, член Вищої Ради з питань магістратських судів (2002–2006 рр.), зазначив, що «ВРМС за весь строк службової діяльності членів магістратських судів (протягом 40-45 років) проводила сім атестацій професійної діяльності суддів. Дві з семи атестацій (через 7, потім 10 років) мали на меті визначити кандидатів для кар'єрного зростання до позиції судді апеляційного, а згодом касаційного суду. Атестація претендентів на відповідні посади проводилася на підставі письмового оцінювання членами екзаменаційних комісій, створених ВРМС» [8]. Таким чином, вбачається, що за 17 років професійної діяльності судді проходили чотири атестаційних етапи: перший, другий – для вирішення питання щодо здатності судді здійснювати правосуддя в суді апеляційної інстанції; третій етап – перевірочний; четвертий – для вирішення питання щодо здатності судді здійснювати правосуддя в суді касаційної інстанції.

В. І. Шишкін, дослідивши порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання судді в Італії, дійшов висновку, що «наступні три з чотирьох атестаційних етапів проводилися за наявності визначених законом критеріїв: а) стажу роботи; б) кваліфікаційного рангу з розгляду апеляційних скарг. За результатами проведення атестаційного оцінювання рівня знань, суддя міг отримати вищий кваліфікаційний ранг, що надавало йому право претендувати на зайняття адміністративної посади в суді. При цьому отримання першого з трьох найвищих рангів («суддя касаційного суду з директивними функціями») є підставою для призначення судді на одну з посад, перелік яких обмежений законом: а) голова апеляційного суду; б) прокурор з розгляду апеляційних скарг; в) голова палати Касаційного суду; г) генеральний адвокат з розгляду касаційних скарг. Два інших з трьох рангів є підставою для призначення судді на найвищі посади: Генерального прокурора Касаційного суду та заступник голови Касаційного суду» [7, с. 136].

Отже, з вищевикладеного вбачається, що кваліфікаційне оцінювання суддів – членів магістратських судів Італії – проводилося на підставі двох основних критеріїв: вислуги років та оцінки знань.

Таким чином, до середини 60-х років XX століття приблизно 55 % членів магістратських судів Італії завершували свою кар'єру, коли досягали 70-річного віку, маючи кваліфікаційний ранг судді з розгляду апеляційних скарг. Більшості із зазначених суддів кваліфікаційний ранг судді з розгляду апеляційних скарг було присвоєно незадовго до виходу на пенсію. Однак така організаційна система судової діяльності опинилася під критикою іншої частини членів магістратських судів, на думку яких атестація за результатами письмового оцінювання знань суддів, що проводиться обмеженим колом уповноважених ВРМС членів магістратських судів, порушує принцип незалежності суддів. Результатом критики наявної системи кваліфікаційної атестації суддів, як зазначає Джузеппе ді Федеріко, стало проведення у 1973 році судової реформи в Італії, яка зберегла вимогу щодо кваліфікаційних випробувань суддів на всіх етапах кар'єрного просування, проте запровадило право ВРМС ухвалювати рішення за результатами атестації на власний розсуд [8; 10, с. 433]. Тобто вимога щодо обов'язковості таких критеріїв, як вислуга років та оцінка знань для підтвердження професійного рівня судді та здатності здійснювати правосуддя у відповідному судді, втратила свою імперативність.

У результаті проведеної реформи 1973 року ВРМС поступово перейшла до практики присвоєння високих рангів майже усім суддям на підставі «комплексної оцінки заслуг перед юриспруденцією». При цьому більшість із «рангованих» суддів не отримала посаду, яка відповідає їхньому правовому статусу: якщо в середині 60-х років XX століття на високий ранг могли претендувати 1 % суддів, то у 80-ті роки – 65 %. Така ситуація в судовій системі призвела до зниження професійної компетентності суддів та загального незадоволення громадян національною судовою системою, внаслідок чого в 90-ті роки XX століття відбувся значний ріст кількості скарг до Європейського Суду з прав людини, що знову зумовило проведення реформи італійського судоустрою [8].

Для уникнення таких масштабних проблем, пов'язаних з удосконаленням судової системи, які виникли в Італії в минулому столітті, сьогодні міжнародно-правовими актами регламентовано основні принципи проведення професійної оцінки суддів з метою їхнього кар'єрного просування.

Відповідно до статті 58 Рекомендацій CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи «Державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки», якщо органи судової влади встановлюють системи для оцінювання роботи суддів, такі системи мають ґрунтуватися на об'єктивних критеріях. Ці критерії повинен оприлюднити компетентний судовий орган. Процедурою має бути передбачений дозвіл суддям висловлювати погляди щодо власної діяльності та її оцінювання, а також оскаржувати оцінювання в незалежному органі влади або суді [12].

Правила проведення оцінювання суддів містяться і в п. 4.1 Європейської хартії про статус суддів 1998 року, згідно з яким, якщо система підвищення суддів по службі ґрунтується не на вислузі років, вона має ґрунтуватися виключно на якостях та достоїнствах, що були помічені під час виконання суддею його обов'язків, шляхом об'єктивної оцінки його діяльності одним або кількома суддями та бесіди із суддею, що оцінюється. Рішення щодо підвищення по службі виноситься незалежним органом або за його пропозицією чи згодою. Суддям, яким не запропоновано підвищення по службі, має бути надане право подати свою скаргу до зазначеного органу [13].

Таким чином, з наведених норм міжнародно-правових актів вбачається, що основними вимогами оцінювання (атестації) суддів є: 1) необхідність нормативного закріплення об'єктивних критеріїв оцінки; 2) проведення об'єктивної процедури оцінювання, що обговорюється безпосередньо із суддею, якого оцінюють; 3) участь у прийнятті рішення, ухваленого за результатами проведеної атестації судді, представника (представників) органу суддівської спільноти.

Крім встановлених вимог щодо оцінювання суддів, Радою Європи було опрацьовано та визначено рекомендації для держав-учасників, які містять стандарти забезпечення незалежності судової влади та роблять акцент на доцільності законодавчого унормування вимог (критеріїв), відповідність яким дозволить здійснювати оцінювання професійної діяльності суддів з метою дотримання принципу їхньої незмінюваності та гарантування кар'єрного просування. Зазначені вимоги мають містити вказівки на: 1) рівень кваліфікації; 2) доброчесність у роботі; 3) організаційні та аналітичні здібності; 4) ефективність професійної діяльності. При цьому пропонується розглянути в якості додаткових умов, які зумовлюють кар'єрне просування судді, професійний досвід (стаж роботи, вислуга років), відкриту, об'єктивну основу такого просування, незалежність кар'єрного просування від адміністративних зв'язків у внутрішній судовій ієрархії та гарантованість заслуженого кар'єрного просування збільшенням заробітної плати [14].

Отже, належне кар'єрне просування судді, яке здійснюється відповідно до закону, що

встановлює чіткі вимоги до компетентності судді та процедури його оцінювання, є важливим елементом для забезпечення незалежності судді та суду.

Статтями 83, 101 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [15], Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» передбачено, що Вища кваліфікаційна комісія суддів України (далі – ВККС) здійснює в установленому законом порядку повноваження щодо забезпечення проведення первинного кваліфікаційного оцінювання працюючих суддів з метою прийняття рішень щодо можливості здійснення ними правосуддя у відповідних судах та, відповідно, досягнення суспільних очікувань мати доступ до справедливого суду.

Процедурні питання організації та проведення кваліфікаційного оцінювання судді визначені Порядком та методологією кваліфікаційного оцінювання судді (далі – Порядок), затвердженого рішенням ВККС від 21.10.2015 № 67/зп-15 [16].

Згідно з розділом 1 Порядку кваліфікаційне оцінювання судді – це встановлена законом процедура визначення ВККС України професійного рівня судді та відповідності його займаній посаді. Метою кваліфікаційного оцінювання є визначення професійного рівня судді та здатності здійснювати правосуддя у відповідному суді та суді відповідного рівня.

Згідно зі ст. 85 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» кваліфікаційне оцінювання включає такі етапи: 1) складення суддею іспиту; 2) дослідження суддівського досьє та проведення співбесіди.

Підпунктом 4.1.1 пункту 4.1 розділу 4 Порядку передбачено, що кваліфікаційна палата приймає рішення про підтвердження або не підтвердження здатності судді здійснювати правосуддя у відповідному суді на підставі вмотивованого висновку за результатами розгляду питання про проведення кваліфікаційного оцінювання.

Таким чином, з аналізу зазначених норм чинного національного законодавства та зарубіжного досвіду вбачається, що сьогодні Україна в межах проведення судової реформи де-юре вжила необхідних заходів для вдосконалення судоустрою шляхом запровадження кваліфікаційної атестації судді, тим самим зробила спробу забезпечити його незалежність і, як наслідок, незалежність усієї системи судоустрою. Разом із тим, на жаль, у сучасних українських реаліях професійне оцінювання суддів у тому вигляді, в якому воно існує на практиці, можна охарактеризувати як формальне та зведене до автоматизму.

Так, проведений вибірковий аналіз судових постанов Вищого адміністративного суду України за 2016–2018 рр., розміщених в Єдиному державному реєстрі судових рішень, показав, що значна кількість рішень Вищої кваліфікаційної комісії суддів, прийнятих за результатами оцінювання професійного рівня судді, обґрунтована лише дискреційністю повноважень та виключною компетенцією ВККС. Така діяльність ВККС у результаті призводить до порушень основних принципів та правил проведення кваліфікаційної атестації суддів, регламентованих як чинним законодавством, так і нормами міжнародно-правових договорів, серед яких, зокрема, можна виділити: 1) об'єктивність та справедливість рішень уповноваженого органу; 2) висвітлення достовірної та правдивої інформації щодо професійної, особистої, соціальної компетентності судді, його здатності підвищувати свій фаховий рівень та здійснювати правосуддя у суді відповідного рівня; 3) відповідності судді етичним та антикорупційним критеріям. Таким чином, на нашу думку, зазначені порушення під час прийняття рішень ВККС прямо обмежують суддю, який оцінюється, у здійсненні своєї професійної діяльності неупереджено, законно та незалежно.

Отже, варто визнати, що незважаючи на позитивні зміни, проведені в національній судовій системі, зростання публічності, демократичність та гласність судочинства, наявна національна процедура кваліфікаційної атестації суддів, що, на перший погляд, відповідає міжнародним стандартам реформування судових систем, все ж таки не позбавлена недоліків, а тому потребує з урахуванням зарубіжного досвіду подальшого вдосконалення як на законодавчому, так і на теоретичному рівні.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР (ред. від 30.09.2016). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, зі змінами та доповненнями, внесеними Протоколом № 14 від 13 травня 2004 р. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004

3. Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12.02.2015 № 192-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1507-17

4. Пояснювальна записка від 26.12.2014 року до Проекту Закону України «Про забезпечення прав на справедливий суд», прийнятого 12.02.2015. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53217

5. Притика Д. Правові проблеми судового управління. Право України. 2003. № 3. С. 30-36.

