4 2018 (266)

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

Наталія Артем'єва
Суб'єкти, які надають безоплатну правову допомогу у цивільному судочинстві України 5

Nataliia Berbat
History of shareholders' agreements' formation in the United Kingdom and Germany: usefulness of experience for Ukraine 11

Віталій Біленко
Види договорів про допоміжні репродуктивні технології 18

Ганна Буяджи
Фідуціарний заклад як вид забезпечення зобов'язань: поняття, особливості, доцільність 21

Марина Великанова
Методологічні засади впливу на ризик 28

Оксана Гуйван, Петро Гуйван
Охорона персональних даних як потреба демократичного суспільства 34

Карина Корнієнкова
Право спільної сумісної власності подружжя 41

Анатолій Коструба
Встановлення правонаступництва юридичної особи – кредитодавця в кредитних відносинах при зміні назви та видів діяльності: проблемні питання практики «оновленого складу» Верховного суду 45

Валерія Мельник
Господарсько-правова відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності 52

Андрея Олійник
Докази та предмет доказування у справах про надання фізичним особам психіатричної допомоги в примусовому порядку 58

Софія Попова
Поняття та ознаки особистих немайнових прав юридичних осіб: питання теорії 64

Маріанна Саградян
Цивільна дієздатність фізичної особи
в Україні та в зарубіжних країнах.....69

Оксана Шевчишин
Правосуб'єктність неповнолітніх осіб
як передумова дійсності правочинів.....74

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Наталя Іванюта
Господарський процесуальний кодекс України:
проблеми юридичної техніки.....80

Олег Кулик
Способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії
за законодавством України та Європейського Союзу.....86

Анна Мельник
Забезпечення військовослужбовців
та членів їхніх сімей житлом: історико-правовий аналіз.....92

Вікторія Мілаш
Публічні застереження в господарському договорі:
вияв договірної свободи чи її деформація.....96

ТРУДОВЕ ПРАВО

Людмила Вакарюк
Державні чинники, що забезпечують правовий режим
у трудовому праві України.....103

АГРАРНЕ ПРАВО

Тетяна Оверковська
Правове регулювання безпечності продуктів харчування.....109

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Ярослав Байкалов, Марина Пархоменко
Правові аспекти реформування земельних відносин,
які впливають на механізми врегулювання
економічного розвитку агропромислового комплексу.....115

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олег Губанов
Роль та місце центру адаптації державної служби
до стандартів Європейського Союзу
у системі суб'єктів публічної адміністрації України.....122

Станіслав Зливко
Аналіз нормативно-правових актів щодо регулювання діяльності
керівника в системі виконання покарань.....130

Ірина Ігнатченко
Засади публічного адміністрування у сфері культурної безпеки України
як складники адміністративно-правового регулювання.....135

Владислав Карелін
Щодо професійних і кваліфікаційних вимог до суб'єктів,
які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів
у сфері організації виконання покарань.....143

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Микола Ломакін
Французька модель конституційного контролю.....150

Олеся Проценко
Право та гарантії свободи думки і свободи масової інформації.....156

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Маріанна Казацька
Щодо питання визначення
та законодавчого закріплення поняття «акцизний податок».....161

Ірина Приходько
Перспективи проведення податкової амністії капіталів фізичних осіб в Україні
(з урахуванням результатів податкового компромісу 2014 року).....167

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Олег Сидоренко
Інформаційні ресурси як об'єкт інформаційних правовідносин.....173

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Дмитро Бойчук
Щодо питання про принципи права людини на захист.....183

Тетяна Гуменюк
Концепти функціонування сучасної юридичної науки.....188

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Андрій Головач
Щодо змісту аналізу та прогнозування стану
криміногенної ситуації в установах виконання покарань.....193

Юлія Горожанкіна
Проблемні аспекти інституту необхідної оборони.....197

Вячеслав Олійниченко
Кримінально-правова характеристика ухилення
від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів).....201

Олена Попович
Принципи криміналізації:
поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110-2 КК України).....209

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Олександр Андрушко
Примус у кримінальному процесі: питання денотації і конотації.....215

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

АДВОКАТУРА

Ярослав Буряк
Участь адвоката у діяльності центрів безоплатної вторинної правової допомоги **221**

МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Наталія Блажівська
До питання про місце рішень Європейського суду з прав людини у національній правовій системі..... **226**

Олександр Гаврилюк
Проблемні питання застосування практики Європейського суду з прав людини національними судами..... **231**

Пам'яті Петра Івановича Лапечука..... **239**

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 № 4 від 25.04.2018 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 27.04.2018. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 26,97. Обл.-вид. арк. 24,58
Тираж – 255. Замовлення № 0518/39
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2018.
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01032, м. Київ, вул. Назарівська, 7-Б, оф. 4.
Тел./факс (044) 513-33-16.

УДК 347.91

Наталія Артем'єва,
аспірант кафедри правосуддя
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СУБ'ЄКТИ, ЯКІ НАДАЮТЬ БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу питання суб'єктів, які реалізують безоплатну правову допомогу у цивільному судочинстві України. Автором окреслюються ключові теоретичні та практичні проблеми надання уповноваженими суб'єктами безоплатної правової допомоги у цивільному судочинстві України.

Ключові слова: безоплатна правова допомога, суб'єкти надання, цивільне судочинство України, цивільний процес України.

Постановка проблеми. Актуальність теми зумовлена проведеною в 2017 році реформою цивільного процесуального законодавства України, якою був суттєво змінений порядок надання професійної правничої допомоги в цивільному судочинстві. Проблематика окресленої теми також зумовлюється тим, що вона залишилась поза фокусом уваги науковців, хоча на рівні правозастосовчої практики викликає низку запитань. Станом натепер тема суб'єктів, які реалізують безоплатну правову допомогу у цивільному судочинстві України, доволі поверхово та фрагментарно висвітлена в правовій доктрині. Доречним буде також відзначити, що тема безоплатної правової допомоги зазвичай досліджувалась у сфері кримінального процесу України, однак аж ніяк не у сфері цивільного процесу України.

Метою статті є окреслення теоретичних та практичних проблем щодо суб'єктів, які реалізують безоплатну правову допомогу в цивільному судочинстві України.

Виклад основного матеріалу. Т. Б. Вільчик у своїй докторській дисертації дійшла цілком справедливого висновку, що необхідність надання безоплатної правової допомоги у цивільному процесі безпосередньо випливає з принципу дотримання прав людини. У цивільному, так само як і в кримінальному, процесі наріжним каменем концепції справедливого судового розгляду є те, що учасник процесу не може бути позбавлений можливості ефективно відстоювати свої вимоги перед судом, а також те, що йому має бути забезпечена рівність можливостей з протилежною стороною в реалізації своїх прав. Конституційні принципи верховенства права, рівного доступу до правосуддя, справедливого судового розгляду та інші підкреслюють правомірність цієї позиції [1, с. 195-196].

Відповідно до пункту «с» частини 3 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року кожна особа, яка є обвинуваченою у вчиненні кримінального правопорушення, має право захищати себе особисто чи використовувати професійну правову допомогу захисника, обраного на власний розсуд, а у разі відсутності достатніх коштів – на одержання такої допомоги безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя. З даного приводу зазначимо, що практика Європейського суду з прав людини розширено тлумачить зазначену статтю Конвенції і право на безоплатну правову допомогу поширює не тільки на осіб, які обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення, але й на осіб у цивільних справах. Класичними судовими справами Європейського суду з прав людини, присвяченими безоплатній правовій допомозі в цивільному судочинстві, є Golder v. United Kingdom [2], Perks and others v. the United Kingdom [3], Steel and Morris v. the United Kingdom [4], P., C. and S. v. United Kingdom [5], Andronicou and Constantinou v. Cyprus [6].

У рамках цивільного процесу України може надаватись безоплатна вторинна правова допомога, яка полягає в професійному представництві інтересів особи в суді. Відповідно до ст. 15 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги в Україні є: 1) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; 2) адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу.

© Н. Артем'єва, 2018

На наш погляд, віднесення законодавцем центрів із надання безоплатної вторинної правової допомоги до суб'єктів надання безоплатної правової допомоги не є правильним. По-перше, центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги є територіальними відділеннями Координаційного центру з надання правової допомоги, що утворюються безпосередньо Міністерством юстиції України. Основна функція центрів зводиться до перевірки звернень осіб про надання безоплатної правової допомоги, прийняття рішень про надання такої допомоги та призначення адвоката. По-друге, центри з надання безоплатної правової допомоги не є суб'єктами професійної правничої допомоги, якими є виключно адвокати. По-третє, безпосереднє надання вторинної безоплатної правової допомоги здійснюється виключно адвокатами.

Як вже було вище зазначено, на нашу думку, єдиними суб'єктами надання безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України є адвокати, які включені до Реєстру адвокатів, котрі надають безоплатну вторинну правову допомогу. Слід акцентувати увагу на тому, що, виходячи зі ст. 15 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», будь-які інші особи не мають права надавати безоплатну правову допомогу. Нагадаємо, що відповідно до ч. 2 ст. 60 ЦПК України у розгляді спорів, що виникають із трудових відносин, а також справ у малозначних спорах (малозначні справи), представником може бути особа, яка досягла вісімнадцяти років та має цивільну процесуальну дієздатність. Зазначені положення ЦПК України не стосуються безоплатної правової допомоги.

З огляду на те, що до безоплатної правової допомоги у цивільному процесі України допускаються зовсім не всі адвокати, потрібно зупинитись на питанні порядку включення адвокатів до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу. Постановою Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 року № 1362 затверджений порядок і умови проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Слід звернути увагу на те, що такий порядок обрання адвокатів, які мають право надавати безоплатну правову допомогу, зазнає постійної критики з боку Національної асоціації адвокатів України. Так, останні декілька років поспіль у своїх звітах Національна асоціація адвокатів України пише про те, що серйозним викликом для незалежної адвокатури є система допуску адвокатів до системи безоплатної правової допомоги через штучне створення бар'єрів, якими є бюрократичні конкурси з відбору адвокатів. Такий підхід держави є не тільки концептуально неправильним, але фактично також є формою державного регулювання та навіть вибіркового контролю над тим, яким адвокатам дозволяється практикувати в системі безоплатної правової допомоги. Останнє є неприпустимим, оскільки всі адвокати вже пройшли підготовку та підтвердили свою кваліфікацію під час складання кваліфікаційного іспиту. Крім того, якість їхньої роботи має оцінювати кваліфікаційно-дисциплінарна комісія, а не чиновники з Міністерства юстиції України. Така система, вочевидь, вступає в протиріччя з принципом саморегулювання адвокатури та адвокатської діяльності, її незалежності від держави та недискримінації при користуванні правом на здійснення адвокатської діяльності [8, с. 10-11].

Ми також схильні вважати, що всі без винятку адвокати повинні мати право безперешкодно надавати безоплатну правову допомогу і проведення будь-яких додаткових конкурсів є зайвим. Аналогічна практика існує в провідних країнах Європейського Союзу, зокрема Шотландії, Англії, Уельсі, Німеччині та Нідерландах. У цих країнах не вимагається проходження адвокатами додаткової кваліфікаційної перевірки для можливості надання безоплатної правової допомоги. Як зазначено у звіті Ради Європи, Міністерство юстиції України та Координаційний центр із надання безоплатної правової допомоги займають протилежну позицію і вважають, що для надання безоплатної правової допомоги адвокати повинні отримати додаткову кваліфікацію, щоб вважатися спеціалістами. Аргументація такої позиції така:

1) система безоплатної правової допомоги є якісно новим видом діяльності адвокатури, і надання безоплатних правничих послуг має низку труднощів;

2) система безоплатної правової допомоги супроводжується впровадженням нового Кримінального процесуального кодексу України;

3) в Україні існує об'єктивна потреба в повному застосуванні Європейської конвенції із захисту прав людини;

4) окремі адвокати, які отримали свідоцтво до запровадження системи безоплатної правової допомоги в Україні (у 2012 році), були у дуже тісних стосунках з міліцією, прокурорами або навіть судовими органами і, як наслідок, не можуть здійснювати незалежне представництво підозрюваних/обвинувачених, в якому інтереси осіб повинні бути пріоритетом [9, с. 53].

Вважаємо, що наведені вище аргументи не є достатніми для того, що ставити під сумнів кваліфікацію всіх адвокатів України. Проведення органами юстиції додаткової перевірки адвокатів є прямим втручанням держави в самоврядний інститут адвокатури. На нашу думку, останнє прямо суперечить ст. 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де зазначено, що адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, а також те, що держава створює належні умови для діяльності адвокатури та забезпечує дотримання гарантій адвокатської діяльності. По суті, в цьому разі має місце втручання держави в діяльність самоврядного інституту адвокатури. З огляду на це, ми вважаємо, що потрібно скасувати Постанову Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 року № 1362, а також передбачити в Законі «Про безоплатну правову допомогу в Україні» те, що суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги є всі без винятку адвокати.

Роль центрів із надання безоплатної правової допомоги зводиться до перерозподілу справ між адвокатами. Так, особи, які бажають скористатися своїм правом на безоплатну правову допомогу в цивільному процесі України, повинні звернутися з письмовою заявою до будь-якого центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги або територіального органу юстиції незалежно від місця реєстрації свого проживання або тимчасового перебування особи. У разі, якщо йдеться про неповнолітніх, недієздатних або обмежено дієздатних осіб, то звернутися до зазначених органів повинні законні представники таких осіб (опікуни, піклувальники).

Після отримання від особи письмової заяви про надання безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України відповідні центри зобов'язані розглянути дану заяву протягом 10 днів і прийняти рішення, чи буде такій особі надаватися безоплатна допомога. У разі, якщо заява була адресована територіальному органу юстиції, останній протягом 3 днів зобов'язаний надіслати дану заяву до центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги, діяльність якого поширюється на територію відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Приймаючи рішення, відповідальний центр перевіряє, чи відповідає суб'єкт звернення критеріям ст. 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», а також чи є взагалі підстави для надання такої допомоги в цивільному процесі України. Якщо особа не має підстав для отримання безоплатної вторинної правової допомоги, Центр із надання безоплатної вторинної правової допомоги приймає рішення про відмову в наданні безоплатної вторинної правової допомоги і надсилає копію цього рішення особі, яка звернулася про надання такої допомоги, з одночасним роз'ясненням порядку оскарження рішення про відмову в наданні безоплатної вторинної правової допомоги (ч. 4 ст. 19 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Після прийняття рішення про надання безоплатної правової допомоги особі в цивільному процесі відповідальний центр призначає адвоката, який надає безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом. При цьому під час призначення адвоката враховуються його спеціалізація, досвід роботи, навантаження, складність справ, у яких адвокат бере участь. У разі неможливості призначення адвоката, який надає безоплатну правову допомогу на постійній основі за контрактом, відповідальний центр укладає договір з адвокатом, включеним до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу.

Таким чином, особа, яка потребує безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України, звертається до центру з надання безоплатної правової допомоги, і останній самостійно приймає рішення. За даних умов особа фактично позбавлена права вільно обирати захисника своїх прав у суді, оскільки це віднесено до виключної компетенції центру з надання безоплатної правової допомоги. Наявні положення статей 19-22 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» ми схильні вважати такими, що напряму порушують ст. 59 Конституції України, а також базові принципи Конвенції про захист прав та основоположних свобод.

Задля справедливості потрібно також навести офіційну позицію Європейського суду з прав людини щодо даного питання. Зокрема, у справі Croissant v. Germany [10] Суд постановив, що, незважаючи на важливість довірливих відносин між адвокатом і клієнтом, право на вибір адвоката не можна вважати абсолютним. Право на правову допомогу обов'язково стає предметом обмежень у цьому разі, коли йдеться про надання такої допомоги на безоплатній основі. У призначенні державою адвоката повинні враховувати побажання обвинуваченого, однак суди можуть не брати їх до уваги, коли є достатні підстави вважати, що це необхідно в інтересах правосуддя [1, с. 177].

Національна асоціація адвокатів України з цього приводу постановила, що Закон

України «Про безоплатну правову допомогу» сприяє дискримінації за матеріальною та майновою ознакою, що є порушенням права на справедливий суд та заборони будь-якої дискримінації. Особи, які мають фінансові ресурси, мають можливість вільно обрати собі адвоката (тобто укласти з ним угоду про надання правової допомоги), тоді як ті, хто таких ресурсів не має, не мають вибору та змушені погодитись на адвоката, який їм на свій вибір надасть (призначить) центр безоплатної правової допомоги [8, с. 8].

Неможливість особи самостійного обрати свого адвоката у цивільному процесі України супроводжується також проблемою заміни такого адвоката, який був призначений центром із надання безоплатної правової допомоги. Відповідно до ч. 1 ст. 24 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» адвоката, який надає безоплатну вторинну правову допомогу, може бути замінено у разі: 1) хвороби адвоката; 2) неналежного виконання адвокатом своїх зобов'язань за умовами договору; 3) недотримання ним порядку надання безоплатної вторинної правової допомоги; 4) виключення адвоката з Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу. У всіх випадках заміна адвоката здійснюється на підставі рішення того центру, який призначив відповідного адвоката. Проблема полягає в тому, що особа не може самостійно звернутись до суду із клопотанням про заміну адвоката, хоча дії такого адвоката в судовому процесі напряму стосуються прав та обов'язків цієї особи. З іншого боку, цілком зрозумілою є позиція законодавця, оскільки безпідставні заміни адвокатів за рахунок держави можуть призвести до формування негативної практики зловживання процесуальними правами, коли особи, які отримують безоплатну правову допомогу у цивільному процесі України, будуть систематично заявляти неодноразові клопотання про заміну щойно призначеного адвоката із суб'єктивних причин.

Іншою проблемою є питання якості надання адвокатом безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України. Відповідно до ч. 2 ст. 25 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» оцінка якості, повноти та своєчасності надання адвокатами безоплатної вторинної правової допомоги здійснюється за зверненням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, комісіями, утвореними для цієї мети радами адвокатів регіонів. Тобто особа, яка отримує безоплатну правову допомогу в цивільному процесі України і яка вважає, що адвокат діє несумлінно, має звернутися до центру з надання безоплатної правової допомоги, який призначив відповідного адвоката. Після цього центр повинен звернутись до комісії, утвореної радою адвокатів регіону, з клопотанням про перевірку якості надання адвокатом безоплатної правової допомоги.

Наступною проблемою безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України є непрозорий розподіл справ між адвокатами. Практика показує, що центри з надання безоплатної правової допомоги довільно розподіляють справи між адвокатами, які мають право надання такої допомоги. Тобто йдеться про «ручний» розподіл справ державою між адвокатами, які мають право надання безоплатної правової допомоги. Існує також ризик впливу центрів з надання безоплатної правової допомоги на призначуваних ними адвокатів. У контексті цього головним недоліком Закону України «Про безоплатну правову допомогу» є відсутність ефективного механізму контролю за діяльністю центрів із надання безоплатної правової допомоги.

Серед проблемних питань надання безоплатної правової допомоги в цивільному судочинстві України потрібно також виокремити питання оплати праці адвокатів. Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 465 затверджений Порядок оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, а також Методика обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу.

Виплата адвокатам винагороди за надану ними правову допомогу і відшкодування витрат, пов'язаних із наданням такої допомоги, здійснюються один раз на місяць не пізніше останнього робочого дня цього місяця на підставі доручення для надання безоплатної вторинної правової допомоги та акта надання безоплатної вторинної правової допомоги з відповідними додатками, складеного за формою, затвердженою Міністерством юстиції України. Адвокат подає складений ним акт до відповідного центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у строки, визначені у контракті (договорі).

Як ідеться у звіті Національної асоціації адвокатів 2015 року, центри безоплатної правової допомоги вимагають від адвокатів надання в якості доказів документів, необхідних для отримання винагороди за надання безоплатної правової допомоги і таких, які можуть містити адвокатську таємницю. У результаті низка осіб із системи безоплат-

ної правової допомоги (наприклад, керівники та посадовці центрів безоплатної правової допомоги) отримують доступ до матеріалів, на які поширюється адвокатська таємниця. Це є порушенням законодавства України та міжнародних стандартів [8, с. 9].

Резюмуючи проведений вище аналіз, виокремимо ключові висновки:

1) Єдиними суб'єктами надання безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України є адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу. Будь-які інші особи не мають права надавати безоплатну правову допомогу в цивільному процесі України.

2) Віднесення законодавцем центрів із надання безоплатної вторинної правової допомоги до суб'єктів надання безоплатної правової допомоги не є правильним, оскільки останні не здійснюють безпосереднього надання безоплатної правової допомоги, а займаються виключно перерозподілом справ між адвокатами.

3) На нашу думку, всі без винятку адвокати повинні мати право безперешкодно надавати безоплатну правову допомогу, і проведення будь-яких додаткових конкурсів Міністерства юстиції України є зайвим. Проведення органами юстиції додаткової перевірки адвокатів є прямим втручанням держави в самоврядний інститут адвокатури.

4) Особа, яка потребує безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України, фактично позбавлена права вільно обирати захисника своїх прав у суді, оскільки це віднесено до виключної компетенції центру з надання безоплатної правової допомоги. Аналогічна проблема стосується питання заміни особою свого адвоката, який був їй призначений.

5) Проблемою безоплатної правової допомоги в цивільному процесі України є непрозорий розподіл справ між адвокатами. Практика показує, що центри з надання безоплатної правової допомоги довільно розподіляють справи між адвокатами, які мають право надання такої допомоги.

Список використаних джерел:

1. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України : дис. на здобуття наук. ступен. докт. юрид. наук : спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура» / Т. Б. Вільчик. – Х., 2016. – 490 с.

2. Golder v United Kingdom (Application no. 4451/70) [Electronic resource]: Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 21 February 1975 // European Court of Human rights. – Access mode: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57496 (date of treatment: 30.10.2015). – Title from the screen.

3. Case of Perks and others the United Kingdom (Applications nos. 25277/94, and 28456/95) [Electronic resource] : Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 12 October 1999 // Human Rights. – Access mode: http://swarb.co.uk/perks-and-others-vthe-united-kingdom-echr-12-oct-1999-4/ (date of treatment: 30.10.2015). – Title from the screen

4. Case of Steel and Morris v. the United Kingdom (Application no. 68416/01) [Electronic resource] : Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 15 February 2005, final 15/05/2005 // Media and entertainment law. – Access mode: http://www.5rb.com/case/steel-morris-v-united-kingdom/ (date of treatment: 30.10.2015). – Title from the screen.

5. P., C. And S. v. United Kingdom (Application no. 56547/00) Electronic resource] : Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 16 July 2002, final 16/10/2002 // Human Rights & Public Law. – Access mode: http://www.1cor.com/1315/?f (date of treatment: 30.10.2015). – Title from the screen.

6. Case of Andronicou and Constantinou v. Cyprus (86/1996/705/897) [Electronic resource] : Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 9 October 1997 // European Court of Human rights. – Access mode: http://www.hrcr.org/safrica/life/andronicou_cyprus.html (date of treatment: 30.10.2015). – Title from the screen.

7. Святоцька В. О. Участь адвоката в цивільному процесі України / В. О. Святоцька // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія Юридичні науки. – 2015. – Випуск 6. – Том 1. – С. 35-39.

8. Система безоплатної правової допомоги в Україні: поточні проблеми та рекомендації щодо її реформування // Звіт, підготовлений Національною асоціацією адвокатів України, затверджений рішенням Ради адвокатів України № 125 від 13.11.15. – К., 2015. – 15 с.

9. Оцінювання системи безоплатної вторинної правової допомоги в Україні у світлі стандартів і передового досвіду Ради Європи // Звіт, підготовлений в межах проекту Ради Європи «Подальша підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні», фінансованого урядом Данії. – К., 2016. – 98 с.

10. Case of Croissant v. Germany (Application no. 13611/88) [Electronic resource]: Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 25 September 1992 // European Court of Human rights. – Access mode: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001–57736

11. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 № 3460-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – С. 2136. – Ст. 577.

12. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 40, 40-42. – С. 1530. – Ст. 492.

Статья посвящена анализу вопроса субъектов предоставления бесплатной правовой помощи в гражданском судопроизводстве Украины. Автором определяются ключевые теоретические и практические проблемы предоставления уполномоченными субъектами правовой помощи в гражданском судопроизводстве Украины.

Ключевые слова: бесплатная правовая помощь, субъекты предоставления, гражданское судопроизводство Украины, гражданский процесс Украины.

The article is devoted to the analysis of the subjects of free legal aid in civil legal proceedings of Ukraine. The author outlines the key theoretical and practical issues of providing legal aid by the authorised subjects in civil legal proceedings of Ukraine.

Key words: free legal aid, subjects of rendering, civil legal proceedings of Ukraine, civil process of Ukraine.

UDC 347.4

Nataliia Berbat,
Student of the Master Double Degree Program
"Ukrainian-European Legal Studios"
Taras Shevchenko National University of Kyiv
(Civil Law Department) and of
Mykolas Romeris University (Institute of Private Law)

HISTORY OF SHAREHOLDERS' AGREEMENTS' FORMATION IN THE UNITED KINGDOM AND GERMANY: USEFULNESS OF EXPERIENCE FOR UKRAINE

The article is devoted to the investigation of experience of formation and establishment of the institute of shareholders' agreements in the United Kingdom and in Germany. Particularly, the attention as paid to the attitude of judicial practice to shareholders' agreements and to disputable problematical issues that influenced on their recognition. The conclusions will be considered as a useful guide for Ukrainian doctrine and practice in light of a new Law of Ukraine "On amendments to legislative acts of Ukraine on corporate agreements" as of March 23, 2017 No. 1984-VIII establishing a corporate agreement as an effective tool of corporate governance.

Key words: shareholders' agreements, recognition, specific enforcement, null and void, judicial practice.

Researched problem. The period from 2016 until today has been the utter breakthrough for Ukrainian corporate legislation as its reform finally started – new legislative acts with effective legal tools and mechanisms were introduced. One of them is a corporate agreement (hereinafter – a "CA") – the analogue of the CA that had existed prior to the reform had been tremendously far from such efficient tool as a shareholders' agreement (hereinafter – an "SHA") in such developed countries as the United Kingdom (hereinafter – "the UK") and Germany. Today the state of affairs is the following: understandable absence of judicial practice formed according to the new legislation, existence of contradictory previous provisions of the Law of Ukraine "On joint stock companies" and of the Resolution of the Supreme Court of Ukraine "On practice of judicial consideration of corporate disputes" as of October 10, 2008 No. 13 in part related to shareholders' deals, moreover, obviously observed reluctance of Ukrainian courts to recognize shareholders' deals. That is, CAs is an extremely effective tool of corporate governance and its introduction in the legislation is a huge step forward to the development of a favorable base for growth and enhancement of Ukrainian business, though the judicial attitude to them is, unfortunately, not so unambiguous.

Level of the analysis of a researched problem. There is a number of scientific articles devoted to the issue of predecessors of CAs in Ukraine written by T. Hrybkova, R. Ibrahimov, A. Zhavoronkov, O. Molotnikov, I. Spasybo-Fatieieva, S. Stiepkin, I. Shytkina [1, p. 146], T. Shtym. The latter scientist, except for the articles, also carried a substantially deeper research – dedicated a part of the dissertation to the analysis of agreements between shareholders in joint stock companies. Speaking about investigation of the topic in comparative perspective, articles of O. Vinnyk are worth noting: the scientist carried the comparison of Ukrainian legislation with those of the Russian Federation, Switzerland and the USA. The analysis of differences in Ukrainian and American legal fields was also made by M. Polishchuk. But as far as the author is concerned, unfortunately, there are almost no deep fundamental researches of Ukrainian legal thought devoted to the development of SHAs in foreign countries, the UK and Germany, in particular.

Aim of the research. All the above mentioned lead the author to the conclusion that the investigation of foreign experience and identification of the problems that British and German SHAs faced in the process of formation and judicial recognition of the institute, and definition of the courts' attitude to such disputable questions can be interesting and rather useful for Ukraine in its future path of formation, recognition and development of the institute of CAs. It is understandable that such a foreign experience

© N. Berbat, 2018

can not be blindly adopted to our system, though it will be definitely useful to take it into account in the process of formation of our own one.

Material of the research. In the UK, the first mention of SHAs, can be found in the judgments of the English courts held in the 40's of the XIX century. Though such agreements were used by the companies, the issue of their recognition has remained open for a long time, as contradictory judicial practice testifies. Before the judgment in the case Northern Counties Securities Ltd. v. Jackson & Steeple Ltd. in 1974, it was considered that the right to vote always follows the ownership of shares. [2, p. 3]

Though, later the House of Lords judgment in Russell v. Northern Bank Development Corporation Ltd. in 1992 went far in accepting SHAs [3, p. 140].

Moreover, it can be mentioned that the Russell is a classic case of private agreements trumping legal rules. The Russell jurisprudence has obvious appeal insofar as it gives proper recognition to the principle of freedom of contract. However, the doctrine is obviously flawed, because it allows the use of private agreements to avoid statutory corporate provisions. It raises difficult question of principles: the conflict between shareholders' contractual freedom and the primacy of mandatory legal rules. While debate ensues as to the extent to which shareholders can, by private agreement modify company law rules, the precise conceptual basis of Russell remains most contentious [4, p. 2-3].

To the author's opinion, it will be reasonably to pay more thorough attention to the case. The object of the agreement (*author's note* analyzed in the case) was to protect the four minority shareholders in the company against the risk of share dilution. The key question for the House was to determine whether the agreement constituted an unlawful and invalid fetter on the company's statutory power to increase its capital, or whether it was nothing more than a private agreement between the shareholders as to how they would vote. Lord Jauncey, delivering the judgment of the House, held that it was a valid private agreement. The basis of the decision was that although the company could not fetter its statutory power to increase capital, a private agreement between the shareholders alone as to how to exercise their votes was nevertheless valid and enforceable. To save the agreement in question, the House benignly severed the company's undertaking from the agreement so that it amounted to a purely personal agreement between shareholders. It followed that the company's undertaking was unenforceable but, since it was "independent of and severable from that of the shareholders", it was therefore enforceable between shareholders as a private agreement [4, p. 5].

The result of Russell is that a company cannot validly agree not to exercise its statutory powers by way of a contract outside the articles (the House's first ruling). This rule can, however, be circumvented by the terms of a private agreement between shareholders, which is binding on shareholders and enforceable between themselves (the second ruling) [4, p. 5].

That is, it can be observed that the judgment have dealt with two issues: if a company can be a party to the agreement and under what circumstances, what provisions can relate to the company as a party as well, and the other one –"the conflict between two principles, that of the primacy of the established principles of company law and that of shareholders' contractual freedom, in favour of the latter" [4, p. 5].

The argument justifying the conclusion in Russell flows from the more general proposition that the right to vote is a property right which a shareholder is free to exercise in his own selfish interests and, accordingly, an agreement between shareholders as to how to exercise their votes is lawful and enforceable. But perhaps the best support for the rationale in Russell, as explained by Ferran, is to give greater flexibility for private companies to dispense with the formalities imposed by the companies' legislation [4, p. 6].

So, the judgment in the case became a precedent, in which the House of Lords distinguished a contractual obligation of a company that has restricted the legal capacity of the latter to change the charter or increase the authorized capital, and an SHA, under the terms of which the shareholders will exercise their rights to vote in shares in a certain way, if the issue of increasing the authorized capital or changing the charter will be raised on the agenda of the general meeting [2, p. 3].

To summarize, the Court held that a company cannot itself be party to an agreement which would restrict its powers as they are required by companies legislation [3, p. 140], i.e. the first obligation is void as a limitation of statutory powers of a company that is contrary to the law. The SHA, in its turn, at least as long as it is not intended to oblige future shareholders to adhere to it, is valid [2, p. 3], as the highly mentioned does not bar SHAs with the same effect from being enforceable by the courts [3, p. 140]. Also, the other quite important conclusion can be made: shareholders can validly enter into a private agreement, inter se, which imposes a fetter on a statutory power.

Against this background, it is not surprising that English courts have followed a frustratingly

unpredictable path, producing irreconcilable and inconsistent case law. Although the English courts have been far from unanimous in accepting the principles recognized in Russell, recent authorities show a discernible trend of increasing liberality to shareholder private contracting. An important and much more fraught question in recent time concerns whether and to what extent shareholders can contract out of the statutory minority remedies of unfair prejudice and just and equitable winding up. In Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards, the Court of Appeal upheld a shareholders' agreement providing for arbitration of disputes and stayed an unfair prejudice petition presented by a member of a company. While the judgment leaves untouched the principle laid down in Russell, the speeches of the Court of Appeal suggest that shareholders' agreements to arbitrate management and corporate disputes are generally enforceable unless they affect third-party rights or go against public policy. The conclusion in Fulham Football reflects the views espoused in Russell and signifies a wider recognition of greater freedom in private contracting [4, p. 3].

Speaking about development of attitude to SHAs in the 21st century, it can be observed, that, unfortunately, "SHAs have not attracted much attention in the company law reform" [5, p. 140]. Nevertheless, with adoption of the updated British Companies Act 2006 situation changed as it envisaged the opportunity for an SHA in closed companies to contain provisions that are different from the provisions of the charter, moreover, to include the provision regarding the superiority of contractual terms over the charter. Such a contract has to be concluded by all the shareholders, and also kept in the authorized registrar body. According to Article 17 of the CA, constituent documents of a closed company include a charter (the company's articles), certain categories of decisions of shareholders and CAs (SHAs) [2, p. 4].

It is worth noting that despite the fact that British SHAs have a rather long history of formation and development, and their recognition as a separate powerful valid tool of corporate governance is not a problematic issue already, nowadays SHAs "are usual especially where there are complicated shareholder structures, where there is a differential in the treatment of different shareholders or where the SHAs amount to a quasi-partnership (i.e, small partnerships of a limited number of individuals which, although operate as a limited company, are in practical terms run as if they were a partnership between those individuals in control). [...] However, it is not uncommon for companies to solely rely on their articles of association to regulate the affairs of the company and its shareholders especially if they are small owner-managed private companies" [5, p. 1].

It should also be mentioned that "the impact of SHAs [...] may be stronger in private companies". This fact is also confirmed by Paulius Miliauskas in a dissertation "Company law aspects of shareholders' agreements in listed companies", in which the scientist comes to a conclusion "that shareholders in the UK are not active in entering into shareholders' agreements in order to protect their rights. This might be the reasons why most of the UK company law scholars claim that shareholders' agreements in listed companies are a rarity. [...] it is unlikely that small shareholders are willing and able to use SHAs in order to protect their interest or establish control over the company" [6, p. 364].

Turning to Germany, SHAs have a long tradition in Germany: they are accepted by the courts since almost a hundred years, but it shall be mentioned that the way to such an acceptance was not the easy one, but comprising a lot of controversial disputable issues.

In 1884 the German government presented a reform bill on stock corporations to parliament. The official report on the preparatory works did not mince its words as to the capital market interests of shareholders: "The shareholders ... do not entertain any personal relationship with the enterprise, (they) ... do not intend to assume responsibility with respect to the amount of their investment. Instead they expect to receive maximum dividends without abandoning the prospect of retiring from the enterprise through a sale of stock at any given time". The report cautioned against extending individual shareholders' rights as this would endanger "the organization and healthy functioning of the corporation". Gierke who had investigated the "spheres of corporative life" of co-operatives (körperschaftliche Lebenssphäre) provided the intellectual underpinnings for stock corporations: stock corporations were built on a social concept of organizing the individual wills of their member-shareholders (Prinzip sozialrechtlicher Willensorganisation). Shareholders could ask for the protection of the "sphere of corporative life" and challenge any attempt to wipe out their investment [7, p. 688].

In 1892 the German parliament passed the law on close corporations (authors' note limited liability companies (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, hereinafter – "GmbH"). This new type of business organization was designed to address the needs of enterprises where a limited group of shareholders would be prepared to make an investment. The official report on the 1892 law put considerable faith in the personal ties among shareholders. Shareholders of

GmbH were described as more willing to inject additional money should business necessities so dictate. The stock of a GmbH (Geschäftsanteile) was freely tradable. But, in fact the German GmbH was quite remote from traditional capital market influences. The official report on the 1892 law makes it clear that "membership" (Mitgliedschaft) in a GmbH is expected to be of a long-term nature. So, though, SHAs restricting the transferability of stock are quite common nowadays – it was not the same during that period of time [7, p. 688].

The same judicial rejection could be observed about attempts of shareholders to define the exercise of their voting rights. So, although the GmbH was on the statutebook before the turn of the last century and the directors were subject to the instructions of the shareholders the German Supreme Court, the Reichsgericht (authors note hereinafter – "RG"), was hostile to shareholder voting agreements [...]. The RG ruling of 16 March 1904 invalidated a voting agreement between the shareholders of a GmbH. [7, p. 688] And that was not the only case. In a number of decisions in the first years of the 20th century, the RG rejected SHAs [8, p. 5]. For instance, in a decision concerning an SHA in which two lineages in a family-owned GmbH controlled the composition of the supervisory board, the RG declared that allowing legal binding rules concerning the voting in the general meeting was contrary to the idea of the corporation. Moreover, this was contrary to legal practice and already the majority view in academia at that time. In another decision the RG was not quite so strict in formulating an overall rule, but still found it not acceptable to bind the will to a third party trying to buy a share if the company does not give its consent required by its articles of association [8, p. 5].

The RG [...] also held that SHAs are unenforceable. According to the first decision of the RG concerning shareholders' agreements, an enforceable duty to comply with the shareholders' agreement would infringe on the decision-making process of the general meeting and is therefore not acceptable. The general meeting gives the possibility to discuss and exchange arguments, giving the resolutions a better foundation: freedom for the shareholders in the voting secures a factual review of the agenda items [8, p. 11].

Academics in the Weimar Republic argued that the shareholder had to have the possibility to encounter also the arguments made during the discussion of the general meeting and that the company is not affected by a dispute on a shareholders' agreement and its execution. It would be against the structure of the general meeting that in lieu of the shareholder, a "stony guest" with the voting verdict in its hands sits at the table [8, p. 11-12].

So, the RG felt such an agreement as incompatible with public policy and the core functions of a corporation. It recited arguments that the individual shareholder is not entitled to restrict his freedom to vote stock by an act of contractual arbitrariness. With respect to a vote in a shareholders' meeting such an agreement would deprive him of the opportunity to freely exercise his judgment on what was in the best interest of the corporation. The judicial hostility was motivated by the fear that voting agreements might work to the detriment of minorities [7, p. 688].

The attitude of the RG to SHAs, particularly, voting agreements, changed from the 1923 year with the ruling of 19 June, 1923, which was not marked by an outspoken awareness of capital market issues or an appreciation of shareholder investment behaviour. Instead, the RG described a voting agreement as a special obligation separate from the articles of incorporation. As to legal doctrine the RG striked a balance between a shareholder's freedom of contract and established principles of corporation law. The shareholder's position as a member of a corporation does not affect his right to enter into a voting agreement to be exclusively construed in accordance with the law of obligations. In refusing the specific enforcement of a voting agreement, the RG shew a preference for corporative procedures for ascertaining the "will" of the corporation (Verbandswillen). It is unclear whether this approach was motivated by corporate efficiency considerations or a somewhat diffuse notion of minority protection [7, p. 688].

The RG cases on SHAs did not differentiate between corporations with publicly traded stock (author's note joint stock companies, hereinafter – "AG") and GmbHs. The court remained faithful to Gierke's idea of the "sphere of corporative life" (körperschaftliche Lebenssphäre) of a corporation where the social concept of organizing the individual wills of their members (Prinzip sozialrechtlicher Willensorganisation) mattered more than shareholder investment interests. Moreover, the RG would not have subscribed [...] that shareholders may unite to make their power felt. In spite of the judicial verdicts the issue lingered on whether the legal regime for a corporation did not, in fact, consist of both, corporative rules and SHAs fleshing them out [7, p. 688].

It is worth noting that despite the highly mentioned, in the early Weimar Republic, the RG nevertheless accepted SHA in a decision concerning a stock corporation (author's note AG). Besides giving up the old rule of law, this case was remarkable in another respect: besides the shareholder, the company itself was a party

to the contract, and the shareholder should be bound if the management board and the supervisory board take the same position in its resolutions. According to some, the acceptance of such bound shares could be explained by early attempts to prohibit or, rather limit, foreign infiltration due to capital shortage [8, p. 5].

To author's opinion it is relevant to mention about "bound shares" in a more detailed way. The approach was very liberal: until 1965 German Stock Corporation Law (author's note –hereinafter "the AG Act") allowed shares for which votes were to be executed under the direction of the stock corporation itself. During the World Economic Crises from 1929 onwards, the German legislator introduced some regulations concerning the law governing stock corporations. The first regulation on stock corporations introduced the concept of the so called "gebundene Aktien" (bound shares). While legally the shareholder was bound by the agreement with the company, the phrasing hinted at the share to be bound. The report of the management board has to provide information on voting under the direction of the company. According to Section 260a (3) no. 3 Commercial Code 1931, an explicit or implicit agreement in favor of the company, a dependent company or a company within the group of companies to use the right of the share had to be disclosed in the annual report. The courts accepted bound shares, as did the majority view in academia and the commentaries. The minority view was that there should be at least no voting right. Contrary to the general understanding, it was accepted that there was no enforcement of the shareholders' agreement by the company, but only a damages claim. That might have been one of the rationales of that decision, however, accepting such agreements is in line with the international legal standards as was – surprisingly – the establishment of the leadership principle in the German Stock Corporation Act 1936 [8, p. 6].

In the late Weimar Republic, the RG generally accepted SHAs and stated that agreements between shareholders, in which the shareholders bind themselves to vote in a special resolution, or generally in a certain way, are lawful. They constitute a contractual obligation between the parties of the SHA by which the voting at the general meeting is not affected [8, p. 6].

It also can not be omitted that some scholars share the opinion that the post-war period particularly can be called as a final period of acceptance of SHAs, especially voting agreements in GmbHs. The German Federal Supreme Court (author's note hereinafter– "BGH") began to move away from the RG doctrine when it addressed the particular problems of voting agreements in GmbHs. The BGH's ruling of 29 May 1967 finally authorized the specific enforcement of shareholders' voting agreements. The court expressly recognized that SHAs may constitute a breach of the articles of incorporation (Satzung). Nonetheless, SHAs initiated without observing the established procedures for an amendment of the Satzung are deemed to be lawful as long as they do not change the organizational structure of the GmbH. Subsequent holdings have confirmed this approach. In validating voting agreements the BGH honoured shareholders' attempts to unite to make their power felt and to pursue particular investment strategies [7, p. 689].

Besides, the BGH in 1967 also reviewed those arguments (author's note supporting the position against SHAs) in a decision concerning a GmbH and ruled that the decisions of the RG are tempting to a breach of a contract. Although it is desirable that the shareholders decide in the light of the arguments exchanged in the general meeting, it was admitted that a lot of shareholders are already determined. The enforceability does not infringe the free will of the general meeting since only the shareholder is bound by the SHA. The BGH declared SHAs to be enforceable according to the rules on enforcements of declarations of intent (Section 894 Civil Procedure Code), not on actions (Sections 887, 888 Civil Procedure Code) [8, p. 12].

Under German law a shareholder voting agreement may operate as a control agreement. As the law on GmbHs does not disallow shareholder instructions to the director of a GmbH a voting agreement may lawfully cover matters within the directors' realm. It is for this reason that the BGH insisted on an all-shareholders' voting agreement. The court has been cautious on liability issues. This may be due to the fact that German law is far from being clear on whether the equivalent of partnership law should be applied to GmbHs where the shareholders "take over" [7, p. 689].

The other important point is that SHAs are mostly found in privately owned companies, but they are also in place between stockholders of public companies [5, p. 1].

That is a rather interesting observation that even despite such a long history of development, rejection, acceptance and recognition there are still some doubts regarding the efficiency of such an instrument in German legal field. That serves as evidence that the problematic issues and controversial questions have not become utterly exhausted and resolved.

It is doubtful whether present German case law may be read as to condone SHAs as a device for optimizing a corporation through private incentive and renegotiation mechanisms. Legal writing promises a spirited debate on any such attempt. Courts are likely to be ill-prepared to apply capital market standards once an SHA

and a GmbH break apart. Moreover, a major obstacle to incorporating extensive private contracting into GmbHs appears to be the enshrined principle that a corporation is "wholly separate and distinct" from its shareholders. But then, the question is whether this is an adequate description of GmbHs where shareholders contract for partnership-like arrangements in the absence of capital market influences [7, p. 689].

Conclusions.

The article was devoted to a brief observation of formation of the institute of SHAs in the UK and Germany. The research confirmed the wide-known fact that the UK can be called "the mother of SHAs", as according to the judicial practice they had already existed in the 40-s of the XIX century, while German legal thought can present their appearance approximately 60-70 years later. That nevertheless can lead us to a conclusion that both countries have a rather substantial history of formation of SHAs – approximately 160 and 110 years respectively.

That is, a quite interesting fact which was noted during the research both in the UK and in Germany is that though SHAs have been a mean of regulation of shareholders' relations for some reasonable period of time in the practical field, the issue of their recognition and enforcement was not such an undoubtful, uncontroversial and unambiguous for a judicial branch of power. Both countries reflected a gradual and progressive judicial acceptance of the instrument. In particular, the most tough issues that the courts have dealt with were the following: the question of priority of interests of a company or personal interests of shareholders, the question of possibility of a company to be a party of an SHA and the influence of some provisions restricting legal rights of a company on the agreement's validity and its enforcement, the aspect of differentiation of a simple definition of a shareholders' rights and their restrictions and limitations to the detriment of the interests of the company (especially which concerned the voting rights of shareholders), "the possibility of envisaging such provisions in an SHA that will contract restrict or remove members' statutory rights to petition for unfair prejudice and/or just and equitable winding up, whether such an agreement is an unlawful and invalid fetter on members' statutory rights or a valid private agreement, if the statutory rights are inalienable or they are rights that can be removed by contract, if private agreements can prevail over the statutory remedies found in the corporate statutes, if shareholders can contract out of the minority protection provisions of the company law" [4, p. 6]. Undoubtedly, the questions can be regarded as essential as they straightly influenced the issues of nullity and voidness of SHAs, their recognition as a tool, their enforcement as a way of additional protection of the instrument. That is, Ukrainian scholars, legal practitioners and judges shall be ready to deal with such issues in the nearest future.