6. Власов И.С. Как происходит назначение на судейскую должность в разных странах. Советская юстиция. 1993. № 15. С. 15-19.

7. Шишкін В.І. Судові системи країн світу: у 3-х кн. К.: Юрінком Інтер, 2001. Кн. 1. 315 с.

8. Ed G. di Federico. Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe. University of Bologna, 2005. URL: https://searchworks.stanford.edu/view/8492734

9. Молдован В. В. Судоустрій. Україна, Велика Британія, Російська Федерація, США, ФРН, Франція. Судові органи ООН : навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2012. 265 с.

10. G. Di Federico. Il pubblico ministro: indipendenza, responsabilita, carrier separate. L'indice penale. 1995. № 2. P. 430-435.

11. Конституция Итальянской Республики. URL: https://worldconstitutions.ru/?p=148

12. Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17.11.2010. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38

13. Європейська хартія про статус суддів. Лісабон, 1998. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236

14. On standards concerning the independence of the judiciary and the irremovadility of judges // CCJE (2001) OP. # 1. ccje/docs (2001) op. n'le.

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

16. Порядок та методологія кваліфікаційного оцінювання судді: затверджений рішенням ВККС від 21.10.2015 № 67/зп-15. URL: https://vkksu.gov.ua/userfiles/poriadok.pdf

В статье исследован зарубежный и национальный опыт в сфере реформирования судебной системы. Установлено, что квалификационная аттестация судей, как организационно-правовой механизм мотивации судьи к профессиональному выполнению возложенных государством на него обязанностей и карьерного роста, является эффективным и основным средством совершенствования судоустройства. При этом доказано, что порядок проведения квалификационной аттестации судей должен обеспечивать баланс между оценкой профессионализма судьи и соблюдением принципа независимости судебной власти.

Ключевые слова: квалификационная аттестация судей, судебная реформа, судоустройство, судья, принцип независимости судебной власти.

The article deals with foreign and national experience in the reform of the judicial system. It has been established that qualification of judges as an organizational and legal mechanism for motivating a judge to professional fulfillment of the obligations imposed on him by the state on his duties and career development is an effective and basic means of improving the judicial system. At the same time, it is proved that the procedure for conducting the qualification of judges should ensure a balance between the judge's assessment of professionalism and adherence to the principle of the independence of the judiciary.

Key words: qualification attestation of judges, judicial reform, judicial system, judge, principle of independence of the judiciary.

УДК 347.21

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

ТЛУМАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ МАЙНА У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття присвячена розкриттю змісту поняття «майно» в аспекті статті 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Особлива увага приділена автономному тлумаченню Європейським судом з прав людини поняття майна у розумінні згаданої Конвенції. На підставі аналізу практики Європейського суду з прав людини зроблено висновок, що останній трактує поняття «майно» досить широко, включаючи в нього не лише традиційні предмети матеріального світу, а й низку нематеріальних благ.

Ключові слова: майно, власність, Європейський суд з прав людини, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, автономне тлумачення.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини (далі – Європейський суд) являє собою наднаціональний орган правосуддя, створення якого ознаменувало якісно новий етап інтеграції правових систем європейських країн. Юрисдикція Європейського суду є обов'язковою і поширюється на всі держави – учасниці Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та протоколів до неї, стосується всіх питань, що належать до тлумачення і застосування Конвенції, включаючи міждержавні справи і скарги окремих осіб. Сьогодні Конвенція дозволяє захищати права як фізичних, так і юридичних осіб, здійснюючи значний вплив на практику правозастосування її держав-учасниць.

Вагоме значення для гармонізації національного законодавства країн – учасниць Конвенції і європейських стандартів у сфері економічних відносин має розгляд практики Європейського суду з питань захисту права власності на підставі статті 1 Першого Протоколу до Конвенції (далі – Перший Протокол). При цьому на особливу увагу заслуговує тлумачення Європейським судом поняття майна (власності), оскільки воно дещо відрізняється від усталеного розуміння цього терміна вітчизняними науковцями і практиками. Зазначене дає підстави говорити про актуальність дослідження цього питання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. У межах цієї статті видається актуальним дослідити поняття майна у контексті статті 1 Першого Протоколу. Це питання виступало предметом дослідження небагатьох учених, у зв'язку з чим у національній юридичній науці не сформовано остаточного бачення з приводу досліджуваного питання. Вивченню цієї проблематики приділялася увага, зокрема, у наукових працях О. В. Дзери, Р. А. Майданика, А. М. Мірошниченка, В. П. Паліюка, П. М. Рабіновича, С. В. Шевчука та інших науковців.

Мета статті полягає у розкритті підходу Європейського суду до розуміння сутності поняття майна шляхом аналізу його практики.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до позиції Європейського суду поняття «своє майно», згідно зі статтею 1 Першого Протоколу, розуміється у двох значеннях. По-перше, під цим терміном мається на увазі наявне і належне особі майно, а саме грошові кошти [1], цінні папери [2], транспортні засоби [3], жилі приміщення (будинки, квартири) [4], земельні ділянки [5], будівництва [6], майнові комплекси (підприємства) [7], засоби індивідуалізації [8], об'єкти авторського права [9] та інші блага, які мають майнову цінність [10].

Автономність поняття майна дозволяє Європейському суду досить лояльно ставитися до його змісту і включати в нього не лише матеріальні речі в традиційному їх розумінні, але й репутацію заявника як адвоката [11], право на зайняття адвокатською діяльністю [12], ліцензію на зайняття певним видом діяльності [13], право на відшкодування експортного ПДВ [14] і надмірно сплаченого податку [15], право на зайняття рибним промислом [16], доменне ім'я [17], частку у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю [18].

При цьому категорія «майно» відповідно до статті 1 Першого Протоколу включає в себе не лише майно, яке належить особі на праві власності, але й майно, на яке в особи є законне право, наприклад право оренди [19].

© Н. Блажівська, 2018

Широкий підхід до розуміння майна як наявного і належного особі майна, безумовно, продиктований становищем Європейського суду як наднаціонального органу, який покликаний вирішувати спори за участю країн, що належать до різних правових систем. Але такий об'єктивний фактор не виключає власного прагнення Європейського суду до найбільш повного захисту такого фундаментального права, як право власності, що становить економічне підґрунтя свободи і правового статусу особи.

По-друге, поняття «своє майно» в розумінні статті 1 Першого Протоколу означає актив, у тому числі право вимоги, стосовно якого заявник може стверджувати, що в нього є обґрунтоване і законне очікування з приводу того, що він отримає можливість ефективного здійснення майнового права [20]. Твердження про наявність законного (правомірного) очікування, як свідчить практика Європейського суду, підтверджується, якщо заявник зможе довести, що має достатні підстави в національному законодавстві, наприклад, коли зазначене підтверджується усталеною судовою практикою [21].

Згідно зі статтею 1 Першого Протоколу законне (правомірне) очікування – це дещо більше, ніж просто сподівання; є різниця між простим сподіванням на успішне завершення, яке може і не мати місце, і законно обґрунтованими очікуваннями, які повинні бути більшою мірою визначеними і базуватися на законі чи іншому правовому акті, наприклад судовій практиці [22]. При цьому вимога не може вважатися законним правомірним очікуванням, якщо характер такої вимоги є умовним, тобто вона втрачає свою силу у зв'язку зі зникненням умови її реалізації [23].

Законне (правомірне) очікування – це, насамперед, характеристика активу, в тому числі права вимоги, наданого національним законодавством і підкріпленого судовою практикою. Безумовно, активом, стосовно якого особа має законне очікування щодо настання сприятливих майнових наслідків, виступає рішення національного суду, яке вступило в силу. Але відсутність в особи такого активу не виключає можливості стверджувати наявність у неї майна, згідно зі статтею 1 Першого Протоколу, у ситуації, коли є усталена практика національних судів з аналогічних справ, яка підтверджує правомірність вимог заявника у разі розгляду їх у суді. Отже, вимоги особи повинні мати характер обґрунтованого очікування, а не просто сподівання, мати підстави в законодавстві і судовій практиці. Уперше поняття законно обґрунтованого очікування було розкрито Європейським Судом у справі «Pine Valley Developments Ltd v. Ireland» [24], в якій законно обґрунтоване очікування базувалось на правових нормах, які мали виражений правовий і майновий характер.

Таким чином, законне очікування може базуватися на законі чи на усталеній практиці національних судів. У зв'язку із цим рішення органу виконавчої влади і рішення суду, яке набрало законної сили, оцінюються Європейським судом по-різному. Помилково винесене рішення органу виконавчої влади розглядається як «умовна вимога», яка не дозволяє стверджувати наявність в особи законного очікування [25], і навпаки, судове рішення, яке набрало законної сили, але скасоване в порядку наглядового провадження, вважається активом, стосовно якого в особи наявне право стверджувати наявність законного очікування щодо отримання майна, присудженого рішенням, до моменту скасування останнього.

Отже, право, яке ґрунтується на адміністративному акті, безумовно, виступає суб'єктивним правом і підлягає захисту. Однак необхідно враховувати, що адміністративний акт може бути оскаржений у тому числі в судовому порядку, тому засноване на ньому право не володіє ознаками законного очікування і може бути в односторонньому порядку змінене чи скасоване. Водночас остаточне рішення суду наділене такими властивостями з огляду на принцип верховенства права, яке включає вимогу правової визначеності.

Необхідно зауважити, що підставою законного очікування може виступати не лише закон та/або усталена судова практика, а й умови укладеного договору. Це, зокрема, зазначається у таких рішеннях Європейського суду, як «Richet and Le Ber v. France» [26], «V kony v. Hungary» [27].

Проаналізувавши практику Європейського суду у тому числі у справах проти України, варто зазначити, що Конвенція не гарантує право на пенсію за віком чи якусь іншу соціальну допомогу в конкретному розмірі. Однак вимога, яка стосується пенсії чи соціальної допомоги, може складати поняття «власність» (майно) у розумінні статті 1 Першого Протоколу у разі, якщо достатньою мірою встановлено, що вона має підстави в національному законодавстві і може бути юридично реалізована, наприклад, у разі, якщо вона підтверджена судовим рішенням, що набрало чинності [28].