The rather stunning point is that, unfortunately, SHAs are not so widespread and popular among shareholders as they could be in order to implement all their possible efficiency into the corporate governance of companies in the UK. And the next striking one is that there are still problematic issues of usage of SHAs which constrain their applicability in Germany, which leads to the conclusion that even a hundred years history of development can not make the issue the one of a clear understanding. That proves, that despite unquestionable efficiency of SHAs, while introducing them into the legal field, there shall be an indispensable readiness to bear all the difficulties.

References:

1. Shtym T. Legal nature of an agreement between shareholders (from Ukrainian "Правова природа акціонерної угоди")/ Tetyana Shtym// European perspectives. –2013. – No.1. – P. 146-150.

2. USAID, Commercial law centre, Foreign models of corporate agreements (from Ukrainian "Зарубіжні моделі корпоративних договорів")/ USAID// 9 p.

3. Mads Andenas. Shareholders' Agreements: Some EU and English Law Perspectives./ Mads Andenas// 筑波ロー・ジャーナル創刊号. – 2007. – No. 3. – p. 135-154. – [Electronic source] – Access mode: https://tsukuba.repo.nii.ac.jp/?action=repository_action_common_download&item_id=9185&item_no=1&attribute_id=17&file_no=1

4. Cheung Rita. Shareholders' Contractual Freedom in Company Law / Rita Cheung // Journal of Business Law Issue. – 2012. – No. 6. – 28 p.

5. Chris Owen, Manches. IBA Guide on Shareholders' Agreements (England and Wales). – 8 p. – [Electronic source] – Access mode: https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=CD3FB209-112A-4678-91D2-CED421DD8A53

6. Miliauskas Paulius. Company law aspects of shareholders' agreements in listed companies (doctoral dissertation, Vilnius University, Ghent University)/ Paulius Miliauskas.//2014. – [Electronic source] – Access mode: https://epublications.vu.lt/object/elaba:2121038/

7. Kulms Rainer. A shareholder's freedom of contract in close corporations - shareholder agreements in the USA and Germany / Rainer Kulms // European Business Organization Law Review, E.B.O.R. – 2001. – No. 2(3/4). – P. 685-701.

8. Roth Markus. Shareholders' Agreements in Listed Companies: Germany / Markus Roth // University of Marburg. – 24 p.

9. https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=931009020100120065089106089098000098096084018006060085124105028024105028086026085096056033123048021034111124089088099097069087123076062000041116090093028103076065037017014087089093095086125087094097078086092015114076114001004112095027017073113082081&EXT=pdf

Стаття присвячена дослідженню досвіду формування та становлення інституту акціонерних договорів у Великобританії та Німеччині. Зокрема, увага приділяється ставленню судової практики до акціонерних договорів та спірним проблемним питанням, які вплинули на їх визнання. Висновки можуть розглядатися як корисне керівництво для української доктрини та практики у світлі нового Закону України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо корпоративних договорів" від 23 березня 2017 № 1984-VIII року, який запроваджує корпоративний договір як дієвий інструмент корпоративного управління.

Ключові слова: угоди акціонерів, визнання, спеціальне виконання, недійсність, судова практика.

Статья посвящена исследованию опыта формирования и становления института акционерных договоров в Великобритании и Германии. В частности, внимание уделяется отношению судебной практики к акционерным договорам, а также спорным проблемным вопросам, которые влияли на их признание. Выводы могут быть рассмотрены как полезное руководство для украинской доктрины и практики в свете нового Закона Украины "О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно корпоративных договоров" от 23 марта 2017 № 1984-VIII года, который вводит корпоративный договор как действенный инструмент корпоративного управления.

Ключевые слова: соглашения акционеров, признание, конкретное применение, недействительность, судебная практика.

УДК 347.44

Віталій Біленко,
аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ВИДИ ДОГОВОРІВ ПРО ДОПОМІЖНІ РЕПРОДУКТИВНІ ТЕХНОЛОГІЇ

У статті досліджуються договори про допоміжні репродуктивні технології. Розглядається класифікація цих договорів. Встановлено, що класифікація договорів залежить від особливостей послуг, які є предметом договору. Розглянуто позицію щодо того, що цивільно-правові договори є полісемічним поняттям, тому класифікуються як правочини та як зобов'язання, а сам договір є їх різновидом.

Ключові слова: договір, зобов'язання, допоміжні репродуктивні технології, правочин, сурогатне материнство, медичний заклад, пацієнт.

Постановка проблеми. На сьогодні договір є одним із найважливіших інститутів цивільного права, оскільки регулює більшість цивільних відносин. Така ситуація зумовлена тим, що цивільно-правовий договір є не лише підставою для виникнення, зміни чи припинення взаємних прав та обов'язків, а й універсальною конструкцією в регулюванні будь-яких відносин. Отже, договірне регулювання цивільно-правових відносин є одним з основних інструментів у забезпеченні стабільності цивільного обороту. На жаль, у законодавстві відсутнє визначення договору про застосування допоміжних репродуктивних технологій та їх класифікація, що у свою чергу призводить до низки суперечностей.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. З різних аспектів договори у сфері допоміжних репродуктивних технологій досліджували у вітчизняній і зарубіжній юридичній літературі такі автори, як Н.А. Аблятіпова, Є.О. Баллаєва, Т.В. Дробишевська, Л.О. Красавчикова, О.А. Лукашева, М.Н. Малєїна, Г.Б. Романовський, З.В. Ромовська, К.Н. Світнев, І.Я. Сенюта, Р.О Стефанчук, С.Г. Стеценко, О.А. Хазова, Н.В. Хараджа, П. Холлендер та інші. Однак наразі відсутні його поняття та класифікація. Аналізуючи сучасні публікації, ми дійшли висновку, що договір про застосування допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ) є двостороннім, консенсуальним, оплатним, строковим правочином, за яким одна сторона (медичний заклад) бере на себе зобов'язання надати медичну послугу із застосуванням методики ДРТ, а інша сторона (пацієнт) зобов'язана оплатити вказані послуги у встановлений у договорі термін.

У зв'язку із цим **мета публікації** – всебічно проаналізувати договори про допоміжні репродуктивні технології, розглянути класифікацію цих договорів та встановити, що вона залежить від особливостей послуг, які є предметом договору.

Виклад основного матеріалу. Різноманітність відносин, які виникають у цивільному обороті на підставі договору, зумовлює потребу в класифікації цивільно-правових договорів, на що звертає увагу А.Б. Гриняк. Варто зазначити, що така класифікація передбачає їх поділ на однорідні класифікаційні утворення (рід, тип, вид тощо) за тим чи іншим критерієм. Для класифікації договорів у доктрині цивільного права традиційно застосовуються два способи – дихотомія та спрямованість зобов'язання, яке зумовлюється договором [1, с. 322]. Найбільш притаманною для класифікації цивільно-правових договорів є дихотомія, яка покладається на одну з трьох підстав. Перша з них – це розподіл обов'язків між сторонами, друга – наявність зустрічної вимоги, а третя – момент укладення договору. Таке використання визначених підстав дало змогу виділити три пари договорів: односторонні та двосторонні, платні та безоплатні, реальні та консенсуальні [2, с. 11].

Не викликає заперечень позиція щодо того, що цивільно-правові договори є полісемічним поняттям, а тому класифікуються як правочини та як зобов'язання і їх різновид – договори [3, с. 13].

Класифікація договорів має не лише теоретичне, а й практичне значення. Так, виявлення спільних типових рис договорів і відмінностей між ними полегшує для суб'єктів правильний вибір виду договору, забезпечує його відповідність змісту регульованої діяльності. Крім того, класифікація сприяє подальшому вдосконаленню й систематиза-

© В. Біленко, 2018

ції законодавства, слугує меті кращого дослідження договорів [4, с. 16–20].

Найближчою за обсягом формою класифікації договорів, як слушно зазначає Н.Б. Солтис, є вид договору [5, с. 111]. Так, Цивільний кодекс України класифікує договори за сферами діяльності та розміщує їх у такій послідовності:

1) договори про передачу майна у власність: купівля-продаж, поставка, контрактація, дарування, постачання енергетичними ресурсами тощо (глави 54–57);

2) договори про передання майна в тимчасове користування: майновий найм, оренда, лізинг, житловий найм, побутовий прокат, безоплатне користування майном (глави 58–60);

3) договори про виконання робіт: побутовий підряд, будівельний підряд, підряд на проектні та пошукові роботи, договір аудиту тощо (глава 61);

4) договори, спрямовані на встановлення зобов'язань із надання фактичних послуг (глави 67, 71–74);

5) договори, спрямовані на встановлення зобов'язань із вчинення юридичних і фактичних послуг (глави 68–70);

6) договори про передачу результатів творчої діяльності: авторські, ліцензійні договори, договір франчайзингу, про передачу науково-технічної продукції тощо (глави 75–76);

7) договори, спрямовані на встановлення зобов'язань із надання фінансових послуг (глави 67, 71–74);

8) договори про спільну діяльність: установчий договір, про науково-технічне співробітництво тощо (глава 77);

9) договір стосовно розпорядження майном на випадок смерті – спадковий договір (глава 90).

Вважаємо, що найбільш повно класифікацію договорів про надання медичних послуг розкрила А.А. Герц, яка запропонувала такі їх види:

1. Класифікація договорів про надання медичних послуг залежно від суб'єктного складу:

а) види договорів про надання медичних послуг залежно від суб'єкта надання послуг (виконавця). Суб'єктами медичної діяльності можна вважати заклади охорони здоров'я, фізичних осіб, які здійснюють приватну медичну практику;

б) види договорів про надання медичних послуг залежно від пацієнта:

– залежно від громадянства: договори про надання медичних послуг громадянам України, договори про надання медичних послуг іноземним громадянам, договори про надання медичних послуг особам без громадянства, договори про надання медичних послуг біженцям, які постійно проживають на території України;

– залежно від того, на чию користь укладено договір про надання медичних послуг: договори про надання медичних послуг із пацієнтами – замовниками послуги, договори про надання медичних послуг із пацієнтами – третіми особами, на користь яких іншими замовниками укладений договір про надання медичних послуг;

– залежно від віку пацієнта: договори про надання медичних послуг повнолітнім пацієнтам, договори про надання медичних послуг неповнолітнім пацієнтам.

2. Класифікація договорів залежно від особливостей послуг, які є предметом договору:

– договір про надання косметологічних послуг;

– договір про репродуктивні права фізичних осіб;

– договір про надання хірургічних послуг (договір про надання хірургічних послуг є різновидом договору про надання медичних послуг) [6].

Таким чином, доходимо висновку про доцільність визнання «типу» найбільш широкою за обсягом формою систематизації цивільно-правових договорів, а всі інші класифікаційні форми (підтипи, види, різновиди тощо) є лише його складовими частинами [2, с. 13–14].

З огляду на зазначене є потреба у виокремленні видів договорів про застосування допоміжних репродуктивних технологій. Зокрема, за відсутності системи договорів про ДРТ варто виходити з положень затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, яким визначені такі форми лікування безпліддя:

1) внутрішньоматкова інсемінація спермою чоловіка або спермою донора, яка є однією з форм лікування безпліддя та може бути проведена шляхом введення підготовлених (капацитованих) сперміїв у порожнину матки в період овуляції;

2) донація гамет та ембріонів – процедура, за якою донори за письмово оформленою добровільною згодою надають свої статеві клітини-гамети (сперму, ооцити) або ембріони для використання в інших осіб під час лікування безпліддя;

3) сурогатне (замінне) материнство – метод лікування безпліддя, за яким сурогатна мати, не пов'язана генетично з ембріоном, перенесеним до її організму, виношує та народжує дитину в інтересах подружжя (або одного з майбутніх батьків).

З огляду на зазначене та особливості кожного з наведених методів лікування безпліддя є необхідність укладати такі види договорів відповідно до специфіки обраного виду послуги, що надається для лікування безпліддя методом застосування ДРТ, тобто залежно від предмета договору:

а) договір про внутрішньоматкову інсемінацію;

б) договір про донацію гамет та ембріонів;

в) договір сурогатного (замінного) материнства.

Висновки.

Підсумовуючи наведене, варто підкреслити, що договір про застосування ДРТ через специфіку відносин, урегульованих ним, не має аналогів у системі існуючих цивільно-правових договорів, передбачених Цивільним кодексом України, а тому потребує подальшого дослідження з метою виділення в окремий вид. Водночас, незважаючи на те, що положення про договір із застосування допоміжних репродуктивних технологій не відображені в Цивільному кодексі України, такий договір ґрунтується на загальних засадах цивільного права.

Список використаних джерел:

1. Договірне право України. Загальна частина: навч. посібник / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К.: Юрінком Інтер, 2008. 896 с.

2. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики: монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка. К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 402 с.

3. Теоретичні та практичні аспекти розгляду судами спорів, що виникають із договорів підряду: монографія / за заг. ред. В.В. Луця. К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2010. 300 с.

4. Герц А.А. Класифікація договорів про надання медичних послуг. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право». 2015. Вип. 32. Т. 2. С. 16–20.

5. Солтис Н.Б. Класифікація договорів у підприємницькій діяльності. Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності / за ред. В.В. Луця. К.: НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2009. С. 110–115.

6. Герц А.А. Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Львів, 2016. 421 с.

В статье исследуются договоры о вспомогательных репродуктивных технологиях. Рассматривается классификация данных договоров. Отмечено, что классификация договоров зависит от особенностей услуг, которые являются предметом договора. Рассмотрена позиция относительно того, что гражданско-правовые договоры являются многозначным понятием, потому классифицируются как сделки и как обязательства, а сам договор является их разновидностью.

Ключевые слова: договор, обязательства, вспомогательные репродуктивные технологии, сделка, суррогатное материнство, медицинское учреждение, пациент.

The article examines the contracts on assisted reproductive technologies. The classification of these contracts is considered. It is noted that the classification of contracts depends on the characteristics of services that are the subject of the contract. The position is considered that civil-law contracts are a multi-valued concept, therefore they are classified as transactions and as obligations, and the contract itself is their variety.

Key words: agreement, obligations, auxiliary reproductive technologies, transaction, substitute maternity, medical establishment, patient.

УДК 347.23

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

ФІДУЦІАРНИЙ ЗАКЛАД ЯК ВИД ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПОНЯТТЯ, ОСОБЛИВОСТІ, ДОЦІЛЬНІСТЬ

У статті досліджується специфіка, правова природа та зміст поняття фідуціарного закладу (забезпечувальної довірчої власності). Автор вивчає історію походження даного виду забезпечення та аналізує досвід його застосування в країнах, що належать до різних правових систем. Крім того, автор вивчає можливість та доцільність уведення даного виду забезпечення зобов'язань у право України.

Ключові слова: фідуціарний заклад, забезпечувальна довірча власність, титульне забезпечення, непоіменовані види забезпечення зобов'язань, траст, неакцесорні види забезпечення зобов'язань, непосесорні види забезпечення зобов'язань, Директива про механізми фінансового забезпечення від 06.06.2002 № 2002/47.

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Протягом останнього часу серед теоретиків та практиків точиться жвава дискусія щодо можливості та доцільності введення у право України нового виду забезпечення зобов'язань – так званого фідуціарного закладу. Даний інститут відомий під різними назвами, зокрема: як забезпечувальна довірча власність, фідуціарна (довірча) передача майна у власність, передача права власності на майно у якості забезпечення зобов'язання, титульне забезпечення, квазі-забезпечення (*quasi-security*), титульне фінансування (*title finance*), фінансування набуття активів (*acquisition financing*) тощо.

Як правило, під наведеними термінами розуміють вид (або спосіб) забезпечення зобов'язань, за якого позичальник передає у *власність* (або у *довірчу власність*) позикодавця майно на забезпечення виконання своїх зобов'язань за договором позики. У разі належного виконання позичальником своїх обов'язків, тобто повернення всієї суми позики та сплати всіх процентів, позикодавець зобов'язаний повернути право власності на майно позичальнику. У разі порушення позичальником своїх зобов'язань за договором позики позикодавець має право залишити собі право власності на передане майно (якщо право власності було передано йому із самого початку) або звернути стягнення на передане майно та стати його повноцінним власником (якщо майно перебуває у нього у довірчій власності). За таких обставин позичальник виступає боржником у відносинах позики, а у відносинах, що виникають із фідуціарного закладу, – кредитором (та установником у разі передачі майна у довірчу власність). Водночас позикодавець є кредитором за договором позики та боржником у забезпечувальних відносинах (та довірчим власником у разі отримання майна у довірчу власність).

Слід зазначити, що в Україні до сих пір відсутні комплексні дослідження правової природи та змісту даного виду забезпечення зобов'язань. Це, у свою чергу, призводить до того, що більшість дослідників свідомо чи підсвідомо асоціюють довірчу передачу права власності із трастом, категорично відкидаючи саму думку про можливість її використання в Україні. З оглчду на цей факт, дане питання є актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Фідуціарний заклад був предметом дослідження Р. А. Майданика, О. А. Підопригори, О. В. Дзери, А. Г. Покачалової, Н. М. Дихти та ін. Серед російських дослідників, які вивчали цю проблематику, слід назвати Б. М. Гонгало, С. В. Сарбаша, К. Р. Усманову, В. А. Гончарову, П. Хлютова та ін.

Цілі та завдання статті. Дослідити специфіку, правову природу та зміст фідуціарного закладу, а також проаналізувати можливість та доцільність уведення даного виду забезпечення зобов'язань у право України.

Виклад основного матеріалу. Почнемо з того, що фідуціарна передача права власності в якості забезпечення була відома ще Римському праву як найстаріша форма застави

© Г. Буяджи, 2018

та мала назву *fiducia,* або точніше – *fiducia cum creditore*. Н. М. Дихта підкреслює, що *fiducia* оформлювалася шляхом укладення фідуціарного договору, який «полягав у тому, що боржник за договором позики на вимогу кредитора передавав йому певну річ (майно) як спосіб забезпечення виконання договору. Річ, що передавалася як застава, переходила у власність кредитора, але з умовою, що при виконанні договору позики боржником кредитор зобов'язаний повернути предмет застави. Проте обов'язок кредитора не мав правового значення, юридичної сили, а тільки моральну. Цей обов'язок ґрунтувався лише на довірі боржника до кредитора, був розрахований на його порядність, чесність і добру совість (*bona fides*)» [1, с. 203]. Як підкреслює О. А. Підопригора, «умови цієї форми застави були дуже обтяжливими для боржника. Якщо кредитор продавав предмет застави третій особі, то боржник, навіть виконавши зобов'язання, позбавлявся права на річ. При перевищенні вартості застави над сумою боргу різницю також одержував кредитор» [2, с. 344].

За свою багатовікову історію зазначений інститут не лише не зникнув, а, навпаки, був удосконалений в частині кращого забезпечення прав власника, який передає право власності на майно на забезпечення виконання ним своїх зобов'язань. Із часом моральний обов'язок позикодавця повернути майно первісному власнику після сплати останнім суми позики був замінений на юридичний обов'язок. Так само були розроблені та вдосконалені способи захисту первісного власника у разі порушення позикодавцем свого фідуціарного обов'язку (наприклад, у разі відмови від повернення майна або у разі несанкціонованого продажу третій особі).

Як підкреслює А. Г. Покачалова у своєму дисертаційному дослідженні, натепер основною тенденцією у сфері забезпечення зобов'язань є звернення до так званих непосесорних забезпечувальних інтересів та використання забезпечувальних механізмів, які базуються на правовому титулі, зокрема забезпечувальної передачі правового титулу [3, с. 167-168]. Цей вид забезпечення набув значного поширення у цілій низці країн та отримав загальну назву *fiduciary transfer of title*, тобто фідуціарна передача права власності. Під такою назвою він відомий у США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії, Чорногорії, Румунії. В інших країнах, що сприйняли даний вид забезпечення, цей інститут має іншу назву, а саме: у Швейцарії існує довірче забезпечення (*fiducie-sûreté* або *fiducia cum creditore*); у Німеччині паралельно функціонують інститут *Sicherungsübereignung* для передачі майна і *Sicherungsabtretung* для передачі майнових прав; у Франції практикується забезпечувальна *fiducie*.

Більше того, передача права власності у якості забезпечення зобов'язань прямо передбачена **у Директиві Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу про механізми фінансового забезпечення від 06.06.2002 № 2002/47** (*Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements*) [4].

У п. 13 Преамбулі Директиви наголошується, що вона має на меті захистити дійсність механізмів фінансового забезпечення, які ґрунтуються на повній передачі власності на фінансове забезпечення, зокрема, шляхом усунення так званої перекваліфікації в заставу таких механізмів фінансового забезпечення, включаючи угоди репо. Іншими словами, Директива покликана убезпечити сторони від кваліфікації у якості застави такого окремого виду забезпечення, як передача права власності на майно.

У ст. 2 Директиви механізм фінансового забезпечення визначається як: 1) механізм фінансового забезпечення *з передачею титулу* (*title transfer financial collateral arrangement*) або 2) заставний механізм фінансового забезпечення [незалежно від того], чи охоплюються вони рамковими угодами або загальними положеннями та умовами. При цьому *механізм фінансового забезпечення з передачею титулу* означає механізм, включаючи угоди репо, відповідно до якого той, хто надає забезпечення, передає тому, хто отримує забезпечення, повну власність (*full ownership*) на фінансове забезпечення з метою забезпечення або іншого гарантування виконання відповідних фінансових зобов'язань. Звідси випливає, що у ЄС чітко розмежовують заставу та передачу права власності на майно з метою забезпечення зобов'язань як два абсолютно різні способи забезпечення зобов'язань, які існують паралельно та не заперечують один одного.

Таким чином, забезпечувальна довірча власність, на відміну від класичного англо-американського трасту, сягає своїм корінням Римського права, а не права середньовічної Англії та ефективно використовується у країнах, що належать до різних правових сімей. Крім того, в країнах ЄС вона існує паралельно з інститутом застави.

Незважаючи на популярність даного інституту у світі загалом та у Європі зокрема, ставлення до нього в Україні та Росії є дуже неоднозначним. Є як його палкі прихильники, так і противники. Причому до останніх належать не лише пересічні громадяни, але й

кваліфіковані юристи-практики та науковці. До прикладу, відомий російський цивіліст Б. М. Гонгало у своєму дослідженні, присвяченому забезпеченню зобов'язань, погоджується, що необхідно вивчати та запозичувати іноземний досвід. «Більше того, – наголошує він, – доцільне збагачення системи способів забезпечення зобов'язань уже відпрацьованими засобами, які вже довели свою ефективність... Інша справа, що при такому запозиченні, очевидно, варто враховувати традиції російської цивілістики, чинне цивільне законодавство і брати до уваги величезну кількість інших факторів» [5, с. 75]. Водночас у частині, що стосується забезпечувальної довірчої власності, вчений займає категоричну позицію: «у Росії не може слугувати забезпеченням довірча власність (див. 9-102 УТК США[1]) у силу того, що інститут довірчої власності (траст) є чужим континентальним правовим системам загалом і російському законодавству зокрема» [5, с. 77]. Зрозуміло, що вчений розмірковує щодо перспектив даного виду забезпечення у Російській Федерації, проте, враховуючи його авторитет та вплив на формування наукової доктрини в Україні, варто брати його думку до уваги. Причому, як буде показано нижче, частина українських юристів дотримується дуже схожої думки.

Почнемо з того, що Розпорядженням Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану дій щодо імплементації кращих практик якісного та ефективного регулювання, відображених Групою Світового банку у методології рейтингу «Ведення бізнесу» на 2016 рік» від 16 грудня 2015 р. № 1406-р [6] у п. 10 Міністерству юстиції України було доручено розробити та внести на розгляд Кабінету Міністрів України законопроект щодо запровадження довірчої передачі права власності як способу забезпечення виконання зобов'язань. За задумом урядовців, законопроект повинен був надавати можливості довірчої передачі права власності на майно кредиторові з метою забезпечення виконання вимоги такого кредитора (право власності повертається боржникові після виконання зобов'язань перед кредитором). Проте Міністерство юстиції України зайняло жорстку і категоричну позицію щодо не підтримання зазначеної ініціативи та всіляко заперечувало будь-які спроби уведення даного виду забезпечення у право України.

Крім того, протягом останнім кількох років у парламенті почали з'являтися законодавчі ініціативи, які у тій чи іншій формі пропонували доповнити Цивільний кодекс України новим видом забезпечення – фідуціарним закладом. До прикладу, народними депутатами України В. В. Голубом, О. С. Сотник та І. О. Климпуш-Цинцандзе було зареєстровано **проект Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань» від 16.03.2016 № 4188** [7] (далі – проект Закону № 4188), розроблений спільно з експертним середовищем.

Проект Закону № 4188 передбачав, серед іншого, доповнення глави 49 Цивільного кодексу параграфом 8 «Довірча власність». Зокрема, пропонувалося, що виконання зобов'язання боржника може бути забезпечене шляхом передання кредиторові майна у довірчу власність. Відповідно до законопроекту право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язань є різновидом права власності на майно, за яким кредитор, котрий отримав майно у довірчу власність (довірчий власник), не має права користуватися та самостійно розпоряджатися таким майном, окрім як у разі звернення стягнення на нього у порядку, встановленому законом. З моменту встановлення довірчої власності припиняється право власності особи, яка передала своє майно у довірчу власність. Об'єктом довірчої власності може бути будь-яке майно, що може бути відчужене і на яке може бути звернене стягнення. Довірчим засновником може бути боржник за основним зобов'язанням та/або інша особа, яка передає своє майно у довірчу власність з метою забезпечення виконання зобов'язань боржника. Крім того, проект закону визначав особливості даного виду забезпечення, специфіку звернення стягнення на майно, передане у довірчу власність, підстави для її виникнення, зміни та припинення тощо.

Ще пізніше у Верховній Раді України було зареєстровано **законопроект**, розроблений Кабінетом Міністрів України (відповідальне Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) **«Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні» від 06.06.2017 № 6540** [5] (далі – проект Закону № 6540), яким також, серед іншого, пропонується главу 49 Цивільного кодексу доповнити параграфом 8 «Довірча власність» та передбачити існування права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язання. Розробники законопроекту визначають довірчу власність як «спосіб

[1] УТК США – Уніфікований торговий кодекс США (англ. The Uniform Commercial Code) – модельний акт у сфері торгового права США, ратифікований у більшості американських штатів.

забезпечення виконання зобов'язань, що є різновидом права власності на майно, за яким кредитор, який отримав майно у довірчу власність (довірчий власник), не має права користуватися та самостійно розпоряджатися таким майном, крім як у разі звернення стягнення на нього в порядку, встановленому законом». Як і проект Закону № 4188, законопроект № 6540 також визначає, що може бути об'єктом довірчої власності, особливості її здійснення та відповідальності довірчого власника, а також механізм звернення стягнення на передане майно.

У цій статті ми не будемо детально аналізувати положення зазначених законопроектів, оскільки вони є лише прикладами потенційно можливих варіантів уведення забезпечувальної довірчої власності у право України. Скажемо лише, що, на нашу думку, вони далекі від досконалості як з погляду доктринальних підходів до визначення поняття зобов'язальної довірчої власності, так і з точки зору нормо-проектувальної техніки та узгодженості з іншими актами законодавства. Нас цікавить не стільки сам зміст законопроектів, скільки реакція на них Міністерства юстиції України та Головного науково-експертного управління Верховної Ради України, які одностайно та категорично висловилися проти ідеї уведення у право України нового виду забезпечення зобов'язань[2].

Отже, з наведеного можна зробити два висновки. Перший – про те, що потроху в Україні навіть на найвищому рівні з'являється зацікавленість в удосконаленні видів забезпечення зобов'язань та виникають спроби запровадити інститут забезпечувальної довірчої власності. Другий – про те, що в Україні досі є глибоке нерозуміння суті фідуціарного закладу, поєднане із незнанням того, що даний інститут ґрунтується на багатовікових традиціях Римського права та активно використовується у якості забезпечення зобов'язань в Європейському Союзі.

Спробуємо більш детально проаналізувати **характерні риси фідуціарного закладу**:

1) *Це є вид (або спосіб) забезпечення зобов'язань*. За цієї ознакою забезпечувальна довірча власність принципово відрізняється від класичного англо-американського трасту. Для останнього визначальною ознакою є передача майна у довірчу власність з метою управління ним в інтересах інших осіб або для досягнення певної мети. При фідуціарному закладі, навпаки, передача майна у власність або у довірчу власність виконує забезпечувальну функцію. При цьому, як правило, довірчий власник не має права володіти, користуватися та розпоряджатися переданим майном аж до моменту порушення боржником своїх зобов'язань, що є підставою для звернення стягнення на передане майно.

2) Фідуціарний заклад, поряд із заставою та притриманням, є способом забезпечення зобов'язання, *спрямованим як на безпосереднє стимулювання виконання зобов'язання, так і на захист майнових інтересів кредитора* у разі невиконання боржником своїх зобов'язань.

3) Це зобов'язальне правовідношення, яке має *неакцесорний характер*. Як відомо, специфіка забезпечувального зобов'язання полягає в тому, що воно має акцесорний характер по відношенню до зобов'язання, яке забезпечується. Це, зокрема, проявляється в тому, що недійсність основного зобов'язання тягне за собою недійсність забезпечувального, воно наслідує долю основного зобов'язання у разі переходу прав кредитора до іншої особи: припинення основного зобов'язання, як правило, тягне за собою припинення його забезпечення. Проте фідуціарний заклад не має названих ознак. Його додатковий характер проявляється виключно в тому, що без існування основного зобов'язання він втрачає зміст. За відсутності основного зобов'язання не виникає потреби у його забезпеченні, а отже, і в передачі майна у власність. Отже, додатковий характер забезпечувальної довірчої власності полягає у її функціональному призначені.

Водночас фідуціарний заклад, як і банківська гарантія, не залежить від основного зобов'язання, тобто він має неакцесорний характер. Після передачі майна установник втрачає право власності на передане майно. Припинення основного зобов'язання (безвідносно до підстав) не тягне за собою припинення фідуціарного закладу, а є лише правовою підставою для вимоги про повернення майна установнику. До прикладу, відомий науковець О. В. Дзера слушно зазначає, що «неакцесорність забезпечувального права власності передбачає його існування незалежно від забезпечуваного зобов'язання і вимагає вчинення фактичної передачі майна для припинення довірчої власності» [9, с. 516]. До речі, на неакцесорному характері фідуціарного закладу наголошують й інші дослідники у тих країнах, де цей інститут застосовуються.

[2] Інформація отримана автором безпосередньо з робочих документів, наданих Міністерством юстиції України, а також із висновків Головного науково-експертного управління Верховної Ради України, розміщених на сайті Верховної Ради України.

4) Це є *речовий спосіб забезпечення зобов'язання*, оскільки до позикодавця переходить речове право на майно (або право власності, або право довірчої власності).

5) Фідуціарний заклад має *непосесорний (неволодільницький) характер*. Як зазначає А. Г. Покачалова, «непосесорні забезпечувальні інтереси створюються в майні, яке залишається у володінні боржника або передається в його володіння» [3, с. 40-41]. За даних обставин володільцем майна, переданого у довірчу власність, як правило, залишається позикодержатель, тобто первісний власник, а довірчий власник не має права володіти, користуватися та розпоряджатися переданим *майном* до моменту порушення боржником основного зобов'язання.

Отже, з наведеного можна зробити висновок, що ***фідуціарний заклад*** або ***забезпечувальна довірча власність*** *– це неакцесорний та непосесорний речовий спосіб забезпечення зобов'язання, що передбачає передачу боржником за основним зобов'язанням належного йому майна у власність або у довірчу власність кредитору за основним зобов'язанням з метою одночасного стимулювання виконання зобов'язання та захисту майнових інтересів кредитора.*

Є ще один нюанс, на який би хотілося звернути увагу. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Цивільного кодексу сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Крім того, ч. 2 ст. 546 Цивільного кодексу України договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання.

З наведеного вбачається однозначний висновок, що договір може передбачати існування непойменованих видів забезпечення зобов'язання. У зв'язку із цим виникає питання: чи може використовуватися інститут забезпечувальної довірчої власності уже зараз, без внесення змін до цивільного законодавства? Теоретично – так, оскільки, справді, система способів забезпечення зобов'язань є відкритою, а наданий у Цивільному кодексі перелік видів забезпечення – невичерпний.

Водночас, як слушно зазначає Б. М. Гонгало, «надзвичайно велике значення має сприйнятливість судовими органами новітніх способів забезпечення зобов'язань, не передбачених законом, і їх здатність оперативно розглядати спори, що виникають у зв'язку із невиконанням (неналежним виконанням) зобов'язань, забезпеченими цими способами» [5, с. 75]. Щоб підсилити викладену думку, ми наведено приклад судових справ, де предметом розгляду була передача права власності у якості забезпечення зобов'язання, розглянутих Судовою колегією з цивільних справ Верховного Суду Російської Федерації. У двох аналогічних справах суд дійшов протилежних висновків [Див. 10]. Враховуючи схожість доктринальних підходів та правового регулювання забезпечувальних відносин у Росії та Україні, така судова практика може бути дуже корисною в Україні.

Так, суд в *Ухвалі судової колегії з цивільних справ Верховного Суду Російської Федерації від 30.07.2013 № 18-КГ13-72* встановив, що поряд із договором позики грошових коштів між сторонами було укладено договір купівлі-продажу квартири, на основі якого позикодавець став власником нерухомого майна, належного позичальнику, а також попередній договір, який передбачав право позичальника викупити нерухомість. На підставі цього суд дійшов висновку, що «договір купівлі-продажу квартири є удаваною угодою, оскільки фактично між сторонами укладений договір позики із заставою майна у вигляді спірної квартири» [10].

Водночас в *Ухвалі Судової колегії з цивільних справ Верховного Суду Російської Федерації від 13.10.2013 № 5-КГ13-113* було підкреслено, що суд першої інстанції мав «вияснити зміст договору в цілому, зіставивши між собою умови договору позики про те, що у якості застави у забезпечення повернення грошових коштів Кузовлев В. В. надає квартиру, яку зобов'язується переоформити за договором купівлі-продажу на Савілову В. І., чи міг такий договір купівлі-продажу бути удаваною угодою, враховуючи, що в силу ст. 329 Цивільного кодексу Російської Федерації перелік способів забезпечення є відкритим. У зв'язку із цим сторони договору позики, виходячи з положень ст. 421 Цивільного кодексу Російської Федерації про свободу договору, мають право передбачити у якості способу забезпечення виконання зобов'язання купівлю-продаж нерухомого майна за умови, за якою перехід права власності на об'єкт нерухомості може залежати від виконання боржником (позичальником) своїх обов'язків за договором позики, а сума позики є одночасно покупною ціною за договором купівлі-продажу об'єкту нерухомості» [10].

На нашу думку, це дуже показовий приклад, який ілюструє, що у разі відсутності належного правового регулювання певних відносин, навіть якщо вони не заборонені законом, сторони можуть стикнутися з несприйняттям і нерозумінням суті таких відносин у судах. Відповідно, неможливо буде передбачити результати розгляду судової справи, а отже, забезпечити належний захист

сторін відповідних правовідносин. Той факт, що такої позиції судів не має бути у демократичному суспільстві, – це вже питання інше, але, на жаль, українські (як і російські) суди ще не відійшли від нормативістського підходу та досить часто ухвалюють рішення, базуючись на букві закону, а не на дусі права.

Враховуючи викладене, ми вважаємо, що натепер теоретично можливо використовувати фідуціарний заклад як непоіменований вид забезпечення зобов'язання, не заборонений законом. Проте на практиці це може призвести до неможливості належного захисту порушених прав сторін у суді, враховуючи відсутність належного та достатнього правового регулювання такого роду відносин.

Слід зазначити, що переваги фідуціарного закладу для позикодавця не викликають сумнівів, оскільки він надає максимальний захист його правам та інтересам від потенційної недобросовісності боржника. Проте для позичальника цей вид забезпечення є більш обтяжливим, аніж застава чи іпотека, оскільки він навіть із дозволу кредитора не має права відчужувати майно або передавати його у наступну заставу. Крім того, у разі належного виконання боржником своїх обов'язків за договором позики є ризик, що кредитор неправомірно ухилятиметься від повернення майна позичальнику.

З метою гарантування належного захисту сторін у разі використання даного виду забезпечення, а також враховуючи його популярність у світі, фідуціарний заклад (або краще – забезпечувальна довірча власність) має бути офіційно уведений у право України. При цьому важливо максимально зберігати баланс між правами позикодавця та позичальника, щоб останній не потрапив в обтяжливе становище. Для цього доцільно передбачити, що майно позичальника переходить не у власність позикодавця, а у довірчу власність. Хоча остання і передбачає виникнення речового права у довірчого власника, але все одно таке право є обмеженим та має припинятися у момент повного виконання позичальником своїх обов'язків за договором позики. Крім того, у разі порушення боржником своїх обов'язків кредитор повинен буде пройти процедуру звернення стягнення на майно (хоча вона має бути простішою, ніж звернення стягнення на заставлене майно).

Отже, з наведеного можна зробити такі **висновки**:

1. Фідуціарний заклад, на відміну від класичного англо-американського трасту, сягає своїм корінням Римського права, а не права середньовічної Англії та ефективно використовується у країнах, що належать до різних правових сімей, зокрема, і в країнах Європейського Союзу.

2. Фідуціарний заклад, або забезпечувальна довірча власність, – це неакцесорний та непосесорний речовий спосіб забезпечення зобов'язання, що передбачає передачу боржником за основним зобов'язанням належного йому майна у власність або у довірчу власність кредитору за основним зобов'язанням з метою одночасного стимулювання виконання зобов'язання та захисту майнових інтересів кредитора.

3. Натепер теоретично можливо використовувати фідуціарний заклад як непоіменований вид забезпечення зобов'язання, не заборонений законом. Проте на практиці це може призвести до неможливості належного захисту порушених прав сторін у суді, враховуючи відсутність належного та достатнього правового регулювання такого роду відносин. У зв'язку із цим доцільно його увести у право України. При цьому важливо максимально зберігати баланс між правами позикодавця та позичальника, щоб останній не потрапив в обтяжливе становище. Для цього слід передбачити, що майно позичальника переходить не у власність позикодавця, а у довірчу власність.

Список використаних джерел:

1. Дихта Н. М. Фідуціарний договір у Римському приватному праві // Актуальні проблеми держави і права. – О.: Юрид. л-ра. – 2007. – Вип. 33 . – С. 201-206.

2. Підопригора О. А. Римське право : підручник / О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов. – К. : Юрінком Інтер, 2003. – 512 с.

3. Покачалова А. Г. Забезпечення зобов'язань в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / А. Г. Покачалова ; КНУ імені Тараса Шевченка. – К : 2012. – 191 с.

4. Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0047;

5. Гонгало Б. М. Жилищное право. Семейное право : Избранное / Б. М. Гонгало. – М. : Статут, 2011. – 256 с.

6. Про затвердження плану дій щодо імплементації кращих практик якісного та ефективного регулювання, відображених Групою Світового банку у методології рейтингу «Ведення бізнесу» на 2016 рік : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 16.12.2015 № 1406-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/248750539?=print;

7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження пра-

ва довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань : Проект закону від 16.03.2016 № 4188 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58359;

8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо поліпшення інвестиційного клімату в Україні : Проект Закону від 06.06.2017 № 6540 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61950;

9. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2010. – 973 с.;

10. Хлюстов П. Обеспечительная передача правового титула – возможно ли это в России? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.garant.ru/ia/opinion/author/hlyustov/629940/.

В статье исследуется специфика, правовая природа и содержание понятия фидуциарного заведения (обеспечительной доверительной собственности). Автор изучает историю происхождения данного вида обеспечения и анализирует опыт его применения в странах, относящихся к различным правовых систем. Кроме того, автор изучает возможность и целесообразность введения данного вида обеспечения обязательств в право Украины.

Ключевые слова: фидуциарный залог, обеспечительная доверительная собственность, титульное обеспечения, непоименованные виды обеспечения обязательств, траст, не акцессорные виды обеспечения обязательств, не посессорные виды обеспечения обязательств, Директива о механизмах финансового обеспечения от 06.06.2002 № 2002/47.

The article deals with the specifics, legal nature and content of the notion of a fiduciary institution (secured trust property). The author examines the history of the origin of this type of security and analyzes the experience of its use in countries belonging to different legal systems. In addition, the author studies the possibility and expediency of introducing this type of maintenance obligations into the law of Ukraine.

Key words: fiduciary establishment, secured trust property, title collateral, non-named types of collateral, trust, non-actor types of collateral obligations, non-performing types of collateral, the Directive on financial security mechanisms of 06.06.2002, No. 2002/47.

УДК 347.132:330.131.7

Марина Великанова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правознавства
Київського національного університету культури і мистецтв

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ ВПЛИВУ НА РИЗИК

У статті досліджуються методологічні засади впливу на ризик. Пошук єдиного критерію впливу на ризик призвів до обґрунтування у науці таких засад впливу на ризик, як раціоналізм, справедливість, економічна ефективність. Робиться висновок, що і в теорії, і на практиці вплив на ризик здійснюється на засадах поєднання принципів справедливості та економічної доцільності.

Ключові слова: ризик, вплив на ризик, наслідки ризику, управління ризиком.

Постановка проблеми. Вплив на ризик як завершальна стадія управління ризиком не здобула у доктрині однозначного розуміння. Натепер у наукових дослідженнях досить часто категорія «управління ризиком» підмінюється такими поняттями, як «розподіл ризику», «вплив на ризик». Втім це далеко не тотожні категорії. Як результат, у науці відсутні досить аргументовані методологічні підходи до впливу на ризик. Разом із тим саме від розуміння таких підходів залежить вміння застосування способів впливу на ризик, тобто ефективність діяльності з уникнення, контролю або мінімізації наслідків ризику.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальні питання управління ризиком досліджувались представниками різних галузей науки – економіки, політології, юриспруденції. Зокрема, досить значне місце управлінню ризиком відводилось у працях Ф. Найта, Г. В. Чернової, А. А. Кудрявцева, Л. І. Донець. Серед вітчизняних учених-цивілістів, які вивчали цю проблему, можна назвати Н. І. Майданик, О. Андрєєву, О. Мельник. Звертались до питання розподілу ризиків і зарубіжні дослідники-правники, зокрема, Д. А. Архипов, Ф. О. Вячеславов та Р. А. Крючков.

Втім, аналіз сучасних публікацій, присвячених управлінню ризиком, виявив різноманітність підходів щодо загальних засад уникнення, контролю або мінімізації ризику, що дозволяє констатувати відсутність у правовій доктрині єдиних методологічних засад впливу на ризик. А це, у свою чергу, вказує на малодослідженість зазначеного питання та актуальність наукових пошуків у цьому напрямі.

У зв'язку з цим **метою** цієї публікації є встановлення загальних методологічних засад впливу на ризик, завдяки яким можливе досягнення максимальної ефективності діяльності з уникнення, контролю або мінімізації наслідків ризику.

Виклад основного матеріалу. Вплив на ризик є завершальним етапом управління ризиком, метою якого є уникнення чи мінімізація ризику. Під мінімізацією ризику у науковій літературі розуміється комплекс різноманітних заходів, спрямованих, з одного боку, на ліквідацію та (або) зниження до прийнятного стану впливу несприятливих обставин, що перешкоджають задоволенню інтересу, а з іншого боку, використання сприятливих обставин (можливостей) для найбільш ефективного і повного задоволення інтересу. Мінімізуючи ризики, зацікавлена особа впливає на ситуацію невизначеності результату з метою отримання найбільш позитивного ефекту як від своєї поведінки, так і від поведінки інших осіб, з якими вона взаємодіє [1].

У науковій цивілістичній літературі висловлюється думка, що залежно від механізму правового регулювання можна виділити такі способи впливу на ризик: 1) розподіл ризиків між учасниками правовідносин; 2) покладання ризиків на третю особу; 3) використання інших способів впливу, як передбачених, так і не передбачених нормативно-правовими актами [2, с. 8]. П. С. Матвєєв виділяє чотири методи управління ризиком[1]: 1) скасування – відмова від здійснення ризикового заходу; 2) запобігання втратам і контроль – превентивні і подальші дії, зумовлені необхідністю запобігти негативним наслідкам, уберегтися від випадковостей, контролювати їх розмір, якщо втрати вже мають місце або неминучі; 3) страхування – готовність суб'єкта відмовитись від частки свого доходу заради уникнення ризику; 4) поглинання – визнання допустимого збитку і відмови від його страхування (коли сума збитку мала і нею можна знехтувати) [3, с. 137].

[1] Хоча ученим і вживається тармін «управління ризиком», проте мова йде не про весь процес управління, а лише про його останній етап – вплив на ризик.

© М. Великанова, 2018

Разом із тим окремі науковці вважають, що способи впливу на ризик залежать від виду відносин, в яких виникає і розвивається ризик, та зумовлюються їх змістом. Так, Ф. О. Вячеславов зазначає, що розподіл ризиків є однією із форм управління ними, яка відрізняється, наприклад, від покладення ризиків в абсолютних правовідносинах і деліктних зобов'язаннях, а також спеціальних процедурних форм з управління ризиками в корпоративному праві. Пояснює свою позицію вчений так: у межах абсолютних, корпоративних правовідносин і деліктних зобов'язаннях здебільшого визначається особа, яка несе можливі негативні наслідки тієї чи іншої обставини, а також зміст таких наслідків. Втім, характер і особливості правового регулювання у сфері абсолютних і корпоративних правовідносин, деліктних зобов'язань дозволяють автору зробити висновок, що розподіл ризиків у таких відносинах не відбувається. Замість цього має місце або покладання ризиків (абсолютні правовідносини, деліктні зобов'язання), або процедурні форми управління ризиками (корпоративні правовідносини) [4, с. 14-15]. Така позиція Ф. О. Вячеславова вже характеризувалась у попередніх публікаціях [5, с. 23]. Нині хотілося б звернути увагу на інший аспект: поряд із розподілом ризиків, автор вказує на доцільність, а в певних випадках і на необхідність, застосування інших способів впливу на ризик.

Підтримує позицію Ф. О. Вячеславова й О. Мельник, яка зазначає, що у речовому праві ризики випадкового пошкодження майна лягають на «суб'єкта права», а в зобов'язальному праві це питання вирішується за іншими правилами: ризики значно більшою мірою покладаються на зобов'язаного учасника правовідносин, ніж на уповноваженого [6, с. 268]. І хоча значна увага авторки присвячена дослідженню такого способу впливу на ризик, як його розподіл, все ж із контексту статті вбачається, що розподіл ризику не розглядається нею як єдиний спосіб впливу.

Характеристика окремих способів впливу на ризик неможлива без встановлення загальних засад впливу на ризик, які й стануть предметом дослідження цієї статті. Що ж стосується способів впливу на ризик, то їх аналізу буде присвячена наступна публікація.

У спеціалізованих дослідженнях вже досить довго ведеться пошук єдиного критерію впливу на ризик, який, зокрема, Д. А. Архипов називає раціональним. На думку вченого, раціональним може визнаватись лише той критерій, мета якого зрозуміла та перевірена на відповідність інтересам суспільства. Автор виділяє два основні підходи досягнення раціоналізму: юридичну догматику (юридичний позитивізм) та функціональний (інструментальний) підхід. При цьому, на погляд автора, перевага має надаватись другому – функціональному підходу, в основі якого лежить економічна ефективність як принцип правового регулювання. Під економічною ефективністю, як правило, розуміється економічна ефективність розподілу обмежених ресурсів суспільства з метою їх використання найціннішим способом, тобто з найбільшою корисністю [7, с. 34-42].

Принцип економічної ефективності в управлінні ризиками, як наголошується А. Ю. Бушевим, має застосуватись з урахуванням базових засад економічної поведінки людини, які зводяться до такого: 1) економічна оцінка права має засновуватись на аналізі поведінки індивіда, його особистих інтересів (всі люди схильні прагнути задоволення насамперед особистого інтересу шляхом вчинення індивідуальних дій або участі в діяльності колективу); 2) будь-який розумний індивід буде прагнути до найбільшого задоволення значимої для нього потреби з найменшими затратами для себе (сприйняття індивідом правової норми і її дотримання здебільшого визначається його персональним розумінням раціональності); 3) основні уподобання конкретного індивіда, рівень значимості для нього тих чи інших потреб у середньому є стабільним протягом його свідомого та самостійного життя (вибираючи модель поведінки, людина, швидше за все, буде надавати перевагу тим самим цінностям, що були для неї найбільш значимі й раніше); 4) взаємодіючи між собою, індивіди в середньому прагнуть до безконфліктності, до встановлення балансу інтересів, передбачуваності [1].

Разом із тим у наукових джерелах зазначається, що пошук єдиного критерію впливу на ризик має здійснюватись виходячи із цілей права. Хоча саме розуміння поняття «ціль (мета) права», а також його визначення натепер залишається дискусійним. Так, О. І. Ющик зазначає, що у дослідників права не склався однозначний підхід до визначення поняття «мета права». Здебільшого її визначення виходить з точки зору відносної, або зовнішньої, доцільності, про яку Г. Гегель писав, що її поняття розуміється як формальне, а зміст – щось зовнішнє, випадкове. Далі, проводячи аналіз поглядів теоретиків на мету права, автор робить висновок про існування як мінімум трьох підходів до її визначення: з точки зору індивідуальної свободи, з точки зору інтересу і з комбінації цих двох точок зору. Окрім того, багато теоретиків права взагалі обходяться без вказівки на

мету права, а деякі, навпаки, бачать у праві безліч цілей [8, с. 279-283].

Ж.-Л. Бержель вказував на зіткнення двох головних альтернатив у встановленні мети права: справедливість або корисність, з одного боку, і індивідуалізм або колективізм – з іншого. У результаті проведеного дослідження вченим було встановлено, що, на думку одних авторів, право повинно бути націлене на справедливий розподіл, належну поведінку індивідів, їх корисність, задоволення їхніх потреб, їхню безпеку, благополуччя або на міць нації, прогрес людства, безперебійне функціонування соціального організму. Інші автори, крім традиційних цілей, таких як справедливість, порядок, безпека або прогрес, вказували на свободу, рівність, братерство. Далі автор зазначає, що «корисність» розглядається як головний критерій всіх цінностей в області пізнання і в сфері дії. Метою права стає встановлення правил поведінки, здатних привести «до найбільшого щастя для найбільшої кількості людей». Для того, щоб поєднати особисте щастя і загальне щастя, утилітаризм використовує моральний критерій. Утилітаристи протиставляють тих, хто думає, що право – це не «завод з виробництва суспільного порядку», але мистецтво, для якого характерним є дотримання проголошеної мети, і що відповідно до традиції Аристотеля або св. Фоми Аквінського «метою права є справедливість»; функція права в такому разі проявляється в тому, щоб «найбільш точно визначити пропорцію інтересів». Однак такий підхід вимагає із самого початку дати визначення «справедливого» [9, с. 56-77].

На справедливість як мету права вказують й інші науковці. Зокрема, І. О. Ільїн першою за значимістю метою права вважав саме справедливість [10, с. 94].

З цього приводу А. Ю. Бушев зазначає, що справедливість необхідно розглядати виходячи з того, яка із сторін певних відносин більшою мірою контролює розвиток ризикової ситуації і, відповідно, хто має більше можливостей впливати на прояв негативних факторів. Такий підхід, вважає автор, базується на економічній теорії і при аналізі правових норм знаходить численні підтвердження в праві [1].

Водночас, на думку Д. А. Архипова, справедливість є надмірно абстрактним правовим принципом, що дозволяє лише грубо розділити всі можливі правові рішення однієї проблеми на справедливі і несправедливі. На практиці цього виявляється недостатньо, оскільки найчастіше вибір доводиться робити між декількома prima facie справедливими, що не суперечать законодавству, рішеннями. А тому спектр «цілей в праві» не може вичерпуватися однією тільки справедливістю. Серед них існують і більш-менш автономні підпорядковані цінності, такі як економічна ефективність, що її послідовне втілення в життя сприяє збільшенню добробуту кожного з нас. При цьому не варто розглядати справедливість і економічну ефективність як щось антагоністичне, вони є взаємодоповнюючими явищами, оскільки в процесі інтерналізації (засвоєння соціальних норм, цінностей, установок, уявлень, стереотипів і вірувань, що склалися в суспільстві) людина засвоює економічно ефективні моделі поведінки, які формують її почуття справедливості. Економічна ефективність як критерій розподілу ризику полягає в такому: ризик повинен покладатися на ту сторону договору, для якої витрати його несення становлять мінімальне значення порівняно з витратами контрагента. Ця умова виконується у двох випадках: 1) сторона має можливість самостійно запобігти настанню несприятливих наслідків у тому числі за рахунок прояву підвищених заходів дбайливості та обачності порівняно з тим рівнем, який вимагається від неї за характером зобов'язання та умовами обороту, при тому що інша сторона такої можливості позбавлена або для неї це буде пов'язано з великими витратами; 2) сторона має можливість управляти ризиком з меншими порівняльними витратами на укладення договору страхування або на «самострахування» за рахунок утворення резервного фонду для покриття збитків за окремими договірними зв'язками [7, с. 45-59].

Солідарною із Д. А. Архиповим є О. А. Воловик, яка зазначає, що договірні відносини доречно розглядати саме у площині ефективності, а не справедливості, а економічний підхід та економічні критерії здатні достовірно пояснювати сутність взаємовідносин між економічними агентами (слабкими або рівними) та сприяти розробці адекватних правових заходів для компетентного втручання права у сферу економічних (договірних) відносин [11, с. 136].

Схожу точку зору висловлює й О. Мельник, котра зазначає, що спроби знайти універсальний критерій розподілу ризику увінчались симбіозом справедливості й економічної ефективності [6, с. 272].

У ЦК України також простежується закріплення засобів впливу на ризик (у тому числі й розподіл) на засадах справедливості та економічної ефективності. Наприклад, ст. 203 встановлює загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, серед котрих зазначається, що волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі. Порушення цього правила є

підставою для визнання такого правочину недійсним та застосування відповідних правових наслідків. Окрім того, що таке рішення є справедливим (оскільки не повинна порушуватись взаємність та кооперація у відносинах), воно також є ще й економічно ефективним, адже відсутність взаємної вигоди сторін призводить до неефективного використання обмежених матеріальних ресурсів суспільства, а тому визнання цього правочину недійсним має економічний сенс у тому значенні, що рух товару має бути також і зворотнім. Звідси покладення ризику на учасника правочину, який скористався такою обставиною, є справедливим та економічно ефективним.

Чи інший приклад: відповідно до ст. 323 ЦК України ризик випадкового знищення та випадкового пошкодження (псування) майна несе його власник, якщо інше не встановлено договором або законом. Справедливість покладення такого ризику на власника полягає в тому, що, маючи можливість володіти, користуватись та розпоряджатись майном, а тому й отримувати із майна певну вигоду, відповідно, взаємно (натомість) власник «обтяжується» тягарем утримання майна та ризиком його випадкового знищення чи пошкодження. Економічна ефективність тут проявляється в тому, що саме власник є тим учасником відносин, який має можливість самостійно запобігти настанню несприятливих наслідків у тому числі за рахунок прояву підвищених заходів дбайливості та обачності. Своєю чергою, відсутність тієї чи іншої умови (власник передав майно в користування іншій особі або не може самостійно запобігти настанню несприятливих наслідків) дозволяє перенести ці ризики на іншу особу, що й закріплено у зазначеній статті.

Досить цікаво проявляються засади справедливості та економічної ефективності у разі розподілу ризику випадкової неможливості досягнення результату виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. Відповідно до ст. 899 ЦК України, якщо у ході науково-дослідних робіт виявляється неможливість досягнення результату внаслідок обставин, що не залежать від виконавця, замовник зобов'язаний оплатити роботи, проведені до виявлення неможливості отримати передбачені договором результати, але не вище відповідної частини ціни робіт, визначеної договором. Якщо така неможливість виявилась у ході виконання дослідно-конструкторських та технологічних робіт, замовник зобов'язаний відшкодувати витрати виконавця.

Творчий характер науково-дослідної, дослідно-конструкторської та технологічної роботи та притаманні цій діяльності елементи пошуків завжди пов'язані з ризиком. Одним із різновидів творчого ризику є отримання негативного результату. Укладаючи договір на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт, сторони керуються не стільки певними технічними умовами, зразками, скільки досягнутими в певній галузі техніки параметрами виробів – надійністю, швидкістю, потужністю, запасом відповідних наукових знань тощо. Це зумовлює певний елемент невизначеності показників рівня результатів майбутніх науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт. А тому результат таких робіт може бути абсолютно протилежний очікуваному. Але негативний результат вважається виконанням договору, і ризик випадкової неможливості його виконання покладається на замовника [12, с. 82-83].

Справедливість у цьому разі проявляється у такому. Згідно зі ст. 897 ЦК України виконавець за договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт зобов'язаний виконати роботи відповідно до погодженої із замовником програми (техніко-економічних показників) або тематики і передати замовникові результат у строк, встановлений договором. Замовник же має право на використання такого результату (ст. 896 ЦК України). І хоча негативний результат не дає того ефекту, заради якого сторони уклали договір, він вказує на безперспективність, хибність того чи іншого напряму, а тому може підказати правильний шлях вирішення поставленого завдання. Що ж стосується економічної ефективності, то, хоча замовник і не може самостійно запобігти настанню несприятливих наслідків, він зазвичай має можливість управляти таким ризиком з порівняно меншими витратами через укладення договору страхування або «самострахування» за рахунок утворення резервного фонду для покриття збитків за окремими договірними зв'язками.

На економічну ефективність як принцип розподілу ризиків прямо вказується у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Методики виявлення ризиків здійснення державно-приватного партнерства, їх оцінки та визначення форми управління ними» від 16 лютого 2011 р. № 232 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 713), де у п. 6 зазначено, що кожен ризик повинен бути віднесений до сфери відповідальності того з партнерів, який більш ефективно контролюватиме, управлятиме та/або запобігатиме виникненню такого ризику.

Наведені приклади застосування засад справедливості та економічної ефективності для впливу на ризик не є винятком та спостерігаються і в інших випадках.

Суди також, вирішуючи спори, використовують засади справедливості та економічної ефективності. Так, вирішуючи спір у відносинах споживчого кредитування, суд зазначив, що за визначенням Конституційного Суду України у постановлених ним рішеннях, верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовчу діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Зазначені принципи справедливості, добросовісності, рівності, сумірності та свободи у відносинах споживчого кредитування певною мірою знайшли своє відображення у ст. 11, 18 Закону України «Про захист прав споживачів», за приписами яких наведений вище кредитний договір має бути визнаний недійсним в частині визначення грошового еквіваленту суми кредиту та суми додаткового кредиту в іноземній валюті, визначення платежів за кредитним договором за відповідним обмінним курсом, що застосовуватиметься до еквіваленту суми кредиту в доларах США.

Положеннями ст. 42, 92 Конституції України громадянам України гарантовано, що держава захищає права споживачів, здійснюючи контроль за якістю і безпечністю усіх видів послуг та встановлюючи законами України засади створення та функціонування грошового та кредитного ринків, має підтримувати на засадах пропорційності розумний баланс між публічним інтересом ефективного перерозподілу грошових накопичень, комерційними інтересами банків щодо отримання справедливого прибутку від кредитування і охоронюваними законом правами та інтересами споживачів їх кредитних послуг. Враховуючи те, що споживач фінансових послуг фактично є слабким суб'єктом економічних відносин, держава забезпечує його захист, а також рівність сторін у цивільно-правових відносинах шляхом визначення особливостей договірних правовідносин у сфері споживчого кредитування та обмеження дії принципу свободи цивільного договору [13].

Висновки і перспективи подальших розвідок.

Отже, на підставі проведеного аналізу можна стверджувати, що і в теорії, і на практиці вплив на ризик здійснюється на засадах поєднання принципів справедливості та економічної доцільності. Реалізації зазначених принципів і підпорядковані способи впливу на ризик, на аналіз яких доцільно звернути увагу у подальших дослідженнях.

Список використаних джерел:

1. Бушев А. Ю. Основы управления рисками в праве / А. Ю. Бушев. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ppt.ru/news/60894 (дата звернення: 16.06.2017).

2. Андреева Е. Понятие и способы управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве / Е. Андреева // Legea si viata. – 2014. – Ianuare. – № 1/2 (265). – С. 7-10.

3. Матвєєв П. С. Алеаторність інвестиційних договорів як характерна риса інноваційної діяльності (теоретико-правовий аналіз) / П. С. Матвєєв // Європейські перспективи. – 2014. – № 10. – С. 135-139.

4. Вячеславов Ф. А. Распределение рисков в договорных обязательствах : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук / Ф. А. Вячеславов. – М., 2008. – 30 с.

5. Великанова М. М. Управління ризиком та його стадії: економіко-правовий аналіз / М. М. Великанова // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – № 2. – С. 20-24.

6. Мельник О. Поняття і значення розподілу ризиків у цивільному праві / О. Мельник // Юридичний вісник. – 2015. – № 2. – С. 267-273.

7. Архипов Д. А. Распределение договорных рисков в гражданском праве / Д. А. Архипов // Экономико-правовое исследование. – М.: Статут, 2012. – 112 с.

8. Ющик А. И. Диалектика права / А. И. Ющик. – К.: Ред. журн. «Право Украины»; Ін Юре, 2013. – Кн. 1 : Общее учение о праве (Критический анализ общеправовых понятий). – Ч. II. – 768 с.

9. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / под общ. ред. В. И. Даниленко ; пер. с фр. – М.: NOTA BENE, 2000. – 576 с.

10. Ильин И. А. Теория права и государства / под ред. и с предисл. В А. Томсинова; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – Москва: Зерцало: Система Гарант, 2003. – 398 с.

11. Воловик О. А. Еволюція мети договірного права крізь призму економічного підходу: (історія та сучасні тенденції) / О. А. Воловик // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 2(14). – С. 125-138.

12. Великанова М. М. Ризик як специфічна ознака договору на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських та технологічних робіт / М. М. Великанова // Наукові праці Національного авіаційного університету. – 2011. – № 3 (20). – С. 79-84. – (Серія: Юридичний вісник; «Повітряне і космічне право»)

13. Справа № 409/297/16-ц // Єдиний реєстр судових справ. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://reyestr.court.gov.ua/Review/58318103.

В статье исследуются методологические основы воздействия на риск. Поиск единого критерия влияния на риск привел к обоснованию в науке таких принципов воздействия на риск, как рационализм, справедливость, экономическая эффективность. Делается вывод, что и в теории, и на практике воздействие на риск осуществляется на основе сочетания принципов справедливости и экономической эффективности.

Ключевые слова: риск, воздействие на риск, последствия риска, управление риском.

The article is devoted to the methodological principles of treat the risks. Searching for a single criterion for the impact on risk has led to the justification in science of such principles of treat the risks, such as rationalism, justice, economic efficiency. The conclusion is made that in theory and in practice, the treat the risks is based on a combination of principles of equity and economic efficiency.

Key words: risk, treat the risks, consequences of risk, risk management.

УДК 347.1

Оксана Гуйван,
здобувач кафедри цивільного права і процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

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

ОХОРОНА ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ЯК ПОТРЕБА ДЕМОКРАТИЧНОГО СУСПІЛЬСТВА

Стаття присвячена дослідженню питань охорони і правового захисту персональних даних особи як невід'ємного елемента її нематеріальних прав і свобод. Дані про особу, особливо конфіденційного характеру, мають оброблятися та поширюватися виключно за її згодою. Зроблено висновок, що таке правило має закріпитися у законодавстві та судовій практиці та діяти незалежно від того, в яких галузевих відносинах перебувають володілець бази даних та суб'єкт цих даних.

Ключові слова: конфіденційна інформація, персональні дані, база даних.

Постановка проблеми. Можливість захисту персональних даних є одним з основоположних прав людини. Воно закріплене у фундаментальних документах України, які гарантують відповідні права і свободи людини. У ст. 32 Основного Закону України вказано, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією. Не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Питання правого регулювання обробки персональних даних про особу досить ретельно врегульовані міжнародними актами, окремі з яких є також нормами національного українського законодавства. Актуальність цього питання зумовлюється тим, що права особи щодо персональних даних є складовою частиною права на повагу до приватного та сімейного життя, до житла та кореспонденції [1, с. 15].

Право особи на захист від втручання інших у приватне життя, зокрема, з боку держави, було зафіксовано в статті 12 Загальної декларації прав людини Організації Об'єднаних Націй 1948 року [2]. Неприпустимість свавільного або незаконного втручання в особисте та сімейне життя людини визнана світовим суспільством у Міжнародному пакті про громадянські й політичні права ООН від 16 грудня 1966 року (стаття 17) [3]. Вказані документи майже однаково постулюють вказане право, встановлюючи, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист законом від такого втручання чи таких посягань.

У 1981 році була прийнята Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних, яка запроваджує міжнародно-правовий режим захисту персональних даних та гарантування їх безперешкодної транскордонної передачі [4]. Питання недоторканності та охорони особистого життя людини врегульовані у ст. 8 Конвенції Ради Європи «Про захист прав людини та основоположних свобод» 1950 року [5]. Ці міжнародно-правові акти спрямовані на гарантування стабільності правовідносин шляхом забезпечення надійного балансу між правом людини на конфіденційність особистого життя та суспільними інтересами в інформаційній сфері. У Директивах 95/46 ЕС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 року, які деталізують і конкретизують положення вказаних конвенцій, вказується, що принципи захисту повинні застосовуватися до будь-якої інформації, яка стосується встановленої особи чи особи, яку можна встановити, при цьому для визначення того, чи можна особу встанови-

© О. Гуйван, П. Гуйван, 2018

ти, повинні враховуватися всі засоби, використання яких контролером чи якою-небудь іншою особою імовірно очікувати для встановлення особи (ст. 26), для забезпечення законності обробки персональних даних, вона повинна, крім іншого, проводитися з дозволу суб'єкта даних чи бути необхідною для укладання чи виконання договору, обов'язкового для суб'єкта даних або в якості правової вимоги, або для виконання завдання, яке здійснюється в інтересах суспільства чи при виконанні офіційних повноважень, або в законних інтересах фізичної чи юридичної особи, за умови, що враховуються інтереси чи права і свободи суб'єкта даних [6].

Слід також відзначити низку міжнародно-правових актів, які, хоча і не належать до внутрішнього законодавства України, все ж, з огляду на прагнення нашої держави відповідати європейським стандартам, мають істотний вплив на формування національної інформаційної політики, передовсім, у площині правотворення та правозастосування. У розглядуваному контексті слід згадати окремі документи Ради Європи, такі як Рекомендації № R (91)10 Про передачу третім особам персональних даних, які знаходяться в розпорядженні державних органів [7], Рекомендації № R (99) 5 Щодо захисту недоторканності приватного життя в інтернеті [8], Рекомендації № R (97)18 Про захист персональних даних, які збираються та записуються для статистичних цілей [9], Рекомендації № R (2000)13 Про європейську політику доступу до архівів [10], а також Рекомендації № R (95) 4 Про захист персональних даних у сфері телекомунікацій, особливо в телефонії [11]. Усі вказані акти спрямовані на забезпечення поваги до приватного життя, інформації та кореспонденції, а також визначають умови, за яких дозволяється обмежувати відповідне право особи. У них, зокрема, наголошується, що органи державної влади не можуть втручатися в здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання відбувається згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Інакше кажучи, встановлюється правило, за яким дія обмежень щодо здійснення прав можлива лише за умови існування загрози для інтересів, які переважають приватний інтерес (наприклад, інтереси безпеки та захисту держави).

З урахуванням позиції міжнародних інституцій у цій царині в Україні був прийнятий Закон «Про захист персональних даних». Утім, попри його наявність, проблемність питання про обробку персональних даних на національному рівні не зменшилась. По-перше, сама нормативна база залишається недосконалою, а по-друге, і то головне, режим застосування внутрішнього законодавства у цій сфері, не кажучи вже про міжнародне право, є абсолютно неадекватним. Продовжує домінувати механізм пріоритетності владних чи інших структур, котрі володіють персональними даними, відповідними базами, щодо свавільного розпорядження цією інформацією, а правозастосовні органи України лише підтверджують такий статус-кво. Тож, саме в площині правового регулювання слід шукати витоки численних організаційних проблем та системних збоїв механізму захисту персональних даних. Рік у рік зростає кількість випадків несанкціонованого доступу до конфіденційної інформації та її використання, збільшується число нелегальних інформаційних баз, зростає кількість правопорушень. Вочевидь, ці тенденції матимуть місце доти, доки не буде усунуто системні вади законодавства про захист персональних даних. Адже на слабкій правовій базі неможливо побудувати, і тим більше реалізувати, успішну стратегію інформаційної безпеки [12, с. 112].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання захисту особистого життя людини, особливо в інформаційній площині, завжди цікавило науковців. Дослідженням проблематики охорони і захисту персональних даних займалися А. Баранов, Ю. Базанов, І. Арістова, М. Гуцалюк, А. Пазюк, В. Головченко, В. Брижко, А. Тунік, Л. Чернявський, В. Цимбалюк, М. Швець, Р. Чанишев, А. Чернобай, П. Макушев, О. Оніщенко, І. Сенюта та інші. Однак аналіз публікацій свідчить, що питання щодо регулювання захисту персональних даних переважно розглядалися у загальнотеоретичному аспекті, не торкаючись до конкретизації охоронно-правових повноважень відповідного суб'єкта. Між тим європейська спільнота протягом останніх років напрацювала значну кількість захисних інструментів щодо персональних даних фізичної особи, і то відтворено, зокрема, у рішеннях Європейського суду з прав людини. Тож за відсутності судової практики щодо такого захисту на національному рівні або наявності різних тлумачень у нечисленних правозастосовних актах із цього приводу, слід взяти до уваги та належним чином дослідити саме ті акти, які належним чином регулюють досліджуване питання. У зв'язку з цим, **метою даної публікації** є аналіз та осмислення окремих

теоретичних і практичних ситуацій, пов'язаних із захистом персональних даних.

Виклад основного матеріалу. В українських наукових розробках відзначаються недоліки національного закону про захист персональних даних. Скажімо, вадою цього акта є те, що він здебільшого стосується не всіх питань захисту персональних даних, а лише тих, що пов'язані з їх обробкою в електронних базах і картотеках [13], тоді як наразі переважна кількість баз даних ведеться у паперовому вигляді – як картотеки. Також викликає занепокоєність необмежений характер відомостей, які може запитувати у фізичної особи розпорядник бази персональних даних. Наприклад, у трудових відносинах має бути застереження про обмеження права роботодавця вимагати персональні дані працівника. Воно повинно стосуватися охорони особистої гідності останнього та передбачати отримання під час прийому на роботу лише інформації, необхідної для визначення професійної кваліфікації особи, котра наймається. Дані про особу не мають стосуватися її морального обличчя, характеру та особливостей особистого і сімейного життя. Саме таке визначення персональних даних працівника наявне в трудовому законодавстві Італії та Франції (див., до прикладу, Закон Франції від 31 грудня 1992 року «Про охорону особистої гідності працівника при найманні на роботу і в період дії трудового договору»). У багатьох країнах Заходу обмежується збирання та оброблення інформації «делікатного» характеру. У США у багатьох штатах прийнято закони, що забороняють підприємцям проводити розслідування минулого працівників, які наймаються. Відповідно до цих законів перед тим, як вступити у контакт з попереднім підприємцем, новий наймач повинен отримати згоду на це кандидата на робоче місце [14, с. 63-64].

На практиці також виникає проблема із визначеністю змісту поняття «персональні дані» (які відомості належать до персональних даних, а які ні) та його співвідношення з «конфіденційною інформацією про особу». Дане питання набуло актуальності, тому що за правилом ст. 5 Закону України «Про захист персональних даних» інформація про особу поділяється на конфіденційну інформацію та інші персональні дані. А у ст. 6 Закону України «Про захист персональних даних» підкреслюється, що не допускається обробка даних про фізичну особу, ***які є конфіденційною інформацією***, без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Тож поняття «конфіденційної інформації» було офіційно розтлумачене Конституційним Судом України.

У своєму рішенні Конституційний Суд України дав роз'яснення поняття «конфіденційна інформація» у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України у справі № 2-рп-2012 від 20 січня 2012 року. Даючи офіційне тлумачення частин першої, другої статті 32 Конституції України, КСУ зазначив, що «інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) – це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. ***Така інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».***

Отже, орган конституційної юрисдикції вказав, що практично будь-яка інформація про особу є конфіденційною і може оброблятися (збиратися, використовуватися тощо) лише за згодою відповідного суб'єкта цих даних. Рішення Конституційного Суду України є обов'язковими до виконання на території України (ст. 150 Конституції України). При цьому у рішенні КСУ не йдеться про те, що для кваліфікації інформації конфіденційною має значення, у яких відносинах перебувають особа, що обробляє персональні дані у вигляді конфіденційної інформації, та суб'єкт таких даних – в адміністративних, господарських, цивільних чи трудових. У будь-якому разі важливо лише те, що відбувається обробка конфіденційної інформації про іншу особу і вона має здійснюватися виключно за згодою носія таких даних. Саме цей підхід відповідає сучасному розвитку європейського законодавства у сфері охорони особистих немайнових прав фізичної особи

та букві норм міжнародного права у цій царині, зокрема наведеній вище Конвенції.

Утім, навіть таке, на наше переконання, досить чітке та виважене роз'яснення КСУ не вплинуло на українську правозастосовну практику, яка продовжує залишатися досить лояльною до володільців відповідних баз і дозволяє їм свавільно використовувати чужі персональні дані. Особливо наочно то проглядається у сфері трудових відносин, де незаконність дій роботодавця в українських умовах є найбільш вражаючою, а судова практика – недемократичною. Прикладом може слугувати справа № 553/3599/15-ц, яка тривалий час розглядалася українськими судами, а зараз відповідне порушення прав і свобод людини є предметом розгляду ЄСПЛ за позовом до держави України. Річ у тім, що у 2015 році роботодавець за своїм запитом до телекомунікаційної компанії «UMC» отримав дані про телефонні перемовини свого працівника упродовж усього попереднього року із зазначенням місця перемовин та адресатів. Отже, роботодавець, не повідомивши працівника, почав збирати персональні дані про нього. Очевидно, що суб'єкт, який збирав цю інформацію в електронному вигляді, цілком міг ідентифікувати особу, яка здійснювала телефонні перемовини, позаяк її телефон з певним номером був загальновідомий у компанії та присутній у всіх довідниках. Таким чином, зібрана інформація дала змогу ідентифікувати особу, що використовує телефон, місце її перебування та дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї.

Тож позивач вимагав визнати незаконною обробку його персональних даних, здійснену без його згоди і навіть без повідомлення про це, а також просив суд зобов'язати роботодавця надати йому доступ до своїх персональних даних, зібраних роботодавцем. Справа розглядалася Ленінським районним у м. Полтаві судом (суд першої інстанції, рішення від 16 грудня 2015 року у справі № 553/3599/15-ц), Апеляційним судом Полтавської області (суд апеляційної інстанції, ухвала від 26 січня 2016 року) та Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ (суд касаційної інстанції, ухвала від 14 квітня 2016 року) [15]. Усі вказані суди України відмовили у задоволенні позовних вимог. Причиною відмови у позові у цій справі українські суди вказують те, що, на їхню думку, законодавство про захист персональних даних та конфіденційної інформації не поширюються на відносини між працівником і роботодавцем. Суди вважають, що, оскільки сторони спору перебувають у трудових відносинах, збір інформації роботодавцем про працівника без згоди та навіть повідомлення останнього є законним. Таким чином, правозастосовні органи України у своїх рішеннях встановили, що збирання роботодавцем інформації про особу не регулюється законодавством України про захист персональних даних і, відповідно, зібрана у такий спосіб інформація про особу не є персональними даними. З огляду на це, суди не вважають зібрану про відповідача інформацію персональними даними і для регулювання відносин, що були предметом судового спору, відмовилися застосовувати відповідне законодавство України.

Між тим таке тлумачення законів України та міжнародних документів, підписаних Україною, є неправильним. Адже в усіх внутрішньоукраїнських та міжнародних актах, що регулюють ці питання, характер поняття «персональні дані» не пов'язаний з тим, у яких відносинах – адміністративних, трудових, фінансових чи інших – перебувають суб'єкт персональних даних та особа, що їх обробляє. Отже, відразу впадає в очі методологічна помилка національних судів щодо кваліфікації інформації, зібраної роботодавцем про працівника, що, зрештою, призвело до постановлення несправедливих судових рішень. Адже обробка персональних даних у сфері трудових відносин прямо віднесена до сфери регулювання Законом України «Про захист персональних даних». При цьому в статті 7 даного закону наведені особливості обробки персональних даних за наявності між сторонами трудових відносин: «У разі здійснення прав та виконання обов'язків володільця у сфері трудових правовідносин відповідно до закону із забезпеченням відповідного захисту дозволяється обробка персональних даних про расове або етнічне походження, політичні, релігійні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях та професійних спілках, засудження до кримінального покарання, а також даних, що стосуються здоров'я, статевого життя, біометричних або генетичних даних». Як бачимо, закон відносить до персональних даних і інформацію, зібрану та оброблювану правоволодільцем у трудовій сфері. Але, попри те, що стаття 7 Закону України «Про захист персональних даних» дозволяє роботодавцеві за певних обставин обробляти персональні дані працівника, перелік таких персональних даних, що можуть оброблятися володільцем у сфері трудових відно-

син, має обмежений характер і є виключним. У ньому немає можливості обробки персональних даних особи, що стосуються її місця перебування та таких, що інформують про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї. Тож за будь-яких обставин роботодавець, отримуючи від телекомунікаційного оператора інформацію про місце перебування та спрямованість дзвінків, повинен був попередньо отримати згоду суб'єкта немайнового права. Натомість він не тільки не намагався отримати таку згоду, а й взагалі не повідомив суб'єкта про збір конфіденційної інформації про нього.

Українські суди також відмовили позивачеві у наданні доступу до його персональних даних, зібраних у вказаний вище спосіб роботодавцем. Таким чином, було порушено не лише приписи спеціального Закону України, а й положення Основного Закону. Адже, згідно з Конституцією України та законом України «Про захист персональних даних», кожен громадянин має право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею. При цьому відповідно до ст. 8 Закону України «Про захист персональних даних» суб'єкт персональних даних має право: 1) знати про джерела збирання, місцезнаходження своїх персональних даних, мету їх обробки, місцезнаходження або місце проживання (перебування) володільця чи розпорядника персональних даних або дати відповідне доручення щодо отримання цієї інформації уповноваженим ним особам, крім випадків, встановлених законом; 3) на доступ до своїх персональних даних; 4) отримувати не пізніш як за тридцять календарних днів з дня надходження запиту, крім випадків, передбачених законом, відповідь про те, чи обробляються його персональні дані, а також отримувати зміст таких персональних даних. Але у справі 553/3599/15-ц, попри численні звернення працівника до роботодавця з проханням надати відомості про зібрані персональні дані, останній щоразу надавав відмову.

Між тим подібні вчинки кваліфікуються Європейським судом як такі, що порушують ст. 6, 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо права на справедливий суд та на повагу до приватного та сімейного життя, на захист персональних даних та конфіденційної інформації про особу. До прикладу, у справі «Копленд проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ визнав порушення статті 8 Конвенції дії роботодавця щодо моніторингу інформації про телефонні дзвінки, використання електронної пошти чи інтернету працівницею за відсутності відповідного закону для такого втручання. При цьому Суд відзначив, що використання інформації щодо дати та тривалості телефонних розмов, а особливо щодо набраних номерів, може порушити питання за ст. 8 Конвенції, оскільки така інформація становить «центральний елемент контактів, здійснюваних телефоном» [16, п. 84]. Простий факт того, що ці дані могли бути легітимно отримані у формі рахунків за послуги телефонного зв'язку, не забороняє встановити втручання у право, гарантоване ст. 8 Конвенції. Більше того, до збереження особистих даних, що стосуються приватного життя індивіда, також застосовуються гарантії ч. 1 ст. 8 Конвенції. Таким чином, неважливим є те, що отримана інформація не була оприлюднена та не використовувалася проти заявниці у дисциплінарному чи іншому провадженнях [17, п. 43, 48]. Суд вказує, що в його практиці усталеною є позиція, згідно з якою термін «відповідно до закону» означає – і це випливає з предмета та цілей ст. 8 Конвенції, – що повинен бути засіб юридичного захисту у національному законодавстві для усунення свавільних втручань державних органів у право, що охороняється ч. 1 ст. 8 Конвенції. Це тим більше стосується сфери відстеження інформації з огляду на брак громадського контролю та ризик зловживання владою [18, п. 49].

З викладеного можемо зробити певні **висновки**. В Україні теоретичне та практичне напрацювання правового інструментарію стосовно захисту персональних даних як елемента інформаційних прав особи відбувається досить кволо. Законодавство є непослідовним та не досить виваженим, відсутній його системний зв'язок із міжнародно-правовими актами у цій царині. А правозастосовна практика ґрунтується на принципі переважного забезпечення прав володільця баз даних. Тож національній правовій системі слід перебудовувати свої підходи до обігу персональних даних. У цьому контексті вважаємо за доцільне включити до спеціального Закону «Про захист персональних даних» невиключний перелік відомостей, які належать до персональних даних; також має бути застереження стосовно того, які дані про особу взагалі не підлягають збиранню. А національній судовій системі необхідно переорієнтуватися з презумпції правоти владних

та інших володільців баз даних на пріоритет захисту такого невід'ємного права людини, як її особисті дані, як то зроблено у цивілізованому світі.

Список використаних джерел:

1. Посібник з європейського права у сфері захисту персональних даних. – К. : К.І.С., 2015. – 115 с.

2. Загальна декларація прав людини Організації Об'єднаних Націй. Резолюція 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_015

3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня1966 року : ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII (2148-08) від 19 жовтня 1973 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

4. Конвенція про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних, Страсбург, 28 січня 1981 року : ратифікована із заявами згідно із Законом України № 2438-VI від 06.07.2010 (дата набрання чинності для України 1 січня 2011 року). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_326.

5. Конвенція Ради Європи Про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року : ратифікована Законом № 475/97-ВР від 17.07.1997. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004

6. Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних : Директива 95/46 ЕС Європейського Парламенту і Ради від 24 жовтня 1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_242

7. Recommendation No. R (91) 10 of the Committee of Ministers to member states on thecommunication to third parties of personal data held by public bodies. Adopted by theCommittee of Ministers on 9 September 1991 at the 461st meeting of the Ministers' Deputies. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://azop.hr/images/dokumenti/168/recommendationr9110.pdf

8. Рекомендація № R (99) 5 Щодо захисту недоторканності приватного життя в інтернеті, затверджена Комітетом міністрів від 23 лютого 1999 року на 660-му засіданні Постійних представників при Раді Європи. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cedem.org.ua/library/rekomendatsiya-r-99-5-shhodo-zahystu-nedotorkannosti-pryvatnogo-zhyttya-v-interneti/

9. Recommendation R (97) 18 of the Committee of Ministers to member states, 30 September 1997, concerning the protection of personal data collected and processed for statistical purposes. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://rm.coe.int/16806846ca

10. Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to Member States on a European Policy on Access to Archives (Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717th meeting of the Ministers' Deputies). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.archives.gov.ua/Eng/Law-base/Recommendations.php.

11. Recommendation No.R (95) 4 of the Committee of Ministers to Member States on the protection of personal data in the area of telecommunication services, with particular reference to telephone services. (Adopted by the Committee of Ministers on 7 February 1995 at the 528th meeting of the Ministers' Deputies). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://rm.coe.int/16806846cc

12. Петрицький А. Л. Актуальні проблеми правового забезпечення захисту персональних даних в Україні / А. Л. Петрицький // Вісник Маріупольського державного ун-ту. – 2013. – Вип. 6. – С. 111-119. – (Серія: Право).

13. Усенко І. Коментар до Закону України «Про захист персональних даних» / І. Усенко // Права людини в Україні (інформаційний портал Харківської правозахисної групи). [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://khpg.org/index.php?id=1330343937

14. Виноградова Г. Професійна таємниця в міжнародно-правових джерелах: окремі питання регулювання та використання досвіду в законодавстві України / Г. Виноградова // Юридичний журнал. – 2006. – № 4. – С. 60-66.

15. Справа № 553/3599/15-ц. // Архів Ленінського районного суду м. Полтави за 2015 рік.

16. Рішення ЄСПЛ від 02 серпня 1984 року у справі «Malone v. UK» (Малоун проти Сполученого Королівства) заява № 8691/79. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://swarb.co.uk/malone-v-the-united-kingdom-echr-2-aug-1984/

17. Рішення ЄСПЛ від 3 квітня 2007 року у справі «Копленд проти Сполученого Королівства» (Copland v. the United Kingdom), заява № 62617/00. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001

18. Рішення ЄСПЛ від 25 червня 1997 року у справі «Халфорд проти Об'єднаного Королівства» (Halford v. the United Kingdom), заява № 20605/92, [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://swarb.co.uk/halford-v-the-united-kingdom-echr-25-jun-1997/

Статья посвящена исследованию вопросов охраны и защиты персональных данных лица как неотъемлемой составляющей его нематериальных прав и свобод. Данные о лице, особенно конфиденциального характера, должны обрабатываться и распространяться исключительно с его согласия. Сделан вывод, что такое правило должно бать закреплено в законодательстве и судебной практике и действовать независимо от того, в каких отраслевых отношениях находятся владелец базы данных и субъект этих данных.

Ключевые слова: конфиденциальная информация, персональные данные, база данных.

This article is devoted to the study of the protection and protection of personal data of a person as an integral component of his intangible rights and freedoms. Data about the person, especially confidential nature, should be processed and distributed only with his consent. It was concluded that such a rule should be enshrined in legislation and judicial practice and act irrespective of the industry relations in which the owner of the database and the subject of these data are locat ed.

Key words: confidential information, personal data, database.

УДК 347.238

Карина Корнієнкова,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВО СПІЛЬНОЇ СУМІСНОЇ ВЛАСНОСТІ ПОДРУЖЖЯ

Стаття присвячена питанням спільної сумісної власності подружжя як об'єкта майнових правовідносин. Окреслено такі аспекти обраної тематики, як: підстави набуття права спільної сумісної власності, об'єкти права спільної і роздільної власності подружжя.

Ключові слова: спільна сумісна власність, роздільне майно, подружжя, правовий режим майна подружжя, поділ спільного сумісного майна, об'єкт права.

Постановка проблеми. Нове законодавство внесло певні зміни у правове положення подружжя як суб'єкта майнових відносин. З одного боку, дружина і чоловік можуть бути учасниками сімейних майнових відносин. З іншого боку, вони можуть бути учасниками зовнішніх майнових відносин у разі, коли подружжя вступає у правовідносини з третіми особами. Правове регулювання майнових відносин подружжя ускладнене і переобтяжене характером особистих стосунків між чоловіком і дружиною, що вимагає окремого глибокого їх дослідження. Вступ до шлюбу призводить до певного матеріального наслідку, а саме до виникнення режиму власності подружжя. У сімейному законодавстві виділено два режими майна подружжя, але найбільша увага у сучасному законодавстві приділяється спільній сумісній власності подружжя.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання права спільної сумісної власності подружжя розглядалися в роботах таких дослідників: М. В. Антокольської, В. С. Гопанчука, О. В. Дзери, І. В. Жилінкової, О. С. Йоффе, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика, З. В. Ромовської, Є. О. Суханова, С. Я. Фурси, Є. О. Харитонова, Я. Н Шевченко та інших.

Метою статті є аналіз інституту права спільної сумісної власності подружжя та особливостей правового режиму поділу сумісного майна, підстави набуття та припинення, визначення правового режиму спільного і роздільного майна подружжя.

Виклад основного матеріалу. Статтею 60 Сімейного кодексу України визначено, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Правовий режим такого майна регулюється положеннями сімейного законодавства. Подружжя не можуть змінювати встановлений законом правовий режим на власний розсуд, але вони можуть вчиняти дії стосовно придбаного майна в період шлюбу.

Підставою виникнення спільної сумісної власності подружжя є набуття ними майна під час шлюбу. Варто зазначити, що такий шлюб обов'язково має бути укладений у державних органах реєстрації (РАГСі). Однак ст. 70 СК зазначає: якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. Тобто подружжя може змінити за допомогою шлюбного договору законний правовий режим щодо набуття під час шлюбу майна на договірний. Це означає, що чоловік та дружина можуть домовитися про непоширення на майно, набуте ними за час шлюбу, режиму спільної сумісної власності і вважати його спільною частковою власністю або особистою приватною власністю кожного з них [1, с. 118].

Визначальним у праві спільної сумісної власності подружжя є принцип спільності нажитого у період шлюбу майна, який означає об'єднання майна чоловіка і жінки (повністю або в певній частині) в єдину майнову масу та встановлення низки спеціальних правил щодо його володіння, користування та розпорядження. Режим спільності майна подружжя означає, що: майно, набуте подружжям за час шлюбу, вважається спільним, якщо інше не встановлено домовленістю сторін; подружжя має рівні права щодо майна, яке належить їм на праві спільної сумісної власності; майно належить подружжю

© К. Корнієнкова, 2018

без визначення часток кожного з них у праві власності [2, с. 108]. Однак один із подружжя може не погодитися з презумпцією спільності майна і звернутися до суду з вимогою про визнання за ним права особистої власності на певну річ, але у цьому разі на ньому буде лежати тягар доведення протилежного. Презумпцію спільності майна можуть спростувати докази про: придбання речі до шлюбу; придбання речі на кошти, які належали позивачеві особисто (подарунок батьків, одержання відшкодування за моральну шкоду тощо); придбання речі за рахунок коштів, одержаних від продажу особистого майна; придбання речі в період окремого проживання за власні кошти [3, с. 183].

Відповідно до ст. 61 СК України об'єктами права спільної сумісної власності подружжя є будь-які речі, за винятком тих, які виключені з цивільного обороту. Це можуть бути квартири, жилі й садові будинки, земельні ділянки, транспортні засоби та ін. Законодавець доповнив об'єктний склад спільної сумісної власності подружжя грошима чи іншим майном, зокрема гонорарами, виграшами, які були одержані на підставі договорів, що були укладені одним із подружжя в інтересах сім'ї. Серед об'єктів права спільної власності подружжя сімейне законодавство особливо виділяє речі професійних занять кожного з подружжя, спеціально встановлюючи їх правовий режим. Відповідно до ч. 4 ст. 61 СК речі професійних занять (музичні інструменти, оргтехніка, лікарське обладнання тощо), придбані за час шлюбу для одного з подружжя, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Таким чином, якщо за час шлюбу були придбані речі, професійно необхідні одному з подружжя, відповідно до закону вони не визнаються об'єктом його права власності [2, с. 111]. Однак певні труднощі можуть виникати у розв'язанні питання про включення до спільного сумісного майна подружжя вкладів у кредитні установи, деяких цінних паперів [1, с. 120].