Практика Європейського суду містить численні приклади того, що вимога чи борг, визнані такими, що вступили в силу на підставі рішення суду, складають поняття

«майно» (власність) заявника у розумінні статті 1 Першого Протоколу та наділяють вигодонабувача від такого судового рішення законним очікуванням. При цьому неможливість виконання протягом тривалого періоду часу судового рішення, прийнятого на користь заявника, являє собою втручання в його право на безперешкодне користування своїм майном. Прикладами зазначеного можуть служити такі рішення Європейського суду у справах проти України: «Makarovy and Others v. Ukraine» [29] (щодо пенсійних виплат), «Burmych and Others v. Ukraine» [30] (щодо виплати компенсації за шкоду, завдану здоров'ю), «Mokallal v. Ukraine» [31], «Komnatskyy v. Ukraine» [32], «Babenko v. Ukraine» [33] (з приводу надання квартир на умовах договору соціального найму), «Bochan v. Ukraine No. 2» [34], «Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine» [35], «Serkov v. Ukraine» [36] (щодо повернення чи компенсації незаконно конфіскованого майна). При цьому невиконання рішення суду може бути виправдане лише у виняткових випадках [37].

Необхідно зауважити, що втручання в право заявника на безперешкодне користуванням своїм майном може мати місце не лише у разі тривалого невиконання рішення суду, яке набрало законної сили, а й у разі скасування такого рішення в порядку нагляду. Ставлення Європейського суду до такої стадії цивільного процесу, як перегляд рішень у порядку нагляду, є однозначно негативним. Так, Європейський суд неодноразово у багатьох своїх рішеннях наголошував на невідповідності скасування рішення суду в порядку нагляду положенням статті 6 Конвенції і принципу правової визначеності [38].

Скасування в порядку нагляду судового рішення, яке набрало законної сили, суперечить не лише положенням статті 6 Конвенції, а й статті 1 Першого Протоколу. Практика Європейського суду стосовно взаємозв'язку наглядової стадії судочинства і порушення положень статті 1 Першого Протоколу полягає в тому, що скасування судового рішення прирівнюється до втручання в право особи на безперешкодне користування своїм майном [39]. Особливо негативно Європейський суд ставиться до скасування рішення суду, яке набрало законної сили, у разі, коли воно зумовлює ретроспективне застосування закону [40].

Водночас підхід Європейського суду до перегляду судових рішень у порядку нагляду не є суто формальним. У разі, якщо присуджені суми відповідно до рішення, яке було прийнято в результаті нового судового провадження, перевищують розмір спочатку присуджених грошових сум або ж відповідають їм, Європейський суд за таких обставин не вбачає порушення положень статті 1 Першого Протоколу [41]. Отже, у ситуації, коли майнове становище особи поліпшується в результаті перегляду рішення суду в порядку нагляду, немає підстав стверджувати, що на неї покладений надмірний та/або непропорційний тягар.

Отже, проаналізована судова практика Європейського суду свідчить про досить широкий підхід до визначення поняття «майно». Воно володіє автономним значенням і не обмежується лише правом власності на матеріальні об'єкти. Так, Європейський суд визнав, що гарантії статті 1 Першого Протоколу поширюються і на такі специфічні об'єкти, як: 1) суми, присуджені остаточним і обов'язковим судовим чи арбітражним рішенням; 2) право на відшкодування експортного ПДВ; 3) право на відшкодування надмірно сплаченого податку; 4) ліцензії на здійснення господарської діяльності чи надання певних послуг; 5) клієнтуру і ділові зв'язки фірми; 6) доменне ім'я; 7) право на акцію; 8) право на зайняття рибним промислом тощо.

Включення в поняття «майно» не лише традиційних речей, а й інших об'єктів у тому числі інтелектуальної власності, з огляду на обов'язковість правових висновків Європейського суду у питаннях тлумачення і застосування Конвенції, відкриває можливості поширювати механізм захисту, закладений у статті 1 Першого Протоколу, на правові явища, які виходять за межі традиційного для романо-германської правової сім'ї розгляду об'єкта права власності як тілесного об'єкта матеріального світу (речі).

Висновки.

З усього вищевикладеного можна зробити такі висновки. По-перше, Європейський суд являє собою ефективний механізм захисту порушених прав та інтересів, що підтверджується фактом виконання всіх без винятку винесених ним рішень. По-друге, стаття 1 Першого Протоколу – це унікальна стаття, оскільки в ній закріплено право на захист як юридичних, так і фізичних осіб. Крім того, згадана стаття є єдиною з усіх статей Конвенції, яка регулює майнові правовідносини. По-третє, в результаті тлумачення Європейським судом норм Конвенції поняття «майно» розглядається ним досить широко (воно включає в себе не лише предмети матеріального світу – речі, а й різноманітні нематеріальні блага), що повинно враховуватися національними судами.

Список використаних джерел:

1. Рішення Європейського суду з прав людини від 11 липня 2017 року у справі «Moreira Ferreira v. Portugal». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175646.

2. Рішення Європейського суду з прав людини від 25 липня 2002 року у справі «Sovtransavto Holding v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60634.

3. Рішення Європейського суду з прав людини від 25 квітня 2017 року у справі «Croatian Chamber of Economy v. Serbia». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-173851.

4. Рішення Європейського суду з прав людини від 28 липня 1999 року у справі «Immobiliare Saffi v. Italy». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58292.

5. Рішення Європейського суду з прав людини від 5 березня 1991 року у справі «Papamichalopoulos and Others v. Greece». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57836.

6. Рішення Європейського суду з прав людини від 19 лютого 2009 року у справі «Kozacioglu v. Turkey». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91413.

7. Рішення Європейського суду з прав людини від 8 липня 1986 року у справі «Lithgow and Others v. the United Kingdom». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57526.

8. Рішення Європейського суду з прав людини від 11 січня 2007 року у справі «Anheuser-Busch Inc. v. Portugal». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78981.

9. Рішення Європейського суду з прав людини від 29 січня 2008 року у справі «Balan v. Moldova». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84720.

10. Рішення Європейського суду з прав людини від 23 січня 2014 року у справі «East/West Alliance Limited v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140029.

11. Рішення Європейського суду з прав людини від 23 березня 2006 року у справі «Campagnano v. Italy». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72864.

12. Рішення Європейського суду з прав людини від 8 липня 2014 року у справі «Biagioli v. San Marino». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146102.

13. Рішення Європейського суду з прав людини від 21 грудня 2017 року у справі «Feldman and Slovyanskyy Bank v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-179557.

14. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2007 року у справі «Itersplav v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78872.

15. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 червня 2005 року у справі «Kirilova and Others v. Bulgaria». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69311.

16. Рішення Європейського суду з прав людини від 30 квітня 2013 року у справі «Lohuis and Others v. the Netherlands». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120080.

17. Рішення Європейського суду з прав людини від 18 вересня 2007 року у справі «Paeffgen GMBH v. Germany». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82671.

18. Рішення Європейського суду з прав людини від 14 лютого 2017 року у справі «Leki v. Slovenia». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171087.

19. Рішення Європейського суду з прав людини від 25 березня 1999 року у справі «Iatridis v. Greece». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58227.

20. Рішення Європейського суду з прав людини від 30 листопада 2004 року у справі «Öneryildiz v. Turkey». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614.

21. Рішення Європейського суду з прав людини від 6 жовтня 2005 року у справі «Maurice v. France». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70445.

22. Рішення Європейського суду з прав людини від 13 грудня 2016 року у справі «Béláné Nagy v. Hungary». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169663.

23. Рішення Європейського суду з прав людини від 22 червня 2004 року у справі «Broniowski v. Poland». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61828.

24. Рішення Європейського суду з прав людини від 29 листопада 1991 року у справі «Pine Valley Developments Ltd v. Ireland». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57711.

25. Рішення Європейського суду з прав людини від 20 березня 2018 року у справі «Radomilja and Others v. Croatia». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181591.

26. Рішення Європейського суду з прав людини від 18 листопада 2010 року у справі «Richet and Le Ber v. France». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101765.

27. Рішення Європейського суду з прав людини від 13 січня 2015 року у справі «Vékony v. Hungary». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-149201.

28. Рішення Європейського суду з прав людини від 25 жовтня 2007 року у справі «Lisnyy v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82953.

29. Рішення Європейського суду з прав людини від 29 серпня 2017 року у справі «Makarovy and Others v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177315.

30. Рішення Європейського суду з прав людини від 12 жовтня 2017 року у справі «Burmych and Others v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178082.

31. Рішення Європейського суду з прав людини від 10 листопада 2011 року у справі «Mokallal v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107421.

32. Рішення Європейського суду з прав людини від 15 жовтня 2009 року у справі «Komnatskyy

v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95083.

33. Рішення Європейського суду з прав людини від 4 січня 2012 року у справі «Babenko v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108845.

34. Рішення Європейського суду з прав людини від 5 лютого 2015 року у справі «Bochan v. Ukraine No. 2». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152331.

35. Рішення Європейського суду з прав людини від 15 жовтня 2009 року у справі «Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95032.

36. Рішення Європейського суду з прав людини від 7 липня 2011 року у справі «Serkov v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105536.

37. Рішення Європейського суду з прав людини від 29 червня 2006 року у справі «Treska v. Albania and Italy». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76581.

38. Melkonyan Davit. Concept of the Rule of Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights. URL: http://ysu.am/files/Davit_Melkonyan-1415702096-.pdf.

39. Sandvig Jenny. Retroactivity of changes in the case-law of the European Court of Human Rights. URL: https://www.salzburgglobal.org/fileadmin/user_upload/Documents/Jenny_Sandvig__Retroactivity_of_Changes_in_the_Case-Law_of_the_European_Court_of__Human_Rights.pdf.

40. Рішення Європейського суду з прав людини від 9 червня 2011 року у справі «Zheltyakov v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104903.

41. Рішення Європейського суду з прав людини від 15 березня 2007 року у справі «Gavrikova v. Russia». URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79804.

Статья посвящена раскрытию содержания понятия «имущество» в аспекте статьи 1 Протокола к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Особое внимание уделено автономному толкованию Европейским судом по правам человека понятия имущества в контексте данной Конвенции. На основании анализа практики Европейского суда по правам человека сделан вывод, что последний трактует понятие «имущество» достаточно широко, включая в него не только традиционные предметы материального мира, но и ряд нематериальных благ.

Ключевые слова: имущество, собственность, Европейский суд по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, автономное толкование.

The article is devoted to the disclosure of the scope of the concept of "property" in the context of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Particular attention is paid to the autonomous interpretation by the European Court of Human Rights of the notion of property within the meaning of the said Convention. On the ground of analysis of the European Court of Human Rights practice there is concluded that the latter defines the notion of "property" quite widely including not only the traditional objects of the material world, but also a number of intangible benefits.

Key words: property, dominion, European Court of Human Rights, Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, autonomous interpretation.

УДК 341.225.5

Арсен Кулієв,
канд. юрид. наук, доцент кафедри морського права
Одеського національного морського університету

Вікторія Кульбаба,
студентка магістратури
Навчально-наукового морського гуманітарного інституту
Одеського національного морського університету

ПРАВОВИЙ ЗМІСТ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПОНЯТТЯ «ЮРИСДИКЦІЯ» В МІЖНАРОДНОМУ МОРСЬКОМУ ПРАВІ

У роботі аналізується зміст та сутність поняття «юрисдикція», з правової точки зору здійснюється розмежування термінів «юрисдикція», «суверенітет» та «компетенція», робиться спроба виявити наявні тенденції у сучасному праворозумінні досліджуваних питань у доктрині міжнародного морського права.