Також проблемним є питання щодо визнання чи невизнання майна фізичної особи-підприємця спільною сумісною власністю. Відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» майно приватного підприємства чи фізичної особи – підприємця не є об'єктом спільної сумісної власності подружжя. Інший із подружжя має право тільки на частку одержаних доходів від цієї діяльності [4]. Однак у Рішенні Конституційного Суду від 19 вересня 2012 року зазначено, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. На його думку, приватне підприємство, засноване одним із подружжя, – це окремий об'єкт права спільної власності подружжя, до складу якого входять всі види майна, в тому числі внесок у статутний капітал і майно, виділене з їхньої сумісної власності. Ці положення призвели до неоднакового застосування судами однієї й тієї самої норми, а саме ст. 61 СК [5, с. 214].

Кожен із подружжя може мати майно, яке належить на праві власності йому особисто. Сімейний кодекс визначає певні види майна, яке є роздільним і належить кожному з подружжя. По-перше, це майно, яке набуте одним із подружжя до шлюбу. Без згоди власника дошлюбне майно одного з подружжя не повинно надходити у спільну власність. По-друге, роздільним є майно, набуте під час шлюбу на підставі договору дарування або в порядку спадкування. По-третє, це майно, яке набуте під час шлюбу за особисті кошти. І нарешті, до роздільного майна належать речі індивідуального користування, хоч би вони і були придбані під час шлюбу за рахунок спільних коштів подружжя, за винятком коштовностей та предметів розкоші.

ЦК України закріплює положення, згідно з яким подружжя може визначити долю свого спільного майна заздалегідь, на випадок своєї смерті. Це можливо завдяки наявності таких інститутів спадкування, як заповіт подружжя та спадковий договір. Хоча заповіт подружжя та спадковий договір дуже схожі, але вони мають певні відмінності. По-перше, заповіт подружжя може бути складено лише щодо майна, яке належить подружжю на спільній сумісній власності, а предметом спадкового договору може бути як майно, що належить на спільній сумісній власності подружжя, так і майно, яке є особистою власністю одного з подружжя. По-друге, за життя дружини і чоловіка кожен із них має право відмовитися від спільного заповіту, і така відмова підлягає нотаріальному посвідченню. ЦК України не передбачає норми, за якою подружжя може відмовитися від спадкового договору. Його розірвання можливе лише у судовому порядку на вимогу відчужувача чи набувача у разі невиконання набувачем розпоряджень відчужувача. По-третє, у разі смерті одного з подружжя нотаріус накладає заборону відчуження майна, що визначено в заповіті подружжя. На майно, яке є предметом спадкового договору, нотаріус накладає заборону відчуження в момент посвідчення такого правочину, незважаючи

на відсутність такої події, як смерть одного із подружжя [1, с. 124].

Майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, може бути поділене між сторонами. Поділ скасовує режим спільності на набуте подружжям майно і, як правило, є наслідком припинення шлюбу. Поділ спільного майна можливий під час шлюбу, а також після його розірвання. Відповідно до п. 23 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», вирішуючи спори між подружжям про майно, необхідно встановлювати обсяг спільно нажитого майна, наявного на час припинення спільного ведення господарства, з'ясовувати джерело і час його придбання [4]. Спільною сумісною власністю подружжя, що підлягає поділу, можуть бути будь-які види майна, за винятком тих, які згідно із законом не можуть їм належати (виключені з цивільного обороту), незалежно від того, на ім'я кого з подружжя вони були придбані чи внесені грошовими коштами, якщо інше не встановлено шлюбним договором чи законом. Щодо поділу майна подружжя вважається, що частки майна чоловіка та дружини є рівними, якщо інше не визначене шлюбним договором або домовленістю між ними. Крім того, суд може відступити від засади рівності часток подружжя за обставин, що мають істотне значення, зокрема, якщо один із них не дбав про матеріальне забезпечення сім'ї, приховав, знищив чи пошкодив спільне майно, витрачав його на шкоду інтересам сім'ї. У разі коли під час розгляду вимоги про поділ спільного сумісного майна подружжя буде встановлено, що один із них здійснив його відчуження чи використав його на свій розсуд проти волі іншого з подружжя і не в інтересах сім'ї чи не на її потреби або приховав його, таке майно або його вартість враховується у поділі [4]. Під час поділу майна подружжя мають враховуватися три категорії об'єктів:

1) речі (окрема річ або сукупність речей), які належать подружжю на праві спільної сумісної власності;

2) кредиторські вимоги подружжя (право вимоги за договором позики, купівлі-продажу тощо, коли подружжя виступає як кредитор і вправі вимагати повернення боргу, передачі речі тощо);

3) боргові зобов'язання подружжя (зобов'язання, за якими подружжя виступає як боржник і зобов'язане повернути борг, повернути річ тощо) [2, с. 115].

За загальним правилом, яке встановлено ст. 71 СК України, майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, ділиться між ними в натурі. Якщо між подружжям не досягнуто згоди про спосіб поділу спільного майна, то за позовом подружжя або одного з них суд може винести рішення: про поділ майна в натурі, якщо це можливо без шкоди для його господарського призначення; про розподіл речей між подружжям з урахуванням їхньої вартості та частки кожного з подружжя у спільному майні; про присудження майна в натурі одному з подружжя з покладенням на нього обов'язку компенсувати другому його частку грішми. При цьому враховуються інтереси неповнолітніх дітей або одного з подружжя, що заслуговують на увагу [6].

Деякі фахівці вважають, що для зміни правового режиму спільної власності подружжя зі спільної сумісної на спільну часткову досить нотаріально посвідчити договір про поділ майна подружжя, предметом якого виступають лише один об'єкт права власності (наприклад, квартира). При цьому правовим результатом такого договору буде не реальний поділ квартири на дві відокремлені частини, а визначення часток у праві власності на неї. Таким чином, з укладанням такого договору спільна власність не припиняється, а трансформується зі спільної сумісної на спільну часткову [7, с. 54].

Варто зазначити, що законодавство не зобов'язує подружжя у разі розлучення ділити майно у добровільному чи судовому порядку. Тобто чоловік та дружина навіть після розірвання шлюбу можуть спільно користуватися сумісним майном.

Висновки.

Нині в шлюбно-сімейному законодавстві України продовжують зберігатися норми про право спільної власності подружжя, сформовані ще в радянський період. При цьому значну їх частину закріплено в новому цивільному та сімейному законодавстві. Право спільної сумісної власності подружжя займає центральне місце у системі майнових відносин між ними. За його допомогою для подружжя створюються кращі умови для раціонального використання сімейного бюджету, зміцнення сімейно-трудових зв'язків. Дедалі частіше у житті виникають питання щодо визначення та реалізації права власності подружжя, що свідчить про актуальність вибраної теми. Але все ж таки деякі питання права спільної сумісної власності потребують удосконалення, наприклад порядок реалізації та захисту права спільної власності осіб, які перебувають у фактичних шлюбних відносинах.

Список використаних джерел:

1. Бермічева О. В. Спільна сумісна власність подружжя як об'єкт зовнішніх майнових правовідносин (особливості спадкових відносин) // Міжнародне право і національне законодавством: Зб. наук. пр. проф.-викл. складу каф. правових дисциплін. – Вип. 4. – К.: Київський міжнародний університет, 2005. – С. 115–126.
2. Сімейне право України : підручник / [Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін.]; за заг. ред. В. І. Бо-рисової та І. В. Жилінкової. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 264 с.
3. Ромовська Зорислава Василівна. Українське сімейне право : підручник: академічний курс / З. В. Ромовська. – К.: Правова єдність, 2009. – 500 с.
4. Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/77AB81E04FE8BE74C22573CB003C4B99?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=77AB81E04FE8BE74C22573CB003C4B99.
5. Біленко М. С. Право спільної сумісної власності подружжя на майно фізичної особи-підприємця / М. С. Біленко. // Проблеми цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті О. . Пушкіна: 2014 р., Харків; Харків. нац. ун-т внутріш. справ, Асоц. цивілістів України. – С. 213–217.
6. Індиченко С. П. Сімейне право: навчальний посібник для студентів юрид. вузів та факультетів / Індиченко С. П., Гопанчук В. С., Дзера О. В., Савченко Л. А. – К.: Вентурі., 1997. – 272 с.
7. Рябоконь Є. Інститут права спільної сумісної власності за цивільним законодавством України: поняття та особливості правового регулювання / Є. Рябоконь // Нотаріат для вас. – 2010. – № 1-2. – С. 40-49.

Статья посвящена вопросам общей совместной собственности супругов как объекта имущественных отношений. Обозначены такие аспекты выбранной тематики, как: основания приобретения права общей совместной собственности, объекты права общей и раздельной собственности супругов.

Ключевые слова: общая совместная собственность, раздельное имущество супругов, правовой режим имущества супругов, раздел общего совместного имущества, объект права.

The article is devoted to issues of common joint property of spouses as an object of property relations. The following aspects of the chosen subject are designated: the grounds for the acquisition of the right of common property, the objects of the right of common and separate property of spouses.

Key words: common joint property, separate property of spouses, legal regime of property of spouses, division of common property, object of law.

УДК 347.41

Анатолій Коструба,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного права
Навчально-наукового юридичного інституту
ДВНЗ «Прикарпатський національний університет
імені Василя Стефаника»

ВСТАНОВЛЕННЯ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ – КРЕДИТОДАВЦЯ В КРЕДИТНИХ ВІДНОСИНАХ ПРИ ЗМІНІ НАЗВИ ТА ВИДІВ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАКТИКИ «ОНОВЛЕНОГО СКЛАДУ» ВЕРХОВНОГО СУДУ

Стаття присвячена аналізу сучасної судової правотворчості на прикладі випадково-вибіркового судового акта Верховного суду. У науковій публікації проводиться доктринальний аналіз умов правонаступництва. Зазначається, що зміна назви юридичної особи не призводить до деформації структури цивільного відношення. У цьому разі учасник цивільного відношення не вибуває із його складу. Це не призводить до необхідності появи нового учасника, якому мають перейти відповідні права та обов'язки особи. Приділена значна увага правовому статусу банку. Наводиться обґрунтування, що право вимоги за кредитним договором на грошові кошти (кредит), які раніш були надані банком або іншою фінансовою установою позичальнику та строк виконання зобов'язань з повернення кредиту яких настав, має учасник відповідних цивільних відносин незалежно від наявності у нього ознак банку або фінансової установи. Окреслені нетипові помилки Верховного суду у застосуванні норм статей 104 та 512 Цивільного кодексу України під час розгляду судових справ, дослідження їх причини.

Ключові слова: Верховний суд, судова помилка, правонаступництво, кредитні зобов'язання, банк.

Постановка проблеми. Впровадження Конституційної реформи в Україні (щодо правосуддя) в 2016 році [1] дозволило створити єдиний незалежний від політичного впливу орган судової влади – Верховний суд, завданням якого є забезпечення сталості та єдності судової практики, та сформувати основу судової гілки влади.

У свою чергу, прийняття низки процесуальних законодавчих актів [2] України встановило нові правила процедур, головні з яких – справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оскаржених прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. А серед основних принципів судочинства – принцип верховенства права. Уперше в процесуальне законодавство України внесене правило про те, що суд застосовує під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, а також практику Європейського суду з прав людини як джерело права.

Аналіз останніх досліджень. Незважаючи на такі досягнення, натепер залишається ще достатньо проблемних питань, які вимагають свого з'ясування та вирішення. Актуальним є питання відродження довіри до судової влади. Важливим кроком на цьому шляху є формування єдиної судової практики на високому науковому рівні. Тема забезпечення права на справедливий суд у контексті конвенціональних вимог залишається предметом численних наукових досліджень, зокрема С. Головатого, В. Мусіяки, С. Штогуна, С. Різника, І. Сліденка, В. Колюх тощо. Чи стане судова реформа інструментом ефективного судочинства в Україні або, навпаки, засобом деформації правової науки та знищення напрацьованої десятиріччям судової практики – питання аналізу конкретних судових справ та прийнятих по ним актів суду вищої гілки.

Ціль статті. У цьому сенсі цікавими з наукової точки зору є останні тенденції у формуванні практики Верховного суду з питань встановлення транслятивного правонаступництва юридичної особи при зміні її назви та видів діяльності, результатом чого стає позбавлення кредитодавця права вимоги до позичальника за укладеним кредитним договором.

© А. Коструба, 2018

Виклад основного матеріалу. Фабула судової справи полягає в такому: *на виконання умов Кредитного договору № 01-12 від 23 лютого 2012 року позивачем було видано відповідачу кредитні кошти у розмірі 50 000 000,00 грн, що підтверджується платіжним дорученням № 988831 від 23 лютого 2012 року із зазначенням призначення платежу: «видача кредиту за кредитним договором № 01-12 від 23 лютого 2012» та випискою по рахунку відповідача».*

Рішенням загальних зборів акціонерів ПАТ «Укрінбанк» від 13 липня 2016 року назву ПАТ «Укрінбанк» змінено на ПАТ «Укрінком», про що було внесені відомості до відповідного державного реєстру. Цим же рішенням було змінено й види діяльності товариства, зокрема, виключено такий вид діяльності, як діяльність комерційних банків, код КВЕД 64.19 – інші види грошового посередництва, та визначено основним видом діяльності 68.20 надання в оренду й експлуатацію власного чи орендованого нерухомого майна.

Окрім цього, рішенням позачергових загальних зборів акціонерів ПАТ «Укрінбанк», оформленим протоколом № 6 від 28 березня 2017 року, змінено найменування товариства як юридичної особи з ПАТ «Укрінбанк» на ПАТ «Українська інноваційна компанія», затверджено статут у новій редакції.

Рішенням Господарського суду міста Києва від 26 липня 2017 року позов публічного акціонерного товариства «Українська інноваційна компанія» задоволено частково. Стягнуто з приватного акціонерного товариства «Оболонь» на користь публічного акціонерного товариства «Українська інноваційна компанія» заборгованість за кредитом у розмірі 40 000 000 грн, заборгованість за процентами у розмірі 4 114 754,10 грн, пеню за кредитом у розмірі 8 795 757,16 грн, пеню за процентами у розмірі 1 087 824,68 грн та судовий збір у розмірі 239 957,25 грн. В іншій частині позову відмовлено.

Постановою Київського апеляційного господарського суду від 27 листопада 2017 року апеляційні скарги Приватного акціонерного товариства «Оболонь» задоволено. Рішення господарського суду міста Києва від 26 липня 2017 року у справі № 910/7828/17 скасовано. У задоволенні позову відмовлено.

Касаційну скаргу публічного акціонерного товариства "Українська інноваційна компанія" на постанову Київського апеляційного господарського суду від 27 листопада 2017 року у справі № 910/7828/17 залишено без задоволення [3].

Верховний суд в складі колегії суддів касаційного господарського суду, погодившись із доводами апеляційної інстанції, виходив з того, що матеріали справи не містять, а позивач не надав доказів, які б вказували на правомірність переходу до нього прав та обов'язків банківської установи (правонаступництва після ПАТ «Український інноваційний банк»), адже зміна назви установи шляхом заміни слова «банк» на «компанія» не є достатнім доказом правонаступництва між банківською та небанківською установою, якою, на думку позивача, вона є на час розгляду справи в суді.

Судом апеляційної інстанції правильно встановлено, що Кредитний договір від 23 лютого 2012 року укладений між публічним акціонерним товариством «Укрінбанк» як банківською установою та приватним акціонерним товариством «Оболонь».

Відповідно до положень статті 510 Цивільного кодексу України, сторонами у зобов'язанні є боржник і кредитор.

Кредитор у зобов'язанні може бути замінений іншою особою внаслідок: передання ним своїх прав іншій особі за правочином (відступлення права вимоги); правонаступництва; виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем); виконання обов'язку боржника третьою особою (стаття 512 Цивільного кодексу України).

На думку Верховного суду, суд апеляційної інстанції дійшов правильних висновків про те, що правочин щодо заміни кредитора в зобов'язанні між публічним акціонерним товариством «Український інноваційний банк» та публічним акціонерним товариством «Укрінком» відсутній; правонаступництво між публічним акціонерним товариством «Український інноваційний банк» та публічним акціонерним товариством «Укрінком» не відбулось, передавальний акт або розподільчий баланс відсутній, виконання обов'язку боржника поручителем, заставодавцем, третьою особою також не відбувалось.

Інакше кажучи, на думку суду апеляційної інстанції, з якою погодився Верховний суд, якщо надати кредит може виключно банк (інша фінансова установа), то вимагати повернення також може виключно банк (інша фінансова установа) [4].

Отже, Верховний суд, вирішуючи спір про стягнення грошової суми за кредитним договором, сформував правову позицію застосування статті 1054 Цивільного кодексу України, яка полягає в такому:

по-перше, втрата кредитодавцем по кредитному договору статусу банку або іншої фінансової установи позбавляє його права вимагати належного виконання умов укладеного договору від позичальника;

по-друге, зміна назви юридичної особи та зміна видів її діяльності деформує зміст

цивільних відносин, в яких юридична особа є учасником, що вимагає відновлення шляхом правонаступництва.

Чи є така правова позиція теоретично виваженою? Питання для публічної дискусії:

Відповідно до статті 1054 Цивільного кодексу України за кредитним договором банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти [5]. Особливою рисою цієї договірної конструкції є те, що вона передбачає надання фінансових послуг на професійній основі. Його стороною (кредитодавцем) виступає юридична особа спеціалізовано-професійного профілю. У теорії цивільного права України така юридична особа отримала назву фінансової установи, а також назву банку. Відповідне теоретичне положення дістало своє нормативне закріплення в спеціальних актах цивільного законодавства України.

Відповідно до статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» фінансова установа – це юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи декілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку (До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а у випадках, прямо визначених законом, – інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг) [6].

Крім того, згідно зі статтею 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» банком є юридична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків [7].

Таке ускладнення правового статусу сторони кредитного договору (кредитодавця) зобумовлено тим, що відповідно до статті 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» банківська діяльність підлягає ліцензуванню. Отже, право на надання як банківських, так й інших фінансових послуг юридична особа отримує з моменту отримання відповідної ліцензії [8].

Надання фінансових послуг, у тому числі й банківських, зокрема вчинення кредитних операцій, перелік яких встановлений у пункті 3 частини третьої статті 47 та частині 1 статті 48 Закону України «Про банки і банківську діяльність», в контексті статті 1054 Цивільного кодексу України передбачає вчинення активної дії юридичної особи, яка є банком, на користь позичальника.

Так, ліцензуванню підлягає виключно діяльність банку або іншої фінансової установи з надання відповідних послуг, перелік яких визначений у статті 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та статтях 47, 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Отримання зустрічного задоволення від наданої банківської або іншої фінансової послуги банком від її замовника ліцензуванню у спосіб, визначений нормами наведених нормативно-правових актів, не підлягає.

Слід також додати таке. Підстави припинення зобов'язань встановлені статтями 598–609 Цивільного кодексу України. Серед наведених у Цивільному кодексі України відсутня така підстава, як втрата права. Актами спеціального законодавства України, які регламентують сферу банківської діяльності, також не передбачено як підстави припинення зобов'язання з повернення кредиту відповідно до умов кредитного договору відкликання банківської ліцензії та виключення банку з Державного реєстру банків.

Таким чином, надання позичальнику кредиту відповідно до умов кредитного договору можливе виключно банком або іншою фінансовою установою як видом юридичної особи, яка займається професійною діяльністю в цій сфері, тоді як його повернення в строк, встановлений кредитним договором, не зумовлено необхідністю збереження кредитодавцем відповідного правового статусу.

Відповідно до статті 526 Цивільного кодексу України, право вимоги за кредитним договором на грошові кошти (кредит), які раніш були надані банком або іншою фінансовою установою позичальнику та строк виконання зобов'язань з повернення кредиту яких настав, має учасник відповідних цивільних відносин (фізична особа, юридична особа, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права) незалежно від наявності у нього ознак банку або фінансової установи, встановлених у статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», статті 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Показовим у цьому разі є Постанова Київського апеляційного господарського суду від 19 грудня 2017 року в справі № 910/8117/17, яка прийнята за результатами розгляду апеляційної скарги приватного акціонерного товариства «Оболонь» на рішенням Господарського суду міста Києва від 12 жовтня 2017 року по цій справі [9].

Судом апеляційної інстанції, який розглянув аналогічну справу між тими самими особами стосовно аналогічних кредитних правовідносин, на відміну від своїх колег по «цеху справедливості та неупередженості», встановлено, *що чинне законодавство України не передбачає такої підстави для припинення кредитного договору й втрати кредитором права вимоги за таким кредитним договором до боржника, як відкликання банківської ліцензії у банка-кредитора та виключення його з Державного реєстру банків. Крім того, зміна найменування юридичної особи не є його реорганізацією, а тому заміна кредитора у зобов'язаннях, що виникли з кредитного договору № 10-11 від 18 листопада 2011 року, у розумінні статті 510 Цивільного кодексу України не відбувалась.*

Наявність чи відсутність ліцензії у публічного акціонерного товариства «Українська інноваційна компанія» на момент стягнення заборгованості за кредитним договором не припиняє зобов'язальних правовідносин сторін, які склались на підставі кредитного договору. Разом із тим апеляційний господарський суд звертає увагу, що у разі відступлення публічним акціонерним товариством «Український інноваційний банк» права вимоги за спірним договором на підставі договору про відступлення прав вимоги, укладеного на підставі статті 512 Цивільного кодексу України, іншій юридичній особі, яка не мала б статусу банківської установи, до останнього перейшли всі права й обов'язки первісного кредитора у зобов'язанні й боржник не звільнявся від виконання своїх зобов'язань перед новим кредитором.

Беручи до уваги викладене, колегія суддів дійшла висновку, що публічне акціонерне товариство «Українська інноваційна компанія» має право на стягнення з приватного акціонерного товариства «Оболонь» заборгованості за кредитним договором за відсутності банківської ліцензії, оскільки її наявність надає право такій юридичній особі здійснювати саме банківську діяльність, зокрема право на видачу кредитних коштів, а не на стягнення вже виданих кредитних коштів, а тому місцевий господарський суд слушно не прийняв до уваги вказані заперечення відповідача.

Отже, перша теза правової позиції Верховного суду не вписується в розумні межі теорії цивільного права України.

Контрастності в цьому аспекті додає ціна позову, який розглядається в суді, що становить майже 50 млн. гривень.

Друге положення доктринальної новизни має не менше плям на справедливості, розумності та доброчинності знов створеного Верховного суду.

Відповідно до статті 90 Цивільного кодексу України юридична особа має найменування, яке містить інформацію про її організаційно-правову форму та назву.

Загальновідомо, що назва юридичної особи складається з літерального компонування елементів українського алфавіту. Крім того, назва юридичної особи може містити інформацію про мету діяльності, вид, спосіб утворення, залежність юридичної особи, крім обмежень, встановлених актами чинного законодавства України. Наведете свідчить, що назва юридичної особи є її необхідною ознакою, яка забезпечує участь у цивільному обороті від свого імені та слугує засобом її індивідуалізації, що дозволяє відокремити її від інших юридичних осіб.

Назва юридичної особи в процесі її «життєдіяльності» може зазнати змін. Зміна назви юридичної особи проявляється в її зовнішній літеральній корекції. Така корекція впливає на ідентифікацію юридичної особи в цивільному обороті. У результаті зміни назви юридичної особи структура цивільних правовідносин не страждає. Отже деформація учасника цивільних відносин, визначеного у статі 2 Цивільного кодексу України, не відбувається.

Зміна назви юридичної особи тягне тільки правовий наслідок проведення державної реєстрації змін, пов'язаних зі зміною назви, до відомостей про юридичну особу, що містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Таким чином, зміна назви юридичної особи не тягне на собою правонаступництва у зв'язку з відсутністю сукцесора (правонаступника) – нового учасника цивільних відносин, якому мають перейти права та обов'язки особі який вибув, та юридичної незмінності ауктора (правопопередника) – учасника цивільних відносин, який вибуває зі складу учасника цивільного відношення).

Наведеної теоретичної позиції дотримуються судові органи, розглядаючи судові справи. Так, відповідно до пункту 1. 4. Пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року № 18 «Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої

інстанції» звернута увага господарських судів на те, що сама лише зміна найменування юридичної особи не означає її реорганізації, якщо при цьому не змінюється організаційно-правова форма даної особи [10].

Відповідну правову позицію по справі сформував Верховний суд в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду (постанова Верховного суду від 14 лютого 2018 року у справі № 812/10224/13-а; постанова Верховного суду від 07 березня 2018 року у справі № К/9901/10396/18).

Так, судом встановлено, що згідно з частиною 1 статті 104 Цивільного кодексу України юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників.

Відповідно, правонаступництво відбувається у разі припинення юридичної особи шляхом реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення).

Суди зазначили, що відсутність підстав публічного правонаступництва у межах спірних правовідносин доводить неможливість його здійснення. Під публічним правонаступництвом слід розуміти повне або часткове передання (набуття) адміністративної компетенції одного суб'єкта владних повноважень (суб'єкта публічної адміністрації) до іншого або внаслідок припинення первісного суб'єкта, або внаслідок повного чи часткового припинення його адміністративної компетенції; це вступ у чинні адміністративно-правові відносини нового суб'єкта владних повноважень (суб'єкта публічної адміністрації) на місце суб'єкта, що або припинив своє існування, або повністю чи частково позбувся адміністративної компетенції.

Отже, наслідком зміни назви юридичної особи не є правонаступництво в цивільних відносинах.

Що ж це за правовий феномен, навколо якого формується аномальна зона прийнятих судових актів?

Цивільне правовідношення є динамічною системою правових зв'язків, які перебувають у перманентно активному стані. На певному етапі свого розвитку в стадії правореалізації воно може зазнавати змін, що найбільш суттєво відображається на його суб'єктному складнику.

Оскільки метою цивільних відносин є настання наслідків, передбачених його правовою моделлю, то деформація їх структури впливає на реальність та належність виконання зобов'язання, яке є предметом цивільного відношення.

Відновлення стану цивільного відношення забезпечується через трансформацію найбільш вагомого компоненту забезпечення його результативності – через трансформацію учасника цивільного відношення.

При цьому така трансформація відбувається в найменш вразливий спосіб забезпечення стабільності цивільного обороту. Вказане досягається шляхом сукцесії комплексу суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків втраченого учасника цивільних відносин нової особі. У такий спосіб забезпечується стабільність цивільного відношення. Кореляція відбувається виключно на рівні його учасника шляхом заміни одного іншим, що супроводжується транслятивним правонаступництвом.

Таким чином, правонаступництвом є перехід прав та обов'язків учасника цивільних правовідносин до іншої особи, що зумовлено об'єктивним спотворенням структури такого правовідношення (смерть фізичної особи, припинення юридичної особи) або суб'єктивною необхідністю його зміни (відступлення права вимоги тощо).

Так, відповідно до статті 104 Цивільного кодексу України у разі реорганізації юридичних осіб майно, права та обов'язки переходять до правонаступників [5].

Аналогічну правову конструкцію закладено до статті 512 Цивільного кодексу України, яка визначає підстави заміни кредитора у зобов'язанні.

Правовим ефектом настання юридичних наслідків, визначених у статтях 104, 512 Цивільного кодексу України, є правонаступництво новим учасником цивільних відносин прав і обов'язків сторони, яка вибула в результаті її припинення як учасника цивільних відносин або заміни в зобов'язанні іншою.

Актами цивільного законодавства України можуть визначатися й інші конструкції правонаступництва. Зокрема, відповідно до статті 1216 Цивільного кодексу України правонаступництво виникає в результаті смерті фізичної особи.

У свою чергу, відповідно до статті 52 Господарського процесуального кодексу України, в разі смерті або оголошення фізичної особи померлою, припинення юридичної особи шляхом реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення), заміни кредитора чи боржника в зобов'язанні, а також в інших випадках заміни особи у відносинах, щодо яких виник спір, суд залучає до участі у справі правонаступника відповідного учасника справи на будь-якій стадії

судового процесу. При цьому усі дії, вчинені в судовому процесі до вступу у справу правонаступника, обов'язкові для нього так само, як вони були обов'язкові для особи, яку правонаступник замінив.

Таким чином, застосування конструкції правонаступництва до кредитних відносин, учасник яких змінив назву та види діяльності, є помилковим.

Висновки.

Наведене дозволяє дійти невтішного висновку. На жаль, натепер існує вже низка суперечливих судових рішень по аналогічним спорам з питань визначення кола осіб, які мають право стягнення за кредитним договором, та природи транслятивного правонаступництва в цивільному праві України. Вказане не сприяє сталому розвитку єдиної судової практики. Слід констатувати, що навіть одне судове рішення, яке було предметом цього дослідження, свідчить, що Верховний суд не виконує покладене на нього Конституцією України завдання. Причиною того є декілька факторів. По-перше, відсутність при Верховному суді Науково-консультативної ради, діяльність якої з підготовки наукових висновків з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення, дозволить уникати помилок у судовій діяльності. По-друге, нерозвиненість інституцій похідної юрисдикції в Україні (преюдиціальний запит, конституційне тлумачення, узагальнення правових позицій Верховного суду України), наявність яких впливає на ефективність судочинства в Україні. Нарешті, невизначеність статусу правового висновку щодо застосування норми права, викладеного в Постанові Верховного суду України стосовно правових висновків «оновленого» Верховного суду, з огляду на їх обов'язковість, створює колізію їх застосування. Тому перспективою подальших розвідок у цьому напрямі наукового дослідження є пошук та дослідження правового інструментарію забезпечення єдності судової практики Верховного суду та ефективності наукового забезпечення діяльності вищого органу судової влади.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 02 червня 2016 року № 1401-VIII // Відомості Верховної Ради України від 08 липня 2016 року. – № 28. – С. 7. – Ст. 532.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII // Відомості Верховної Ради України від 01 грудня 2017 року. – № 48. – С. 5. – Ст. 436.

3. Постанова Верховного суду від 14 лютого 2018 року по справі № 910/7828/17 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 72403249

4. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 27 листопада 2017 року по справі № 910/7828 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/70677177

5. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України – 2003. – № 40. – Ст. 356.

6. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 № 2664-III // Відомості Верховної Ради України – 2002. – № 1. – Ст. 1.

7. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07 грудня 2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України – 2001. – № 5. – Ст. 30.

8. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 02 березня 2015 р. № 222-VIII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 23. – С. 1234. – Ст. 158.

9. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 19 грудня 2017 року в справі № 910/8117/17 // Єдиний державний реєстр судових рішень України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71243375

10. Про деякі питання практики застосування Господарського процесуального кодексу України судами першої інстанції : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 26 грудня 2011 року №18 // Офіційний портал Верховної ради України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0018600-11

Статья посвящена анализу судебного правотворчества на примере случайно-выборочного судебного акта Верховного суда. В научной публикации проводится доктринальный анализ условий правопреемства. Отмечается, что изменение названия юридического лица не приводит к деформации структуры гражданского отношения. В этом случае участник гражданского отношения не выходит из них, что, в свою очередь, не приводит к необходимости появления нового участника, которому должны перейти права и обязанности выбывшего. Уделено значительное внимание правовому статусу банка. Приводится обоснование, что право требования по кредитному договору на денежные средства (кредит), которые раньше были предоставлены банком или другим финансовым учреждением заемщику и срок исполнения обязательств по возврату кредита которых наступил, имеет участник соответствующих гражданских отношений независимо от наличия у него статуса банка или финансового учреждения. Указаны нетипичные ошибки Верховного суда при применении им норм сатттей 104 и 512 Гражданского кодекса Украины.

Ключевые слова: Верховный суд, судебная ошибка, правопреемство, кредитные обязательства, банк.

The article is devoted to the analysis of modern judicial law-making through the example of a randomly-selective judicial act of the Supreme Court. The scientific publication provides a doctrinal analysis of the conditions of legal succession. It is noted that the change of legal entity name did not lead to a deformation of the structure of civil relations. In this case, the participant of the civil relation does not leave its composition. This does not necessitate the emergence of a new participant to which the respective rights and obligations of legal entity must be assigned. The considerable attention is paid to the legal status of bank. The justification is given that it is the participant in the relevant civil relations, regardless of the presence of its features of bank or financial institution has the right to claim under loan agreement for cash (credit) that was previously provided by bank or other financial institution to borrower and the due date for fulfillment of obligations to repay the loan that matured. Non-typical failures of the Supreme Court in applying the norms of Articles 104 and 512 of the Civil Code of Ukraine in the course of judicial proceedings are outlined, their causes are investigated.

Key words: the Supreme Court, judicial error, legal succession, credit obligations, bank.

УДК 346.3

Валерія Мельник,
аспірант кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕВИКОНАННЯ АБО НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРАМИ, ЩО ОПОСЕРЕДКОВУЮТЬ ЗДІЙСНЕННЯ ДЕПОЗИТАРНОЇ ТА КЛІРИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Статтю присвячено дослідженню підстав господарсько-правової відповідальності за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності.

Сформовано перелік правових засобів господарсько-правової відповідальності за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності, до яких віднесено: штрафні санкції, відшкодування збитків та оперативно-господарські санкції.

Наведено перелік порушень зобов'язань за договорами, що опосередковують провадження депозитарної та клірингової діяльності, які є підставою для застосування спеціальних оперативно-господарських санкцій та обґрунтовано, що розірвання договору на вимогу депозитарної установи слід кваліфікувати як оперативно-господарську санкцію.

Ключові слова: господарсько-правова відповідальність, депозитарна діяльність, клірингова діяльність, штрафні санкції, відшкодування збитків, оперативно-господарські санкції.

Постановка проблеми. Важливою умовою успішного функціонування фондового ринку є якість побудови його депозитарно-клірингової інфраструктури, що значною мірою визначає транзакційні затрати, швидкість та надійність здійснення угод і відповідно впливає на інтерес інвесторів до цінних паперів, що мають обіг на тій чи іншій торговій платформі.

Правовою формою зв'язків учасників депозитарної та розрахунково-клірингової систем виступають відповідні господарські договори, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності.

У зв'язку із цим дослідження питання господарсько-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності набуває особливого значення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню питання господарських правопорушень на фондовому ринку присвячені наукові роботи О.В. Кологойди, А.В. Попової, О.М. Шевченко, Е.Е. Бекірової, Т.В. Кувакіної, К.Н. Татаринцевої та інших вчених.

Невирішені раніше проблеми. Якщо загальні питання відповідальності за правопорушення на фондовому ринку були предметом досліджень науковців, то особливості господарсько-правової відповідальності за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності, залишилися переважно поза їхньою увагою. Їх розгляд, на нашу думку, є важливим з позиції детального дослідження та більш чіткого правового регулювання депозитарної та клірингової діяльності на фондовому ринку.

Метою даної статті є дослідження підстав та правових засобів господарсько-правової відповідальності за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності.

Виклад основного матеріалу. Відповідальність у господарському праві (господарсько-правова відповідальність) – це комплексний правовий інститут, який має свій особливий предмет регулювання – суспільні відносини, що виникають і функціонують у зв'язку з вчиненням господарського правопорушення [1, с. 10].

Підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин (підставою застосування господарських санкцій) є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання [2, с. 378].

Залежно від юридичної підстави (тобто, які юридичні норми порушені) В.С. Щербина розрізняє договірні та недоговірні правопорушення [1, с. 11].

За договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяль-

© В. Мельник, 2018

ності, можна виділити наступні підстави господарсько-правової відповідальності (склади договірних господарських правопорушень):

1) порушення строків виконання зобов'язань за договорами (несвоєчасне надання депозитарних та клірингових послуг; затримка або несплата вартості послуг Центрального депозитарію (ЦД)/ Розрахункового центру з обслуговування договорів на фінансових ринках (РЦ) (ст. 220 ГК України, ст.ст. 612, 625 ЦК України).

Зокрема, за депозитарним договором між ЦД та депозитарною установою ЦД несе відповідальність за порушення терміну відкриття рахунку у цінних паперах депозитарній установі; порушення термінів та порядку перерахування грошових коштів щодо виплати доходів та погашення цінних паперів.

Відповідальність депозитарної установи за депозитарним договором з ЦД передбачена за - порушення строків та порядку оплати послуг ЦД, передбачених договором та тарифами ЦД [3].

Відповідальність РЦ за договором про клірингове обслуговування передбачена за: порушення строку відкриття клірингових рахунків та клірингових субрахунків; порушення строку виконання клірингових операцій, встановленого внутрішніми документами РЦ [4].

2) неподання, або подання неповної чи недостовірної інформації та/або документів, що передбачені законодавством як обов'язкові для подачі або необхідні для виконання дій, передбачених умовами договору; порушення конфіденційності при наданні інформації.

За депозитарним договором між ЦД та депозитарною установою ЦД несе відповідальність, зокрема, за ненадання інформації або надання недостовірної інформації, та/або порушення термінів надання інформації, яку ЦД зобов'язаний надати депозитарній установі за договором; порушення цілісності, доступності, конфіденційності інформації, яка обробляється в інформаційно-телекомунікаційній системі, майнові права власності на елементи якої належать ЦД.

Відповідальність РЦ за договором про клірингове обслуговування передбачена за ненадання та/або порушення строку надання виписок про стан клірингових рахунків та клірингових субрахунків, виписок про операції на клірингових рахунках та клірингових субрахунках.

3) невиконання розпоряджень учасника клірингу/ депозитарної установи.

За депозитарним договором між ЦД та депозитарною установою ЦД несе відповідальність за невиконання розпоряджень депозитарної установи, які прямо передбачені договором, Правилами, Регламентом та законодавством.

Відповідальність РЦ за договором про клірингове обслуговування передбачена за невиконання розпоряджень учасника клірингу, які передбачені внутрішніми документами РЦ, крім випадків, передбачених договором.

4) недотримання Правил, Регламенту та Положення про СОІ; вимог внутрішніх документів РЦ.

За депозитарним договором між ЦД та депозитарною установою ЦД несе відповідальність, зокрема, за порушення порядку здійснення обліку цінних паперів на рахунку у цінних паперах депозитарної установи; порушення порядку повідомлення про зміни до договору, Правил, Регламенту, Положення про СОІ та тарифів ЦД.

Відповідальність депозитарної установи за депозитарним договором з ЦД передбачена за недотримання Правил, Регламенту та Положення про СОІ .

Правовим засобом господарсько-правової відповідальності (формою реалізації відповідальності і одночасно мірою відповідальності) є штрафні санкції (ч. 2 ст. 217, ст. 230–234 ГК України), відшкодування збитків (ч. 2 ст. 217, ст. 224 – 229 ГК України) та оперативно-господарські санкції (ч. 2 ст. 217, ст. 235 – 237 ГК України), що застосовуються до учасників господарських відносин за невиконання або неналежне виконання організаційно-господарських зобов'язань, а також адміністративно-господарські санкції (ч. 3 ст. 217, ст.238 – 250 ГК України), що застосовуються до суб'єктів господарювання за порушення ними правил здійснення господарської діяльності і є за своїм характером публічно-правовими [1, с. 10].

Виходячи із змісту ст. 216 – 218 ГК України, порушення сторонами зобов'язань за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності, є підставами для застосування до порушника наступних господарських санкцій:

Відшкодування збитків. Відповідно до ст. 224 ГК України учасник господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання або установлені вимоги щодо здійснення господарської діяльності, повинен відшкодувати завдані цим збитки суб'єкту, права або законні інтереси якого порушено.

Так, згідно з п. 5.2. Договору РЦ про клірингове обслуговування, у разі невиконання або неналежного виконання однією з сторін своїх зобов'язань, передбачених цим договором або законодавством України, винна сторона несе відповідальність за завдані

реальні збитки, які підтверджені документами. Аналогічна вимога закріплена в п. 5.1 запропонованих ЦД Умов Договору про обслуговування випусків цінних паперів [5].

Штрафні санкції. Відповідно до ст. 230 ГК України штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

Відповідно до ст. 549 ЦК України неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторові у разі порушення боржником зобов'язання. Умовою застосування неустойки визнається наявність двох елементів господарського правопорушення – протиправної поведінки та вини порушника [6, с. 201].

В.А. Ойгензіхт називає наступні риси, характерні для неустойки: а) визначається наперед в договорі; б) її розмір залежить від значення забезпечуваного нею зобов'язання за договором та від ступеня виконання зобов'язання; в) неустойка застосовується в процесі виконання договору за порушення кожного зобов'язання, умови договору, а не за невиконання договору в цілому; г) сплата неустойки не звільняє від обов'язку виконати договір; д) сплата неустойки, як правило, не позбавляє права на відшкодування збитків; є) при грубому порушенні договору неустойка може бути підвищена; ж) для стягнення неустойки встановлений скорочений строк позовної давності [7, с. 50].

У договорах, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності, цей вид санкцій застосовується при порушенні строків сплати платежів, а також при невиконанні чи неналежному виконанні інших зобов'язань за договорами. Неустойка виступає в даному випадку і як засіб забезпечення виконання зобов'язання, і як форма господарсько-правової відповідальності в разі невиконання або неналежного виконання зобов'язань за договором.

Рішенням Господарського суду міста Києва від 25.07.2016 р., залишеним без змін постановою Київського апеляційного господарського суду від 09.11.2016 р. у справі № 910/8201/16 задоволено позов ПАТ "НДУ" до ТОВ "Классік-Ассістанс" про стягнення заборгованості за надані НДУ депозитарні послуги, штрафу та 3 % річних за договором на обслуговування емісії цінних паперів та договором про обслуговування випусків цінних паперів [8].

Згідно з п. 5.6. Умов Договору ЦД про обслуговування випусків цінних паперів, у випадку прострочення виконання грошового зобов'язанням за цим договором більш, ніж на два місяці, винна сторона повинна сплатити іншій стороні штраф у розмірі 50 % від суми заборгованості. Виплата штрафних санкцій не звільняє сторони від виконання обов'язків за цим договором.

Згідно з п. 5.3. Договору РЦ про клірингове обслуговування, РЦ несе відповідальність у вигляді штрафу у розмірі 100,00 грн., який підлягає сплаті РЦ на користь учасника клірингу впродовж 5 робочих днів з дня отримання відповідної вимоги від учасника клірингу, зокрема, за порушення строку відкриття клірингових рахунків та клірингових субрахунків або за порушення строку виконання клірингових операцій, встановленого внутрішніми документами РЦ.

Депозитарій НБУ під час здійснення своєї діяльності має право застосовувати відповідно до депозитарного договору штрафні санкції до депозитарних установ у разі порушення ними вимог Положення, розпоряджень депозитарію Національного банку та ненадання належної інформації (ч. 4 п. 22 гл. 3 р. I Постанови Правління НБУ від 21.12.2017 № 140).

Оперативно-господарські санкції. Деякі вчені під санкціями розуміють тільки заходи відповідальності, тобто, розуміючи відповідальність як реалізацію санкції, допускають ототожнення реалізації з відповідальністю [9, с. 85]. Як всю систему засобів примусу розуміє санкції С.С. Алексєєв [10, с. 378]. На думку, В.А. Ойгензіхта [7, с. 61], реалізацією санкцій, але не відповідальністю, є оперативні заходи (заходи оперативного впливу), що застосовуються в односторонньому порядку управненою стороною – безпосередньо стороною договору. До них належать: відмова від договору, переведення на іншу форму розрахунків, відмова від простроченого або неправильного виконання, затримка зустрічного виконання тощо [11, с. 50-54; 12, с. 186; 13, с. 65-67]. Коли ж оперативні заходи здійснюються під впливом примусу, вони виступають особливою формою відповідальності.

Відповідно до ст. 235 ГК України за порушення господарських зобов'язань до суб'єктів господарювання та інших учасників господарських відносин можуть застосовуватися оперативно-господарські санкції – заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку. Оперативно-господарські санкції застосову-

ються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання.

В.П. Грибанов визначає наступні особливості вказаних заходів, які він називає видом правових гарантій, спрямованих на забезпечення виконання, шляхом надання права оперативного впливу: 1) направлені на охорону прав та інтересів уповноваженої особи, тобто є правоохоронними; 2) застосовуються тільки при порушені прав; 3) в основному мають запобіжне значення; 4) знаходять вираження у вчиненні односторонніх дій стороною договору; 5) є специфічними для різних договорів; 6) не виключають права іншої сторони в оспорюванні правомірності їх застосування; 7) тягнуть виникнення невигідних наслідків для іншої сторони; 8) мають забезпечувальну спрямованість [12, с. 187]. Для застосування цих заходів достатньо одного елемента складу господарського правопорушення - факту порушення (протиправної поведінки).

Відповідно до ч.2 ст. 215 ГК України до суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання, можуть бути застосовані лише ті оперативно-господарські санкції, застосування яких передбачено договором.

Невичерпний перелік видів оперативно-господарських санкцій, що можуть застосовуватись сторонами у господарських договорах, визначаються ст. 236 ГК України. Порушення зобов'язань за договорами, що опосередковують провадження депозитарної та клірингової діяльності, є підставою для застосування наступних спеціальних оперативно-господарських санкцій:

1. Припинення/ призупинення надання послуг. ЦД уповноважений припинити надання послуг депозитарній установі та/ або здійснення відключення депозитарної установи від СОІ (п. 2.2.9 та п. 5.8 Умов Договору про обслуговування випусків цінних паперів); призупинення виконання операцій по рахунку у цінних паперах депозитарної установи п. 2.2.7 Умов Договору про обслуговування випусків цінних паперів) – у разі порушення депозитарною установою умов депозитарного договору з ЦД, у тому числі строків та порядку оплати послуг.