Ключові слова: юрисдикція, міжнародне право, мореплавство, суверенітет, компетенція.

Постановка проблеми. Правовідносини, що існують у Світовому океані, безпосередньо стосуються морського права, тісно пов'язаного з іншими галузями права, та зазвичай включають до свого складу інші норми, в тому числі міжнародного публічного та міжнародного приватного права. Правовий режим морських просторів був предметом запеклих спорів у морській політиці держав, що мають флоти, і являв приклад конфронтації правових концепцій, особливо у добу Середньовіччя. Остаточне вирішення питання про морські простори знайшло своє підтвердження лише у XX ст. у Конвенції ООН з морського права 1982 р., де досить чітко визначені правове положення та межі морських просторів, що експлуатуються морськими суднами, а також затверджена свобода судноплавства у відкритому морі та встановлена юрисдикція держав над певними морськими територіями [1, с. 16].

Посилення взаємозалежності держав у сучасному світі, що являє собою одну з найбільш помітних рис процесу глобалізації, ускладнення міждержавних зв'язків і взагалі міжнародних відносин вимагають подальшого дослідження, а подекуди переосмислення міжнародно-правових понять та інститутів, які стали звичними. До таких понять належить і юрисдикція держав. Воно широко відоме, загальновживане і, здавалося б, абсолютно конкретне. На практиці ним часто оперують, не замислюючись над його точним значенням.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання юрисдикції досліджувало велике коло науковців, серед яких Т. В. Аверочкіна, О. А. Жаркова, А. Р. Каюмова, Б. М. Клименко, А. Л. Колодкін, Ю. С Ромашев, Т. І. Співакова, Д. В. Фетіщев, К. Хакапаа, В. Ф. Царев, О. С. Черниченко, С. В. Черниченко ті ін., але, на жаль, правовому змісту та особливостям поняття «юрисдикція» по відношенню до реалій морської галузі увага приділялася недостатньо.

Мета даного дослідження – з'ясувати, що собою являє поняття «юрисдикція», її обсяг, межі, а також сучасні тенденції, визначені міжнародним правом.

Виклад основного матеріалу. Термін «юрисдикція» з латинської мови (jurisdictio) перекладається як судочинство, але традиційно цією мовою вказаному поняттю відповідає, скоріше, слово «justitio», а також тлумачення слів «jus», «disere», що означає розв'язання конфліктів або застосування органами влади встановлених правил.

У внутрішньодержавній сфері термін «юрисдикція», як правило, сприймається в контексті діяльності судових органів, визначаючи їх повноваження із розгляду (включаючи й ухвалення рішень) тієї чи іншої категорії справ. Крім того, юрисдикцію держави визначають і як здатність держав видавати приписи або виконувати норми права, і як право держави нав'язувати свою владу, і як компетенцію держави впливати на поведінку інших суб'єктів, і як правову владу [2, с. 14].

Водночас у міждержавних відносинах поняття «юрисдикція держави» використовується головним чином як прояв державного суверенітету. Тому є всі підстави

© А. Кулієв, В. Кульбаба, 2018

розглядати його насамперед як міжнародно-правове явище.

Міжнародне співробітництво в регулюванні питань юрисдикції бере свої витоки у стародавній історії, і спочатку воно було пов'язане з необхідністю захисту права власності (угоди про повернення рабів-утікачів) та боротьби із вкрай обмеженим колом злочинів (перш за все, з політичними злочинами, злочинами проти інтересів скарбниці, а також з еміграцією, яку вважали злочинною). Нерозвиненість міждержавних зв'язків виключала будь-яку необхідність у розширенні або поглибленні такого співробітництва.

Поряд із зародженням цивільного права у країнах Західної Європи у XI-XII століттях почали виникати питання колізійного права. Їх вирішення лягло в основу розвитку практики та теорії міжнародного приватного права. Це зрештою пробудило до життя міжнародне публічно-правове співробітництво. Однак перші міждержавні угоди з'явилися в цій галузі тільки в середині XIX ст. Потім таке співробітництво стало надзвичайно широким і динамічним.

На межі XIX-XX століть виникли нові галузі міжнародного співробітництва з питань юрисдикції й активно розширювалися наявні. Протягом усього XX ст. таке співробітництво було однією з галузей міжнародного публічного права [3, с. 212-213].

Як не парадоксально, в сучасному міжнародному праві немає визначення поняття юрисдикції: положення універсальних конвенцій і локальних договорів не містять детальної інформації, яка стосується вживання термінів. Більшість міжнародно-правових актів так чи інакше зачіпають юрисдикційні аспекти, термін "юрисдикція" позбавлений конкретного змісту і розглядається як будь-які заходи або заходи, які державам-учасникам необхідно вжити і здійснити щодо того чи іншого об'єкта для досягнення кінцевої мети договору. Однозначне визначення юрисдикції відсутнє і на доктринальному рівні.

Ті визначення, які дають закордонні та вітчизняні вчені, дуже різняться між собою, наприклад: «юрисдикція як державно-владна діяльність полягає в застосуванні закону до юридичних конфліктів і прийнятті за ними правових актів» [4]; або «термін «юрисдикція» зазвичай застосовується для позначення компетенції судових органів з розгляду цивільних, кримінальних та інших справ» [5]; або «юрисдикція держав – одна з найбільш спірних областей міжнародного права, що зачіпає можливість застосування внутрішнього права держави до подій і індивідів, які перебувають за межами його території, до обставин, які зачіпають інтереси інших держав» [6].

Фінський вчений і дипломат К. Хакапаа розглядає юрисдикцію як компетенцію держави на підставі міжнародного права впливати на поведінку інших суб'єктів (приватних осіб або публічних органів) так само, як і на статус їхнього майна, за допомогою видання розпоряджень, ухвалення судових рішень або забезпечення виконання приписів адміністративним шляхом. Таке визначення юрисдикції охоплює будь-яку дію (в тому числі і бездіяльність), що є за своєю природою цивільною, адміністративною або кримінальною [7, с. 145]. Л. Н. Галенська під терміном «юрисдикція» розуміє не тільки правозастосовчу діяльність держави, а й дію нормативного права в просторі і по колу осіб, включаючи і всі способи реалізації права [8, с. 35-38]. На думку А. І. Зябкіна, юрисдикція в міжнародному праві означає межі повноважень держави та її органів з видання законів (нормативних актів), забезпечення дотримання та застосування цих актів у сфері, зазначеній міжнародними договорами. Держава в цьому світлі «визначає коло державних органів, наділених повноваженнями забезпечити виконання зазначених актів» [9, с. 121].

О. С Черниченко визначає юрисдикцію держави як можливість, якою володіє держава, з урахуванням її міжнародно-правових зобов'язань, забезпечувати реалізацію свого права шляхом загрози застосування або застосування правового примусу [2, с. 10-11].

С. В. Черниченко під юрисдикцією розуміє можливість державного примусу, що виражена у правовій оболонці. Нею можна вважати можливість і допустимість держави очікувати і вимагати здійснення своїх правових велінь (приписів і заборон) і забезпечувати їх здійснення [10, с. 114].

Г. Оксман вважає, що «під юрисдикцією держави в найширшому її розумінні розуміється законне право цієї держави діяти, а значить, і його право вирішувати, чи діяти, а якщо діяти, то як» [11, с. 55]. Малколм Шоу пише, що «юрисдикція означає правомочність держави впливати на майно людей і людські обставини і відображає базові принципи державного суверенітету, рівності держав і невтручання у внутрішні справи» [12, с. 452].

Зіткнення юрисдикцій держав як проявів їхнього суверенітету породжує багато проблем у розумінні сутності даних понять і їх взаємовідносин у практичному плані [2, с. 3].

Досить часто в міжнародно-правових актах юрисдикція розглядається з точки зору поширення суверенної влади держав-учасників на будь-які об'єкти або певні ділянки території, тобто як прояв територіального верховенства.

У вітчизняній доктрині міжнародного права на відмінності у змісті і розбіжність понять «юрисдикція» і «суверенітет» вказували Б. М. Клименко, А. Л. Колодкін, В. Ф. Царьов, Т. І. Співакова, О. А. Жаркова та ін. Ними, зокрема, зазначалося, що поняття територіального верховенства не рівнозначне поняттю юрисдикції, а вже тим більше поняття юрисдикції не рівнозначне поняттю суверенітету, складовою частиною якого є територіальне верховенство.

У західній доктрині на це звертали увагу Я. Броунлі, Х. Лаутерпахт, К. Хакапаа, Г. Шварценбергер і ін. Англійський юрист Я. Броунлі, наприклад, підкреслює складність і різноманіття прав, обов'язків, компетенцій, привілеїв та імунітетів держав, що призводить, на його думку, до змішання таких об'ємних термінів, як «суверенітет» і «юрисдикція».

Водночас існує, вказує він, і може бути визначена певна однаковість у їх вживанні, хоча «суверенітет» є коротким юридичним позначенням правосуб'єктності держави, а «юрисдикція» належить до конкретних аспектів даної правосуб'єктності, особливо до прав, привілеїв і компетенції. Розглядаючи питання про співвідношення юрисдикції та суверенітету, Я. Броунлі підкреслює, що юрисдикція – це один з аспектів суверенітету, який позначає судову, законодавчу і адміністративну компетенцію.

На його думку, відмінність полягає в такому: «Звичайний комплекс державних прав, типовий випадок правової компетенції, зазвичай позначається як «суверенітет»; конкретні права або будь-яка сукупність прав, кількісно менша, ніж цей комплекс, називається «юрисдикцією». Коротше кажучи, «суверенітет» є коротким юридичним позначенням правосуб'єктності певного роду, а саме статусу держави; «юрисдикція» ж належить до конкретних аспектів такої правосуб'єктності, особливо до прав (або претензій), привілеїв і компетенцій» [13, с. 174-175, 425].

Більшість вітчизняних і зарубіжних авторів розглядають юрисдикцію як прояв суверенітету. Так, Л. А. Лунц і Н. І. Маришева визначають юрисдикцію в міжнародному публічному праві як сферу суверенної влади держави у законодавстві, суді, управлінні [14, с. 58].

Б. М. Клименко і Ю. Т. Барсегов, так само як і С. В. Молодцов [15], не тільки відзначають відмінність самих понять «суверенітет» і «юрисдикція», але і вказують на розбіжність їхніх просторових сфер дії. Причому якщо в межах державної території юрисдикція є аспектом суверенітету, то за межами територіального суверенітету держави вона за своєю природою має самостійне значення (зональна юрисдикція). Хоча принципова сукупність правомочностей (юрисдикція) держави залишається єдиною (законодавчі, судові та адміністративні), але обсяг їх і правова природа різні: або вони засновані на суверенітеті держави, або встановлені (визнані) нормами міжнародного права.

Т. І. Співакова вважає, що «поняття «національна юрисдикція» набагато вужче, ніж поняття «повний суверенітет», і включає в себе обмежене коло суверенних прав із точним зазначенням, в яких цілях поширюється юрисдикція даної держави на ту чи іншу зону або простір» [16, с. 283]. У цьому разі, на нашу думку, відбувається підміна понять. Термін «національна юрисдикція» було би правильніше порівнювати з терміном «територіальна юрисдикція», а не з терміном «повний суверенітет».

Дещо відокремлено в цих одностайних висловлюваннях розміщується позиція М. І. Лазарєва, який рішуче виступає проти застосування терміна «національна юрисдикція», оскільки поєднання слова «національна» зі словом «юрисдикція», на його думку, вказує на всеосяжний характер юрисдикції і містить прихований натяк на суверенітет. Він пропонує вживати термін «юрисдикція прибережної держави» із зазначенням тієї сфери, в якій вона здійснюється, наприклад, у сфері боротьби із забрудненням морського середовища і т. д. Термін «національна юрисдикція», вважає він, зручний тільки для відмежування юрисдикційних прав окремих держав від прав у Світовому океані міжнародного співтовариства. При цьому відомі свободи відкритого моря, у тому числі свободу судноплавства, М. І. Лазарєв цілком обґрунтовано вважає за краще іменувати суверенними правами [17, с. 221-222].

У зв'язку з уведенням у науковий обіг терміна «суверенні права» слід нагадати, що стосовно прав прибережної держави на морські ресурси зони національної юрисдикції за межами територіальних вод він був запозичений із Конвенції про континентальний шельф 1958 року. Відхиливши терміни «суверенітет», «юрисдикція» і «виняткові права», які не відповідають суті встановлюваних відносин, І Конференція ООН з морського права віддала перевагу терміну «суверенні права», підкреслюючи цим спеціалізований і функціональний характер права держави на ресурси шельфу.

Необхідність запровадження терміна «суверенні права» полягала в тому, щоб знайти альтернативу суверенітету в зоні функціональної ресурсної юрисдикції. Термін

вказував також на те, що створювані правовідносини за своїм характером не речові, а публічно-правові. Не позбавлена значення й інша мета: показати, що йдеться саме про такі права, які притаманні суверенній державі.

Слід зазначити, що можливості держав щодо здійснення своєї юрисдикції мають обмеження. Вони визначаються межами поширення свого суверенітету, суверенітету іноземних держав і міжнародним правом. С. В. Черниченко стверджує, що різниця між встановленням, а також здійсненням юрисдикції в межах території держави і поза нею полягає в ступені її обмеження, яка визначається міжнародним правом. Насправді міжнародне право або обмежує юрисдикцію держав, або передбачає в певних випадках екстраординарне її розширення [18].

Існує думка, що суверенітет держав на міжнародній арені виражається насамперед у тому, як вони діють або можуть діяти по відношенню одна до одної у публічно-правовій сфері, як далеко поширюється їхня влада за межами їх територій. Саме в цьому полягає суть юрисдикції держав, яку розуміють як можливість держави розглядати та вирішувати питання відповідно до її компетенції [19, с. 128].

Однак, вказане розширювальне тлумачення, по суті, ставить знак рівності між правовою природою юрисдикції та правовою природою компетенції, з чим важко погодитися. На думку С. В. Черниченко, незважаючи на часте вживання терміна як синоніму компетенції, такий підхід «не розкриває всіх меж цього явища» [18, с. 112].

Термін «компетенція» (від латинського compete або competent – досягаю, відповідаю, підхожу) розуміється як «коло повноважень, наданих законом, статутом або іншим актом конкретному органу або посадовій особі» [20], або «сукупність юридично встановлених повноважень, прав і обов'язків конкретного державного органу або посадової особи, що визначають його місце в системі державних органів» [21]. Ю. А. Тихомиров до елементів компетенції відносить нормативно встановлені цілі, предмети відання як юридично визначені сфери і обсяги впливу; владні повноваження як гарантовану міру прийняття рішень [22, с. 188].

Як правило, вживання терміну пов'язане з наділенням владними повноваженнями державних органів, проте термін «компетенція» вживається не тільки у внутрішньодержавному значенні, і, якщо перенести дане поняття в міжнародно-правову площину, можна зробити висновок, що компетенція – це сукупність або комплекс прав і обов'язків, якими юридично наділений конкретний суб'єкт внутрішньодержавного або міжнародного права.

Якщо реалізація внутрішніх функцій держави в рамках його компетенції, як правило, пов'язана зі встановленням і здійсненням юрисдикції, то стосовно зовнішніх функцій держави у сфері міжнародних відносин термін «юрисдикція» зовсім не завжди буде прийнятним. Тому зміст компетенції ширший, ніж зміст юрисдикції. Компетенція – це сфера відання суб'єкта, комплекс його прав і повноважень, тоді як юрисдикція являє собою реалізацію тільки правової компетенції держави.

Висновки.

Отже, історично юрисдикція мала й має донині кілька визначень, які, однак, є не стільки суперечливими, скільки взаємодоповнювальними. Ні в доктрині, ні, тим більше, в нормативних міжнародно-правових актах немає визначення юрисдикції держав, яке могло би вважатися загальновизнаним.

Натепер необхідно, як ніколи раніше, встановити з достатнім ступенем точності, що являє собою юрисдикція держави, її обсяг і межі, які визначаються міжнародним правом.

Існує велика кількість звичайних і договірних міжнародно-правових норм, які з більшою або меншою чіткістю проводять вказані межі. Важливо виявити серед цього конгломерату норм загальні орієнтири і тенденції, що відображають специфіку сучасних міждержавних відносин.

Слід підкреслити, що особливості сучасних міждержавних відносин повинні розглядатися не як деструктивний чинник, що спричинив докорінні зміни основ міжнародного права, його найважливіших інститутів і понятійного апарату, а як конструктивний, що впливає на збагачення і того, й іншого. Лише такий підхід дасть можливість побачити в правильному світлі те, в якому напрямі розвивається міжнародне право. Саме такого підходу слід дотримуватися і в аналізі поняття юрисдикції держав і її ролі в міждержавних відносинах в наші дні.

Список використаних джерел:

1. Кузнецов С. О., Аверочкіна Т. В. Морське право: підручник. Одеса : Фенікс, 2011. 382 с.
2. Черниченко О.С. Международно правовые аспекты юрисдикции государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М, 2003. С. 14.
3. Буроменський М.В. Міжнародне публічне право: навч. посібник. К.: Юрінком Інтер, 2006. 336 с.
4. Prisacaru V. Jurisdictiile spezial in Repablica Sozialista Pomania // Bucuresti, 1974. P. 22.

5. Клименко Б. М. Основные проблемы государственной территории в международном праве: автореф. дис. ... д. ю.н. М., 1970. С. 8.

6. Schachter O. International Law in Theory and Practice / Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht; Boston; London, 1997. P. 250.

7. Хакапаа К. Загрязнение морской среды и международное право / пер. с англ. В.А. Киселева. М: Прогресс, 1986. С. 145.

8. Галенская Л.Н. Правовые проблемы сотрудничества государств в борьбе с преступностью. Л.: Изд во ЛГУ, 1978. С. 35-38.

9. Зябкий А.И. Несанкционированное вещание из открытого моря и международно правовые средства его пресечения: дис. ... канд.юрид. наук. Л: ЛГУ, 1985. С. 121.

10. Черниченко С. В. Теория международного права. М., 1999. С. 114.

11. Oxman H. B. Jurisdiction of States // Encyclopedia of Public International Law. V. 1. Elsevier Sciences Publishers. Amsterdam, 1992. P. 55.

12. Shaw M. International Law. 4th ed., Cambridge University Press, 2003. P. 452.

13. Броунли Я. Международное право. Книга первая, М., 1977. С. 174-175, 425.

14. Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976. С. 58.

15. Клименко Б.М., Порк А.А. Территория и граница СССР. М., 1985. С. 25; Барсегов Ю.Г. Юрисдикция прибрежного государства. Словарь международного морского права. М., 1985. С. 250.; Молодцов С.В. Правовой режим морских вод. М., 1982. С. 28.

16. Спивакова Т.И. К вопросу о понятии «национальной юрисдикции» в международном морском праве. Проблемы государства и права на современном этапе. Вып. II. М., 1982. С. 283.

17. Лазарев М.И. Теоретические вопросы современного международного морского права. М., 1983. С. 221-222.

18. Черниченко С. В. Теория международного права. С. 112.

19. Терентьева Л.В. Соотношение понятий «юрисдикция» и «суверенитет». Вестник Университета имени О.Е. Кутафина. 2016. № 12. С. 126-133.

20. Новая иллюстрированная энциклопедия. Кн. 9. М., 2000. С. 79.

21. Румянцев О. Г., Додонов В. Н. Юридический энциклопедический словарь. М., 1996. С. 137.

22. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс. М., 2005. С. 188.

23. Кривак В.В. Поняття юрисдикції держави в територіальних водах. Митна справа. 2010. № 1. С. 80-84.

В работе анализируется содержание и сущность понятия «юрисдикция», с правовой точки зрения осуществляется разграничение терминов «юрисдикция», «суверенитет» и «компетенция», делается попытка выявить существующие тенденции в современном правопонимании исследуемых вопросов в доктрине международного морского права.

Ключевые слова: юрисдикция, международное право, мореходство, суверенитет, компетенция.

The paper analyzes the content and essence of the concept of "jurisdiction", from a legal point of view, differentiates the terms "jurisdiction", "sovereignty" and "competence", attempts to identify existing trends in modern legal understanding of the issues under study in the doctrine of international maritime law.

Key words: jurisdiction, international law, navigation, sovereignty, competence.

УДК 347.672:341.954

Марія Михайлів,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ УКРАЇНИ ПРО ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті розглянуто питання правового регулювання відносин спадкування за заповітом у міжнародному приватному праві за допомогою норм міжнародних договорів України про правову допомогу в цивільних справах. Виокремлено низку проблем, пов'язаних із неоднаковими підходами щодо вибору колізійних прив'язок у сфері спадкування за заповітом у міжнародних договорах про правову допомогу, та запропоновані шляхи їх вирішення.

Ключові слова: заповіт, міжнародний договір, спадкування, спадкування за заповітом.