НБУ має право призупиняти виконання операцій за рахунком у ЦП депозитарної установи у випадках, передбачених договором, нормативно-правовими актами НБУ та законодавством України, зокрема, у разі невиконання або невчасного виконання депозитарною установою зобов'язань щодо оплати послуг за договором (п. 2.2.13.1. Публічної пропозиції НБУ).

РЦ має право призупиняти надання учаснику клірингу клірингових послуг (на строк до усунення підстав такого призупинення) у випадку, зокрема несплати учасником клірингу клірингових послуг (п. 3.3.8.1. Договору РЦ про клірингове обслуговування); невиконання учасником клірингу у строки, визначені РЦ, вимог РЦ з погашення заборгованості, що виникла внаслідок використання учасником клірингу додаткового грошового ліміту, отриманого від РЦ (п. 3.3.8.6. Договору РЦ про клірингове обслуговування).

2. Невиконання/ зупинення виконання договірних зобов'язань, в т.ч. операцій по рахунку, розпоряджень.

Ч. 6 ст.183 ГК України встановлено, що зобов'язана сторона має право відмовитися від виконання зобов'язання у разі неналежного виконання другою стороною обов'язків, що є необхідною умовою виконання, у тому числі щодо внесення оплати за надані послуги.

ЦД може відмовити у взятті до виконання розпорядження та/або у виконанні депозитарної операції – у разі несплати клієнтом ЦД депозитарних послуг за умови, якщо це передбачено відповідним договором (зокрема, договором про обслуговування випуску цінних паперів) (абз. 15 п. 12 гл. 3 р. 5 Положення про провадження депозитарної діяльності, затвердженого рішенням НКЦПФР №735 від 23.04.2013).

Зокрема, у постанові Вищого господарського суду України від 03.07.2017 р. у справі № 910/18806/16 за позовом ТОВ "Класік-Ассістанс" до ПАТ "НДУ", треті особи, без самостійних вимог на предмет спору, на стороні позивача: Антимонопольний комітет України, НКЦПФР, про визнання недійсним договору, суд визнав правомірність дій ПАТ "НДУ" щодо припинення надання частини депозитарних послуг, а також щодо вимоги оплати за надання депозитарних послуг [8].

Депозитарна установа має право відмовити у проведенні відповідної операції у випадку несплати емітентом послуг депозитарної установи, якщо інше не передбачено договором з емітентом (абз. 6 п. 6 р. V Рішення НКЦПФР від 22.01.2014 № 47 "Про затвердження Положення про порядок забезпечення існування іменних цінних паперів у бездокументарній формі" [14]).

3. Розірвання договору в односторонньому порядку. Рішенням НКЦПФР №771 від 09.06.2015 р. передбачено можливість розірвання депозитарною установою договору з емітентом (наприклад, у разі несплати емітентом послуг депозитарної установи) в односторонньому порядку, незалежно від обрання емітентом нової депозитарної установи та наявності на обслуговуванні у депозитарної установи рахунків власників [15].

Таким чином, чинне законодавство у цьому випадку, окрім можливості застосування

до порушника заходів господарсько-правової відповідальності у формі відшкодування збитків, передбачає також спеціальну підставу для розірвання договору на вимогу депозитарної установи. У даному випадку постає питання про те, чи може бути кваліфіковане розірвання договору як господарсько-правова санкція.

На думку І.О. Решетник, маючи своєю підставою порушення договору (невиконання чи неналежне виконання зобов'язання), поняття "відповідальність" і "розірвання договору" не є тотожними, а розірвання договору не може бути кваліфіковано як санкція тому, що не тягне за собою для порушника визначеного роду позбавлення (майнового чи немайнового характеру [16, с. 15].

На нашу думку, в даному випадку, розірвання договору виступає нічим іншим, як оперативно-господарською санкцією, оскільки є заходом економічного впливу депозитарної установи на господарюючого суб'єкта-емітента, спрямованим на попередження або зменшення своїх втрат від порушень боржника.

Зазначену тезу підтверджує й той факт, що розірвання договору, як вид господарсько-організаційних санкцій, має усі властиві їм ознаки [6, с. 203]: застосування лише в господарсько-договірних відносинах; застосування на розсуд кредитора; передбачається законом або договором; мета застосування – захист інтересів кредитора; є заходом організаційного характеру.

4. Договірне списання грошових коштів з рахунку боржника.

Відповідно до ч. 2 ст. 1071 ЦК України та п. 5.1 Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затвердженої Постановою Правління Національного банку України 21.01.2004 № 22 [17], кошти можуть бути списані з рахунку клієнта без його доручення на підставі рішення суду, а також у випадках, установлених законом. Однак Інструкція передбачає також розділ, присвячений договірному списанню (п.п. 6.1, 6.3).

У разі ненадходження оплати від депозитарної установи (банку) протягом місяця з дня надання НБУ акта, НБУ без додаткового погодження може здійснити договірне списання суми заборгованості з кореспондентського (консолідованого кореспондентського) рахунку депозитарної установи (банку) згідно з актом про виконані роботи або надіслати платіжну вимогу до обслуговуючого банку депозитарної установи (не банку) для списання суми заборгованості згідно з актом (п. 2.2.8. Публічної пропозиції НБУ).

Висновки.

Таким чином, особливістю господарсько-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договорами, що опосередковують здійснення депозитарної та клірингової діяльності, є різноманітність, ексклюзивність та широке коло господарських санкцій, що застосовуються до порушника.

Напрямками подальших досліджень авторки стануть актуальні питання щодо господарських недоговірних правопорушень у сфері депозитарної та клірингової діяльності, а також застосування відшкодування шкоди, адміністративно-господарських і дисциплінарно-господарських санкцій у цій сфері.

Список використаних джерел:

1. Щербина В.С. Господарсько-правова відповідальність: галузевий підхід, особливості застосування та напрямки подальших наукових досліджень / В. Щербина // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. – 2013. – Вип. 3. – С. 10–16.

2. Мілаш В.С. Господарське право: Курс лекцій: У 2 ч. – Ч. 1. – Х.: Право, 2008. – 496 с.

3. Укладання Депозитарного договору [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://csd.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2691&Itemid=95&lang=ua.

4. Договір про клірингове обслуговування [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://settlement.com.ua/content/doc/Dogovor/DogClearingYUR.pdf

5. Укладання договорів про обслуговування випусків цінних паперів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://csd.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2973&Itemid=92&lang=ua.

6. Господарське право: Практикум / В.С. Щербина, Г.В. Пронська, О.М. Вінник та інші; За заг. ред. В.С. Щербини. – К.: Юрінком Інтер, 2001. – 320 с.

7. Ойгензихт В.А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах. – Душанбе, 1980. – 111 с.

8. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/.

9. Лейст О.Э. Санкции в советском праве. – М.: Госюриздат, 1962. – 238 с.

10. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций. В 2-х томах. Том 1. – Свердловск, 1972–73. – 396 с.

11. Садиков О.Н. Имущественные санкции в хозяйственных договорах // Советское государство и право. – 1967. – № 4. – С. 50–60.

12. Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. – М.: Изд. МГУ, 1972. – С. 186–224.

13. Бриных Е.В. Оперативные санкции – форма гражданско-правовой ответственности // Советское государство и право. – 1969. – № 6. – С. 65–70.

14. Про затвердження Положення про порядок забезпечення існування іменних цінних паперів у бездокументарній формі: Рішення НКЦПФР № 47 від 22.01.2014 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 21. – Ст. 651.

15. Зміни до законодавства щодо обслуговування депозитарною установою рахунків власників, відкритих за договором з емітентом [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.pard.ua/uk/news/3512-zminy-do-zakonodavstva-shchodo-obsluhovuvannya/.

16. Решетник И.А. Гражданско-правовая ответственность субъектов лизинга за нарушение договорных обязательств: отдельные аспекты регулирования. // Лизинг-ревю. – 2002. – № 6. – С. 15–16.

17. Про затвердження Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті: Постанова Правління Національного банку України № 22 від 21 січня 2004 року // Офіційний вісник України. – 2004. – № 17. – Ст. 908.

Статья посвящена исследованию оснований хозяйственно-правовой ответственности по договорам, опосредующих осуществление депозитарной и клиринговой деятельности.

Сформирован перечень правовых средств хозяйственно-правовой ответственности по договорам, опосредующих осуществление депозитарной и клиринговой деятельности, к которым отнесены: штрафные санкции, возмещение ущерба и оперативно-хозяйственные санкции.

Приведен перечень нарушений обязательств по договорам, опосредующих осуществление депозитарной и клиринговой деятельности, которые являются основанием для применения специальных оперативно-хозяйственных санкций и обосновано, что расторжение договора по требованию депозитарного учреждения следует квалифицировать как оперативно-хозяйственную санкцию.

Ключевые слова: хозяйственно-правовая ответственность, депозитарная деятельность, клиринговая деятельность, штрафные санкции, возмещение ущерба, оперативно-хозяйственные санкции.

The article is dedicated to the study of the grounds of economy-legal responsibility for non-performance or improper performance contracts during the fulfilment depository and clearing activities.

The list of legal means of economy-legal liability for non-performance or improper performance contracts during the fulfilment depository and clearing activities is formed, which includes: penalties, compensation of damages, operatively-economic sanctions.

The list of violations of obligations during performance of agreements, which mediate the conduct of depositary and clearing activities and which are the basis for the application of special operational and economic sanctions, is given.

In addition, it is substantiated that the termination of the agreement, upon request of the depositary institution, should be qualified as an operational and economic sanction.

Key words: economic and legal responsibility, depository activity, clearing activity, penalty sanctions, compensation of damages, operatively-economic sanctions.

УДК 347.9

Андрея Олійник,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
юридичного факультету
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

ДОКАЗИ ТА ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ У СПРАВАХ ПРО НАДАННЯ ФІЗИЧНИМ ОСОБАМ ПСИХІАТРИЧНОЇ ДОПОМОГИ В ПРИМУСОВОМУ ПОРЯДКУ

У статті досліджено систему доказів та межі доказування у справах про надання фізичним особам психіатричної допомоги в примусовому порядку. Розглянуто відповідну судову практику та надано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства.

Ключові слова: докази, доказування, психіатрична допомога, примусове лікування, лікар-психіатр, госпіталізація.

Постановка проблеми. Цивільне процесуальне право України нині являє собою доволі складну і багатогранну систему процесуальних норм та діаметрально протилежних процесуальних проваджень, в яких забезпечується насамперед захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб.

Водночас в окремому провадженні, зокрема в справах про надання фізичним особам психіатричної допомоги в примусовому порядку, завжди йдеться про охорону прав та інтересів фізичних осіб у сфері примусового надання медичної допомоги. Таким чином, об'єктом захисту в кожній із даних справ є здоров'я фізичних осіб.

Разом із тим кожен такий захист ґрунтується на доказах, які або підтверджують, або спростовують певні факти. Саме з цих підстав «суд встановлює наявність або відсутність обставин... які мають значення для вирішення справи» (ч. 1 ст. 57 ЦПК України). Це є суттєвим аргументом, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 213 ЦПК України «обґрунтованим є рішення, ухвалене на основі повного і всебічного з'ясованих обставин ... підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні».

Стан дослідження. Незважаючи на те, що поняттю доказів і доказуванню у сфері позовного провадження було присвячено цілу низку наукових досліджень учених-процесуалістів радянської епохи, а саме К. С. Юдельсона, Д. М. Чечот, А. Т. Боннер, С. В. Курильова, та сучасних учених, а саме О. С. Захарової, М. М. Ясинка, В. Д. Андрійцьо, М. П. Курила, М. О. Гетманцева, А. С. Зеленяка, у сфері окремого провадження таких досліджень було дуже мало, оскільки доволі довгий час вважалось, що систему доказів і сам процес доказування за необхідності можна застосовувати за аналогією з позовним провадженням.

Метою статті є дослідження системи доказів та межі доказування у справах про надання фізичним особам психіатричної допомоги в примусовому порядку.

Виклад основного матеріалу. Кожна зі справ окремого провадження, в тому числі і справи про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку, має свій предмет доказування та особливу процедуру, яка закріплена в ст. 280, 281 ЦПК України.

Права кожної людини в тому числі й у справах про надання медичної допомоги в примусовому порядку «є її невід'ємним особистим немайновим правом. Будь-яке примусове втручання в життя людини, безпідставне обмеження її свободи та особистої недоторканості шляхом надання психіатричної допомоги у примусовому порядку чи примусової госпіталізації до протитуберкульозного закладу є грубим порушенням прав людини та основних прав пацієнта. Для такого втручання необхідні особливі підстави, чітко визначені критерії та встановлені правові гарантії» [1, с. 378]. Такими правовими гарантіями у сфері медичної допомоги, яка надається особі в примусовому порядку, є судовий процес. Саме в судовому процесі всі докази піддаються публічному аналізу, а доказування формує переконаність суду в об'єктивності фактів та обставин.

Разом із тим до питань примусового лікування в різних країнах ставляться по-різному. Так, у Німеччині примусове лікування недо-

© А. Олійник, 2018

пустиме в принципі. Водночас воно можливе, якщо його відсутність може мати негативні наслідки для здоров'я працівника [2].

В Україні починаючи з 2010 року і кожен наступний рік фіксується більше ста тисяч осіб із розладом психіки та поведінки та більше двадцяти п'яти тисячам осіб, яким кожного року вперше встановлюється діагноз: активна форма туберкульозу [3]. Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ) оголосила туберкульоз глобальною проблемою, оскільки, за її даними, до 2020 року на землі буде майже мільярд інфікованих людей [4, с. 50]. Як бачимо, питання щодо надання медичної допомоги у сфері психіатрії та туберкульозу є проблемними питаннями не лише для України. Ці проблеми мають глобальний характер, а тому потребують постійної уваги як із медичної, так і з правової точки зору.

Розглянемо особливості формування предмета доказування у справах про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку. В. А. Кройтор та О. С. Погребняк поділяють предмет доказування в цій категорії справ на загальний і спеціальний.

Загальний предмет доказування є характерним для всіх випадків примусового надання психіатричної допомоги за відсутності особливих обставин; і спеціальний предмет доказування буде мати місце тоді, коли ці особливі обставини присутні у справі.

Під особливими обставинами з точки зору загального предмета доказування вчені розуміють їх елементи. Зокрема «стан психічної хвороби і загроза хвороби для самого хворого та оточуючих; підстави надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, причинний зв'язок між станом психічної хвороби та відповідною поведінкою особи, яка дає підстави для примусового надання психіатричної допомоги». Виходячи з цих обставин, вчені роблять висновок про те, що, ухвалюючи судове рішення, суд повинен виходити із медичного і юридичного критеріїв [5, с. 76-77].

Ми не оспорюємо цю думку, але вважаємо, що предмет доказування у справах про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку є більш широким поняттям, а ніж те, що пропонується, оскільки він охоплює поняття психіатричної допомоги в розрізі психіатричного огляду, амбулаторної та стаціонарної психіатричної допомоги, підстав припинення психіатричної допомоги, яка надавалась у примусовому порядку, що передбачається Законом України «Про психіатричну допомогу [6]. При цьому кожен із цих видів психіатричної допомоги потребує своєї відокремленої системи доказів, які насамперед ґрунтуються на об'єктивних даних, якими є поведінка особи в суспільстві. Отже, кожен із цих видів психіатричної допомоги залежить від психіатричної поведінки особи, і лише залежно від її інтенсивності відбувається кваліфікація психіатричної допомоги в тому числі в примусовому порядку. Інакше «кожна особа вважається такою, яка не має психічного розладу, доки наявність такого розладу не буде встановлено на підставах та в порядку передбаченого» Законом України «Про психіатричну допомогу» (ст. 3 даного закону). Така допомога, безумовно, повинна надаватися відповідно до загально-правових та медичних принципів: законності, гуманності, добровільності, доступності, дотримання прав людини і громадянина (ст. 4 ЗУ «Про психіатричну допомогу»).

Таким чином, предмет доказування у сфері медичного спрямування поділяється, по-перше, на фактичну психіатричну поведінку особи в суспільстві, яка отримує своє підтвердження шляхом природного спостереження близькими чи сторонніми особами за особою, котра виявляє неадекватність своєї поведінки. По-друге, інший, спеціальний, параметр полягає у кваліфікації інтенсивності психіатричної поведінки, яка фіксується у певних письмових висновках лікарів-психіатрів, які надалі набувають статусу письмових доказів.

Саме ці складники є першоосновою для формування системи доказів у цій категорії справ, і насамперед до них потрібно віднести пояснення заявників (батьків, усиновлювачів, опікунів), свідків, оскільки саме ці особи є першоджерелом, від яких надходить інформація до медичних працівників (лікаря, медичної сестри, фельдшера), психолога чи соціального працівника про певні відхилення у поведінці особи. Рішення про психіатричний огляд, як перша стадія надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, приймається лікарем-психіатром на основі інформації, отриманої із першоджерел. Метою такого огляду відповідно до ст. 11 ЗУ «Про психіатричну допомогу» є з'ясування наявності чи відсутності в особи психічного розладу здоров'я. Таким чином, психіатричний огляд проводиться лікарем-психіатром на прохання батьків або інших законних представників стосовно осіб віком до 14 років (малолітні особи), або за відсутності їхньої згоди такий огляд проводить лікар-психіатр за наявності підстав «для обґрунтованого припущення про наявність у особи такого психіатричного розладу» (ч. 3 ст. 11 ЗУ «Про психіатричну допомогу»).

При цьому сформований медичний висновок лікаря-психіатра, а також письмова заява законних представників буде квалі-

фікуватись як належні докази у справі, і за необхідності вони можуть стати підставою для призначення судом психіатричної експертизи. Водночас у разі відмови у проведенні психіатричного огляду особи як її самої, так і її законних представників суд ухвалює судове рішення про примусовий психіатричний огляд особи на основі заяви лікаря-психіатра. Доказами при цьому можуть бути пояснення свідків чи постраждалих осіб, яким заподіяно матеріальної шкоди або шкоди здоров'ю особою, яка потребує примусового психіатричного огляду.

Разом із тим психіатричний огляд особи може бути проведений без усвідомленої згоди особи та без згоди її законного представника за умови обґрунтованого припущення того, що особа страждає на тяжкий психічний розлад здоров'я, що створює потенційну небезпеку як для неї самої, так і для оточуючих у вигляді дій чи реальних намірів їх вчинити. У такому разі лікар-психіатр має право проводити психіатричний огляд самостійно і негайно. Таке трактування має ст. 11 ЗУ «Про психіатричну допомогу». Разом із тим сама норма не передбачає можливості судового оскарження у разі неправомірних дій лікаря-психіатра в тому числі і щодо умисного подання до суду заяви про примусовий психіатричний огляд. Це важливо, оскільки пояснення лікаря-психіатра і його висновок, по суті, є потенційним доказом у майбутній справі. Посилання ж законодавця на «відповідальність, передбачену законом» є настільки неточним поняттям, що зрозуміти, яку відповідальність насправді може нести лікар-психіатр, дуже складно.

З урахуванням даних обставин ч. 10 ст. 11 ЗУ «Про психіатричну допомогу» необхідно уточнити, виклавши її у такій редакції: «Умисний примусовий огляд особи лікарем-психіатром чи умисне подання заяви до суду про примусовий психіатричний огляд, що містить завідомо неправдиві або неточні відомості щодо психіатричного стану здоров'я особи, може бути оскаржено батьками особи чи її законними представниками до місцевого суду за місцем огляду особи». Ми вважаємо, що такий підхід у цьому питанні є логічним, оскільки в такий спосіб може бути сформована судова гарантія щодо недопущення недобросовісних дій лікарів-психіатрів щодо самостійного прийняття рішень про примусовий психіатричний огляд особи чи подання необґрунтованих заяв до суду. На підставі такого рішення, яке матиме преюдиційний характер, можна буде говорити і про кримінальний характер такої відповідальності.

Водночас, коли є фактичні дані щодо особи, яка може мати тяжку форму психіатричного розладу здоров'я, чи є обґрунтовані припущення щодо того, що людина все ж хворіє на психічне захворювання і з цих підстав потребує не лише психіатричного огляду, але й психіатричної допомоги в амбулаторному порядку, то така ситуація потребує обов'язкового судового розгляду. Таким чином, або лікар-психіатр, або психіатрична лікарня, подаючи заяву до суду про надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, повинні сформувати певну систему доказів.

Під системою доказів у цивільному процесуальному праві необхідно розуміти всі види засобів доказування, які є належними до предмета судової справи та за допомогою яких заявники або сторони підтверджують певні юридично значимі факти в тій послідовності, яка має місце під час розвитку тих чи інших дій чи подій.

Із аналізу судової практики судів України, які вирішували питання про відкриття провадження у справах про примусовий психіатричний огляд, вбачається, що до суду часто звертаються родичі (Ухвала Кіровського райсуду м. Кіровограда від 22.07.2016 [7], Ухвала Рівненського міського суду Рівненської області від 15.09.2016 [8], Ухвала Ірпінського міськсуду Київської області від 16.09. 2016) [9], місцеві лікарні (Ухвала Бориспільського міськрайсуду Київської області від 09.06. 2014) [10], які не мають права на такі звернення, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 279 ЦПК України та ЗУ «Про психіатричну допомогу» право на звернення до суду щодо примусового медичного огляду мають лише лікарі-психіатри. Разом із тим звертає на себе увагу той факт, що суди як докази вимагають «обґрунтування відомостей щодо діагнозу хворого відповідно до вимог ЗУ «Про психіатричну допомогу», а також складення висновку з урахуванням вимог відповідної Інструкції МОЗ» (Ухвала Бориспільського міськрайсуду Київської області від 09.06.2014, Ухвала Вишгородського райсуду Київської області від 06.05.2014) [11]. При цьому судді автоматично переписують ухвали один у одного, не надаючи значення тому, про яку Інструкцію МОЗ йде мова. Що таке «обґрунтування відомостей щодо діагнозу хворого»? Частина 1 та 2 ст. 280 ЦПК України прямо зазначають, що заява лікаря-психіатра повинна містити «підстави для надання психіатричної допомоги у примусовому порядку та як доказ висновок лікаря-психіатра», але аж ніяк не лікаря-психолога, як це зазначив Бориспільський райсуд Київської області у своїй ухвалі від 09.06.2014 [12].

Як бачимо, навіть на етапі відкриття провадження у справі на предмет проведення

психіатричного огляду особи в примусовому порядку практика судів є неоднозначною. Причиною цього є доволі не точний процесуальний закон, який як універсальний засіб доказування в питаннях примусового психіатричного огляду та надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку визнає лише «висновок лікаря-психіатра», а при «продовженні примусово амбулаторної психіатричної допомоги та при примусовій госпіталізації, її продовження – висновок комісії лікарів – психіатрів та інші відповідні матеріали». Водночас у разі «припинення психіатричної допомоги чи госпіталізації до психіатричного закладу у примусовому порядку мають бути наведені обставини і докази, на яких ґрунтуються ці вимоги» (ч. 2 та 3 ст. 280 ЦПК України).

Таким чином, законодавець щодо надання психіатричної допомоги в примусовому порядку мінімізує систему доказів, обмежуючись лише висновком лікаря-психіатра. Водночас у разі припинення психіатричної допомоги у примусовому порядку така система доказів значно розширюється, хоча логічніше було би все зробити навпаки, оскільки надання психіатричної допомоги в примусовому порядку по суті є обмеженням свободи. Тому, окрім висновку лікаря-психіатра, доречно було б досліджувати в судовому засіданні й історію хвороби особи, яку лікар-психіатр веде повсякденно, медичну картку, де записані спостереження, які лікар-психіатр здійснює у разі звернення особи до медичного закладу. При цьому такі докази лікар-психіатр може надати оперативно, без будь-яких перепон щодо цього. Крім того, доречно було б вислухати покази свідків, якими могли би бути батьки або члени сім'ї особи. Такий підхід давав би можливість суду зіставити наявні медичні документи і не лише оперативно ухвалити рішення щодо різних видів примусової психіатричної допомоги, але й уникнути помилок чи зловживань лікаря-психіатра, що для суду і суспільства є надто важливим фактом. Із проаналізованих більше шістдесяти судових рішень судів різних областей лише одне рішення про надання амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку Диканського райсуду Полтавської області ґрунтувалось не лише на висновку лікаря-психіатра, а й на цілій системі доказів, які було проаналізовано в судовому засіданні. Це, зокрема, наявність інвалідності III групи, документи щодо перебування на обліку у психіатричному кабінеті Диканської ЦРЛ, історія хвороби, клопотання-характеристика від Великобудищанської сільської ради Диканського району Полтавської області щодо поведінки особи [13].

Таким чином, ч. 2 ст. 280 ЦПК України доречно було б доповнити після слів «додається висновок лікаря психіатра» словами: «а також історія хвороби чи медична картка особи». Як зазначає М. М. Ясинок, окреме провадження характеризується наявністю відокремлено-персоніфікованих доказів, оскільки законодавець у справах окремого провадження наперед визначає ті конкретні докази, що є обов'язковими для доведення в суді обставин, що входять до предмета доказування. Такий підхід опосередковано визначає ту систему доказів, яку необхідно надати заявникові, щоб отримати позитивний результат [14]. Із цього приводу І. В. Решетнікова також вказує на те, що доказування по окремих категоріях справ не може регламентуватися за загальними нормами [15]. Таким чином, доповнення ч. 2 ст. 280 ЦПК України, про які йдеться вище, є не лише даниною теоретичним висновкам, а й насамперед практичності вирішення даного питання.

Судова практика підтверджує наші теоретичні висновки. Так, рішенням Охтирського міськрайсуду Сумської області від 22 вересня 2016 року було задоволено заяву головного лікаря Сумської «Обласної спеціалізованої психіатричної лікарні № 2» про госпіталізацію особи до психіатричного закладу у примусовому порядку. Єдиним доказом такого рішення був висновок лікарсько-консультативної комісії від 22.09.2016 [16]. Аналогічне рішення було ухвалено цим же суддею цього самого суду 27.10.2016 [17]. Лише на висновок комісії лікарів-психіатрів посилався і Овруцький районний суд Житомирської області 26.08.2016 [18] та Тернопільський міськрайонний суд Тернопільської області в частині надання особі амбулаторної психіатричної допомоги в примусовому порядку [19]. Харківський районний суд Луганської області також послався лише на висновок лікаря-психіатра, ухваливши рішення про надання особі амбулаторної психіатричної допомоги у примусовому порядку [20].

Таким чином, «діалектика пізнання об'єктивної реальності у сфері цивільного процесу полягає у відтворенні за допомогою доказів тієї реальної дійсності, дій, подій чи обставин учасникам, яких була людина» [21, с. 271]. І це справді так, оскільки психіатричний нагляд за особою, яка потребує психіатричної допомоги в примусовому порядку, є підставою для госпіталізації особи до психіатричного закладу у примусовому порядку. Така заява відповідно до ч. 1 ст. 279 ЦПК України надається представником психіатричного закладу до суду за місцем знаходження зазначеного закладу. Під поняттям психіатричного нагляду потрібно

розуміти письмові документи, де міститься інформація медичного характеру, в якій безпосередньо зафіксовані стадії розвитку психіатричної хвороби [2, с. 34], методи лікування особи. Саме ці документи можуть набувати статусу доказів, яких було б досить для відкриття судом провадження щодо госпіталізації особи до психіатричного закладу в примусовому порядку чи продовження такої госпіталізації, а також у разі її припинення. М. М. Ясинок в цій частині зазначає, що для оперативності та законності дій суду щодо відкриття провадження у справі про примусове поміщення особи до психіатричного закладу доцільно було б мати перелік таких хвороб. Це міг би бути додаток до ЦПК України. «У такому разі суд буде мати змогу хоча і пасивно, але контролювати медичні висновки лікаря-психіатра» [22, с. 256]. Це є слушною думкою, але для примусової госпіталізації особи у примусовому порядку з точки зору формування системи доказів все-таки потрібен хоча б мінімальний перелік доказів, на підставі яких суд міг би безпомилково прийняти рішення. Частина 4 ст. 280 ЦПК України як засоби доказування передбачає докази, які формуються після того, як особа уже перебуває в психіатричному закладі. Така госпіталізація як надзвичайний захід проводиться на підставі лише висновку лікаря-психіатра. При цьому в подальшому цей висновок з медичної точки зору ніким не перевіряється, оскільки законодавець зазначає, що комісія лікарів-психіатрів перевіряє лише «доцільність поміщення такої особи до психіатричного закладу», і лише після цього «психіатричний заклад, в якому перебуває особа, направляє до суду заяву про її госпіталізацію у примусовому порядку протягом 24 годин» (ч. ст. 280 ЦПК України). Така процедура надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку з точки зору госпіталізації особи до психіатричного закладу містить низку недоліків, оскільки вона надає можливість лікареві-психіатру за певних обставин зловживати своїми професійними правами. Тому лікар-психіатр у своєму висновку може вказати на наявну необхідність примусової госпіталізації особи до психіатричного закладу на підставі того, що у поведінці особи, яка має вади психічного здоров'я, є небезпека для оточуючих, і саме ці підстави викладені у висновку, який по суті є доказом, і приймається рішення психіатричним закладом про госпіталізацію особи. А рішення щодо доцільності чи недоцільності приймається комісією вже потім, коли особу уже піддають лікуванню. Саме з цих підстав ми вважаємо, що було б доцільно, щоб лікар-психіатр копію висновку про примусову госпіталізацію особи в цей же день направив адвокату сім'ї такої особи або її найближчим родичам. При цьому інша копія такого висновку повинна бути направлена прокурору. Такий підхід у питаннях примусової госпіталізації особи до психіатричного закладу без судового рішення являв би собою певну правову досудову гарантію, за якої би жодна здорова людина не була примусово поміщена до психіатричного закладу.

Висновки.

Таким чином, ч. 4 ст. 280 ЦПК України доцільно б було доповнити після слів «комісією лікарів-психіатрів» словами «висновок лікаря-психіатра та заключення комісії лікарів-психіатрів відразу направляється прокурору та близьким родичам особи».

Участь у справі прокурора, лікаря-психіатра, представника психіатричного закладу та законного представника особи є, безумовно, необхідною умовою, яку і передбачив законодавець, але й участь адвоката у справі є також однією із гарантій законності дій лікаря-психіатра. Таким чином, ч. 2 ст. 281 ЦПК України доречно було б доповнити після слів «пов'язані з наданням психіатричної допомоги», словом «та адвоката». При цьому пояснення лікаря-психіатра, представника психіатричного закладу, законного представника за своїм статусом повинні розглядатися як докази, що отримує суд в усній формі. Висновок же лікаря-психіатра, заключення комісії лікарів-психіатрів повинні розглядатися як письмові докази. Водночас у цих справах можуть мати місце і речові докази у вигляді фотокарток особи, потерпілих від дій останньої, пошкодженого майна тощо. А у справах про продовження госпіталізації особи у примусовому порядку одним із доказів для суду повинна стати судово-психіатрична експертиза.

Як бачимо, для справ про надання психіатричної допомоги у примусовому порядку характерні різнопланові засоби доказування, які за своїм змістом є відносними, а за своєю формою закріплення доказової інформації є належними.

Список використаних джерел:

1. Сокалюк А. М. Представництво та захист інтересів громадян у справах про надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку / А. М. Сокалюк // Актуальні проблеми політики. – 2014. – Вип. 52. – С. 378–384.

2. Бишоф Х. Л. Германия. Право на лечение и отказ от лечения пациентов в специальных психиатрических больницах / Х. Л. Бишоф // Социальная и клиническая психиатрия. – 1993. – № 1. – С. 34.

3. Заклади охорони здоров'я та захворюваність населення України у 2015 році : Статистичний бюллетень // Державна служба статистики України. – Київ, 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukrstat.gov.ua/

4. Стасюк О. Фізична реабілітація при туберкульозі легень / О. Стасюк, М. Василина // Фізична активність, здоров'я і спорт. – 2012. – № 1.– С. 50–55.

5. Кройтор В. А. Судовий захист законних інтересів фізичних осіб при примусовому наданні медичної допомоги : монографія / В. А. Кройтор, О. С. Погребняк. – Х.: Ніка Нова, 2012. – 278 с.

6. Про психіатричну допомогу : Закон України від 22.02.2000 № 1489 // Бюлетень законодавства і юридичної практики України, 2000. – С. 282.

7. Справа № 404/4569/16-ц , номер провадження 2-0/404/218/16 // Архів Кіровоградського районного суду м. Кіровоград.

8. Справа № 569/11559/16-ц // Архів Рівненського міського суду Рівненської області.

9. Справа № 367/6311/16-ц // Архів Ірпінського міського суду Київської області.

10. Справа № 359/5186/14-ц, номер провадження 2-0/359/76/2014 // Архів Бориспільського районного суду Київської області.

11. Справа № 363/183/14-ц // Архів Вишгородського районного суду Київської області.

12. Справа № 359/5186/14-ц, номер провадження 2-0/359/76/2014 // Архів Бориспільського районного суду Київської області.

13. Справа № 529/219/16-ц // Архів Диканського районного суду Полтавської області за 2016 рік.

14. Ясинок М. М. Засоби доказування та їх особливості в окремому провадженні // М. М. Ясинок // Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність : матеріали II Між нар. наук.-практ. конф. – КНУ. – 2010. – С. 249–254.

15. Решетнікова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве / И. В. Решетнікова. – М.: Изд-во Норма. – 2000. – С. 18.

16. Справа № 583/2985/16-ц, номер провадження 2-0/583/163/16 // Архів Охтирського міськрайсуду Сумської області за 2016 рік.

17. Справа № 583/3332/16-ц, номер провадження 2-0/583/188/16 // Архів Охтирського районного суду Сумської області за 2016 рік.

18. Справа № 286/2284/16-ц // Архів Овруцького районного суду Житомирської області за 2016 рік.

19. Справа № 607/8046/14-ц // Архів Тернопільського міськрайонного суду Тернопільської області за 2014 рік.

20. Справа № 417/19/14-ц // Архів Харківського районного суду Луганської області за 2016 рік.

21. Ясинок М. М. Докази та доказування в цивільному судочинстві / М. М. Ясинок, Д. М. Ясинок // Правознавство : навчальний посібник : у 2-х т. / за заг. ред. М.П. Курила. – Суми. 2016. – Т. 1. – 381 с.

22. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України: теоретико-правовий аспект : монографія / Ясинок М. М.. – Нац. універ. «Одеська юридична академія», 2011. – 380 с.

В статье исследована система доказательств и пределы доказывания по делам о предоставлении физическим лицам психиатрической помощи в принудительном порядке. Рассмотрена соответствующая судебная практика и даны предложения по совершенствованию действующего законодательства.

Ключевые слова: доказательства, доказывание, психиатрическая помощь, принудительное лечение, врач-психиатр, госпитализация.

In this article the system of evidence and the limits of evidence in cases of providing psychiatric help to individuals in a forced order is researched. The relevant court practice is considered and proposals are made regarding the improvement of the current legislation.

Key words: evidence, proving, psychiatric care, compulsory treatment, psychiatrist, hospitalization.

УДК 347.121.2

Софія Попова,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

Стаття присвячена визначенню поняття особистих немайнових прав юридичних осіб, дослідженню їхніх характерних рис та особливостей. Окремим завданням статті є дослідження особистих немайнових прав юридичних осіб порівняно з відповідними правами фізичних осіб. Автором проаналізовано положення про особисті немайнові права юридичних осіб у чинних та попередніх редакціях нормативно-правових актів.

Ключові слова: права юридичних осіб, особисті немайнові права, ознаки особистих немайнових прав, немайнова сфера, немайнові блага.

Постановка проблеми. Динаміка розвитку ринкових відносин в Україні за часів незалежності об'єктивно зумовила зростання значення інституту юридичної особи в цивільних відносинах. Роль такої особи як правової категорії полягає в тому, що вона є формою існування організацій як колективних суб'єктів права. Більшість із них набуває статусу суб'єкта права саме через визнання за ними прав юридичної особи, і з ускладненням суспільних взаємозв'язків їх значення постійно зростає. Вплив діяльності юридичних осіб на економіку держави має вагоме значення у розвитку майнових прав цих осіб. Проте, як наслідок, це приводить до активної реалізації ними своїх немайнових прав. Законодавча неврегульованість, недосконалість формулювань положень нормативно-правових актів, наявність колізій у зазначеній сфері зумовлює державу забезпечити законодавче регулювання не лише майнової, але й немайнової сфер.

Із прийняттям у 2003 році Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] вперше на кодифікаційному рівні були закріплені особисті немайнові права як фізичних, так і юридичних осіб, що є значним внеском у процес вдосконалення цивільного законодавства, приведення його у відповідність до міжнародних стандартів.

Характерною рисою ЦК України є також те, що ним підкреслюється значення у суспільстві приватної особи – як фізичної, так і юридичної. Ця ідея пронизує всі інститути, що входять до його складу, знайшовши своє відображення у структурі Кодексу, який закріплює норми приватного права, втілюючи юридичний порядок, що ґрунтується на принципі свободи людини.

У своєму житті людина пов'язана різноманітними суспільними відносинами з такими ж, як і вона, рівними та незалежними суб'єктами. Виходячи із положення, юридичні особи мають не лише всі майнові права, як, у принципі, і фізичні особи, за винятком тих прав, необхідною умовою яких є природні властивості людини, а й особисті немайнові права [2, с. 590]. Проте, якщо фізичним особам у ЦК України було присвячено Книгу другу «Особисті немайнові права фізичних осіб», то юридичним – лише 94 статтю «Особисті немайнові права юридичних осіб». Виходячи з цього юридичні особи наділяються особистими немайновими правами, але без чіткого регламентування їх поняття та ознак, видів, порядку здійснення і захисту.

Аналіз останніх досліджень. Рівень наукових розробок цієї теми є недосконалим у зв'язку з недостатнім нормативним регулюванням. Окремі аспекти особистих немайнових прав досліджували такі правники, як М. Л. Нохрина, М. М. Агарков, В. С. Толстой, М. М. Малеїна, Л. О. Красавчикова, Р. О. Стефанчук, С. О. Сліпченко, О. В. Кохановська, Н. О. Давидова, зокрема, специфіку особистих немайнових прав юридичних осіб вивчали Л. В. Федюк, Ж. В. Нор, Т. П. Карнаух, Н. В. Козлова. Проте зазначені дослідження стосувалися ґенези особистих немайнових прав, їх поняття, ознак і системи. Крім того, бурхливий розвиток науки цивільного права у сфері особистих немайнових прав подекуди виходить за межі традиційних уявлень, що закладалися у цей інститут. Вітчизняні науковці зосередили увагу на вивченні комерційного складника особистих немайнових прав, поширення їх на інших учасників цивільних правовідносин, розширення

© С. Попова, 2018

сфери розуміння та застосування цих прав, формулювання суміжних правових категорій та конструкцій [3, с. 22]. Однак поза увагою залишаються загальні положення про порядок здійснення особистих немайнових прав юридичних осіб, їх межі, система способів захисту та інші.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи те, що інститут юридичної особи від самого початку ґрунтувався на самостійності даного об'єднання і неможливості його зведення до простої сукупності учасників і вкладеного ними майна, сфера його діяльності загалом зосереджувалася на реалізації майнових прав. Навіть у положеннях Цивільного кодексу Української РСР (далі – ЦК УРСР) увага зосереджувалася на тому, що юридичною особою є утворення з відокремленим майном, яким вона відповідає за зобов'язаннями [4]. У цьому нормативно-правовому акті як окрема категорія вже виділялися особисті немайнові права юридичної особи. Варто погодитися з твердженням про те, що особисті немайнові права в об'єктивному сенсі також становлять комплексний правовий інститут, який включає в себе норми різних галузей права [5, с. 10]. Основою для цього правового інституту є Конституція України, яка для початку встановлює права людини і громадянина, а крім цього, вказує на можливість об'єднання у політичні партії, громадські організації, здійснення підприємницької діяльності. Під час розгляду сучасної концепції особистих немайнових прав привертає увагу різноманіття правових явищ, які згадуються у її контексті. Зокрема, це категорії «особисті потреби», «особисте немайнове (нематеріальне) благо», «особистий інтерес немайнового характеру» та «особисте немайнове право», які є взаємопов'язаними і сукупно зумовлюють сучасне цілісне сприйняття такого правового явища, як особисті немайнові права [6, с. 197]. У свою чергу, і ЦК УРСР, і ЦК України закріпив за юридичними особами набуття саме особистих немайнових прав. Ці права є передумовою забезпечення свободи вибору місцезнаходження, свободи власності, свободи договору, свободи підприємництва, свободи вибору діяльності тощо. Однак для того, щоб визначити, що таке особисті немайнові права юридичної особи, потрібно акцентувати увагу на тому, що є юридичною особою, і виділити, чим особисті немайнові права юридичних осіб відрізняються від прав осіб фізичних.

Відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена і зареєстрована у встановленому законом порядку. Отже, у законодавстві головне значення надається юридичній особі як організації, хоча поняття останньої ЦК України не містить.

Під терміном «організація», що використовується у вищезгаданому акті, мається на увазі певним чином сформована структура, яка може створюватися об'єднанням осіб, капіталів, рішенням відповідних органів управління з певною метою – стати учасником цивільного обороту. При цьому організація, яка об'єднує окремі особи в єдину групу, необхідна, оскільки без цього неможливий її виступ зовні як єдності [7, с. 142]. Таким чином, розкривається основна ознака юридичної особи – організаційна єдність, яку можна охарактеризувати як сукупність прав, які визначають межі діяльності юридичної особи – самостійного суб'єкта цивільних відносин, який завдяки об'єднанню учасників реалізує права, надані йому законом і зазначені в установчих документах, для досягнення конкретної мети, що поєднується з встановленням структурних і функціональних зв'язків між учасниками.

Відповідно, беззаперечною ознакою особистих немайнових прав юридичної особи є їх здійснення юридичними особами як *індивідуальними суб'єктами*. На відміну від Цивільних кодексів Російської Федерації чи Казахстану, українські цивілісти дотримуються принципу загальної або універсальної правоздатності юридичних осіб. Цивільні права та обов'язки юридичних осіб виникають із різних підстав, насамперед із договорів. Проте моментом виникнення у юридичної особи правосуб'єктності є її створення, яким, у свою чергу, є момент її державної реєстрації. Із цього часу така особа має своє найменування, яке надалі виступає засобом індивідуалізації цієї організації в цивільному обороті. Часто індивідуалізація конкретної юридичної особи і результатів її діяльності одночасно здійснюється за кількома напрямами з використанням певної сукупності засобів індивідуалізації, може розроблятися свій фірмовий стиль. Юридичні особи одного виду і спрямування мають відрізнятися між собою більшою мірою, і для цього їм потрібні такі спеціальні ознаки, які б давали можливість оцінити результати діяльності та створити високі показники, що формуються під впливом економічного обороту, появи нових технологій та ініціативи засновників [8, с. 67].

Для того, щоб юридична особа могла вільно здійснювати свої права, необхідна хоча б мовчазна згода інших учасників цивільно-правових відносин. Тобто особисті немайнові права юридичних осіб мають визнаватися іншими особами. Це вказує на абсолютне право юридичної особи, якому кореспондує відповідний абсолютний суб'єктивний обов'язок невизначеного кола осіб.

Тому *абсолютність* є другою ознакою особистих немайнових прав юридичних осіб.

Варто зазначити, що особисті немайнові права юридичних осіб хоч і є абсолютними, однак мають «негативний» характер. Їх зміст зводиться до можливості вимагати дотримання зобов'язаними особами встановленої законом заборони. Змістом таких прав не охоплюється можливість здійснення активних дій управомоченою чи зобов'язаною особою [9, с. 121]. Це забезпечує порозуміння щодо їх здійснення між власне юридичною особою і будь-якими третіми особами, адже практичність абсолютних правовідносин полягає в тому, що у разі порушення абсолютного права міри захисту і відповідальності можуть бути застосовані до будь-якого порушника [10, с. 26].

Особисте немайнове право має визнаватися за юридичною особою як за носієм відповідного особистого немайнового блага, тобто мати юридичний стан прикріпленості нематеріального об'єкта до суб'єкта через визначення відповідного правового статусу такої особи [11, с. 104]. Права суб'єкта суспільних відносин у структурі правового статусу – це формально визначені та юридично гарантовані можливості користуватися соціальними благами і реалізовувати суб'єктивні інтереси [12, с. 40]. Після реалізації свого права на об'єднання шляхом вільного волевиявлення певна група осіб стає незалежним до них утворенням – юридичною особою, яка згідно із законом наділяється такими ж правами, як ці особи поодинці, але здійснює їх як рівноправний суб'єкт. Визначені права відтепер формують її правовий статус та йменуються особистими, оскільки вони є нероздільними з цією юридичною особою, без них вона не вступить у цивільно-правові відносини. Це дозволяє нам виділити третю ознаку особистих немайнових прав юридичних осіб – *невіддільність*.

До четвертої ознаки ми можемо віднести *невичерпність*. Як зазначалося вище, перелік особистих немайнових прав не може бути вичерпним у зв'язку з тим, що глобалізаційні процеси, інтеграція до Євросоюзу, розвиток міжнародного ринку так чи інакше залучають юридичних осіб до нових сфер економіки, включають їх у нові проекти, у зв'язку з чим наділяють їх комплексом прав, які видозмінюються і потребують законодавчого дозволу на здійснення цих прав. Якщо ж залишити перелік особистих немайнових прав незакінченим, то такий хід регулятора запровадить підстави для розвитку вітчизняного цивільного законодавства. Цивільно-правові договори у такому разі слугуватимуть джерелом походження новел цивільного законодавства, які в ньому не закріплені, однак можуть бути застосовані, адже вони не суперечитимуть останньому, і, виходячи з цієї тези, свої цивільні права та обов'язки особа здійснює у межах, наданих їй договором або законом.