Постановка проблеми. Найбільш відомим інструментом правового регулювання питань спадкування за заповітом у міжнародному приватному праві є міжнародні договори про правову допомогу в цивільних справах. Натепер міжнародні договори про правову допомогу в цивільних справах залишаються чи не єдиним в Україні найбільш ефективним способом уніфікації норм у сфері спадкування за заповітом, що допомагає усунути розбіжності як між матеріальними, так і між колізійними нормами держав у даній сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Питанню правового регулювання відносин спадкування як за законом, так і за заповітом у міжнародному приватному праві за допомогою міжнародних договорів України про правову допомогу в цивільних справах приділяли увагу українські та іноземні вчені, такі, наприклад, як: Г. В. Галущенко, І. Г. Гетьман-Павлова, О. О. Кармаза, В. І. Кисіль, Л. А. Лунц, І. Г. Медведєв, Н. В. Орлова, А. А. Рубанов, А. А. Степанюк, В. Л. Толстих, Є. І. Фурса, С. А. Фурса., А. Г. Хачатурян тощо. Проте в науці ще залишається чимало питань, які потребують дослідження та є актуальними і сьогодні.

Мета статті – проаналізувати зміст норм міжнародних договорів про надання правової допомоги в цивільних справах та визначити місце, яке вони займають серед джерел міжнародного приватного права у врегулюванні відносин міжнародного спадкування за заповітом. Виокремити проблеми правового регулювання міжнародних спадкових відносин за заповітом у міжнародних договорах про правову допомогу та запропонувати шляхи їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Кількість багатосторонніх міжнародних договорів у сфері спадкування за заповітом, на думку В. І. Кисіля, є порівняно невеликою, проте найбільш дієвим механізмом міжнародного правового регулювання спадкових відносин сьогодні виступають двосторонні міжнародні договори [1, с. 167].

Міжнародні договори про правову допомогу відіграють важливу роль у врегулюванні питань спадкування за заповітом, на це вказує і судова практика. Так, відповідно до пункту 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7 «Про судову практику у справах про спадкування», вирішуючи спір щодо спадкування прав на майно, яке знаходиться за кордоном, або за участю іноземця, необхідно з'ясовувати, чи існує договір про правову допомогу з цією країною і чи не передбачені в цьому договорі інші правила щодо спадкування, ніж в українському законодавстві. У разі розбіжностей застосовуються норми міжнародного договору [2].

Чинними для України двосторонніми міжнародними договорами про правову допомогу є договори близько з двадцятьма державами.

© М. Михайлів, 2018

За час незалежності Україна уклала двосторонні договори про правову допомогу в цивільних та сімейних справах із Китайською Народною Республікою (1992 р.), Литвою (1993 р.), Польщею (1993 р.), Грузією (1995 р.), Латвією (1995 р.), Молдовою (1995 р.), Естонією (1996 р.), Македонією (2000 р.), Румунією (2002 р.), Кіпром (2005 р.) та іншими державами. Чинними для України залишаються договори, укладені між Радянським Союзом та Албанією (1958 р.), Болгарією (1975 р.), В'єтнамом (1981 р.), Іраком (1973 р.), КНДР (1957 р.), Республікою Куба (1957 р.), Монголією (1958 р.), Грецією (1981 р.), Кіпром (1984 р.), Сирійською Арабською Республікою (1984 р.) та ін. [3, с. 79-80].

З метою регулювання відносин спадкування за заповітом у міжнародному приватному праві застосовними є як двосторонні, так і регіональні договори про правову допомогу у цивільних справах. Як ті міжнародні договори, які були укладені Україною як незалежною державою, так і міжнародні договори про правову допомогу, укладені за часів СРСР, правонаступницею яких Україна стала відповідно до Закону України «Про правонаступництво України» (ст. 7).

Проте можемо спостерігати певні проблеми у застосуванні норм таких міжнародних договорів, оскільки є чимало договорів про правову допомогу, укладених між тими самими державами у різний період часу. У зв'язку із цим виникає чимало запитань, які потребують свого вирішення. Зокрема, якщо один міжнародний договір був прийнятий раніше, інший – пізніше і вони регулюють одні й ті самі питання по-різному, то норму якого міжнародного договору потрібно застосувати? Насамперед, вважаємо, необхідно звертатися до роз'яснень Міністерства закордонних справ України щодо чинності та порядку застосування на території України міжнародних договорів. Проте, виходячи з практики застосування норм таких договорів, можемо виділити такі способи:

– застосування норм міжнародних договорів про правову допомогу у спосіб взаємодоповнення (у разі наявності одних норм у міжнародних договорах про правову допомогу, прийнятих раніше, та інших норм, які їх доповнюють у міжнародних договорах про правову допомогу, прийнятих пізніше);

– застосування норм міжнародного договору про правову допомогу шляхом поєднання із застосуванням норм національного законодавства (у разі відсутності спеціальних норм у міжнародних договорах про правову допомогу);

– застосування норм міжнародного договору про правову допомогу, який був прийнятий пізніше (у разі різних підходів щодо регулювання одних і тих же питань);

– застосування норм міжнародного договору про правову допомогу, який був прийнятий раніше (у разі відсутності таких норм у міжнародному договорі про правову допомогу, прийнятому пізніше) тощо.

Міжнародні договори про правову допомогу, як правило, спадковим відносинам присвячують окремі розділи, у перших статтях яких закріплюється принцип рівності у спадкових відносинах. Так, наприклад, відповідно до ст. 36 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах [4] громадяни однієї Договірної Сторони можуть набувати на території іншої Договірної Сторони право на майно й інші права, одержуючи спадщину за законом або розпорядженням у разі смерті на тих самих умовах і в такому ж обсязі, що і громадяни цієї Договірної Сторони. Громадяни однієї Договірної Сторони можуть робити розпорядження на випадок смерті стосовно майна, яке знаходиться на території іншої Договірної Сторони. Подібні норми містяться і в договорах про правову допомогу з Латвійською Республікою (ст. 35), Литовською Республікою (ст. 34) тощо. Отже, закріплений у міжнародних договорах про правову допомогу принцип рівності означає, що у спадкових відносинах іноземці наділені таким же обсягом прав, як і власні громадяни.

Проте в окремих міжнародних договорах про правову допомогу передбачено застосування до спадкових відносин принципу «національного режиму» (наприклад, ст. 21 договору про правову допомогу з Кіпром та інш.). У зв'язку із цим варто звернути увагу на співвідношення «принципу рівності прав у спадкових відносинах» та «принципу національного режиму у спадкуванні».

На думку А. А. Рубанова, принцип національного режиму іноземців стосовно здатності мати спадкові права – це лише окремий прояв загального принципу [5, с. 36]. Зміст такого національного режиму іноземців у сфері спадкування має певні особливості й характеризується трьома елементами: принципом прирівнювання іноземців до місцевих громадян; окремими обмеженнями порівняно з місцевими громадянами; наявністю особливих прав, що не надаються місцевим громадянам [6, с. 22].

Дещо інший зміст принципу рівності спадкових прав можна побачити в Договорі між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах. Так, відповідно до ст. 37 громадяни однієї Договірної Сторони можуть набувати майно чи

права на території другої Договірної Сторони шляхом успадкування за законом чи за заповітом на тих самих умовах і в тому ж обсязі, як і громадяни останньої, за винятком випадків, передбачених цим Договором. Громадяни однієї Договірної Сторони, складаючи заповіт, можуть розпоряджатися своїм майном, яке знаходиться на території другої Договірної Сторони, так само, як і громадяни останньої, за винятком випадків, передбачених цим Договором [7].

Отже, можемо зробити висновок, що міжнародні договори принцип рівності у сфері спадкування за заповітом розкривають порізному, а саме:

– шляхом надання іноземцям таких самих прав у сфері спадкування, як і власним громадянам (відбувається зрівняння у спадковій правоздатності);

– шляхом надання іноземцям «національного режиму», в цьому разі їхня спадкова правоздатність буде визначатися виходячи з норм національного законодавства спадкодавця чи заповідача;

– шляхом встановлення в міжнародному договорі певних обмежень у сфері реалізації спадкової правоздатності, тобто закріплення винятків виходячи із загального принципу рівності у спадкових відносинах.

Відносини у сфері спадкування за заповітом регулюються міжнародними договорами про правову допомогу по-різному, зокрема, це стосується питань здатності складати та скасовувати заповіт, форми заповіту та його дійсності, визначення обов'язкової частки у спадщині.

Виходячи з аналізу міжнародних договорів у сфері надання правової допомоги, можемо констатувати, що одні міжнародні договори містять лише колізійні норми щодо форми заповіту, інші договори регулюють питання здатності складати заповіт, форми заповіту, його зміну та скасування.

Так, відповідно до ст. 39 Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах [4] здатність до складення або відміни заповіту, а також правові наслідки недоліків волевиявлення визначаються законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач у момент складення або відміни заповіту. Спосіб складення або відміни заповіту визначається законодавством тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач у момент складення або відміни заповіту. Але достатнім є дотримання законодавства тієї Договірної Сторони, на території якої заповіт був складений або відмінений. Норми подібного змісту є також і в ст. 40 договору про правову допомогу з Чеською Республікою, ст. 35 договору про правову допомогу з КНДР, ст. 36 договору про правову допомогу із Соціалістичною Республікою В'єтнам, ст. 36 договору про правову допомогу з Республікою Македонія тощо.

Усі ці договори передбачають щодо питань здатності до складення або зміни заповіту чи його скасування прив'язку до законодавства тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач у момент складення, зміни або скасування заповіту. А щодо способу складення або відміни заповіту передбачено альтернативну прив'язку, а саме застосовним може бути законодавство тієї Договірної Сторони, громадянином якої був заповідач у момент складення або відміни заповіту, або дотримання законодавства тієї Договірної Сторони, на території якої заповіт був складений або відмінений.

Проте, на нашу думку, в цих міжнародних договорах не враховано те, що між складанням, зміною та скасуванням заповіту існує часовий проміжок, протягом якого заповідач може втратити громадянство, змінити його або набути поряд із наявним ще одне громадянство, а це, як наслідок, може впливати на дійсність заповіту. Також певні проблеми можуть породжувати і ситуації, пов'язані із закріпленням різних колізійних прив'язок щодо форми та щодо змісту заповіту.

Дещо інший підхід щодо питань здатності до складення або зміни заповіту чи його скасування можемо спостерігати в Мінській конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах. Так, здатність особи до складання і скасування заповіту, а також форма заповіту і його скасування визначаються по праву тієї країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання акта. Однак заповіт або його скасування не можуть бути визнані недійсними внаслідок недотримання форми, якщо остання задовольняє вимогам права місця його складання [8].

Отже, основним колізійним критерієм у цьому разі буде відсилання до права тієї країни, де заповідач мав місце проживання в момент складання акта. Проте вважаємо, що колізійна прив'язка «право держави, де заповідач мав місце проживання в момент складання акта» на практиці може породжувати певні проблеми, оскільки держави порізному підходять до цього поняття і місце проживання можуть розглядати як тимчасове, так і постійне. У зв'язку із цим можуть виникати запитання, пов'язані з тестаментоздатністю та вадами волевиявлення.

Необхідно також враховувати, що Мінська конвенція застосовується до тих справ

про міжнародне спадкування, які зачіпають правопорядки країн – учасників СНД за умови відсутності між ними відповідного двостороннього договору [9].

Чимало міжнародних договорів про правову допомогу закріплюють лише колізійні норми щодо форми заповіту, оминаючи питання здатності складати заповіт, змінювати його чи скасовувати. Так, відповідно до ст. 38. договору між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних, трудових та кримінальних справах форма заповіту, порядок його скасування або зміни визначаються законодавством Договірної Сторони, громадянином якої був спадкодавець на момент складання заповіту чи його скасування або зміни. Проте достатньо, щоб було додержано законодавство Договірної Сторони, на території якої був складений заповіт [10]. Це положення застосовується і стосовно скасування або зміни заповіту. Подібною за змістом є ст. 32 Угоди між Україною та Турецькою Республікою про правову допомогу та співробітництво в цивільних справах. Варто звернути увагу на те, що питання здатності складати заповіт, змінювати його чи скасовувати держави залишають поза увагою, чим залишають за собою право регулювати його, виходячи з вимог національного законодавства громадянства чи постійного місця проживання на момент волевиявлення. За загальним правилом, питання пов'язані із дієздатністю фізичної особи, вирішуються в спосіб застосування колізійної прив'язки особистого закону фізичної особи. Проте оскільки заповіт – це односторонній правочин, то як субсидіарну прив'язку також застосовують право держави місця вчинення правочину.

Отже, можемо зробити висновок, що проаналізовані міжнародні договори у сфері надання правової допомоги як основну колізійну прив'язку щодо здатності до складення, зміни чи скасування заповіту, а також щодо форми заповіту закріпили обов'язкову колізійну прив'язку право держави громадянства заповідача, а колізійну прив'язку місця складення заповіту визначили як субсидіарну.

На думку В. Г. Галущенка, загалом видається, що намагання обмежити кількість колізійних прив'язок щодо форми заповіту має негативний характер і не виправдано теоретично, оскільки застосування широкої схеми таких прив'язок створює режим максимальної дійсності заповіту, що є найбільш сприятливим для заповідача. У цьому контексті видається доцільним як альтернативні в договорах використовувати прив'язки, запропоновані в Україні, – право місця складення заповіту, право країни громадянства, право звичайного місця перебування спадкодавця, право країни, в якій знаходиться нерухоме майно (ст. 72 Закону України «Про міжнародне приватне право») [11, с. 130].

Поза увагою регулювання міжнародними договорами про правову допомогу залишаються питання, пов'язані з можливістю складати ті чи інші види заповітів, з видами допустимих умов заповіту, меж розпорядження спадковим майном тощо. У зв'язку із цим вважаємо, що ці питання повинні вирішуватися шляхом застосування матеріальних норм, до яких відсилають колізійні норми законодавства громадянства або постійного місця проживання заповідача.

Висновки.

Отже, уніфікація норм у сфері спадкування за заповітом, яка здійснюється шляхом прийняття договорів про надання правової допомоги в цивільних справах, має вагоме значення в міжнародних спадкових відносинах. Натепер уніфікація в галузі спадкового права стосується лише колізійних норм, оскільки уніфікація самих матеріальних норм є надзвичайно складною та практично незначною.

У результаті аналізу норм міжнародних договорів про правову допомогу в цивільних справах у сфері спадкування за заповітом запропоновано способи усунення проблем щодо застосування норм міжнародних договорів, які приймалися між тими ж державами у різний період часу.

Проаналізовано норми міжнародних договорів про правову допомогу, що закріплюють принцип рівності у спадкових правовідносинах. Звертається увага на різний підхід у міжнародних договорах про правову допомогу щодо розкриття змісту принципу рівності у спадкових відносинах.

Звертається увага і на те, що міжнародні договори про правову допомогу намагаються обмежити кількість колізійних прив'язок, що можуть застосовуватися у сфері спадкування за заповітом, а це, як наслідок, впливає на обмеження принципу свободи заповіту та автономії волі.

Таким чином, незважаючи на певні проблеми, які виникають у сфері правового регулювання спадкування за заповітом за допомогою норм міжнародних договорів України про правову допомогу в цивільних справах, вони залишаються чи не єдиним інструментом, за допомогою якого можна вирішити і врегулювати спадкові відносини з іноземним елементом.

Список використаних джерел:

1. Кисіль В.І. Спадкові відносини в сучасному міжнародному приватному праві. Право України. 2013. № 7. 366 с.
2. Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 7. Вісник Верховного суду України. 2008. № 6. С. 17.
3. Довгерт А. С., Кисіль В. І. Міжнародне приватне право: особлива частина: підручник. Київ: Алерта, 2013. 400 с.
4. Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 23.05.1993. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/616_174/print1445454375308313.
5. Рубанов А.А. Наследование в международном частном праве (отношения СССР с капиталистическими странами). М.: Наука, 1966. 236 с.
6. Рубанов А.А. Заграничные наследства : Отношения между социалистическими и капиталистическими странами. М.: Наука, 1975. 276 с.
7. Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 28.05.2001. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/203_018/print1443093674069567
8. Конвенція про правові відносини і правову допомогу у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/997_009/print1444315331426685
9. Абраменков М.С., Чугунов П.В. Наследственное право: учебник для магистров / отв. ред. В.А. Белов. М.: Издательство Юрайт, 2013. С. 416.
10. Договір між Україною та Латвійською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 23.05.1995. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/428_627/card6#Public
11. Галущенко В.Г. Питання міжнародного приватного права у міжнародних договорах України про правову допомогу. К.: Видавництво «Юстініан», 2005. 472 с.

В статье рассмотрены вопросы правового регулирования отношений наследования по завещанию в международном частном праве с помощью норм международных договоров Украины о правовой помощи по гражданским делам. Выделен ряд проблем, связанных с неодинаковыми подходами относительно выбора коллизионных привязок в сфере наследования по завещанию в международных договорах о правовой помощи, и предложены пути их решения.

Ключевые слова: завещание, международный договор, наследование, наследование по завещанию.

The article deals with the issues of legal regulation of inheritance by testament in the international private law through the norms of international treaties of Ukraine on legal assistance in civil matters. These is outlined a set of problems related to different approaches to choice of collusion bindings in the field of inheritance by testament in international legal aid contracts and there are suggested the ways of their solution.

Key words: testament, international agreement, inheritance, inheritance by testament.

Михайло Бурдін,
докт. юрид. наук, професор,
проректор
Харківського національного університету внутрішніх справ

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ І.О. ГРИЦАЙ «МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИНЦИПУ ГЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА»[1]

Сучасна динаміка державного та суспільного розвитку в Україні висуває нові наукові пріоритети. У таких умовах особливого значення набувають дослідження всієї сукупності чинників, що формують основу демократичної, соціальної, правової держави. Одним із таких чинників виступає питання встановлення гендерної рівності, що є системним, складним, тривалим за часом розвитку політико-правовим та суспільним процесом, який охоплює трансформацію всіх сфер суспільного життя. Необхідність формування сучасних підходів до механізму забезпечення принципу гендерної рівності та вдосконалення його реалізації відповідно до міжнародних стандартів зумовлює надзвичайну актуальність теми дослідження, яке проведено І. Грицай у монографії «Механізм забезпечення принципу гендерної рівності: теорія та практика».

Висловлюючи повагу до низки авторитетних учених та експертів у сфері гендерної рівності та високо оцінюючи наукову значимість їх творчих напрацювань, автор справедливо вказує на відсутність комплексного дослідження механізму забезпечення принципу гендерної рівності. Тож представлена монографія заповнює вказану прогалину, вдало продовжує наукові розробки для виявлення кращих практик діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, інститутів громадянського суспільства у сфері забезпечення принципу гендерної рівності.

Вказане вище нині має велике значення, оскільки вимоги до країн-кандидатів на вступ до Європейського Союзу, намір про що виявила й Україна, потребують як об'єктивної оцінки сучасного стану механізму забезпечення принципу гендерної рівності щодо таких вимог, так і пошуку ефективних шляхів упровадження позитивного міжнародного досвіду у цій сфері у вітчизняну практику.

Монографія відрізняється масштабністю дослідження, науковою новизною та цінною інформацією, представленою всебічно та систематизовано. Вигідно виділяє представлену монографію конструктивна умотивована критика порушення принципу гендерної рівності в Україні, професіональна вимогливість у питанні створення ефективного механізму забезпечення принципу гендерної рівності.

Слід відзначити вдалий вибір методів дослідження, враховуючи мету і завдання дослідження, що, без сумніву, забезпечило належну обґрунтованість положень та висновків, рекомендацій та пропозицій, сформульованих у монографії. Методологічною основою монографічного дослідження виступили філософські, загальнонаукові, спеціально-наукові та власні методи правознавства.

Також обґрунтованість та достовірність результатів рецензованої монографії І. Грицай підтверджується розширеною нормативно-правовою та емпіричною базою. До того ж автор зверталася до законодавства зарубіжних держав, позитивний досвід яких можна застосувати в Україні.

Науково-теоретичне підґрунтя роботи склали наукові праці з низки суспільних наук (філософії, соціології, історії, психології, педагогіки тощо), у тому числі зарубіжні, однак основою виступили роботи у межах науки теорії держави і права та галузевих юридичних наук: конституційного, адміністративного, кримінального права та ін.

Результати проведеного дослідження, наведені у монографії, можуть бути використані у науково-дослідній сфері, у правотворчій сфері, у правозастосовній діяльності, у навчальному процесі, у діяльності громадських організацій.

Логічно побудованим видається план монографії, відповідно до якого здійснено аналіз – від вивчення теоретичних та методологічних аспектів принципу гендерної рівності (розділ 1) та загальнотеоретичної характеристики механізму забезпечення принципу гендерної рівності та його елементів (розділ 2) до діяльності органів державної влади у сфері забезпечення реалізації принципу гендерної рівності (розділ 3) та вітчизняного і

[1] Грицай І.О. Механізм забезпечення принципу гендерної рівності: теорія та практика: монографія. Київ: Хай-Тек Прес, 2018. 470 с.

© М. Бурдін, 2018

зарубіжного досвіду практики забезпечення реалізації принципу гендерної рівності (розділ 4). Саме така структура дала змогу у повному обсязі та ґрунтовно дослідити як теоретичні, так і практичні проблеми механізму забезпечення принципу гендерної рівності.

Позитивно вплинуло на зміст рецензованої монографії глибоке знання автором конкретних проблем у механізмі забезпечення принципу гендерної рівності та широке використання власних практичних напрацювань.

Обґрунтовано, що системоутворюючими чинниками результативної гендерної політики є: духовно-культурний; політичний; соціальний; економічний; інституційно-структурний; нормативний компоненти.