Ще однією ознакою особистих немайнових прав юридичних осіб, які відрізняють їх від прав фізичних осіб, є *специфічність їх виникнення і припинення*. Варто зазначити, що особисті немайнові права фізичних осіб нерозривно пов'язані з особою їх носія і вона не може бути позбавлена цих прав, не може відмовитися від них, володіючи ними довічно (ч.ч. 3, 4 ст. 270 ЦК України). Немає підстав говорити і про їх відчуження.

У юридичної особи її особисті немайнові права виникають з моменту її створення. На відміну від юридичних осіб приватного права, юридичні особи публічного права створюються розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування і можуть мати лише такі особисті немайнові права, які відповідають повноваженням цієї юридичної особи.

Якщо говорити про право на діяльність, то юридична особа може займатися будь-якими її видами, що не заборонені законом. Проте певні види юридичних осіб наділені спеціальною правоздатністю і можуть здійснювати лише ті види діяльності, вичерпний перелік яких зазначений у їхніх установчих документах. Разом із тим юридичні особи можуть бути обмежені у здійсненні певної діяльності за порушення антимонопольного законодавства.

Щодо припинення, то юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. Відповідно, її особисті немайнові права припиняються разом із нею або переходять до правонаступника. Крім цього, є особлива група немайнових прав, які здебільшого виникають непомітно, діють постійно, не можуть бути припиненими на підставі правочинів або інших юридичних дій. До таких прав можна віднести право на ділову репутацію, право на зв'язки, право на конкуренцію.

У своїй монографії «Особисті немайнові права юридичних осіб» Л. В. Федюк, досліджуючи поняття особистих немайнових прав юридичних осіб, взяла за основу розмежування категорій «права» та «блага» і визначила особисте немайнове право юридичної особи як абсолютне суб'єктивне неекономічне право кожної юридичної особи, яке є невіддільним від неї та індивідуалізує

її, що діє з моменту створення і до припинення особи [13, с. 95–114]. Погоджуючись із запропонованою дефініцією, можемо стверджувати, що незалежно від припинення юридичної особи її окремі права продовжують існувати в тих справах, які були започатковані і не завершені нею, наприклад, право на таємницю кореспонденції [14, с. 296]. На додаток до цього, відповідно до ст. 5 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади», Міністерства, інші центральні органи виконавчої влади, щодо яких набрав чинності акт Президента України про їх припинення, продовжують здійснювати повноваження та функції у визначених сферах компетенції до завершення здійснення заходів з утворення міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади, до якого переходять повноваження та функції міністерства, іншого центрального органу виконавчої влади, що припиняється, та можливості забезпечення здійснення ним цих функцій і повноважень, про що видається відповідний акт Кабінету Міністрів України [15]. Тобто наявність особистих немайнових прав у цих осіб не залежить від припинення існування їх носія розпорядчим актом.

Поза тим, в особистих немайнових правовідносинах з оборотоздатними об'єктами, крім особистої немайнової (особистих немайнових прав), існує майновий складник – це право на використання нематеріального об'єкта та право надавати згоду на його використання третіми особами [16, с. 8]. Тому спроба наділити особисті немайнові права юридичної особи такою ознакою, як *наявність економічного змісту*, є цілком виправданою.

Висновки.

Інститут юридичної особи займає особливе місце у цивільному праві України. У зв'язку зі стрімким розвитком ринкових відносин і переважною участю у них саме юридичних осіб вивчення нових положень і відстеження не закріплених у законодавстві, але вже усталених правил, є беззаперечною метою подальших наукових досліджень.

Регулювання особистих немайнових прав юридичних осіб як категорії має містити ряд незалежних норм без прив'язки до прав фізичних осіб (як це викладено у Цивільному кодексі України). За своїми специфічними ознаками особисті немайнові права перших чітко і виправдано відрізняються від відповідних прав останніх. Тому визначення поняття особистих немайнових прав юридичних осіб здійснювалося нами саме за їх характерними ознаками.

Вважаємо, що особисті немайнові права юридичних осіб – це абсолютні суб'єктивні невіддільні права, які мають специфічні підстави виникнення і припинення, які спрямовані на задоволення як немайнового, так і майнового інтересу, не обмежуються виключним переліком та можуть набувати економічного змісту і які індивідуалізують суб'єкта цивільно-правових відносин як організацію.

Із цього випливає, що ознаками особистих немайнових прав юридичної особи є:

1) абсолютність;
2) невіддільність;
3) наявність специфічних підстав виникнення і припинення;
4) спрямованість на задоволення майнового і немайнового інтересу;
5) невичерпність;
6) набуття економічного змісту;
7) індивідуалізація.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
2. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – 4-те вид., стереотипне. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 976 с.
3. Стефанчук Р. О. До питання створення цивільного немайнового права // Актуальні проблеми приватного права: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народження д-ра юрид. наук, проф. чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 19 лют. 2016 р.). – Х. : Право, 2016. – С. 20-22.
4. Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963 № 1540-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1540-06.
5. Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения / В. С. Толстой. – Изд-во АПП ППРО, Москва. – 2009. – 216 с.
6. Пунда О. О. Поняття особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування людини / О. О. Пунда. // Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – С. 197–204.
7. Цивільне право : підручник : у 2-х т. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – 2-ге вид., переробл. та допов. – Х. : Право, 2014. – Т. 1. – 656 с.
8. Федюк Л. В. Засоби індивідуалізації юридичної особи / Л. В. Федюк // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2013. – № 5. – С. 67-72. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2013_5_16.
9. Гуменюк О. І. Класифікація особистих немайнових прав учасників цивільних правовідносин / О. І. Гуменюк // Університетські наукові записки. – 2008. – № 3. – С. 119-123.

10. Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : монографія / М. О. Стефанчук. – К. : КНТ, 2008. – 184 с.

11. Шишка О. Р. Особисті немайнові права за ЦК України: що це? // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : матеріали «круглого столу», присвяч. пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (м. Харків, 18 грудня 2015 р.); Нац. юрид. Ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х.: ..., 2016. – С. 103-108.

12. Теорія держави і права: Академічний курс : підручник / Н. М. Онищенко, О. В. Зайчук. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

13. Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб : монографія / Л. В. Федюк. – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2013. – 500 с.

14. Попова С. О. Ознаки особистих немайнових прав юридичних осіб. Проблеми подальшого вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Ч. Н. Азімова (Харків, 21 груд. 2017 р.); Нац. юрид. Ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2017. – С. 293-296.

15. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 № 3166-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3166-17.

16. Сліпченко С. О. Механізм правового регулювання особистих немайнових відносин з оборотоздатними об'єктами : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / С. О. Сліпченко ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2014. – 44 с.

Статья посвящена определению понятия личных неимущественных прав юридических лиц, исследованию их характерных черт и особенностей. Отдельной задачей статьи является исследование личных неимущественных прав юридических лиц в сравнении с соответствующими правами физических лиц. Автором проанализированы положения о личных неимущественных правах юридических лиц в действующих и предыдущих редакциях нормативно-правовых актов.

Ключевые слова: права юридических лиц, личные неимущественные права, признаки личных неимущественных прав, неимущественная сфера, неимущественные блага.

The article is devoted to the definition of the concept of personal non-property rights of entities, the study of their characteristic features and peculiarities. A separate task of the article is the research of personal non-property rights of entities in comparison with appropriate rights of individuals. The author analyzes the provisions on personal non-property rights of entities in current and previous adition of the normative-legal acts.

Key words: rights of entities, personal non-property rights, features of personal non-property rights, non-property sphere, non-property benefits.

УДК 347.155

Маріанна Саградян,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЦИВІЛЬНА ДІЄЗДАТНІСТЬ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ В УКРАЇНІ ТА В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

Стаття присвячена аналізу різних підходів щодо тлумачення поняття «дієздатність» у правових системах різних зарубіжних країн. Визначені спільні та відмінні риси правосуб'єктності фізичних осіб в Україні та іноземних державах, проаналізовано окремі положення цивільного законодавства цих держав. Особлива увага приділяється інституту емансипації.

Ключові слова: цивільна дієздатність, досягнення повноліття, дієздатність неповнолітньої особи, інститут емансипації, цивільне законодавство.

Постановка проблеми. Нині є різні думки стосовно тлумачення поняття дієздатності та її обсягів не лише серед вітчизняних науковців, а й серед представників юридичної науки інших країн. У нашій державі правове положення фізичної особи в цивільних правовідносинах розкривається через такі правові категорії, як правоздатність і дієздатність. Однак дещо по-іншому представлена дієздатність у правових системах різних зарубіжних країн.

Мета даної статті. Саме тому метою цієї статті є з'ясування спільних рис та відмінностей у розумінні поняття дієздатності, оскільки від цього залежить і встановлення віку, з якого особа вважається повністю дієздатною, і, власне, обсяг цивільної дієздатності, і доречність застосування інституту емансипації тощо.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти визначення поняття та обсягу дієздатності були предметом розгляду таких українських учених: О. В. Дзери, В. М. Самойленка, Н. С. Кузнецової, Я. М. Шевченка, Д. В. Боброва та ін. До закордонних науковців, які досліджували питання дієздатності, слід віднести: В. В. Батуренка, А. А. Костіна, С. Ю. Пятіна, Є. А. Васильєва, І. А. Зеніна та ін.

Виклад основного матеріалу. Цивільний кодекс України правоздатністю називає здатність мати цивільні права та обов'язки. Вона виникає у момент народження і припиняється зі смертю. А під дієздатністю фізичної особи розуміється її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав та самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Згідно з українським законодавством, цивільна дієздатність виникає з досягненням повноліття, тобто з досягненням 18-річного віку [1, с. 15-17].

Натомість у США та Англії відсутнє поняття «дієздатність» у класичному розумінні. У цих країнах застосовується лише термін «правоздатність», яка, відповідно до судової практики, поділяється на активну і пасивну, хоча англійська цивільна доктрина не проводить чіткого розмежування цих понять. У прямому сенсі активна правоздатність – це здатність здійснювати певні дії, що в Україні і в більшості європейських країн називається дієздатністю.

У Франції також використовується єдиний термін, який одночасно означає і дієздатність, і правоздатність, – правосуб'єктність. Так, Французький цивільний кодекс у ст. 3 говорить лише про «здатність осіб», що означає як право-, так і дієздатність у класичному розумінні цього терміна, а ст. 488 ФЦК вказує на те, що з досягненням повноліття особа набуває можливість здійснювати всі акти цивільного життя. Однак французька юридична доктрина та судова практика все ж розрізняють поняття правоздатності та дієздатності [2].

Цивільні кодекси Швейцарії, Німеччини, Китайської Народної Республіки та Туреччини, говорячи про осіб, визначають та розмежовують поняття правоздатності та дієздатності. Однак не можна повністю погодитися з визначенням поняття «дієздатність», яке дають японські автори, розуміючи під дієздатністю здатність самостійно і повною мірою укладати угоди, адже дієздатність – здатність особи своїми діями набувати будь-яких цивільних прав і обов'язків. Проте законодавство та юридична література окремих країн розрізняє «угодоздатність» – здатність здійснювати угоди та укладати договори.

© М. Саградян, 2018

На відміну від правоздатності, дієздатність залежить від розумового стану фізичної особи: вона має усвідомлювати й правильно оцінювати характер і значення дій, які вона вчиняє. У законодавстві всіх країн зазначено, що дієздатною в повному обсязі особа стає з досягненням повноліття. Однак вік, з якого особа вважається повнолітньою, у різних країнах може бути різним.

За німецьким та французьким правом повноліття настає в день закінчення 18-го року життя, тобто в день, який передує дню народження. За правом Англії – з першого дня, коли виповнилося 18 років, тобто в день народження. У США це питання регулюється законами окремих штатів: у різних штатах повноліття досягається з виповненням від 18 до 21 років [3, с. 212]. З 18 років повноліття настає також у таких країнах, як Австралія, Грузія, Вірменія, Данія, Нова Зеландія, Польща, Португалія та ін. В Японії особа стає повнолітньою і повністю дієздатною у 20 років. Окрім Японії, це також такі держави, як Корея, Тайвань та Туніс. З 21 року особа вважається повнолітньою в Монако, Єгипті, Сингапурі, Гвинеї та ін. Таким чином, у більшості країн світу повноліття настає з досягненням 18 років.

Відповідно до ст. 389 Французького цивільного кодексу особа, що не досягла 18 років, вважається недієздатною [2]. Її майном управляють законні представники, тобто батьки, а у разі їх смерті призначається опіка. Батьки несуть солідарну відповідальність за заподіяну їх неповнолітніми дітьми шкоду. Вони ж укладають від імені неповнолітнього угоди до досягнення ними повноліття. Проте у визначених законом випадках неповнолітній може самостійно укладати угоди за наявності згоди батьків або опікунів. Згідно з положеннями цивільного права Франції, після досягнення 16 років неповнолітній може укладати лише визначений ряд угод без згоди батьків (опікунів). Такими угодами є укладання трудового договору, право розпоряджатися своїм заробітком та вкладом у банк, право скласти заповіт на половину майна, що заповідається неповнолітнім, та інші угоди, які відповідно до ст. 1305 ФЦК не є збитковими для неповнолітньої особи та не порушують її права [4, с. 82].

У Німеччині повністю дієздатною особа стає з 18 років. Дитина, яка не досягла 7 років, є повністю недієздатною. Обмежено дієздатною є особа віком від 7 до 18 років і, за загальним правилом, здійснює угоди за згодою законних представників. Проте деякі з угод неповнолітній має право здійснювати самостійно. Окрім можливості укладати угоди, що дають правову вигоду, неповнолітні можуть укладати угоди в межах коштів, отриманих від законного представника або іншої особи (за згодою батьків); угоди, укладені внаслідок експлуатації підприємства, на ведення якого була отримана згода законного представника; угоди, спрямовані на здійснення та розірвання договору трудового найму [5]. Як окрема правова категорія в Німеччині визначається деліктоздатність – здатність нести відповідальність за завдану шкоду. Так, відповідно до пар. 828 НЦК особа, яка не досягла 7 років, не несе відповідальності за шкоду, завдану іншій особі. Особа віком від 7 до 10 років не несе відповідальності за шкоду, завдану іншій особі в результаті нещасного випадку за участю автомобіля або залізної дороги, за винятком, якщо вона з наміром спричинила травму. І відповідно до частини третьої особа, яка не досягла 18-річного віку, не несе відповідальності за шкоду, завдану іншій особі, якщо, спричиняючи шкоду, вона не мала розуміння, необхідного для усвідомлення її відповідальності [4, с. 82].

В Англії до досягнення 18-річчя особа вважається неповнолітньою, її дієздатність є обмеженою незалежно від віку. Неповнолітній може здійснювати лише певні угоди, такі як: придбання необхідних речей та послуг; можливість укладення договору особистого найму та ін. Особливістю є наявність у цивільному праві Англії так званих «безумовно недійсних угод», тобто угод, на здійснення яких неповнолітній не має права. До таких угод слід віднести договір позики грошей, торгові угоди тощо.

У США врегулювання правового положення неповнолітньої особи здійснюється аналогічно англійському праву. У повному обсязі особа стає дієздатною з моменту свого повноліття, яке у різних штатах настає у віці від 18 до 21 року. Якщо особа не досягла повноліття, вона вважається обмежено дієздатною. Особливістю американської судової практики є тенденції до розширення дієздатності неповнолітніх шляхом визнання чинності більшого кола угод, які можуть укладати і здійснювати неповнолітні [4, с. 83]. Наприклад, аналізуючи Цивільний кодекс штату Каліфорнія, ми можемо розуміти, що неповнолітніми вважаються особи віком до 18 років. У пар. 33 ч. 1 Книги 1 (Про осіб) цього Кодексу зазначено, що неповнолітній не може передавати будь-кому свої права, укладати договори з приводу нерухомості або пов'язаних з нею відсотків, так само як і з приводу рухомого майна, яке не перебуває в його безпосередньому володінні або під його контролем [6].

В Японії повнолітніми стають з 20 років. Однак, окрім неповнолітніх, Японський

цивільний кодекс вважає недієздатними також і психічнохворих, осіб у стані алкогольного сп'яніння, одружених жінок, іноземців та корпорації. Проте більшість із названих суб'єктів, окрім душевнохворих і малолітніх до 7 років, фактично наділені частковою дієздатністю [7].

Розділ другий Загальних положень цивільного права Китайської Народної Республіки містить положення про цивільну правоздатність та дієздатність, які загалом не відрізняються від аналогічних положень Цивільного кодексу України та цивільних кодексів розглянутих держав. Проте неповнолітні до 10 років є недієздатними, а неповнолітні від 10 років і старші вважаються обмежено дієздатними. Повнолітніми в Китаї стають з 18 років. Відповідно, законні представники здійснюють цивільну діяльність від імені неповнолітніх або дають згоду на вчинення таких дій [8].

Власне, така різна класифікація дієздатності в різних країнах використовується для того, щоб підкреслити неоднаковий обсяг дієздатності малолітніх осіб, осіб віком від 14 до 18 років, повнолітніх. Оскільки і малолітні, і неповнолітні особи наділені певною частковою дієздатністю, для відповідної участі в цивільному обороті необхідна наявність іншої дієздатної особи, яка б своєю дієздатністю допомагала реалізовувати права та обов'язки неповнолітнього в його інтересах. Таким чином, виникає необхідність в існуванні таких цивільно-правових інститутів, як опіка та піклування. Відповідно, опіка встановлюється над малолітніми, а піклування – для неповнолітніх віком від 14 до 18 років.

Доповнює дієздатність неповнолітніх емансипація, під якою розуміють оголошення неповнолітнього з певного віку таким, що досяг повноліття. Однак, незважаючи на те, що положення емансипованої особи наближене до правового статусу повнолітньої особи, все ж таки у цих статусах є певна різниця. Емансипований не здатен здійснювати всі дії цивільного життя.

Наприклад, відповідно до ст. 323 Цивільного кодексу Іспанії емансипована особа не може позичати гроші, відчужувати своє нерухоме майно, об'єкти особливої цінності без дозволу батьків (опікунів) [4, с. 84].

У праві Англії взагалі відсутній інститут емансипації. У Німеччині після зниження віку повноліття до 18 років інститут емансипації втратив своє значення і відповідні параграфи цивільного уложення були видалені.

У США, на відміну від права Англії, законодавством деяких штатів все ж врегульовано інститут емансипації. Відповідно до пар. 62 Цивільного кодексу штату Каліфорнія особа вважається емансипованою у разі, якщо одружується, вступає на військову службу у Збройних Силах США або за рішенням суду. У пар. 64 говориться, що неповнолітній має право звернутися до суду із заявою про емансипацію. Але там зазначаються деякі умови: заявнику має бути не менше 14 років, він за своєю волею проживає окремо від своїх батьків чи опікунів, самостійно веде свої фінансові справи та джерелом його доходів не є діяльність, яка визнається злочинною законами штату Каліфорнія або законами Сполучених Штатів Америки [6].

Схожі положення про емансипацію містить і Цивільний кодекс Іспанії, проте передбачає можливість емансипації за заявою самого неповнолітнього у разі, якщо особа, яка здійснює батьківську владу, вступає в новий шлюб з особою, яка не є батьком або матір'ю даного неповнолітнього, – ст. 320.

Відповідно до законодавства Чеської Республіки неповнолітній може бути оголошений повністю дієздатним рішенням суду, якщо він досяг 15-річного віку, підтверджено здатність неповнолітнього самостійно заробляти собі на життя і вирішувати свої питання, а також за умови згоди законного представника неповнолітнього (ч. 1 пар. 37 Цивільного кодексу Чеської Республіки) [9].

Відповідно до положень цивільного законодавства Китайської Народної Республіки громадяни після досягнення 16 років вважаються дієздатними в повному обсязі за умови, якщо вони власною працею здобувають необхідні засоби для існування [8].

В Україні, як і в більшості європейських країн, також існує інститут емансипації. Згідно зі статтями 34 та 35 Цивільного кодексу України неповнолітня особа може набути повної цивільної дієздатності у разі реєстрації шлюбу та після досягнення 16-ти років, якщо неповнолітній працює за трудовим договором або бажає займатися підприємницькою діяльністю, а також неповнолітній, записаний матір'ю або батьком дитини [1, с. 19].

За цивільним правом Білорусі та Російської Федерації емансипація неповнолітніх відбувається схожим чином, як і в Україні: особа, яка досягла 16-ти років, може бути оголошена повністю дієздатною, якщо вона працює за трудовим договором (контрактом) або за згодою батьків, усиновителів чи піклувальника займається підприємницькою діяльністю [10].

Як бачимо, умови, за яких неповнолітній може отримати повну цивільну дієздатність, у більшості країн збігаються.

Висновки.

Таким чином, цивільне законодавство і наука цивільного права зарубіжних країн мають певні відмінності в розумінні дієздатності та її обсягу. У більшості європейських країн сутність поняття «дієздатність» розуміється однаково. Відповідно до цивільного законодавства України та інших зарубіжних країн дієздатність являє собою здатність фізичної особи набувати своїми діями цивільні права та обов'язки та здійснювати їх, а також нести відповідальність.

Обсяг дієздатності неповнолітніх у різних країнах неоднаковий. В Україні та більшості країн світу повністю дієздатними стають із досягненням 18-річного віку. Однак є держави, в яких повноліття набувається після досягнення 19, 20, 21 років, – Японія, Тайвань, Монако, окремі штати США та ін.

Цивільні кодекси різних країн передбачають можливість отримання неповнолітніми повної цивільної дієздатності з 16-ти років внаслідок укладення шлюбу, якщо неповнолітній стає батьком або матір'ю, якщо неповнолітній працює та ін. За цивільними кодексами Франції та Іспанії забороняється займатися підприємницькою діяльністю особі, яка була визнана емансипованою у визначеному законом порядку. Відповідно до положень Німецького цивільного кодексу неповнолітній особі надається можливість займатися підприємницькою діяльністю, якщо на здійснення цих дій є рішення опікунського суду. Натомість Англія та більшість штатів США не передбачають можливості неповнолітній особі стати емансипованою.

Кожен із можливих правочинів, які дозволяють здійснити цивільне законодавство України та цивільне законодавство розглянутих зарубіжних країн, вказує на те, що законодавець визнав за неповнолітніми загальний високий рівень психоемоційного та інтелектуального розвитку, який і дозволяє їм брати активну участь у цивільному обороті. Це означає, що неповнолітні особи виступають як потенційні автори наукових праць, творів мистецтва та літератури і, найголовніше, як учасники діяльності, яка приносить прибуток. З метою створення сприятливих умов для осіб, які не досягли повноліття, та формування у них якостей, необхідних для участі в цивільному обороті, цивільне законодавство України, яке визначає особливості цивільно-правового положення неповнолітніх, потребує подальшого розвитку.

І також слід відзначити, що цивільне законодавство України в частині, що стосується обсягу дієздатності неповнолітніх осіб, має риси, притаманні зарубіжному цивільному законодавству, що ставить нас поряд із цивілізованими країнами.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України : станом на 1 вересня 2017 року. – Харків : Право, 2017. – 448 с.
2. Цивільний кодекс Франції 1804 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html
3. Щодо питання про право- та дієздатність дитини: український та міжнародний досвід / О. В. Розгон // Розвиток цивільного законодавства: посткодифікаційний період : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 175-річчю Київ. нац. ун-ту ім. Т. Шевченка (Київ, 8-9 жовт. 2009 р.) / Київ. нац. ун-т. ім. Шевченка. – К. : Освіта, 2010. – С. 212-213.
4. Поняття та обсяг дієздатності неповнолітніх осіб в Україні та зарубіжних країнах / Г. Резнік // Юридична Україна. – 2010. – 9. – С. 80-85.
5. Цивільний кодекс Німеччини [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html#gl_p0027
6. Цивільний кодекс штату Каліфорнія 1872 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://avalon-law.ru/?p=154
7. Цивільний кодекс Японії [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://studfiles.net/preview/1728267/page:16/
8. Загальні положення цивільного права КНР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law
9. Цивільний кодекс Чеської Республіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://anesro.com/downl/zakon/89-2012_Sb.pdf
10. Особливості дієздатності малолітніх і неповнолітніх осіб за цивільним законодавством України, Росії, Білорусі / Ж. Л. Чорна // Хмельницький університет управління та права. Університетські наукові записки : Часопис / Хмельницький університет управління та права. – Хмельницький : Вид-во Хмельниц. ун-ту упр. та права, 2010. – Вип. 3/2010.

Статья посвящена анализу различных подходов к толкованию понятия «дееспособность» в правовых системах различных зарубежных стран. Определены общие и отличительные черты правосубъектности физических лиц в Украине и в иностранных государствах, проанализированы отдельные положения гражданского законодательства этих стран. Особое внимание уделяется институту эмансипации.

Ключевые слова: гражданская дееспособность, достижение совершеннолетия, дееспособность несовершеннолетнего, институт эмансипации, гражданское законодательство.

The article is devoted to analysis of various approaches to the interpretation of the term «capability» in the legal systems of different countries. The similar and different features of individual legal personality in Ukraine and foreign countries are determined, some provisions of the civil legislation of these states are analyzed. The special attention is spared to the institute of emancipation.

Key words: civil capacity, attainment of majority, capacity of a minor, institute of emancipation, civil legislation.

УДК 347.157

Оксана Шевчишин,
аспірант юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ НЕПОВНОЛІТНІХ ОСІБ ЯК ПЕРЕДУМОВА ДІЙСНОСТІ ПРАВОЧИНІВ

Стаття присвячена аналізу правосуб'єктності неповнолітніх осіб. Окрему увагу приділено вивченню структурних елементів правосуб'єктності, а саме правоздатності та дієздатності неповнолітніх осіб, що мають свою особливість.

Ключові слова: правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, неповнолітня особа, передумова дійсності правочинів.

Постановка проблеми. З початку XX століття «правосуб'єктність» як правова категорія привертала до себе увагу чи не усіх вчених-цивілістів. Так, спеціальні наукові дослідження, що дістали схвальні відгуки в науці, датуються переважно 50-ми роками XX століття. Після цього в 70-х рр. питання правосуб'єктності розглядалося уже побічно, поряд з іншими правовими категоріями (правоздатність, дієздатність, цивільними правовідносинами тощо). Саме тому виникає необхідність у детальному вивченні та дослідженні правосуб'єктності такого цікавого суб'єкта цивільного права, як неповнолітні особи.

Аналіз останніх публікацій за проблематикою. Дослідженням даної проблематики займаються такі видатні науковці, як: О. В. Дзера, Т. В. Боднар, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць, Р. А. Майданик, З. В. Ромовська, О. І. Зозуляк, Т. В. Водоп'ян, М. Д. Пленюк та інші.

Мета статті – вивчення та дослідження правосуб'єктності неповнолітніх осіб.

Виклад основного матеріалу дослідження. Незважаючи на існування в правовій науці досить великої кількості теоретичних розробок, слід зазначити, що «правосуб'єктність» як категорія юридичної науки залишається не лише актуальною, а й дискусійною. Саме тому виникає можливість, завдяки постійному науковому пошуку, здійснювати наукові дослідження стосовно правосуб'єктності окремих суб'єктів цивільного права, зокрема юридичних осіб [1], фізичних осіб, неповнолітніх [2] тощо, не є винятком й дослідження у колізійному праві України [3].

Важливими залишаються питання визначення особливостей правосуб'єктності неповнолітніх осіб як учасників цивільного обороту. Наявні сьогодні поняття «правосуб'єктність», «правоздатність» і «дієздатність», що використовується в законодавстві і на практиці, змінилися, наповнилися новими елементами, адже під час характеристики в цілому «правосуб'єктності» неповнолітніх осіб береться до уваги їхній психічний стан, зрілість осіб тощо.

У сучасній правовій науці існують думки, що застосовувати інститут правоздатності та дієздатності можливо лише до фізичних осіб під час дослідження їх правосуб'єктності [4]. Відтак зазначається, що правосуб'єктність складається із: правоздатності, дієздатності та деліктоздатності разом узятих [5]. Однак на цьому наукові дискусії не завершуються. Прихильники іншого підходу стверджують, що правоздатність є міжгалузевим поняттям, і в межах кожної галузі вона набуває особливого відтінку, зазвичай звертається увага лише на два аспекти: правоздатність та дієздатність. Дещо схожої думки дотримувався й С. С. Алєксєєв, який стверджував, що деліктоздатність – це властивість особи нести самостійну юридичну відповідальність за вчинені нею правопорушення (делікти) [6, с. 80]. Сприймаючи наведені міркування, Т. В. Водоп'ян зазначає, що правосуб'єктність – це характеристика, якість правового статусу, цивільна правосуб'єктність включає в себе цивільну правоздатність та цивільну дієздатність, які виступають передумовами формування правового статусу фізичної особи [7, с. 82]. На нашу думку, зважаючи на те, що поняття «правосуб'єктність» натепер не віднайшло свого однозначного розуміння та місця у доктрині приватного права, вважаємо цивільну правоздатність та дієздатність неповнолітніх осіб складниками правосуб'єктності та передумовою дійсності правочину.

Спостерігаючи зміни в основоположних дефініціях цивільного права, зокрема «дієздатність» та «правоздатність», зазначимо, що ці поняття не зазнали вагомих змін. Їх розу-

© О. Шевчишин, 2018

міння тлумачиться однаково як у дореволюційній, радянській, так і в сучасній юридичній літературі [8, с. 89]. Неповнолітні особи стають учасниками цивільних правовідносин завдяки специфічному явищу, яке називається правоздатність. У свій час С. М. Ландкоф обґрунтовував правоздатність як здатність мати права, адже будь-яка здатність сама по собі є станом людини. У загальноприйнятому значенні здатність – це природний дар, якість, стан людини, який дає їй певну можливість. Здатність не є природженою, вона є, по суті, правом, яке надається кожній особі законами держави, тобто можливістю використовувати цивільні права [9, с. 46].

Правоздатність за українським законодавством, а також за законодавством більшості іноземних країн мають усі люди від народження [10, с. 87]. На думку О. О. Красавчикова саме правоздатність виступає у вигляді загальної основи, яка визначає характер та обсяг прав, що можуть бути у володінні даного суб'єкта, але правове поняття правосуб'єктності складається із двох основних понять – правоздатності та дієздатності [11, с. 37]. З. В. Ромовська вважає, що під правоздатністю слід розуміти здатність, якою кожна жива «людська істота» (термін запозичений у ст. 1 Конвенції про права дитини 1989 року) володіє саме тому, що є людиною. І одержує вона цю здатність не від держави, а від природи. Скорочено цю тезу можна сформулювати так: «Якщо ти людина, то ти суб'єкт права» [12, с. 231]. Зважаючи на наведене, вважаємо, що правоздатність натепер є достатнім критерієм встановлення факту правового існування суб'єкта права, в тому числі неповнолітніх осіб, а отже, є самостійною категорією.

На думку Р. О. Стефанчука, правоздатність – це лише загальна здатність фізичної особи бути носієм цивільних прав та обов'язків. Тобто вона є лише передумовою набуття чи володіння тими чи іншими цивільними правами та обов'язками, і, лише реалізувавши свою правоздатність, фізична особа може набути тих чи інших суб'єктивних цивільних прав чи створити для себе певні цивільні обов'язки; цивільна правоздатність, на відміну від інших суб'єктивних цивільних прав, визнається за всіма фізичними особами, тоді як окремі суб'єктивні права можуть у фізичних осіб не виникати протягом її життя; правоздатність визнається рівною мірою за всіма фізичними особами, тоді як суб'єктивні права фізичних осіб суттєво відрізняються від подібних прав інших фізичних осіб; цивільна правоздатність ніколи не відчужується і не передається, тоді як окремі, переважно майнові, суб'єктивні права можуть бути відчужені та передані іншим учасникам цивільних відносин [13, с. 63].

На нашу думку, правоздатність неповнолітніх осіб не надає і не забезпечує жодних реальних можливостей для задоволення матеріальних потреб, що свого роду здійснює суб'єктивне право, правоздатність лише дозволяє їм мати передбачені законом права. Вважаємо, що юридичним змістом правоздатності неповнолітніх осіб насамперед є необхідність та здатність бути суб'єктом права, а вже похідним (проте не другорядним) – здатність мати суб'єктивні права, охоронювані законом інтереси, юридичні обов'язки та інші складники правового статусу суб'єкта права.

Як відомо, у зміст правоздатності в тому числі й неповнолітніх осіб входить здатність володіти правами й обов'язками. Такий зв'язок, на думку В. П. Ємельянова, проявляється в трьох основних аспектах: 1) права громадянина пов'язані з його обов'язками вже в змісті правоздатності, громадянин може мати права і здійснювати їх завдяки тому, що оточуючі, все суспільство дозволяють йому це, надають відповідні можливості, і тому він повинен поводити себе певним чином, мати і здійснювати свої права відповідно до інтересів суспільства; 2) право громадянина в одному правовідношенні пов'язане з його обов'язками в інших правовідносинах; 3) права громадянина в даному правовідношенні пов'язані з обов'язками іншої особи в тому ж правовідношенні [14, с. 31]. З огляду на сучасне законодавство України, стає зрозуміло, що ЦК України не вживає поняття «зміст правоздатності», однак існує вказівка на «обсяг». Отже, вважаємо слушним твердження, що зміст правоздатності – це якісна, а не кількісна категорія, оскільки зміст цивільної правоздатності полягає в можливості набуття прав, а не в їх сукупності. Саме тому у ст. 26 ЦК України розуміється вся сукупність прав та обов'язків, яку може мати фізична особа [15, с. 66]. Так, ч. 2 ст. 26 ЦК України встановлюється, що фізична особа має всі особисті немайнові права, встановлені Конституцією України та ЦК України, а в ч. 3 цієї ж статті наголошується, що фізична особа здатна мати усі майнові права, що встановлені ЦК України та іншими законами.

Під поняттям «зміст правоздатності» іноді розуміють «конкретні суб'єктивні права і юридичні обов'язки того чи іншого суб'єкта. Зміст може змінюватися протягом життя людини, окремі елементи можуть з'являтися із досягненням певного віку» [16, с. 52]. Окрім змісту правоздатності, С. І. Архіпов виділив і елементи правоздатності, зокрема: 1) здатність суб'єкта виступати в праві як автономна,

відокремлена особа; 2) здатність виступати як вирішальна правова інстанція; 3) бути носієм правової свідомості; 4) здатність здійснювати правову діяльність (правотворчу, правозастосовну, виконання нормативних, судових рішень і т. д.); 5) здатність бути учасником правовідносин [17, с. 142].

З огляду на наведене, доходимо висновку, що зміст правоздатності неповнолітніх осіб можна окреслити за допомогою таких ознак, як: а) рівність; б) невідчужуваність; в) неприпустимість її обмеження правочинами, актами органів виконавчої влади і органів місцевого самоврядування тощо. Під рівноправністю неповнолітніх осіб розуміємо рівні можливості набуття конкретних суб'єктивних прав і юридичних обов'язків. Адже рівність – універсальна форма виразу юридичної рівноваги, поєднання інтересів окремих людей, окремих соціальних верств та груп населення, національностей тощо.

Щодо виокремлення елементів дієздатності, то слід вказати на його особливе, практичне значення, адже уже із загального визначення дієздатності, яке міститься у ст. 30 ЦК України, простежуються певні напрями такого поділу. Зокрема, якщо правочиноздатність у фізичної особи виникає у віці 14 років (якщо батьки, усиновлювачі, піклувальники не заперечують проти правочину), то для виникнення деліктоздатності, наголошує ЦК України, потрібна наявність додаткових умов, зокрема наявність майна, тощо (ст. 33 ЦК України). Отже, деліктоздатність розглядаємо як складник дієздатності неповнолітніх осіб. На підтвердження цього наведемо ч. 1 ст. 1179 ЦК України, відповідно до якої неповнолітня особа (віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) відповідає за завдану шкоду самостійно на загальних підставах.

Дієздатність за цивільним законодавством – це здатність фізичної особи своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. Цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними (ст. 30). Порівнюючи визначення дієздатності фізичної особи в чинному законодавстві і в законодавстві радянського періоду, варто вказати на те, що перше є ширшим за своїм змістом. Адже ЦК УРСР включав у поняття дієздатності, власне, тільки здатність громадянина своїми діями набувати цивільних прав і створювати для себе цивільні обов'язки. Натомість ЦК України включає до поняття дієздатності й такі елементи, як: а) здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав та створювати для себе цивільні обов'язки; б) здатність самостійно здійснювати набутті цивільні права; в) здатність самостійно виконувати створені цивільні обов'язки; г) здатність нести відповідальність у разі невиконання створення для себе обов'язків.

У своєму загальному розумінні цивільна дієздатність наділяє суб'єктів договірних зобов'язань, у тому числі неповнолітніх осіб, соціальною свободою бути не тільки носієм прав та обов'язків, але бути таким за своїм вибором, на власний розсуд, на основі власних ініціативних дій, в які втілюються інтереси і воля особи.

Отже, цивільну дієздатність неповнолітніх осіб слід розуміти як здатність діяти за власною волею, на основі власного розсуду в межах можливостей, окреслених змістом правоздатності.

Враховуючи те, що дієздатність передбачає можливість усвідомлювати свої дії та керувати ними, стає очевидним, що така можливість не виникає в людини від народження, а набувається відповідно до знань, досвіду, які отримують із віком і за відсутності хвороб, які позбавляють їх можливості діяти розсудливо. Тому цілком логічно законодавець поділив дієздатність на певні види і закріпив їх на законодавчому рівні.

Як слушно зазначає А. Є. Тарасова, дієздатність – категорія більш специфічна, ніж правоздатність, у ній найбільш характерно проявляються елементи суб'єктивного і об'єктивного порядку. Об'єктивним правом встановлюються межі дієздатності, її стадії, які залежать від суб'єктивних властивостей особи: психофізичних властивостей, їх зміни протягом життя [18, с. 33]. На думку К. М. Соколецької, дієздатність – це суспільна правова властивість, тісно зв'язана з особистістю, ця властивість невідчужувана і незмінна з волі окремих осіб [19, с. 62]. З. В. Ромовська вважає за доцільне визначати дієздатність як психічну та інтелектуальну здатність особи усвідомлювати значення своїх дій, керувати ними та діяти самій, створюючи цим для себе цивільні права та обов'язки [20, с. 51]. На думку Н. Г. Юркевич, дієздатність слід визначати як належну особі можливість своїми волевиявленнями набувати для себе чи інших осіб цивільні права та обов'язки [21, с. 13].

Аналізуючи дієздатність неповнолітніх осіб, зазначимо, що дієздатність не можна розглядати як суб'єктивне право, оскільки суб'єктивне право – це цілком конкретне право, що належить конкретній особі, забезпечене юридичними обов'язками інших.

Дієздатність слід розуміти як таку властивість (якість) суб'єкта, яка пов'язана з його розумовими здібностями та психічними особливостями (особливо це помітно щодо розвитку неповнолітніх осіб). Отже, можна зазначити, що дієздатність має подвійну правову природу, яка поєднує в собі інтелектуальний та вольовий моменти.

Призначення, структура і юридичний зміст здатності до правомірних дій і цивільно-правової відповідальності значною мірою відрізняються. Тому конструювання єдиного, узагальнюючого, збірного поняття дієздатності неповнолітніх осіб натепер видається зайвим. Його слід розуміти через загальні підходи. Отже, з урахуванням останніх вважаємо, що дієздатність неповнолітніх осіб за своєю правовою природою є психічною здатністю фізичної особи усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними, нести правову відповідальність.

У зарубіжних джерелах цивільну дієздатність розуміють по-різному. Так, відповідно до ст. 389 ЦК Франції дитина, що не досягла 18 років, вважається недієздатною, її майном управляють батьки – законні представники, у разі їх смерті призначається опіка. Батьки несуть солідарну відповідальність за заподіяну їх неповнолітніми дітьми шкоду. До досягнення повноліття правочини (угоди) від імені неповнолітнього укладають батьки [22]. У Німеччині повністю дієздатною особа стає з 18 років, дитина яка не досягла семи років є повністю недієздатною (§104 Німецького цивільного уложення). Обмежено дієздатною є особа віком від 7 до 18 років і, за загальним правилом, здійснює угоди за згодою законних представників. Проте деякі з угод неповнолітній має право здійснювати самостійно [23]. В Англії до досягнення 18-річчя особа вважається неповнолітньою, її дієздатність є обмеженою незалежно від віку. Неповнолітній може здійснювати лише певні угоди, такі як: придбання необхідних речей та послуг; можливість укладення договору особистого найму та інші [24]. У США правове положення неповнолітньої особи врегульовано аналогічно англійському праву. У повному обсязі особа стає дієздатною з моменту свого повноліття, яке у різних штатах настає у віці від 18 до 21 року. Особа, що не досягла повноліття, є обмежено дієздатною. Особливістю американської судової практики є тенденції до розширення дієздатності неповнолітніх шляхом визнання чинності ширшого кола угод, які можуть укладати і здійснювати неповнолітні [25].

Відповідно до українського законодавства, фізичні особи, які не досягли 14 років, володіють частковою дієздатністю. Малолітня особа має право, по-перше, самостійно вчиняти дрібні побутові правочини, а по-друге, здійснювати особисті немайнові права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. Частковий рівень дієздатності малолітніх дітей означає, що вони можуть самостійно вчинити лише дуже незначний перелік правочинів. Вони можуть вчиняти дрібні побутові правочини, ознаки яких встановлено в ст. 31 ЦК України, це: 1) спрямованість на задоволення особою своїх побутових потреб; 2) відповідність фізичному, духовному чи соціальному розвиткові особи; 3) невисока вартість предмета правочину. При цьому важливо, щоб усі ці ознаки характеризували даний правочин у сукупності.

Фізична особа віком від чотирнадцяти до вісімнадцяти років, крім правочинів, передбачених статтею 31 ЦК України, має право:

1) самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами;

2) самостійно здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом;

3) бути учасником (засновником) юридичних осіб, якщо це не заборонено законом або установчими документами юридичної особи;

4) самостійно укладати договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунку).

Неповнолітня особа вчиняє інші правочини за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. Дієздатність неповнолітніх за якісним змістом складається з двох елементів. Перший відображає можливість самостійних дій неповнолітніх, а другий – можливість дій самих неповнолітніх, але за згодою батьків, усиновителів, піклувальників [26, с. 20].

Укладення договору неповнолітнім віком від 14 до 18 років, відповідно до ч. 3 т. 32 ЦК України, зумовлене у всіх випадках наявністю згоди обох батьків, навіть якщо вони спільно не проживають. Проте ч. 5 ст. 177 СК України передбачено, що за певних умов досить буде згоди й одного з батьків. На думку З. В. Ромовської, це означає, що ми плавно переходимо до встановлення виключної опіки (піклування) над дитиною того з батьків, хто проживає з нею [27, с. 248].

Висновок.

Підсумовуючи вищенаведене, доходимо висновку, що складові елементи правосуб'єктності – правоздатність та дієздатність неповнолітніх осіб – мають свою

особливість. Законодавець, відображаючи психологічні зміни, що відбуваються у дитини в процесі дорослішання, поділяє неповнолітніх на дві основні групи: малолітні особи віком до 14 років та неповнолітні віком з 14 до 18 років. Відповідно до такого поділу ці групи фізичних осіб наділені певним обсягом дієздатності. Малолітні особи є частково правочиноздатними та не є деліктоздатними, а неповнолітні володіють обмеженою правочиноздатністю та повною деліктоздатністю, із застосуванням субсидіарної відповідальності їх батьків (усиновителів) або піклувальників. Правоздатність і дієздатність є складниками правосуб'єктності неповнолітніх осіб, яка, своєю чергою, є передумовою дійсності правочинів, учинених неповнолітніми.

Список використаних джерел:

1. Зозуляк О. І. Договір як правова форма реалізації цивільної правосуб'єктності юридичних осіб : автореф. ...канд.. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / О. І. Зозуляк. – К., 2010. – 20 с.

2. Дербакова Ю. А. Цивільна правосуб'єктність неповнолітніх: автореф. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / Ю. А. Дербакова. – Одеса, 2014. – 20 с.

3. Чонолуцький Р. В. Проблеми правосуб'єктності осіб у колізійному право України : автореф. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / Р. В. Чорнолуцький. – Одеса, 2006. – 20 с.

4. Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підручник / О. Ф. Скакун. – Х.: Консум, 2006. – 359 с.

5. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.]; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Х.: Право, 2009. – 340 с.

6. Алексеев С. С. Общая теория социалистического права / С. С. Алексеев. – Свердловск, 1964. – Вып. 2. – С. 80.

7. Водоп'ян Т. В. Фізична особа як сторона договірних зобов'язань в цивільному праві України : дис.. ... канд.. юрид. наук. : спец. 12.00.13 «Інформаційне право; право інтелектуальної власності» / Т. В. Водоп'ян. – К., 2015. – 210 с.

8. Васьковский Е. В. Учебник гражданського права / Е. В. Васьковский. – М.: Статут, 2003. – С. 89.

9. Основи цивільного права / С. Н. Ландкоф; редактор П. П. Індиченко. – 2-ге видання. – К.: Радянська школа, 1948. – С. 46.

10. Гражданское право / [М. М. Агарков, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин, В. И. Серебровский, З. И. Шкундин] ; под. ред. М. М. Агаркова и проф. Д. М. Генкина. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1944. – Т. 1. – С. 127; Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / [О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – С. 87.

11. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 37–39.

12. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина : Академічний курс : підручник. – 2-ге вид., доп. – К.: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 594 с. – С. 231.

13. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2-х т. / за відовід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – 832 с. – С. 63.

14. Емельянов В. П. Гражданское право Украины : практическое пособие. –2-е изд., испр. и доп. / В. П. Емельянов. – Х., НПКФ «Консум», 1996. – 236 с. – С. 31.

15. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2-х т. / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – Т. І. – 832 с. – С. 66.

16. Гражданское право. Общая и особенная части : учебник / В. А. Белов. – М. : АО « Центр ЮрІнфоР», 2003. – 960 с. – С. 52-53.

17. Архипов С. И. Субъект права: Теоретическое исследование / С. И. Архипов; Ассоциация Юридический центр. – СПб. : Издательство Р. Асланова "Юридический цетр Пресс", 2004. – 466 с. – С. 142-144.

18. Тарасова А. Е. Правосубъектность гараждан, особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях / А. Е. Тарасова. – М. : Волтерс Клувер, 2008. – 320 с. – С. 33.

19. Соколецька К. М. Особливості цивільно-правового положення іноземних громадян в Україні : дис. .... канд.. юрид. наук / К. М. Соколецька. – Х., 2004. – С. 62.

20. Ромовська З. В. Цивільна дієздатність громадянина (фізичної особи) / З. В. Ромовська // Право України. – 1995. – № 2. – С. 51–54.

21. Юркевич Н. Г. Правоспособность гражданина СССР по советскому гражданскому праву : автореф. дис. ... канд.. юр. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Н. Г. Юркевич. – Минск, 1955. – 18 с.

22. Захватаев В. Н. Кодекс Наполеона / В. Н. Захватаев. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – С. 394.

23. Правовая система Германии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://germaniya.net/pravovaya-sistema-germanii/grazhdanskoe-pravogermanii.html.

24. Англійське право. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : ttps://juristoff.com/

resyrsi/biblioteka/sravnitelnoe-pravovedenie/6848-anglijske-pravo-pidruchnik-eduard-dzhenks.

25. Ласк Г. Гражданское право США / Ласк Г. – 1961. – 773 с.

26. Кузнецова Л. Г. Гражданско-правовое положение несовершеннолетних / Л. Г. Кузнєцова, Я. Н. Шевченко. – М.: «Юридическая литература», 1968. – 136 с. – С. 20.

27. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс : підручник / З. В. Ромовська. – 2-ге вид., доп. – К. : Правова єдність : Алерта, 2013. – С. 248.

Статья посвящена анализу правосубъектности несовершеннолетних. Особое внимание уделено изучению структурных элементов правосубъектности, а именно правоспособности и дееспособности несовершеннолетних лиц, имеющих свою особенность.

Ключевые слова: правосубъектность, правоспособность, дееспособность, несовершеннолетний, предпосылка действительности сделок.

The article is devoted to the analysis of the legal personality of minors. Particular attention is paid to the study of structural elements of legal personality, namely: legal capacity and capacity of minors who have their own peculiarity.

Key words: legal personality, legal capacity, capacity, juvenile person, precondition of validity of transactions.

УДК 346.93

Наталя Іванюта,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права та публічного адміністрування
Маріупольського державного університету

ГОСПОДАРСЬКИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ ЮРИДИЧНОЇ ТЕХНІКИ

У наведеній статті розглянуто питання правотворчої юридичної техніки в господарському процесуальному праві, окреслені окремі аспекти юридико-технічного рівня Господарського процесуального кодексу України як нормативно-правового акта на прикладі окремих правил, способів, прийомів законодавчої техніки.

Ключові слова: юридична техніка, уніфікація, мотивація, дефініції, господарське процесуальне право, господарське судочинство.

Постановка проблеми. Актуалізація інтересу до питання юридичної техніки в господарському процесуальному праві (далі – ГПП) зумовлюється деякими об'єктивними та суб'єктивними факторами, зокрема:

- кардинальною зміною політичної концепції та процесуальної ідеології в сфері правосуддя;
- оновленням законодавства у сфері судоустрою та судочинства в межах здійснюваної глибинної судової реформи;
- орієнтуванням на європейські стандарти якості правотворчої та правозастосовної діяльності у сфері судового захисту державних, соціальних та приватних інтересів у процесі інтенсифікації зближення національної правової системи із системами інших держав;
- виникненням нових терміносистем права (насамперед, на стику наук), наявністю численних мовно-термінологічних проблем у сфері сучасної правової комунікації [1, с. 5-6];
- трансформаційністю суспільних відносин, віднесених до об'єкта ГПП, що детермінує зміну усталених підходів щодо їх правової регламентації;
- посиленням інформаційних та інформатизаційних процесів як у господарській сфері, так і у сфері вирішення господарських спорів та інших правових питань;
- зміною нормативів (юридичного та етичного характеру) щодо професійної діяльності суддів, адвокатів, експертів, прокурорів та й самого правового статусу суб'єктів правотворення та правозастосування.

В умовах судової реформи та, як результат, глобального оновлення законодавства у сфері судочинства питання щодо юридично-технічних знань у площині процесуальної юриспруденції потребують сучасного галузевого дослідження.

Стан дослідження. Деякі питання юридичної техніки, правил, способів, прийомів законодавчої техніки досліджували Н. В. Артикуца [1], П. М. Рабінович [2], І. Д. Шутак [3], О. А. Беляневич [4] та інші вчені.

Метою статті є визначення галузевих особливостей правотворчої юридичної техніки в ГПП.

Виклад основних положень. Етимологія поняття «юридична техніка», на відміну від багатьох юридичних термінів, має свою давню історію та стійкий зв'язок із романо-германською правовою сім'єю. Чітке термінологічне оформлення вперше така ідея отримала в окремому розділі «Юридична техніка» праці Р. Ієринга «Дух римського права на різних ступенях його розвитку» [5]. Більш наукове обґрунтування юридична техніка отримала наприкінці XVIII – на початку XIX століття, коли ввійшла в систему правових категорій країн романо-германського права.

Юридична техніка вважається невід'ємною категорією юридично-технічних знань у площині догматичної юриспруденції, щодо якої існують та постійно розвиваються різні наукові уявлення. І. Д. Шутак юридичну техніку інтерпретує як теоретико-прикладну юридичну науку, предметом вивчення якої є закономірності раціональної юридичної діяльності зі створення, тлумачення та реалізації права. У системі юриспруденції юридична техніка вирішує завдання систематизації знань про методи та прийоми юридичної діяльності, що формуються загальною теорією права, галузевими та прикладними юридичними науками [3, с. 3-8].

У межах досліджень із теорії права виділяють різні види юридичної техніки. Одні автори виокремлюють шість видів юридичної техніки: правотворча техніка; техніка

© Н. Іванюта, 2018

опублікування нормативно-правових актів; техніка систематизації нормативно-правових актів; інтерпретаційна техніка; техніка реалізації права; правозастосовна техніка [6, с. 30]. П. М. Робинович має на увазі однотиповість видів юридичної діяльності та юридичної техніки, виокремлюючи правотворчу, правотлумачну, правозастосувальну та правореалізаційну техніку [2, с. 3-4]. Різні класифікації виникають здебільшого у складі різноманіття комплексів теорій – правозастосування, правотворення, тлумачення тощо як окремих компонентів загальної теорії права.

Безумовно, господарський процесуальний інструментарій є складником теорії знань щодо правотворчості та правозастосування, особливої уваги в якому потребують особливості правотворчої юридичної техніки в господарсько-процесуальній площині.

Перш ніж перейти до особливостей правотворчого техніко-юридичного інструментарію ГПП, важливо підкреслити загальні аксіоматичні характеристики, які властиві правотворчості взагалі в межах національної правової системи. По-перше, це історичне входження до держав романо-германської правової системи. По-друге, правові норми держав романо-германської правової системи мають певні ознаки абстрактності. Подекуди це викликає й негативні наслідки як у правотворчій, так і в правозастосовній сферах. По-третє, сама юридична техніка держав романо-германської правової системи має термінологічні збіги. При цьому така термінологічна схожість на рівні законодавства держав трансформується в абсолютне прагнення національного законодавця до неодмінної міжгалузевої уніфікації понять та процедур, а подеколи – до їх однаковості.

З урахуванням вищезазначеного можливо здійснити розгляд питань юридико-технічного рівня ГПК України як нормативно-правового акта.

Згідно з методичними рекомендаціями «Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки», які підготовлено Головним юридичним управлінням апарату Верховної Ради України, законодавча техніка (рівень її розвитку) визнається невід'ємною частиною законотворення, яка значною мірою здатна забезпечити належну якість і ефективність усього законодавчого масиву, що, безумовно, має сприяти адекватному впливу законодавства на політичні, економічні та соціальні відносини у державі. Адже відповідний рівень законодавчої техніки, що є надійним гарантом вдосконалення законодавства, правильного застосування та повної відповідності волі законодавця, сприяє утвердженню в державі принципу верховенства закону. Законодавча техніка – це система усталених теоретико-прикладних правил, вироблених на підставі багаторічної практики законотворчості, якими окреслено засоби і методи розробки та написання проектів законів, що забезпечують точну й повну відповідність положень, що викладаються, їх змісту і призначенню, вичерпний обсяг правового регулювання, ясність та доступність правового матеріалу тощо [7, с. 4].

Із численних правил, способів, прийомів законодавчої техніки можна виокремити декілька видів.

1) Мотивація ГПК України. Мотиваційне забезпечення законодавства відображає його зв'язок із соціальними потребами та передумовами соціального запиту, об'єктивні закономірності розвитку відповідних суспільних відносин. Варто погодитись із тим, що той чи інший закон не може нормально функціонувати без достатньої мотивації його нормативного змісту.

Крім того, на мотивацію важливо звернути увагу як на специфічний процедурний етап прийняття законів. Зокрема, саме такий підхід отримав відображення в методичних рекомендаціях «Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки», які підготовлено Головним юридичним управлінням апарату Верховної Ради України. У них зазначено, що у разі, якщо треба особливо наголосити на мотивах законодавця, історичному контексті чи інших обставинах, які слугують причиною прийняття закону та/або мають братися до уваги в подальшому правозастосуванні чи тлумаченні змісту закону для розуміння завдань, які ставить перед собою законодавець, та обраних ним у законі способів їх досягнення, на початку законопроекту розміщується преамбула. При цьому правові норми до преамбули не включаються [7, с. 9]. Таким чином, така мотиваційний складник у законодавчому аспекті має назву преамбули нормативно-правового акта.

Преамбулу містять багато нормативно-правових актів, зокрема: Конституція України, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Господарський кодекс України, Закон України «Про судову експертизу» тощо, міні – преамбулу містять Закон України «Про судоустрій і статус суддів», Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та інші.

Проте в ГПК України законодавець такий елемент не виокремив. Традиційні (за змістом та призначенням) для преамбули такі складники, як призначення Господарського

процесуального кодексу України (ст. 1 ГПК України), завдання господарського судочинства (ч. 1 ст. 2 ГПК України), законодавець включив у загальний нормативний масив законодавчого тексту. На думку окремих учених, включення мети законодавчого акта в нормативну структурну частину акта є конструктивним [8, с. 704]. Така позиція не може бути підтримана з таких міркувань. По-перше, ідеологічні забарвлення нормативно-правового акта за своєю суттю більш притаманні преамбулі акта. На прикладі ГПК України можна стверджувати, що всі інші процесуальні норми (тобто конкретні правила процесуальної поведінки) зумовлюються та мотивуються саме призначенням самого ГПК України, завданнями та метою господарського судочинства. По-друге, виникають сумніви щодо юридичної правильності піддавання мети та завдань нормативному регулюванню. Адже вони потребують виконання та вирішення саме за допомогою подальшої процесуальної нормативної основи.

2) Уніфікація правил та процедур національного судочинства. Набрання 15 грудня 2017 року чинності Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» № 2147-VIII від 03.10.2017 остаточно втілило окремі правознавчі уподобання щодо уніфікації, а в деяких питаннях – однаковості всіх національних судочинних процедур.

Протягом тривалого часу незалежності України точаться дискусії з цього питання, при цьому лунають як радикальні погляди з цього питання, так і доволі стримані та виважені пропозиції.

О. П. Подцерковний неодноразово ще на етапі проекту змін до процесуальних кодексів звертав увагу на дисбаланс між новелами проекту ГПК України, які здебільшого ґрунтуються на певних ідеальних моделях та умовних стандартах судочинства без прорахунку всього різноманіття правових ситуацій. Зокрема, наголошував вчений, величезна небезпека неоднакового правозастосування закладена у підході щодо підвідомчості справ господарським судам на підстави предметного, а не суб'єктного критерію. Крім того, розробники документа не врахували негативних наслідків запровадження в попередні роки окремих процесуальних реформ у суміжних видах судочинства. Наприклад, це стосується наказного провадження, ефективність якого у цивільному процесі є низькою [9]. О. А. Беляневич висловлювала небезпідставні побоювання щодо тенденцій до уніфікації, яка проявляється у законодавстві, про що свідчить аналіз змісту тих норм, що вносилися до процесуальних кодексів. Вчена зазначала, що це може призвести якщо не до злиття окремих процесуальних галузей, то до їх уодноманітнення та до відмови від окремих процесуальних форм, що історично склалися (насамперед, від господарсько-процесуальної форми захисту прав та законних інтересів суб'єктів господарювання) [4, с. 95].

Натепер, як результат судової реформи, оновлені процесуальні кодекси містять у собі велику кількість схожих норм та інститутів щодо загальних та процедурних питань. Уніфіковані зміни в процесуальне законодавство мають як позитивні, так і негативні наслідки. Можливо погодитись із А. І. Фоміним у тому, що Господарський процесуальний кодекс України в редакції до 03.10.2017 відрізнявся простотою і гнучкістю положень, пристосованістю до оперативного і неформалізованого вирішення господарських спорів. Нова редакція ГПК, на його думку, стала громіздкою та неповною мірою враховує специфіку господарського процесу в межах упровадження узагальненої моделі різних видів судочинства. Розробники нової редакції ГПК зосередилися на уніфікації, впровадженні певних ідеальних моделей та теоретичних, умовних стандартів судочинства, але без урахування всього комплексу правових питань, проблем та ситуацій, які має вирішувати ГПК. Автори нової редакції ГПК пішли шляхом надмірного регулювання процесуальної діяльності та обмеження самостійності суду у визначенні порядку слухання справи, введення невластивих господарському судочинству інститутів, надмірної формалізації процесу. У результаті це може створити умови, за яких існуватиме ризик використання приписів закону для зловживання процесуальними правами, затягування процесу та перекручення його завдань [10].

Основної уваги потребує включення в ГПК України нового для господарського судочинства інституту свідків та його практична доцільність. Сумніви щодо процесуальної користі зазначеного нововведення в площину вирішення господарських спорів підкріплюються науковцями та практиками такими тезами: неможливість його застосування за окремими категоріями справ, наприклад у разі стягнення боргів у сфері господарювання, у кредитних спорах, у разі визнання правочинів недійсними з підстав порушення закону та в інших випадках, коли всі факти, необхідні для обґрунтування вимог, можуть бути доведені виключно на підставі письмових доказів [11]; фактична відсутність справ у господарському процесі, рішення в яких могло би бути змінене лише

через наявність показань свідків [10]; використання для затягування процесу в аспекті можливості зловживання правом з боку недобросовісних учасників процесу, які гіпотетично можуть подавати до суду численні заяви свідків. При цьому суд для забезпечення принципу рівності сторін задовольнятиме клопотання протилежної сторони про виклик цих осіб на засідання [12].

Видається, що саме включення «нетипового» для господарського судочинства інституту свідків у процесі масової уніфікації є дефектом застосування юридико-техничного інструментарію, в результаті якого в процесуальне законодавство заздалегідь включена невластива за суттю господарських спорів, а отже потенційна небезпека порушення основних принципів та завдань самого судочинства через інструментарій недобросовісних учасників конкретної господарської справи.

3) Терміни, дефініції, посилання в ГПК України. За допомогою термінів, дефініції можна пізнати точний зміст понять і категорій, що використовуються в тексті законодавчого акта. Використовувані в нормативно-правовому тексті терміни, що позначають певне поняття, можуть характеризуватися як суто правовим характером, так і відношенням до інших галузей знань, але при цьому в контексті нормативно-правового акта, з урахуванням специфіки здійснюваного ним правового регулювання мати юридичне значення. Найбільш важливі терміни законодавець легалізує: вводить в «тканину» правового регулювання спеціалізовані дефінітивні норми, що містять офіційні визначення понять [13, с. 3-4].

У національних наукових матеріалах українська юридична термінологія розглядається як системно організована сукупність термінологічних одиниць правової галузі певної мови, яка вивчається у плані як синхронії, так і діахронії [1, с. 18].

Застосування синхронічного підходу в питаннях аналізу термінології ГПК України дозволяє визначити певні проблемні аспекти, а подекуди – прямо суперечливі. Наприклад, згідно зі ст. 12 ГПК України в межах нових форм господарського судочинства зазначені поняття «грошові суми незначного розміру», «справи незначної складності». Зміст даних понять у ГПК України законодавцем не розкрито, а тому їх тлумачення буде здійснюватися виключно суддею за його внутрішнім переконанням. Такі моменти, безумовно, вплинуть на одноманітність застосування таких нормативних положень як із боку суддів, такі і з боку інших учасників судочинства та стануть предметом наукових досліджень.

Зокрема, однією з проблем для правозастосовників зараз може стати інститут забезпечення позову. Деякі його положення не тільки викликають складнощі правоінтерпретаційного характеру, а й побудовані таким чином, що простежується пряме порушення основного закону логіки – закону непротиріччя. Так, згідно зі ст. 136 ГПК України заяву про вжиття заходів забезпечення позову може подати до господарського суду учасник справи. Суперечливість викликає саме перелік осіб, які можуть ініціювати використання такого складного та дуже специфічного процесуального інструменту. Адже згідно зі ст. 41 ГПК України до учасників справи належать: у справах позовного провадження – сторони та треті особи; у разі розгляду вимог у наказному провадженні – заявник та боржник. У справах можуть також брати участь органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб. У справах про оскарження рішення третейського суду та про видачу наказу на примусове виконання рішення третейського суду учасниками справи є учасники третейського розгляду, а також особи, які не брали участі у третейському розгляді, якщо третейський суд вирішив питання про їхні права та (або) обов'язки. У справах про банкрутство склад учасників справи визначається Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [14].

Вбачається пряме порушення логічної послідовності процесуального регулювання з урахуванням процесуального положення учасників судочинства. В оцінці самої термінологічної конструкції «забезпечення позову» ключовою є сама категорія позову. Отже і самі заходи можуть бути застосовані тільки разом із ним (чи перспективою його подання до суду). На підтримку даної думки свідчить ч. 2 ст. 136 ГПК України, згідно з якою забезпечення позову допускається як до пред'явлення позову, так і на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття таких заходів може істотно ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду або ефективний захист чи поновлення порушених чи оспорюваних прав або інтересів позивача, за захистом яких він звернувся або має намір звернутися до суду. Таким чином, вважається, що фактично до осіб, які можуть звертатися до суду із заявою про забезпечення позову, треба відносити учасників справи позовного провадження.

З точки зору діахронічного підходу цікавою є еволюція терміна «підвідомчість» господарських справ. Його сутність багато років пов'язувалась із вирішенням проблеми

«належності» суду відносно певного виду спору. При цьому він завжди входив до міцного термінологічного союзу із «підсудністю» справи. Нині ці поняття позначили єдиним сучасним терміном – «юрисдикція». Думається, це є результатом закономірної історико-юридичної еволюції.

Цікавим є той факт, що незмінним та тенденційним для української законодавчої техніки в цих термінах є те, що жоден із них не отримав свого законодавчого визначення та наукової одноманітності ані в ранній період існування процесуального законодавства, ані в сучасних реаліях. Така термінологічна ситуація істотно ускладнює їх розуміння, застосування, відмежовування питань «належності» суду за спеціалізацією та «належності» суду в самій підсистемі господарського судоустрою.

Між тим треба враховувати, що надмірність дефініцій також не є ознакою якості законодавчих актів.

Об'єктивним є той факт, що дефініції юридичних понять ніколи не зможуть досягти такого ступеня точності, за якого застосування відповідних понять до нових випадків стане очевидним. Зрозуміло, що такий підхід призводить до необхідності вибору між кількома можливими рішеннями, тобто обґрунтовує свободу суддівського розсуду [15, с. 7-11]. Певною мірою раціональною для процесуальної галузі є думка Б. О. Кістяківського, який пропонував визначення юридичних понять знаходити в інтерпретації конкретних випадків соціальної комунікації, у повсякденному дискурсі, в судових дебатах [16]. В окремих статтях ГПК України такий підхід навіть отримав своє законодавче втілення. Зокрема, ч. 2 ст. 5 ГПК України проголошує, що якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, то суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.

Окремі статті ГПК України містять вказівки на інші статті даного кодексу (відсильні процесуальні норми). Наприклад, ч. 9 ст. 33 ГПК України незалежно від того, у якому складі розглядалася справа, перегляд судових рішень за виключними обставинами з підстав, визначених пунктами 1, 3 частини третьої статті 320 цього Кодексу, здійснюється колегією у складі трьох або більшої непарної кількості суддів, а на підставі, визначеної пунктом 2 частини третьої статті 320, – Великою Палатою Верховного Суду; ч. 4 ст. 185 ГПК України говорить, що ухвалення у підготовчому засіданні судового рішення у разі відмови від позову, визнання позову, укладення мирової угоди проводиться в порядку, встановленому ст. 191, 192 цього Кодексу тощо.

У ГПК України також наявні бланкетні процесуальні норми, які містять посилання на інші джерела права. Зокрема, ч. 1. ст. 3 ГПК містить відсилання до Конституції України, Закону України «Про міжнародне приватне право», Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»; ч. 5 ст. 6 ГПК України – до Положення про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему.

Треба підкреслити, що методика правильного (з точки зору законодавчої техніки) оформлення таких відсилань в Україні відсутня, а тому в тексті нормативно-правових актів щодо їх оформлення наявні певні протиріччя та неточності. Окремі бланкетні норми ГПК України, зокрема норми, які стосуються відповідальності, не відповідають вимогам ясності. Можливо визначити прямий зв'язок норм щодо невиконання судового рішення (ст. 18 ГПК України), введення суду в оману щодо фактичних обставин справи (ст. 42 ГПК України), надання неправдивих показів (ч. 2 ст. 88 ГПК України), завідомо неправдивого висновку (ч. 7 ст. 98 ГПК України) зі ст. 384 КК України, а норми щодо прояву неповаги до суду чи судді з боку осіб, які є учасниками процесу або присутні в судовому засіданні (ч. 4 ст. 200 ГПК України) – зі ст. 185-3 КУпАП. Думається, що відсутність конкретних посилань у ГПК України на джерела, які уточнюють застосування відповідальності є наслідком семіотичної проблеми юридичної техніки, яка ускладнює зв'язки господарських процесуальних норм з іншими нормативно-правовими актами та ставить під загрозу реалізацію превентивних функцій самої відповідальності, а подекуди – саму ефективну реалізованість процесуальної норми як у межах господарського судочинства, так і поза ним. У цій ситуації можна говорити про порушення принципу визначеності та ясності закону, на який доволі часто вказує ЄСПЛ.

Висновки.

На підставі вищезазначеного можна дійти висновку, що питання законодавчої техніки у тому числі щодо формування процесуальних нормативних актів потребують повномасштабного та якісного правового врегулювання. Йдеться про нагальність прийняття Закону України «Про нормативно-правовий акт», який зможе вирішити накопичені та новоутворенні проблеми у тому числі й щодо юридичної техніки.

Список використаних джерел:

1. Артикуца Н. В. Мова права і юридична термінологія : навчальний посібник / Н. В. Артикуца. – 2-ге вид., змін, і доп. – К.: Стилос, 2004. – 277 с.

2. Рабінович П. М. Ююридична техніка – складова техніки юридичної діяльності / П. М. Рабінович // Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування : тези доп. та повідомл. учасн. II Всеукр. наук. практ. конф. (м. Львів, 24–25 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. – Х. : Право, 2016. – 228 с.

3. Шутак І. Д. Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування / І. Д. Шутак // Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування : тези доп. та повідомл. учасн. II Всеукр. наук. практ. конф. (м. Львів, 24–25 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. – Х. : Право, 2016. – 228 с.

4. Беляневич О. А. Про уніфікацію і спеціалізацію процесуального права / О. А. Беляневич // Університетські наукові записки. – 2012. – № 1. – С. 95-105.

5. Рудольф фон Иеринг. Дух римского права на различных ступенях его развития / Р. Иеринг. – Ч. 1 – С.-Пб.: Тип. В. Безобразова и Ко, 1875. – 321 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.twirpx.com/file/265483/

6. Кашанина, Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. – 496 с.

7. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки : Методичні рекомендації підготовлено Головним юридичним управлінням апарату Верховної Ради України ; відп. за підготовку рекомендацій – заст. керівника Апарату Верховної Ради України, керівник Головного юридичного управління Теплюк М. О. / заг. ред. і упорядк. Крижанівський В. П. (Програма РАДА). – 4-те вид., виправл. і доп. – 2014. – 44 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eef.org.ua/wp-content/uploads/2017/01/Rules_Web.pdf

8. Мальцев Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев – М.: Норма, 2007. – 800 с.

9. Будурова Г. Що привнесе в господарський процес новий ГПК: думки науковців та практиків / Г. Будурова // Закон і бізнес. – 23.04-29.04.2016. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/123269-scho_privnese_v_gospodarskiy_proces_noviy_gpk_dumki_naukovci.html

10. Фомін А. І. Топ-10 змін до господарського процесуального кодексу України / А. І. Фомін. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://barristers.org.ua/news/top-10-zmin-gospodarskogo-protsesualnogo-kodeksu-ukrayiny/

11. Стефанів Т. У чому полягають переваги та ризики запровадження інституту свідка в господарському процесі / Т. Стефанів // Закон і бізнес. –13.05-19.05.2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/128683-v_chomu_polyagayut_perevagi_ta_riziki_zaprovadzhennya_instit.html

12. Манойленко К. Новий ГПК не говорить, як суд повинен установлювати достовірність названого свідком джерела / К. Манойленко // Закон і бізнес. – 25.11-01.12.2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/130969-svidki_v_gpk_proces_mozhe_vtratiti_operativnist_i_prostotu.html

13. Мамедов Э. Ф. Термины и дефиниции как средства юридической техники правотворчества : дисс. ... канд.. юрид.наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / Эльшан Фахраддинович Мамедов. – Иркутск, 2015. – 215 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ranepa.ru/docs/dissertation/204-text_diss.pdf

14. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 № 1798-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56.

15. Лезов С. В. Юридические понятия и язык права в современных зарубежных исследованиях / С. В. Лезов. – М., 1986. – 22 с.

16. Кістяківський Б. О. Вибране. Бібліотека часопису «Філософська і соціологічна думка» / Б. О. Кістяківський; переклад з російської Л. Г. Малишевської; упорядкування, передмова і примітки Л. П. Депенчук. – Київ: Абрис, 1996. – 512 с. – Серія «Українські мислителі».

В этой статье рассмотрены вопросы правотворческой юридической техники в хозяйственном процессуальном праве, указаны отдельные аспекты юридико-технического уровня Хозяйственного процессуального кодекса Украины как нормативно-правового акта на примере отдельных правил, способов, приемов законодательной техники.

Ключевые слова: юридическая техника, унификация, мотивация, дефиниции, хозяйственное процессуальное право, хозяйственное судопроизводство.

In this article the questions of law-making legal techniques in commercial procedural law, specified aspects of the legal and technical level of the Commercial Procedural Code of Ukraine as a regulatory legal act on the example of certain rules, methods, techniques of legislative technology.

Key words: legal technique, unification, motivation, definitions, commercial procedural law, commercial proceedings.

УДК 346.7

Олег Кулик,
аспірант кафедри господарського права
Донецького національного університету імені Василя Стуса

СПОСОБИ СТИМУЛЮВАННЯ ВИКОРИСТАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ ДЖЕРЕЛ ЕНЕРГІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Статтю присвячено конкретизації способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії у країнах Європейського Союзу та в Україні. У статті проаналізовано положення чинного законодавства України та Європейського Союзу щодо стимулювання використання альтернативних джерел енергії. За результатами проведеного дослідження розроблено низку практичних рекомендацій.

Ключові слова: альтернативні джерела енергії, «зелений» тариф, «зелені сертифікати», інвестиційні гранти, податкові та митні пільги, низьковідсоткові кредити, способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії за законодавством України, способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії за законодавством Європейського Союзу.

Постановка проблеми. Збільшення обсягів використання альтернативних джерел енергії є світовим трендом, який набув поширення у Європейському Союзі та активно підхоплюється Україною. На державному та міждержавному рівнях запроваджуються різні інструменти, за допомогою яких стимулюється використання альтернативних джерел енергії, тим самим забезпечується енергетична безпека, належні умови захисту довкілля та можливість розвивати конкурентоспроможну економіку, яка потребує великої кількості електроенергії.

Актуальність проведення порівняльно-правового аналізу правових аспектів стимулювання використання альтернативних джерел енергії пояснюється тим, що серед зовнішньополітичних пріоритетів України європейська інтеграція посідає особливе місце, а перспектива членства у Європейському Союзі є стратегічним орієнтиром в українських прагненнях до економічного добробуту. Для досягнення поставлених цілей Україні необхідно відповідати вимогам, які висуваються до потенційних кандидатів на вступ до Європейського Союзу, серед яких є і вимоги щодо використання альтернативних джерел енергії.

Аналіз останніх джерел і публікацій. У вітчизняній юридичній науці певні аспекти стимулювання використання альтернативних джерел енергії досліджували С. Білоцький, А. Вершинін, Г. Джумагельдієва, М. Кузьміна, С. Свірков та ін. Дослідженням аналогічних питань у Європейському Союзі займались Haas, R., Panzera, C., Rescha, G., Ragwitz, M., Reece, G., Held, A., Engels, J. та ін. Проте недостатньо дослідженими та такими, що потребують подальшого аналізу, залишаються питання конкретизації способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії за законодавством України та Європейського Союзу.

Постановка завдання. Метою цього дослідження є конкретизація способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії у країнах Європейського Союзу та в Україні.

Виклад основного матеріалу. Із середини 90-х років XX ст. у Європейському Союзі почали активно обговорювати необхідність стимулювання використання альтернативних джерел енергії, які врешті призвели до прийняття Директиви 2001/77/ЄС щодо стимулювання використання електроенергії, виробленої з альтернативних джерел енергії, на внутрішньому ринку електроенергії Європейського Союзу.

Подальші зміни в енергетичній політиці Європейського Союзу викликали необхідність гармонізації схем стимулювання використання альтернативних джерел енергії та їх удосконалення, зменшення ризику для інвесторів, спрощення адміністративних процедур щодо надання стимулювання. Як наслідок, у 2009 році був прийнятий новий нормативно-правовий акт у цій сфері – Директива про альтернативні джерела енергії 2009/28/ЄС від 23 квітня 2009 року [1].

Згідно зі ст. 2 Директиви про альтернативні джерела енергії, під стимулюванням використання альтернативних джерел енергії (згідно з офіційним перекладом –

© О. Кулик, 2018

«режим надання допомоги») розуміється будь-який інструмент, режим або механізм, що застосовується будь-якою державою-членом або будь-якою групою держав-членів та призначається для заохочення до використання енергії, що була видобута з відновлюваних джерел завдяки скороченню вартості цієї енергії шляхом збільшення ціни реалізації або обсягу закупівлі цієї енергії, шляхом застосування зобов'язання використовувати цей тип енергії або будь-якого іншого заходу стимулювання; останній включає, але не обмежується, допомогу на інвестування, скорочення податків або звільнення від сплати податків, відшкодування податків, режими надання допомоги, пов'язані із зобов'язанням використовувати енергію, видобуту з відновлюваних джерел, враховуючи ті, що використовують зелені сертифікати та режими прямої підтримки цін, враховуючи спеціальні закупівельні ціни та виплати премій.

3 вересня 2014 р. КМУ прийнято Розпорядження № 791-р «Про затвердження плану заходів з імплементації Директиви Європейського Парламенту та Ради 2009/28/ЄС», а уже через місяць затверджено Національний план дій з відновлюваної енергетики на період до 2020 року та план заходів з реалізації Національного плану дій з відновлюваної енергетики на період до 2020 року [2, 3].

Положеннями Директиви 2009/28/ЄС встановлюються обов'язкові національні цілі у сфері відновлюваної енергетики насамперед для того, щоб надати певні гарантії інвесторам та заохотити до розвитку новітніх технологій та інновацій у цій сфері. При цьому запроваджуються досить жорсткі вимоги до критеріїв сталого виробництва біопалива та скорочення викидів парникових газів в атмосферу. Згідно з Рішенням D/2012/04/MC-EnC Україна взяла на себе зобов'язання до 2020 року досягти рівня 11 відсотків енергії, виробленої з відновлюваних джерел енергії, в загальній структурі енергоспоживання країни, що слугуватиме потужним стимулом для подальшого розвитку використання відновлюваних джерел енергії.

В Україні 2016 рік, як і попередні два роки, відзначився скороченням генерації електроенергії. За даними Міністерства енергетики та вугільної промисловості України, виробництво електроенергії у 2016 р. порівняно з 2015 р. скоротилося на 1,8 %. При цьому частка альтернативних джерел енергії у структурі виробництва електроенергії склала 1 %, і це за умови, що до закінчення відведеного строку залишилось менше двох років [4, с. 72].

Отже, Україною здійснюються заходи, спрямовані на інтеграцію вітчизняного енергетичного сектору до ринків країн-членів ЄС. Водночас ігнорування європейських Директив може призвести до санкцій з боку Європейського Союзу та відсунути європейську перспективу для України. Однак найголовнішим повинен стати не зовнішній стимул, а бажання забезпечити енергетичну безпеку країни.

Враховуючи зобов'язання, які взяли на себе країни Європейського Союзу та Україна, на законодавчому рівні установлюються певні заходи, застосування яких стимулює використання альтернативних джерел енергії, тим самим сприяючи досягненню вищезазначених цілей.

Способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії, що застосовуються країнами Європейського Союзу, становлять складну та розгалужену систему. Законодавством кожної з держав-членів ЄС визначено способи, у які здійснюється таке стимулювання, його види, та способи їх поєднання.

У Загальному вигляді фундаментальні типи стратегій стимулювання використання альтернативних джерел енергії, що використовуються у країнах Європейського Союзу, можна представити у вигляді таблиці 1 [5, с. 1012]:

Серед найбільш застосовуваних видів стимулювання використання альтернативних джерел енергії особливої уваги заслуговують [6, с. 35]:

1. «Зелений тариф». За своєю сутністю «зелений» тариф – це врегульована вартість електроенергії, виробленої з альтернативних джерел енергії, що установлюється законодавством на певний період часу, і зазвичай є вищою за доступну ринкову ціну електроенергії. Застосування «зеленого» тарифу передбачає, що кількісний результат цього виду стимулювання напряму залежить від установленого урядом розміру самого тарифу.

2. Преміум «зелений» тариф (далі – «преміум»), який зазвичай розглядається європейськими правниками як підвид «зеленого» тарифу, але різниця між ними полягає в тому, що вартість «зеленого» тарифу є повністю зафіксованою законодавством, тоді як «преміум» фіксує розмір лише самої надбавки до ринкової ціни електроенергії. Для виробника електроенергії з альтернативних джерел повна вартість проданої за «преміум» схемою електроенергії (ринкова ціна електроенергії + «преміум») є менш передбачуваною, ніж за «зеленим» тарифом, оскільки може коливатись залежно від волатильності ринкової ціни на електроенергію.

3. Система «зелених» сертифікатів, що зазвичай працює таким чином: виробник

	Direct **Прямі**		Indirect **Непрямі**	
	Price-driven **Орієнтовані на ціну**	Quantity-driven **Орієнтовані на кількість**		
Regulatory **Регулюючі**	Investment focused **Орієнтовані на інвестиції**	Investment incentives. **Інвестиційні стимули** Tax credits. **Податкові пільги** Low interest/soft loans. **Низьковідсоткові кредити**	Tendering system for investment grant **Тендерна система для інвестиційних грантів**	Environmental taxes. **Екологічні податки** Simplification of authorization procedures. **Спрощення процедури отримання стимулювання** Connection charges, balancing costs **Зниження вартості приєднання до мережі**
	Generation based **Орінєнтовані на генерування**	(Fixed) Feed-in tariff. **Фіксований «зелений» тариф** Fixed premium system. **«Преміум «зелений» тариф»**	Tendering system for long term contracts. **Тендерна система для довгострокових контрактів** Tradable green certificate system. **Система «зелених» сертифікатів**	
Voluntary **Добровільні**	Investment focused **Орієнтовані на інвестиції**	Shareholder programs. **Акціонерні програми** Contribution programs. **Програми внесків.**		Voluntary agreements. **Добровільні угоди**
	Generation based **Орієнтовані на генерування**	Green tariffs. **Доплата за екологічність електроенергії**		

електроенергії з альтернативних джерел енергії, оптовики, розподільчі компанії або роздрібні торговці (залежно від того, хто бере участь у ланцюгу постачання електроенергії) зобов'язані постачати чи купувати певний відсоток електроенергії, виробленої з альтернативних джерел енергії. На дату розрахунку вони повинні подати необхідну кількість сертифікатів для демонстрації відповідності своїм зобов'язанням. Основною ціллю такої форми стимулювання є досягнення певних цілей у збільшенні частки альтернативних джерел енергії шляхом фіксування обсягу електроенергії альтернативного походження, що поставляється учасниками ринку. Ціна «зелених» сертифікатів визначається на ринку для цих сертифікатів (наприклад, NordPool). За сприятливих ринкових умов цей спосіб стимулювання повинен призвести до найменших витрат виробництва електроенергії з альтернативних джерел.

4. Інвестиційні гранти, які застосовуються у багатьох країнах Європейського Союзу. Гранти часто видаються для стимулювання електроенергії альтернативного походження, виробленої за допомогою нових, інноваційних технологій. Зокрема, у Фінляндії інвестиційні гранти та субсидії є єдиними видами стимулювання використання альтернативних джерел енергії.

5. Податкові пільги, що часто доповнюють основні види стимулювання у Європейських країнах. Тим не менш податкові пільги залишаються важливим та гнучким інструментом. Наприклад, у Нідерландах виробництво електроенергії з альтернативних джерел стимулюється шляхом спрямування податку на прибуток на інвестування у проекти альтернативної енергетики.

6. Низьковідсоткові кредити з більш довгими періодами погашення для виробників електроенергії з альтернативних джерел енергії застосовуються деякими країнами Європейського союзу, включно з Німеччиною та Нідерландами.

З вищевикладеного можна зробити висновок, що держави-члени ЄС застосовують широкий спектр різних способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії. Домінуючими видами є «зелений» тариф та «преміум», а також «зелені сертифікати». Перші два види стимулюють

використання альтернативних джерел енергії шляхом установлення фіксованих цін, останній установлює обов'язок виробляти певну кількість електроенергії альтернативного походження. При цьому з метою збільшення ефективності у країнах Європейського Союзу способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії часто комбінуються.

Аналізуючи правове регулювання стимулювання використання альтернативних джерел енергії в Україні, необхідно відзначити, що основним нормативно-правовим актом у цій сфері є Закон України «Про альтернативні джерела енергії», ст. 9 якого визначено, що стимулювання виробництва та споживання енергії, виробленої з альтернативних джерел, здійснюється відповідно до законодавства шляхом: застосування економічних важелів і стимулів, передбачених законодавством про енергозбереження та охорону довкілля, з метою розширення використання альтернативних джерел енергії; створення сприятливих економічних умов для спорудження об'єктів альтернативної енергетики.

При цьому у ст. 9-1 вказаного Закону, що має назву «стимулювання виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії», йдеться лише про «зелений» тариф, а інші види стимулювання навіть не згадуються. Фактично в жодному вітчизняному нормативно-правовому акті не узагальнено перелік видів стимулювання, що застосовуються до альтернативних джерел енергії в Україні. Лише на основі системного аналізу можна виокремити певні заходи, що можуть підпадати під ознаки такого стимулювання, окрім «зеленого» тарифу.

Зокрема, певні положення щодо стимулювання використання альтернативних джерел енергії містяться у Податковому та Митному кодексах України. Так, ст. 197 ПК України передбачено звільнення від податку на додану вартість операцій із ввезення на митну територію України устаткування, яке працює на відновлюваних джерелах енергії, обладнання і матеріалів для виробництва енергії з відновлюваних джерел енергії, а також звільнення від сплати ввізного мита зазначеного устаткування, обладнання і матеріалів. Вказаною статтею також установлено, що операції із ввезення на митну територію України вищенаведених товарів звільняються від оподаткування, за умови якщо ці товари застосовуються платником податку для власного виробництва та якщо ідентичні товари з аналогічними якісними показниками не виробляються в Україні (аналогічні з ПК України пільги закріплено у ст. 282 МК України). При цьому як у ст. 197 ПК України, так і в ст. 282 МК України перелік вищевказаних товарів із зазначенням кодів УКТ ЗЕД встановлюється Кабінетом Міністрів України. Такий перелік визначається Постановою КМУ № 293 від 30 березня 2016 р. «Питання ввезення на митну територію України енергозберігаючих матеріалів, обладнання, устаткування та комплектувальних виробів за проектами демонстрації японських технологій». Проектами демонстрації японських технологій є спрямовані на поліпшення енергоефективності та екологічних показників проекти, що реалізуються в рамках співробітництва центральних органів виконавчої влади України і Міністерства економіки, торгівлі та промисловості Японії, Організації з розвитку нових енергетичних та промислових технологій (NEDO), а також японських компаній, залучених у виробництво та поставку матеріалів, обладнання, устаткування та комплектуючих виробів на базі японських технологій для сприяння економічному і соціальному розвитку України з неможливістю їх використання у військових цілях (п. 2 Постанови № 293).

Сам перелік устаткування та обладнання, що звільняються від ввізного мита та операції з увезення яких на митну територію України звільняються від обкладення податком на додану вартість, є значно звуженим порівняно із попереднім, що затверджувався Постановою № 444 від 14.05.2008. Попереднім переліком також не було конкретизовано, з якої країни мають походити технології. Безперечно, запозичення японських технологій є важливим для України, однак країни Європейського Союзу показують великі досягнення у стимулюванні альтернативної енергетики і також володіють важливими технологіями та обладнанням, необхідним для стимулювання альтернативної енергетики, зрештою Європейський Союз знаходиться географічно ближче за Японію.

Таким чином, доцільно розширити вказаний перелік, включивши, крім японських, технології інших високорозвинених країн, перш за все країн Європейського Союзу. Зокрема, корисними для запозичення є технології, за якими побудовані вітряні електростанції на воді, як «Gemini» у Нідерландах та «London Array» у Великобританії. Основною перевагою вітряних електростанцій на воді дослідники називають їх «публічну прийнятність», оскільки будівництво таких електростанцій дозволить використовувати великі площі, а відсутність негативного «візуального ефекту» дозволить використовувати більші та потужніші турбіни, ніж ті, що можуть бути прийнятними на землі [7, с. 14].

Отже, фактично в Україні для стимулювання використання альтернативних джерел енергії застосовується лише «зелений» тариф та частково реалізовано право суб'єктів господарювання на отримання податкових і митних пільг у разі ввезення на митну територію України енергозберігаючих матеріалів, обладнання, устаткування та комплектуючих виробів за проектами демонстрації японських технологій. Водночас частка енергії, виробленої з альтернативних джерел енергії, у національному енергобалансі свідчить про те, що цих заходів не досить та потрібно запозичувати досвід стимулювання цієї галузі у європейських партнерів.

Висновки.

Отже, підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що держави-члени ЄС застосовують широкий спектр способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії. Серед них домінуючими є «зелений» тариф та «преміум», а також «зелені сертифікати», інвестиційні гранти, податкові пільги та низьковідсоткові кредити. Разом із тим в Україні належним чином реалізовано лише «зелений» тариф і податкові та митні пільги в суттєво обмеженому вигляді, інші способи стимулювання використання альтернативних джерел енергії в українському законодавстві навіть не згадуються.

З урахуванням викладеного пропонується перейняти досвід правового регулювання стимулювання використання альтернативних джерел енергії країн-членів Європейського Союзу, передбачивши можливість застосування інших, окрім «зеленого» тарифу, способів стимулювання використання альтернативних джерел енергії, зокрема: «зелених» сертифікатів, інвестиційних грантів та низьковідсоткових кредитів, передбачивши їх у ст. 9-1 Закону України «Про альтернативні джерела енергії» Також, з огляду на перспективність європейських технологічних досягнень у сфері альтернативної енергетики, можна запропонувати внести зміни до Переліку енергозберігаючих матеріалів, обладнання, устаткування та комплектуючих виробів за проектами демонстрації японських технологій, що звільняються від ввізного мита та операції з увезення яких на митну територію України звільняються від обкладення податком на додану вартість, що затверджений Постановою КМУ № 293 від 30 березня 2016 р., прибравши обмеження щодо використання лише японських технологій.

Список використаних джерел:

1. Про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлюваних джерел та якою вносяться зміни до, а в подальшому скасовуються Директиви 2001/77/ЄС та 2003/30/ЄС : Директива Європейського Парламенту та Ради №2009/28/ЄС від 23 квітня 2009 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://saee.gov.ua/documents/dyrektyva_2009_28.pdf.

2. Про затвердження плану заходів з імплементації Директиви Європейського Парламенту та Ради 2009/28/ЄС : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 3 вересня 2014 р. № 791-р // Урядовий кур'єр. – 2014. – № 165.