Практичну цінність мають систематизовані та проаналізовані основні проблеми щодо формування та здійснення державної гендерної політики на рівні регіонів: відсутність показників для реалізації контролю та моніторингу процесу здійснення завдань державної гендерної політики; наявність диспропорції між обласними та районними радами з їх відповідними обласними та районними державними адміністраціями; низька ефективність узгодженості та координації діяльності між органами місцевого самоврядування, місцевими та центральними органами виконавчої влади щодо вироблення та визначення пріоритетів гендерної політики на регіональному рівні; практично неналагоджена горизонтальна комунікація між регіонами та неурядовими організаціями.

Заслуговує на позитивну оцінку обґрунтування автором положення щодо необхідності викласти п. 5 ч. 1 ст. 38 (Умови реєстрації кандидатів у депутати у багатомандатному виборчому окрузі) Закону України «Про місцеві вибори» у такій редакції: «5) виборчого списку кандидатів у депутати від місцевої організації партії, який має представляти не менше 30 відсотків загальної кількості кандидатів однієї статті, за формою, затвердженою Центральною виборчою комісією, на паперових носіях, підписаного керівником місцевої організації партії, засвідченого печаткою місцевої організації партії або відповідної організації партії вищого рівня, та в електронному вигляді». Таке формулювання сприятиме уникненню конфліктів між суб'єктами виборчого процесу та забезпечить належне представництво жінок на наступних місцевих виборах в Україні.

Особливий інтерес становлять положення вченого щодо потреби впровадження методики гендерно-орієнтованого бюджетування у програмно-цільовий метод на всіх рівнях урядування, що може істотно сприяти досягненню цілей програмно-цільового методу: забезпеченню прозорості бюджетного процесу, бюджетних коштів і результатів виконання бюджетної програми; оцінюванню та аналізу досягнення поставлених цілей та виконання завдань з огляду на гендерні аспекти; сприянню роботі розпорядників коштів щодо досягнення запланованих результативних показників; підвищенню якості розроблення бюджетної політики, ефективності розподілу і використання бюджетних коштів; інформуванню громадян про хід планування та виконання бюджету з метою їх залучення до процесу ухвалення управлінських рішень.

Науковцем узагальнено, що метою гендерно-правової експертизи є детальний аналіз як проектів нормативно-правових актів, так і чинного законодавства, виявлення прямої чи прихованої (непрямої) дискримінації за ознаками статі, різних стереотипів у поведінці людей, які можуть якимось чином дискримінувати певні групи людей або дискредитувати сам закон. Ця експертиза є дієвим механізмом контролю суспільства над державою.

Монографія містить і низку інших висновків, положень та рекомендації, що мають теоретико-прикладне значення для практики реалізації принципу гендерної рівності та є важливим внеском вченого у розвиток доктрини науки теорії держави і права.

Окремо доречно звернути увагу на точність мови, лексичне та стилістичне оформлення монографії. Висновки та положення, викладені у роботі, мають завершений та цілісний характер, є взаємопов'язаними.

Резюмуючи вищенаведене, зазначимо, що І. Грицай створено оригінальну наукову концепцію, в якій описані сучасні теоретико-методологічні засади механізму забезпечення принципу гендерної рівності. Монографія є важливим досягненням на шляху розвитку правової науки в Україні. Робота відповідає всім вимогам, встановленим до такого виду робіт. Дослідження є інноваційним, а його результати – затребувані практикою державотворення та суспільного розвитку. Проаналізована робота має стати підґрунтям для нових наукових досліджень у цій сфері. Отже, спроба науковця сформувати універсальне методологічне підґрунтя для дослідження специфіки якісної визначеності механізму забезпечення принципу гендерної рівності та створення його нової моделі цілком вдалася.

Михайло Лошицький,
докт. юрид. наук, професор,
ректор
Національної академії прокуратури України

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ЧОРНОЇ ВІКТОРІЇ ГРИГОРІВНИ «АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ОБМЕЖЕННЯ В ПАРАДИГМІ ПРАВА»[1]

У видавництві «Центр учбової літератури» у 2018 р. вийшла друком монографія «Адміністративно-правові обмеження в парадигмі права», розроблена кандидатом юридичних наук, доцентом В. Г. Чорною.

Визначаючи ступінь важливості цієї монографічної праці для сучасних вищих навчальних закладів України, слід зазначити, що на сучасному етапі розвитку громадського суспільства, в період реформування сфер освіти і науки, медицини, оптимізації системи публічного адміністрування, внесення змін до процесуального законодавства та ін. постає гостра потреба у визначенні найоптимальніших правових засобів, які можуть бути ефективно використані в інтересах оновлення суспільства у всіх сферах його життєдіяльності. Разом із тим процес посферного реформування, на жаль, призводить до дезорганізації, нестійкості соціальних інститутів, зумовлює пошук нових форм упорядкування суспільних відносин. Першочергового вирішення потребують проблеми управління, вдосконалення його методів і механізмів. Особливе місце в системі соціального управління займає правове регулювання, засоби якого зараз піддаються ретельній інвентаризації у зв'язку з переходом до багатоукладної економіки, реформуванням політичної та правової систем. Одним із видів правових засобів є обмеження. Обмеження як засіб адміністративно-правового характеру можуть не лише мати негативну сторону, але й виступати як позитивні обов'язки.

Надана на рецензування монографічна праця присвячена саме адміністративно-правовим обмеженням у парадигмі права.

Ознайомлення зі змістом монографічної роботи дає змогу стверджувати, що добре продумана структура монографії, яка складається з п'яти розділів, які включають у себе п'ятнадцять підрозділів, дозволяє викласти матеріал логічно та послідовно, розкриваючи сутність понять «обмеження», «правові обмеження», «адміністративно-правові обмеження».

Треба відзначити, що в роботі виконано поставлені завдання, а саме: здійснено характеристику вчень про правові обмеження; досліджено генезис адміністративно-правових обмежень; визначено юридичну природу, поняття й ознаки адміністративно-правових обмежень; з'ясувано зміст принципів регулювання адміністративно-правових обмежень; розкрито види адміністративно-правових обмежень; проаналізовано обмежувальні норми адміністративного права; з'ясовано зміст відносин адміністративно-правових обмежень; визначено засади реалізації обмежувальних норм адміністративного права; з'ясовано особливості дотримання принципів верховенства закону і верховенства права у сфері адміністративно-правових обмежень; розкрито мету і функції адміністративно-правових обмежень; вивчено адміністративно-правові інститути обмежувального спрямування; розкрито сутність адміністративно-правових режимів обмежувального спрямування; виокремлено обмеження у сфері прав людини і громадянина; визначено обмеження у сфері публічної служби і протидії корупції; розкрито сутність обмежень, що містяться в структурі адміністративно-правової норми; визначено обмеження, що виокремлюються залежно від предмета правового регулювання; проаналізовано еволюцію адміністративно-правових обмежень у законодавстві зарубіжних країн; запропоновано імплементацію обмежувальних практик зарубіжних країн у законодавство України; вироблено конкретні пропозиції та рекомендації щодо вдосконалення обмежень в адміністративному праві.

Дослідивши генезис та різні підходи до розуміння поняття обмеження, автор визначає, що сам термін «обмеження» використовується в різних значеннях, що продиктовано особливістю його застосування, діяльністю органів публічної влади, правовим статусом суб'єкта, втіленням у відповідних нормах права, причому дані норми регулюють усі сфери життєдіяльності населення, що визначає і всебічність застосування обмежень.

[1] Чорна В.Г. Адміністративно-правові обмеження в парадигмі права: монографія. Київ: Центр учбової літератури, 2018.

© М. Лошицький, 2018

Автором визначено, що юридична природа адміністративно-правових обмежень випливає з їх особливостей: 1) нерозривно пов'язані зі стимулами (є протиставленням обмежень); 2) ситуативне застосування правових обмежень та правових стимулів застосовується в ході правового регулювання та впливає на його результативність: регулювання здійснюється шляхом використання методу «батога» (застосування обмежень) та «пряника» (застосування стимулів); 3) адміністративно-правові обмеження є своєрідною межею, порушення якої спричиняє адміністративну відповідальність, що проявляється в настанні для порушників негативних наслідків; 4) поряд зі стимулами термін «обмеження» зіставляється з поняттям «заборона», оскільки є, на нашу думку, найбільш наближеними змістовно до даного поняття. Заборона є наступним етапом після використання обмежень; 5) знаходять своє місце у відповідних приписах, зміст яких і вказує на необхідність їх застосування; 6) спричиняють виникнення нових прав та обов'язків у суб'єкта; 7) адміністративно-правові обмеження є частиною системи правових засобів, які в діалектичній єдності виступають як субстанціональні феномени і як технологічні явища процедурного наповнення.

Перший розділ монографії присвячений теоретичним підходам до поняття обмежень в адміністративному праві: розкрито генезис адміністративно-правових обмежень, визначено юридичну природу, поняття й ознаки адміністративно-правових обмежень, розкрито систему принципів регулювання адміністративно-правових обмежень.

У другому розділі розглянуто механізм регулювання адміністративно-правових обмежень: з'ясовано зміст обмежувальних норм адміністративного права, відносин адміністративно-правових обмежень, розкрито способи реалізації обмежувальних норм адміністративного права.

Третій розділ визначає інституціональну об'єктивізацію адміністративно-правових обмежень шляхом розкриття мети і функцій адміністративно-правових обмежень, визначення адміністративно-правових інститутів обмежувального спрямування, а також розкриття змісту адміністративно-правових режимів обмежувального спрямування.

У четвертому розділі визначено види та систему адміністративно-правових обмежень, нормативно-правове регулювання адміністративно-правових обмежень, адміністративно-правові обмеження в предметі адміністративного права.

На підставі дослідження зарубіжного досвіду адміністративно-правових обмежень розглянуто еволюцію адміністративно-правових обмежень у законодавстві зарубіжних країн та запропоновано імплементацію обмежувальних практик зарубіжних країн у законодавство України.

Дана робота є актуальною та необхідною для розвитку правової науки в цілому та адміністративної науки безпосередньо. Тому вважаю, що опублікування монографії Чорної Вікторії Григорівни на тему «Адміністративно-правові обмеження в парадигмі права» є необхідним кроком до розбудови демократичної держави.

Загалом, можна стверджувати, що рецензована монографія В. Г. Чорної є вагомим внеском у розвиток адміністративно-правової науки України. Її поява видається більш ніж своєчасною, бо саме такі монографічні праці допомагають студентам, здобувачам, аспірантам, докторантам України здобути якісні знання з курсу адміністративного права та публічного адміністрування. Репрезентована наукова монографічна праця послідовника Київської школи адміністративного права є, безумовно, корисною для використання в навчальному та науково-дослідному процесі у вищих навчальних закладах.

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.