3. Про Національний план дій з відновлюваної енергетики на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 жовтня 2014 р. № 902-р // Офіційний вісник України. – 2014. – № 81 – Ст. 48.

4. Енергетична галузь України, підсумки 2016 року // Центр Разумкова, 2017. // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://razumkov.org.ua/uploads/article/2017_ENERGY-FINAL.pdf

5. Haas, R., Panzera, C., Rescha, G., Ragwitz, M., Reece, G., Held, A. (2011). historical review of promotion strategies for electricity from renewable energy sources in EU countries. Renewable and Sustainable Energy Reviews 15, p. 1012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://pdfs.semanticscholar.org/ef60/f756f382b417e5493341bdf30e301c16bb6a.pdf

6. Engels, Jip, The Promotion of Electricity from Renewable Energy Sources in the European Union (August 30, 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://ssrn.com/abstract=1939760.

7. Future Offshory: A Strategic Framework for the Offshore Wind Industry. Department of Trade and Industry, Nov 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://tethys.pnnl.gov/sites/default/files/publications/A_Strategic_Framework_for_the_Offshore_Wind_Industry.pdf

Статья посвящена конкретизации способов стимулирования использования альтернативных источников энергии в странах Европейского Союза и в Украине. В статье проанализированы положения действующего законодательства Украины и Европейского Союза о стимулировании использования альтернативных источников энергии. По результатам проведенного исследования разработан ряд практических рекомендаций.

Ключевые слова: альтернативные источники энергии, «зеленый» тариф, «зеленые сертификаты», инвестиционные гранты, налоговые и таможенные льготы, низкопроцентные кредиты, способы стимулирования использования альтернативных источников энергии по законодательству Украины, способы стимулирования использования альтернативных источников энергии по законодательству Европейского Союза.

The article is devoted to the ways promotion of the use of energy from renewable sources in European Union and in Ukraine. This article analyses the European and Ukrainian legislation on promotion of the use of energy from renewable sources. The expected outcomes of the research should be an implementation of the practical recommendations by the Government and Legislators into Ukrainian legislation.

Key words: alternative energy sources, feed-in tariff, green certificates, investment grants, tax credits, low interest/soft loans, Ukrainian legislation on promotion of the use of energy from renewable sources, European legislation on promotion of the use of energy from renewable sources.

УДК 347.254.

Анна Мельник,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ТА ЧЛЕНІВ ЇХНІХ СІМЕЙ ЖИТЛОМ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

У статті досліджено теоретико-правові засади забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей житлом в історичному аспекті. Визначено, що дорадянське, радянське житлове законодавство значно вплинуло на формування сучасного законодавства щодо забезпечення житлом названої категорії осіб.

Ключові слова: військовослужбовець, член сім'ї, житло, житлове законодавство.

Постановка проблеми. Питання правового регулювання інституту забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей житлом є дуже важливими для розвитку будь-якої країни. Теоретико-правове дослідження забезпечення військовослужбовців та членів їхніх сімей житлом є чи не одним із найбільш проблемних і водночас актуальних питань сьогодення. З огляду на історичні особливості територіального та адміністративного устрою України, основу чинного житлового законодавства становить радянське законодавство, яке давно не відповідає наявним ні політичним, ні соціально-економічним умовам і, зрозуміло, потребує кардинальних змін. Разом із тим всебічний аналіз різних періодів розвитку вітчизняного житлового законодавства надає можливість визначити ті обставини та причини, які дадуть змогу усунути недоліки правового регулювання житлових відносин та віднайти шляхи вдосконалення сучасного житлового законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання реалізації права громадян на житло, в тому числі і питання щодо забезпечення житлом військовослужбовців та членів їхніх сімей, досліджені у роботах багатьох вітчизняних і зарубіжних учених. Серед них слід назвати: О. Є. Аврамову, З. Х. Акчурина, В. А. Васильєву, М. К. Галянтича, А. І. Дрішлюка, О. В. Дзеру, С. С. Корольова, В. В. Луця, Л. Г. Лічмана, Є. О. Мічуріна, П. І. Седугіна, А. А. Синицу, В. В. Тиванова, Л. М. Пчелинцева та ін.

Мета статті – здійснити аналіз розвитку вітчизняного житлового законодавства в різні історичні періоди суспільного розвитку та визначити його вплив на сучасне житлове законодавство в т. ч. щодо забезпечення житлом військовослужбовців та членів їхніх сімей.

Виклад основного матеріалу. У XVII-XVII століттях начальницький склад армії мав яскраво виражений становий характер. До створення регулярної армії забезпечення житлом зазначеної категорії осіб здійснювалось відповідно до Соборного уложення 1649 р. царя Олексія Михайловича, поширення дії якого на українські землі розпочалося вже з другої половини XVII століття [1]. Відповідно до Соборного уложення, в мирний час військовослужбовці розміщувалися в подарованих їм маєтках, а у воєнний час висилалися на службу міськими воєводами і повинні були знаходитися при полках до кінця походу [2, с. 40].

Уже за часів Петра I, під час формування регулярної армії, питанню забезпечення житлом з боку держави почала приділятися особлива увага. Враховуючи те, що армії не відводилося окремого житлового фонду, була встановлена квартирна повинність, сутність якої зводилась до того, що військові частини розміщувалися в приміщеннях, що безкоштовно надавались у містах і селах населенням. Населення у свою чергу зобов'язувалось надавати квартири як для тимчасового, так і для постійного розміщення військових частин. Вказаний порядок, як підкреслюють дослідники, існував з незначними змінами і в період правління Катерини II, причому діяв досить тривалий час [2, с. 41].

У дореволюційний період порядок забезпечення житлом військовослужбовців детально регламентувався Статутом про земські повинності 1857 р., Зведенням військових постанов 1869 р., Положенням про військову квартирну повинність 1874 р. і деякими іншими правовими актами [3].

Загалом, виходячи з аналізу положень законодавства того часу, офіцери, як прави-

© А. Мельник, 2018

ло, під час проходження служби забезпечувалися житлом за рахунок наявних казенних будівель або шляхом виділення квартир від земств за місцем розташування військових частин. Крім того, існував порядок забезпечення житлом у формі отримання квартирних грошей у розмірі, що залежав від військового звання, посади і місця служби офіцера [4]. Починаючи з 1816 р. виплата квартирних грошей військовослужбовцям поступово замінила квартирну повинність: спочатку за рахунок коштів земств і лише з 1872 р. повністю за рахунок державної скарбниці [5, с. 116-118].

Досліджуючи питання забезпечення військовослужбовців житлом, Л. М. Пчелінцева вказує, що умови, від яких залежав розмір квартирних грошей, поступово вдосконалювалися, і якщо спочатку розмір залежав від військового звання офіцера, то згодом враховувалися такі критерії, як посада, сімейний стан, місце проходження військової служби тощо. Аналіз історичних та наукових джерел дозволяє говорити про те, що розмір квартирних грошей, який до початку XX століття сягав 30-40 відсотків від загального грошового забезпечення, дозволяв вирішувати житлове питання військовослужбовців [6, с. 27].

Після Жовтневої революції 1917 р., у зв'язку зі зміною принципів управління державою і виникненням іншого, порівняно з уже існуючим, соціально-економічного становища в країні виникла об'єктивна необхідність формування нормативно-правової бази, що відповідала б інтересам побудови соціалістичної держави [2, с. 62].

З 1920 р. по 1930 р. формується система житлового законодавства як Союзу РСР, так і окремих республік Союзу РСР. Особливістю цього періоду було прийняття першого в УРСР Житлового закону № 225 від 20 грудня 1921 р. [7, с. 16-19].

Після завершення громадянської війни (1918-1922 рр.) Українська РСР, як і інші радянські республіки, які виникли після розпаду Російської імперії, була юридично незалежною державою. Вона мала свою власну Конституцію, органи державної влади й управління, видавала закони. Однак державний суверенітет Української РСР був досить обмеженим [8, с. 86].

Вагоме значення в умовах проведення на початку 20-х років XX століття заходів з ущільнення громадян у місцях проживання мало прийняття постанови Ради Народних Комісарів від 17 листопада 1921 року № 629 «Про надання командному складу Червоної Армії і Флоту, їх сім'ям, сім'ям червоноармійців та відповідальним особам адміністративних установ права на виселення з робочих Будинків-комун» [9, с. 1035], згідно з яким військовослужбовцям надано право не виселятись із займаних ними приміщень. На розвиток вищезазначеної постанови Ради Народних Комісарів від 17 листопада 1921 року № 629 був виданий циркуляр Головного управління комунального господарства НКВС від 24 грудня 1921 року № 552 «Про покращення житлових умов військовослужбовців» [10, с. 164], в якому була закріплена норма, відповідно до якої житловий відділ зобов'язувався задовольняти потреби військовослужбовців у житлових приміщеннях у першу чергу.

Як бачимо, ці акти, з певною умовністю, можна назвати першими нормативно-правовими актами, що визначили пільговий статус військовослужбовців та членів їхніх сімей у житловому праві.

З метою поліпшення житлових умов командного, політичного і адміністративного складу військ і флоту шляхом розміщення в гуртожитках циркуляром НКВС від 9 червня 1924 року № 250 «Про відведення приміщень під гуртожитки для військовослужбовців» комунальним відділам на місцях було доручено здавати військовому і морському відомствам в оренду вільні житлові приміщення без стягнення орендної плати та укладання договорів страхування приміщень. У свою чергу ці відомства були зобов'язані утримувати виділені житлові приміщення в належному стані з узяттям на себе відповідних витрат [10, с. 168].

У період з 1924 по 1937 рр. були розроблені основні положення щодо порядку надання житлової площі в армії, що виразилося у формуванні нового законодавства, зокрема затвердження постановою ЦВК від 9 жовтня 1924 року Кодексу законів про пільги і переваги для військовослужбовців Робітничо-селянської Червоної Армії і Робітничо-селянського червоного Флоту Союзу РСР і їхніх сімей [11, с. 198], що регулює питання матеріального забезпечення військовослужбовців, у тому числі підстави та умови надання житла [12, с. 41-42]. Згодом постановою ЦВК і РНК від 23 квітня 1930 р. було затверджено новий Кодекс про пільги для військовослужбовців і військовозобов'язаних Робітничо-селянської Червоної Армії і їх сімей [13, с. 253]. У зазначених кодифікованих актах знайшли відображення основні питання житлового забезпечення військовослужбовців.

При цьому особливе значення надавалося заходам зі збереження житлового фонду військового відомства, що має велике значення для аналізу правового регулювання чинного порядку забезпечення житлом військовослужбовців. Так, зазначені заходи загалом

зводилися до закріплення житла, в якому проживали військовослужбовці, за начальниками гарнізонів з метою подальшого заселення його військовослужбовцями [14, с. 274], а також виселення в адміністративному порядку з житлових приміщень, закріплених за військовим відомством, осіб, які втратили зв'язок з військової службою [15].

У період Великої Вітчизняної війни основні тенденції, пов'язані із житловим забезпеченням, в основному не змінювалися, оскільки це було зумовлено досить складним періодом часу. Постановою РНК СРСР від 5 серпня 1941 року № 1931 «Про збереження житлової площі за військовослужбовцями і про порядок оплати житлової площі у воєнний час» були встановлені правові заходи збереження житлової площі за військовослужбовцями, визначено пільговий порядок оплати житлової площі їхніми сім'ями. Починаючи з 1943 р. стали ухвалюватися документи, спрямовані на надання фінансової підтримки військовослужбовцям та членам їхніх сімей у забезпеченні їх житлом і відновленні будинків [16].

У 40-60-х рр. XX століття в СРСР було прийнято значну кількість правових актів з питань забезпечення житлом військовослужбовців (окремі положення яких знайшли своє відображення і були враховані під час розроблення чинного законодавства України) і сформовано важливі шляхи реалізації права військовослужбовців і членів їхніх сімей на житло, основним з яких було надання житла зі спеціально формованого відомчого житлового фонду (квартир і кімнат у житлових будинках; службових квартир, гуртожитків тощо) [12, с. 48-49].

У 1970-1980 рр. були остаточно сформовані принципи житлового забезпечення, а також вироблений налагоджений механізм надання житлових приміщень військовослужбовцям. Багато важливих положень містилися і в чинному на той час законодавстві. Важливим було закріплення права на житло в статті 44 Конституції (Основного закону) Союзу РСР. Постановою Ради Міністрів Союзу РСР від 17 лютого 1981 року № 193 було затверджено Положення про пільги для військовослужбовців, військовозобов'язаних, осіб, звільнених з військової служби у відставку, та їхніх сімей [1, с. 64].

Досить суттєвим зрушенням в законодавчому закріпленні правового статусу військовослужбовця, його детальній регламентації був початок 1990-х років, а саме період розпаду Союзу РСР і створення Співдружності Незалежних Держав. Саме кардинальна зміна наявного порядку державного устрою зумовила необхідність прийняття нового пакета законів, формування правових основ організації та діяльності різних органів, у тому числі військової організації держави [2, с. 71].

Висновки.

У цілому історичний аналіз свідчить про те, що в дореволюційні часи питання житлового забезпечення військовослужбовців не було проблемним, оскільки вирішувались, як правило, вчасно та без суттєвих складнощів.

У правовому регулюванні житлових відносин у Союзі РСР простежувалася стійка тенденція, згідно з якою військовослужбовці мали перевагу в забезпеченні житлом перед іншими категоріями громадян. Однак у період становлення радянської держави завдання забезпечення житловою площею військовослужбовців вирішувалося важко, робилися різні спроби формування механізму забезпечення житлом військовослужбовців.

Тенденція надання переваг у житловому забезпеченні військовослужбовців порівняно з іншими категоріями громадянам поступово перейшла до України і збережена в сучасному законодавстві. Подальшого дослідження потребують підстави та порядок забезпечення військовослужбовців жилими приміщеннями за житловим законодавством України.

Список використаних джерел:

1. Горобець В. М. Соборне уложення 1649 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.history.org.ua/?termin=Soborne_ulozhennia_1649.

2. Акчурин З. Х. Актуальні аспекти правового регулювання забезпечення житловими приміщеннями військовослужбовців, що проходять військову службу за контрактом / З. Х. Акчурин. – М. : Військовий університет, 2004. – 250 с.

3. Сборник постановлений о воинской квартирной повинности / сост. и изд. Рудченко И. Я. – Житомир, 1878. – 324 с.

4. Сборник узаконений и распоряжений по квартирному воинскому довольствию : в 2-х т. / сост. Колычев А. – СПб., 1914. – Т. 1. – 379 с.

5. Тиванов В. В. Финансы русской армии / В. В. Тиванов. – М.: Финансовая академия, 1993. – С. 116-118.

6. Пчелинцева Л. М. Право на житло військовослужбовців: теоретичні аспекти та проблеми реалізації : автореф. дис... .док. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / Л. М. Пчелинцева; Рос. акад. при През. РФ. – М., 2004. – 53 с.

7. Квартирный закон. В обсуждении Гражданского отделения Харьковского Общества юридических и экономических знаний // Голос права (двухнедельный юридический журнал). – 1918. – № 2 (15 декабря). – С. 16-19.

8. Левицька Н. М. Історія України. Україна в світі: історія і сучасність : навч. посіб. [для студ. вищ. навч. закл.] / Н. М. Левицька ; ред. Л. Г. Василенко ; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т харч. технологій. – К. : Кондор, 2010. – 416 с.

9. О предоставлении командному составу Красной Армии и Флота, их семьям, семьям красноармейцев и ответственным лицам административных учреждений – права невыселения из рабочих Домов-Коммун : Декрет СНК от 17.11.1921 № 629 // Собрание узаконений и распоряжений правительства за 1921 г. Управление делами Совнаркома СССР. – М. 1944. – С. 1035.

10. Жилищное законодательство РСФСР / сост. Гурский В. Н. – М.: Аврора, 1923. – 710 с.

11. Собрание законов и распоряжений СССР. – 1924. – № 21. – Ст. 198.

12. Синица А. А. Организационно-правовые вопросы обеспечения военнослужащих Вооруженных Сил Российской Федерации и членов их семей квартирным довольствием : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 20.02.03 / А. А. Синица. – М.: ВАЭФиП, 1994. – 225 с.

13. Собрание законов и распоряжений СССР. – 1930. – № 23. – Ст. 253.

14. О закреплении за гарнизонами жилой площади в домах местных советов, занимаемой лицами командного и начальствующего состава военнослужащих Рабоче-Крестьянской Красной Армии и Рабоче-Крестьянского Красного Флота и их семьями : Постановление ВЦИК и СНК РСФСР от 10 августа 1938 г. № 1124 // СП СССР. – 1938. – № 47. – Ст. 274.

15. О порядке выселения в административном порядке слушателей военных академий из домов-общежитий, специально предназначенных для слушателей указанных академий : Циркуляр НКВД от 29 августа 1929 г. № 147 // Бюллетень НКВД. – 1929. – № 18.

16. Собрание законов и распоряжений СССР. – 1941. – № 17. – Ст. 342.

17. Собрание законов и распоряжений СССР. – 1981. – № 11. – Ст. 64.

18. Конституція України : прийнята 28 черв. 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

19. Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20.12.1991 № 2011-XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 15. – Ст. 190.

В статье исследованы теоретико-правовые основы обеспечения военнослужащих и членов их семей жильем в историческом аспекте. Определено, что досоветское, советское жилищное законодательство значительно повлияло на формирование современного законодательства по обеспечению жильем названной категории лиц.

Ключевые слова: военнослужащий, член семьи, жилье, жилищное законодательство.

In the article the theoretical and legal principles of provision of military personnel and members of their families to housing in the historical aspect are researched. It is determined that the Soviet-era, Soviet housing legislation significantly influenced the formation of modern legislation on the provision of housing for this category of persons.

Key words: serviceman, family member, housing, housing legislation.

УДК 346.3(477)

Вікторія Мілаш,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПУБЛІЧНІ ЗАСТЕРЕЖЕННЯ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ДОГОВОРІ: ВИЯВ ДОГОВІРНОЇ СВОБОДИ ЧИ ЇЇ ДЕФОРМАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню феномену публічних застережень у контексті дії принципу свободи договору. Аналізується зміст застережень про заборону реекспорту, антидемпінгових, податкових, антикорупційних застережень та формуються висновки щодо допустимості (недопустимості) їх включення до змісту господарських договорів.

Ключові слова: господарський договір, свобода договору, мета договору, публічні застереження, застереження про заборону реекспорту, антидемпінгове застереження, антикорупційне застереження, податкове застереження.

Постановка проблеми. Принцип свободи договору є однією з основних засад як господарського, так й інших галузей права, які містять у своєму правовому інструментарії договірну конструкцію. Сутність договірної свободи розкривається за допомогою різних форм її вияву, серед яких однією із найбільш значимих є право сторін на визначення змісту договору. Під час концептуального обґрунтування договору як правового засобу більшість науковців визнають його самостійну регулювальну функцію, що зближує його з нормативно-правовими актами, а договірне регулювання визначають як другий «щабель» регламентації договірних відносин. Самостійно визначені учасниками договірної трансакції умови є способом фіксації їхніх взаємних прав та обов'язків, що дозволяє узгодити та забезпечити реалізацію їхніх інтересів як ділових партнерів та нейтралізувати можливі ризики. Договірна форма господарської діяльності сама по собі є одним із засобів попередження та розподілу можливих під час виконання договірних зобов'язань ризиків, у зв'язку з чим більшість дослідників договірної проблематики серед найважливіших функцій договору виділяють саме захисну. При цьому посилюють реалізацію зазначеної функції особливі договірні умови, що отримали назву захисних застережень. Натепер набула поширення практика включення до змісту господарських договорів публічних застережень, що викликає правомірне питання: як кваліфікувати наявність цих умов у змісті господарського договору – як вияв договірної свободи чи, навпаки, як її деформацію, у тому числі зловживання нею.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед дослідників, які у своїх працях зверталися до проблематики свободи договору, слід відзначити М. І. Брагинського, О. А. Беляневич, В. В. Вітрянського, С. А. Денисова, А. Г. Карапетова, А. Н. Кучера, В. В. Луця, О. І. Савельєва та інших. Сутність та зміст принципу свободи договору провідними фахівцями з договірного права розкривається за допомогою її різних форм вияву, однією з яких є право сторін визначати умови укладеного між ними договору. Разом із тим проблематика публічних застережень як умов господарських договорів натепер не отримала наукового висвітлення.

Формування цілей. Метою статті є дослідження феномену публічних застережень у контексті дії принципу свободи договору та аналіз питань, пов'язаних із допустимістю їх включення до змісту господарських договорів.

Виклад основного матеріалу. На відміну від інших умов господарського договору, що регламентують права та обов'язки сторін у звичайних запланованих обставинах, захисні застереження захищають їхні комерційні інтереси шляхом розподілу можливих ризиків, зумовлених ймовірною зміною обставин, в яких повинно відбутися виконання договору, задля відновлення початкової зацікавленості обох сторін у такому виконанні.

Чинне законодавство не закріплює загального визначення зазначеної договірної умови, а тільки згадує про її окремі види у контексті вимог до змісту зовнішньоекономічного договору.

© В. Мілаш, 2018

На доктринальному рівні захисне застереження визначено як умову комерційного, у тому числі зовнішньоекономічного, договору, що має особливу структурну побудову (гіпотезу, диспозицію, а іноді й санкцію), *головне функціональне призначення якої полягає у стабілізації договірної дисципліни та захисті комерційних інтересів сторін* шляхом розподілу між ними можливих ризиків (об'єктивного характеру), та яка, відповідно, регламентує права та обов'язки сторін при настанні обставин, що відповідають певним кваліфікаційним ознакам, а насамперед закріплює домовленість сторін щодо модифікації окремих первісних умов договору або (у разі їх відсутності) їх первісного встановлення. За умовою договору, можливість модифікації якої вони передбачають: (1) застереження, що стосуються ціни: валютно-цінові, мультивалютні, товарно-цінові, валютно-товарні (адаптаційно-цінові застереження), а також застереження про більш вигідну купівлю та про більш вигідний продаж; (2) застереження, що стосуються відповідальності (несення відповідальності, звільнення від неї або зміни в її характері): застереження про форс-мажор, застереження про ускладнюючі обставини, а також застереження про спеціальні ризики; (3) застереження, що стосуються кількості товару, – застереження про можливість відступу від зазначеної у договорі кількості товару; застереження, що стосуються якості товару, – застереження про допустиме відхилення в якості товару (відхилення від якості можливе лише в її техніко-економічному розумінні за умови випадкового псування товару та втрати внаслідок цього певних властивостей товару) [1, с. 51, 64-67].

Зміст захисного застереження містить узгоджений між сторонами механізм перегляду певних початкових умов або вже оновлений їх варіант, а також положення щодо строків та форми повідомлення однією зі сторін іншій про настання певних обставин з урахуванням специфіки (особливостей) укладеного між ними договору. Відновлення початкової заінтересованості сторін у виконанні договору завдяки дії захисного застереження фактично трансформується у захист їхніх приватних інтересів. Водночас вітчизняне законодавство передбачає можливість включення до змісту господарських договорів так званих публічних захисних застережень. Практику включення останніх до змісту зовнішньоекономічного договору було започатковано на законодавчому рівні ще у 90-х роках XX століття, коли суб'єктам підприємницької діяльності України під час укладання зовнішньоекономічних договорів (контрактів) було рекомендовано застосовувати типові форми захисних застережень згідно з додатком № 2 до Постанови КМУ та НБУ «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми щодо зовнішньоекономічних договорів (контрактів), що передбачають розрахунки в іноземній валюті», де серед інших застережень виокремлено антидемпінгове застереження та застереження про реекспорт. Так, згідно з *антидемпінговим застереженням* покупець бере на себе повну відповідальність за додержання антидемпінгових норм, правил і процедур на своєму національному ринку та ринках подальшої реалізації предмета договору (контракту), зобов'язується не здійснювати операції на цих ринках за цінами, які є демпінговими згідно із законодавством та міжнародними договорами відповідної держави, і бути єдиним відповідачем з усіх можливих антидемпінгових позовів і претензій та сплатити у повному обсязі мито, збори та інші стягнення, що накладаються на товар, який є предметом цього договору (контракту), згідно з антидемпінговим законодавством країни ввезення [2, Ст. 243]. Проте як додержання антидемпінгових норм, правил і процедур не може становити зміст договірних зобов'язань сторін, так і відповідальність за їх порушення не є договірною. Здійснення демпінгового імпорту (ввезення на митну територію країни імпорту товару за ціною, нижчою від порівняльної ціни на подібний товар у країні експорту, яке заподіює шкоду національному товаровиробникові подібного товару) є проявом недобросовісної конкуренції у сфері зовнішньоекономічної діяльності, а застосування антидемпінгових заходів за це порушення – одним із видів адміністративно-господарських санкцій. За ст. 244 ГК України у разі здійснення окремими учасниками господарських відносин зовнішньоекономічної діяльності, пов'язаної з одержанням незаконної переваги на ринку України (зокрема, здійснення демпінгового імпорту), що завдало шкоди економіці України або спричинило загрозу виникнення такої шкоди, до цих учасників відносин можуть бути застосовані антидемпінгові заходи відповідно до закону [3, Ст. 144]. З метою встановлення наявності та впливу демпінгу проводиться антидемпінгове розслідування, у процесі якого встановлюється наявність та розмір шкоди, що заподіюється національному товаровиробнику. Порядок проведення антидемпінгового розслідування та особливості застосування попередніх та остаточних антидемпінгових заходів щодо імпорту товарів, які ввозяться на митну територію

України, визначає ЗУ «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту» [4, Ст. 65]. Варто також звернути увагу на положення частини 4 Розділу IV Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, що вимагають урахування національних інтересів під час прийняття рішень про застосування антидемпінгових заходів. Так, зокрема, антидемпінгові заходи не можуть бути застосовані Стороною Угоди про асоціацію у разі, коли на підставі інформації, яка була отримана в ході розслідування, можна чітко зробити висновок, що застосування таких заходів не відповідатиме національним інтересам. Висновок щодо відповідності національним інтересам необхідно робити з урахуванням усіх різноманітних інтересів у цілому, зокрема інтересів національної промисловості, користувачів, споживачів та імпортерів у тому обсязі, в якому вони забезпечили надання відповідної інформації органам, що проводять розслідування [5, Ст. 2125]. З урахуванням зазначеного виникає питання як про правові наслідки невиконання взятих на себе покупцем за антидемпінговим застереженням зобов'язань щодо додержання антидемпінгових норм, правил і процедур на своєму національному ринку та ринках подальшої реалізації предмета договору (контракту), так і про природу повної відповідальності за їх невиконання.

Так само спричиняє дискусію й *застереження про реекспорт*, за яким сторони зовнішньоекономічного договору погоджуються, що покупець не буде здійснювати реекспорт товару, який є предметом цього договору (контракту), на відповідні ринки без попередньої письмової згоди продавця [2, Ст. 243]. У цьому разі також постає питання про значення самої домовленості сторін стосовно отримання від продавця товару попередньої згоди щодо його реекспорту та можливих наслідків порушення такої домовленості.

Для початку звернімося до самого поняття «реекспорт», під яким слід розуміти продаж іноземним суб'єктам господарської діяльності та вивезення за межі України товарів, що були раніше імпортовані на територію України, за умови що такі товари не використовувались на території України з комерційною метою, та на момент вивезення за межі України перебувають у такому самому стані, як на момент їх ввезення. Спеціальне законодавство про зовнішньоекономічну діяльність, міжнародні двосторонні угоди про вільну торгівлю або спеціальні угоди про реекспорт товарів тощо не забороняють реекспорт у цілому (заборону встановлено тільки у деяких випадках), а вводять обмеження щодо реекспорту окремих товарів у вигляді його обов'язкового санкціонування. Сам перелік товарів, реекспорт яких до третіх країн може здійснюватися тільки з письмової згоди і на умовах, що визначаються уповноваженою установою країни походження цих товарів, визначається у додатках (або окремих списках) до міжнародних угод, якими встановлено його обов'язкове санкціонування. Дозволи на реекспорт товарів походженням з України, що здійснюється з території інших країн відповідно до міжнародних договорів України, видається Міністерством економічного розвитку і торгівлі України (далі – Мінекономрозвитку), а умови переміщення товарів у режимі реекспорту встановлені Митним кодексом України.

Як бачимо, обмеження реекспорту окремих товарів по обсягах та номенклатурі визначається міжнародними, а не зовнішньоекономічними договорами. При цьому несанкціонованим вважається реекспорт товару, стосовно якого Сторона міжнародного договору, що є країною походження цього товару, встановлює або зберігає мито щодо експорту до третіх країн, здійснення без належно оформленого письмового дозволу уповноваженого органу країни походження товарів, а не здійснення реекспорту означених товарів без попередньої згоди продавця. Якщо ж реекспорт певних видів товарів здійснюється у вільному порядку (за відсутності нормативних вимог щодо його попереднього санкціонування), наявність або відсутність попередньої згоди на здійснення реєкспорту з боку продавця як сторони зовнішньоекономічного договору не змінює правомірний характер самої договірної трансакції та не створює підстав для кваліфікації договірних зобов'язань як таких, що неналежно виконані, та подальшого застосування заходів договірної відповідальності. Встановлення дозвільного порядку здійснення реекспорту окремих видів товару є засобом державного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, а саме отримання письмового дозволу на здійснення реєкспорту цих товарів від уповноваженої установи країни їх походження є режимною вимогою, невиконання якої тягне за собою недоговірну (позадоговірну) відповідальність. Однією з умов надання письмового дозволу на реекспорт товарів українського походження згідно з переліком товарів, затвердженим Мінекономрозвитку, є обов'язкове відшкодування іноземним суб'єктом господарської діяльності Україні, як країні походження товару, суми вивізного (експортного) мита, яку відповідно до чинного законодавства України належить сплатити до Державного бюджету

України за умови наявності у чинному міжнародному договорі зазначеної правової норми щодо відшкодування. У разі несанкціонованого реекспорту країна походження товарів може вимагати компенсації завданої шкоди і застосувати адміністративно-господарські санкції, які не є заходами договірної відповідальності.

«Новелою» сучасного господарського обороту є включення до змісту господарських договорів так званих антикорупційних та податкових застережень.

Частина 2 ст. 62 ЗУ «Про запобігання корупції» встановлює обов'язок затвердження антикорупційної програми (комплексу правил, стандартів і процедур щодо виявлення, протидії та запобігання корупції у діяльності юридичної особи) для державних, комунальних підприємств, господарських товариств (у яких державна або комунальна частка перевищує 50 %), де середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік перевищує п'ятдесят осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період перевищує 70 мільйонів гривень; а також для юридичних осіб, які є учасниками попередньої кваліфікації, учасниками процедури закупівлі відповідно до ЗУ «Про здійснення державних закупівель», якщо вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг), робіт дорівнює або перевищує 20 мільйонів гривень. Для інших суб'єктів господарювання затвердження такої програми має добровільний характер. У вищезазначених юридичних особах для реалізації антикорупційної програми призначається особа, відповідальна за її реалізацію (далі – Уповноважений). При цьому передбачається, що *положення щодо обов'язковості дотримання антикорупційної програми можуть включатися до договорів, які укладаються юридичною особою* [6, Ст. 2056]. Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції затверджено Типову антикорупційну програму юридичної особи (далі – Типова програма), на ґрунті положень якої керівники юридичних осіб своїм рішенням (наказом) повинні затверджувати власні антикорупційні програми після їх обговорення з працівниками і посадовими особами цих юридичних осіб. У преамбулі Типової програми йдеться про застосування юридичною особою її антикорупційної програми, незважаючи на те, що вона є актом локального регулювання, до її відносин із діловими партнерами. Більше того, останні повинні обиратися згідно з критеріями, які базуються на прозорості діяльності, конкурентності, якості товарів, робіт і послуг та надійності, а самі процедури відбору ділових партнерів для різних сфер діяльності юридичної особи має розробляти Уповноважений та затверджувати керівник. *Уповноважений також повинен проводити антикорупційну перевірку наявних або потенційних ділових партнерів юридичної особи з метою оцінки наявності корупційних ризиків та розробляти Примірні форми антикорупційних застережень з урахуванням сфер діяльності юридичної особи* [7, Ст. 2056]. Отже, виникає правомірне питання щодо виду контролю, у межах якого суб'єкт господарювання може здійснювати антикорупційні перевірки своїх потенційних ділових партнерів. Зазначений контроль не є ані державним контролем у сфері господарської діяльності, ані внутрішньогосподарським (внутрішньокорпоративним) контролем. Не йдеться у цьому разі й про делегування повноважень спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції (прокуратури, Національної поліції, Національного антикорупційного бюро України, Національного агентства з питань запобігання корупції) в частині здійснення антикорупційного контролю (виявлення та попередження корупційних правопорушень) відповідним юридичним особам.

Сьогодні в господарській договірній практиці дедалі частіше до змісту господарських договорів, суб'єктний склад яких представлено платниками податку на додану вартість (далі – ПДВ), включають договірні умови, що убезпечують покупця товару/послуги від податкового ризику та отримали назву *податкових застережень*.

Відповідно до норм податкового законодавства перешкодою для визнання податкового кредиту є відсутність належним чином оформлених підтверджуючих документів. Так, за п. 198.6 ст. 198 ПК України не належать до податкового кредиту суми податку, сплаченого (нарахованого) у зв'язку з придбанням товарів/послуг, не підтверджені зареєстрованими в Єдиному реєстрі податкових накладних (далі – ЄРПН) податковими накладними/розрахунками, митними деклараціями, іншими документами, передбаченими пунктом 201.11 статті 201 цього Кодексу. Згідно з п. 201.1. ст. 201 ПК України платник податку на дату виникнення податкових зобов'язань зобов'язаний скласти податкову накладну в електронній формі з дотриманням умови щодо реєстрації у порядку, визначеному законодавством, електронного підпису уповноваженої платником особи та зареєструвати її в ЄРПН у встановлений ПК України термін. У свою чергу, датою виникнення податкових зобов'язань з постачання товарів/послуг, згідно зі

ст. 187 ПК України, вважається дата, яка припадає на податковий період, протягом якого відбувається будь-яка з подій, що сталася раніше: а) дата зарахування коштів від покупця/замовника на банківський рахунок платника податку як оплата товарів/послуг, що підлягають постачанню, а в разі постачання товарів/послуг за готівку – дата оприбуткування коштів у касі платника податку, а в разі відсутності такої – дата інкасації готівки у банківській установі, що обслуговує платника податку; б) дата відвантаження товарів, а в разі експорту товарів – дата оформлення митної декларації, що засвідчує факт перетинання митного кордону України, оформлена відповідно до вимог митного законодавства, а для послуг – дата оформлення документа, що засвідчує факт постачання послуг платником податку [8, Ст. 112]. До змісту господарського договору за участю платників ПДВ зазвичай включають один із двох варіантів формулювань податкових застережень. Так, згідно з податковим застереженням у разі порушення постачальником (виконавцем) правил оформлення і реєстрації ЄРПН податкових накладних і розрахунків коригувань до них, передбачених нормами ст. 201 ПК України, у результаті чого покупець втрачає право на формування податкового кредиту за такими податковими накладними і розрахунками коригувань згідно зі ст. 198.6 ПК України, постачальник (виконавець) несе відповідальність у розмірі суми ПДВ такої операції. Інакше кажучи, перше формулювання податкового застереження вимагає сплати постачальником покупцеві штрафу у розмірі 100 % суми ПДВ по кожній незареєстрованій податковій накладній (у разі прострочення реєстрації податкової накладної в ЄРПН). Згідно з другим варіантом *податкового застереження* у разі застосування до покупця контролюючими органами ДФС штрафних санкцій у зв'язку з відхиленням та/або не зарахуванням податкового кредиту по податковій накладній, наданій покупцю та незареєстрованій постачальником на сайті контролюючого органу ДФС, та/або неподання постачальником декларацій у контролюючі органи та/або несвоєчасне коригування ним податкової накладної такий постачальник зобов'язаний компенсувати покупцю у встановлений ним строк завдані збитки. У цьому варіанті формулювання податкового застереження зазвичай передбачається право покупця (замовника) на утримання вищезазначеної суми збитків з оплати за поставлений товар/послугу. На перший погляд, наявність у змісті господарських договорів податкових застережень є проявом договірної свободи, оскільки йдеться про договірну умову, спрямовану на убезпечення покупця товару/послуги від ризику невизнання контролюючими органами права на податковий кредит (суму, на яку платник податку має право зменшити податкове зобов'язання за звітний період). Однак такий висновок видається доволі сумнівним з огляду на саму природу як обов'язків, встановлених цією договірною умовою, так і санкцій за їх неналежне виконання.

Податкова накладна, складена та зареєстрована в ЄРПН платником податку, який здійснює операції з постачання товарів/послуг, є для покупця таких товарів/послуг підставою для нарахування сум податку, що належать до податкового кредиту. *Зобов'язання платника ПДВ щодо сплати у порядку та у строки, визначені податковим законодавством України, до державного бюджету ПДВ є за своєю природою податковим зобов'язанням.* Відповідно до п. 201.10. ст. 210 ПК України, здійснюючи операції з постачання товарів/послуг, платник податку (продавець товарів/послуг) зобов'язаний в установлені терміни скласти податкову накладну, зареєструвати її в ЄРПН та надати покупцю за його вимогою. Граничні строки реєстрації податкових накладних (ПН) та/або розрахунків коригування до податкових накладних у ЄРПН визначені п. 201.10 ст. 201 ПК України, а відповідальність за їх порушення у вигляді застосування штрафних санкцій, розмір яких є диференційованим та залежить від тривалості їх порушення, встановлено ст. 120-1 ПК України (10 % суми податку на додану вартість у разі порушення строку реєстрації ПН до 15 календарних днів; 20 % – у разі порушення від 16 до 30 календарних днів; 30 % – у разі порушення від 31 до 60 календарних днів; 40 % – у разі порушення від 61 до 365 календарних днів; 50 % – у разі порушення на 366 і більше календарних днів) [8, Ст. 112]. При цьому *податкове законодавство не передбачає можливості договірного регулювання відповідальності за порушення податкових зобов'язань або перекладення такої відповідальності на інших осіб, у тому числі контрагента за договором.*

Застосування податкових штрафних санкцій за неналежне виконання податкових зобов'язань (податкові порушення) не може ґрунтуватися на договірних (координаційних) засадах, що зумовлено публічно-правовою природою самих податкових правовідносин. При цьому у жодному разі не можна ототожнювати податкові штрафні санкції та господарські штрафні санк-

ції, оскільки йдеться про різні види відповідальності (податкову та господарську), кожна з яких має свої підстави застосування та особливості реалізації.

Згідно зі ст. 230 ГК України штрафні санкції, як один із різновидів господарських санкцій, застосовуються у вигляді грошової суми, яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання [3, ст. 144]. При цьому, по-перше, порушення стороною господарського договору правил ведення податкового обліку господарських операцій, зобов'язань зі сплати податків не є невиконанням або неналежним виконанням господарсько-договірних зобов'язань; по-друге, збитки, про відшкодування яких йдеться у податковому застережені, фактично є позадоговірною шкодою, спричиненою покупцю товару (платнику ПДВ) невиконанням продавцем такого товару (платником ПДВ) обов'язку в установлені терміни скласти податкову накладну, здійснити її реєстрацію в ЄРПН та надати покупцю за його вимогою.

Як свідчить договірна практика, до змісту *податкових застережень* також включається обов'язок постачальника (виконавця) у разі анулювання свідоцтва платника податку на додану вартість протягом декількох робочих днів повідомити про це покупця (замовника) та в разі надання ним за цей період податкових накладних відкликати їх та виправити видаткову накладну із зазначенням ціни товару без ПДВ. Крім того, у змісті господарських договорів трапляються податкові застереження, формулювання яких подібне до оперативно-господарських санкцій. Приміром, відповідно до цих застережень у разі надання постачальником неправильно складеної чи неправильно заповненої податкової накладної покупець має право затримати оплату за товар до моменту виправлення податкової накладної. Разом із тим оперативно-господарські санкції є встановленими господарським договором заходами оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень господарського зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання. Проте ані складення та реєстрація податкових накладних в ЄРПН в установленні податковим законодавством терміни, ані надання цих накладних покупцю за його вимогою не утворюють зміст господарського зобов'язання. У разі порушення продавцем товарів/послуг граничних термінів реєстрації в ЄРПН податкової накладної (тобто податкових обов'язків) покупець таких товарів/послуг має право додати до декларації за звітний податковий період до контролюючих органів ДФС скаргу на такого продавця згідно з чинним законодавством.

Висновки

На основі проведеного вище аналізу сформульовано такі висновки:

Гнучкість договірної конструкції в господарському праві полягає у її здатності швидко реагувати на нові вимоги господарського обороту та має вияв у наданій сторонам свободі включення до змісту договору самостійно сформульованих ними умов. Однак означена гнучкість має певні межі, які окреслюються насамперед договірною метою та вихід за які може призвести до «спотворення» самої договірної конструкції, перетворення її на «симбіоз» різнопланових засобів, спрямованих на досягнення різних цілей. Метою господарського договору є результат, на досягнення якого спрямовано реалізацію суб'єктивних прав та обов'язків сторін, що становлять зміст господарсько-договірних зобов'язань. Проте ані антидемпінгові та податкові застереження, ані застереження про реекспорт та антикорупційні застереження безпосередньо не пов'язані з метою та предметом господарських договорів. Вбачається, що наявність у змісті господарських договорів такого роду публічних застережень є не виявом договірної свободи, а навпаки, її деформацією. Договірні умови повинні регламентувати та/або коригувати права та обов'язки сторін, що становлять зміст господарських зобов'язань, підставою виникнення яких є договір. Натомість, завдяки публічним застереженням, у сторін договору «виникають» позадоговірні права та обов'язки, порушення яких не свідчить про неналежне виконання договірних зобов'язань, що унеможливлює застосовування заходів договірної відповідальності за порушення приписів, що містять ці застереження.

Список використаних джерел:

1. Мілаш В. С. Захисні застереження в зовнішньоекономічному договорі / В. С. Мілаш. – Полтава: АСМІ, 2004. – 180 с.

2. Додаток 2 до Постанови КМУ та НБУ «Про типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів) і типові форми щодо зовнішньоекономічних договорів (контрактів), що передбачають розрахунки в іноземній валюті» від 21 червня 1995 р. № 444 // Зб. Постанов Уряду України. – 1995. – № 9. – Ст. 243.

3. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144.

4. Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту : Закон України від 22 грудня 1998 р. № 330-XIV // Відомості Верховної Ради України. – 1999. – № 9-10. – Ст. 65.

5. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом 2014 р.// Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Том 1. – Ст. 2125. – С. 83.

6. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 49. – Ст. 2056.

7. Типова антикорупційна програма юридичної особи, затверджена Рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції від 2.03.2017 № 75 // Офіційний вісник України 2017. – № 22. – Ст. 645. – С. 471.

8. Податковий кодекс : Закон України від 2.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17. – Ст. 112.

Статья посвящена исследованию феномена публичных оговорок в контексте действия принципа свободы договора. Анализируется содержание оговорок о запрете реэкспорта, антидемпинговых, налоговых, антикоррупционных оговорок, и формулируются выводы о допустимости (недопустимости) их включения в содержание хозяйственных договоров.

Ключевые слова: хозяйственный договор, свобода договора, цель договора, публичные оговорки, оговорка о запрете реэкспорта, антидемпинговая оговорка, антикоррупционная оговорка, налоговая оговорка.

The article is devoted to the study of the phenomenon of public disclaimers in the context of the principle of freedom of contract. The content of reservations on the prohibition of re-export, anti-dumping, tax, anti-corruption clauses are analyzed, and conclusions are drawn regarding the expediency (inexpediency) of their inclusion in the content of economic contracts.

Key words: economic agreement, freedom of contract, purpose of the contract, public disclaimer, reservation on the prohibition of re-export, antidumping clause, anticorruption notice, tax caution.

УДК 349.2:331.101

Людмила Вакарюк,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри публічного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ДЕРЖАВНІ ЧИННИКИ, ЩО ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ПРАВОВИЙ РЕЖИМ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті розкриваються державні чинники, що забезпечують правовий режим у трудовому праві нашої держави. Надано узагальнюючу характеристику таким чинникам, як: державна політика щодо основних засад використання найманої праці; якість, послідовність та системність правотворчості з питань використання найманої праці; рівень правової культури і правової свідомості населення України; рівень захисту трудових прав. Встановлено, що правовий режим у національному трудовому праві забезпечено на недостатньому рівні і він потребує посилення та вдосконалення за низкою виявлених проблем.

Ключові слова: правовий режим, трудове право України, забезпечення, ефективність, рівень, чинники.

Постановка проблеми. Як пише Е. К. Утяшов, правовий режим – це невід'ємна властивість влади, її устрою, діяльності, соціальної спрямованості, ступеня демократичності. Він зумовлений інтересами держави, волею законодавця, а також специфікою і характером суспільних відносин, що вимагають до себе особливих підходів, форм і методів правового впливу, своєрідного юридичного інструментарію для своєї організації. Правовий режим – один із проявів нормативності права, але на більш високому рівні. Він з'єднує в єдину конструкцію певний комплекс правових засобів, який диктується цілями, що ставляться. Правові режими забезпечують стійке нормативне регулювання групи суспільних відносин, певної ділянки соціального життя, сприяють оптимальному використанню конкретних об'єктів. У цьому сенсі значення правових режимів істотно зростає, оскільки цей правовий засіб здатний максимально ефективно впливати на соціальне середовище [1, с. 257]. Зважаючи на таку унікальну характеристику такого правового явища, як правовий режим, видається невиправданим упущенням з боку науковців відсутність відповідних досліджень правового режиму в трудовому праві України. Потребує вивчення, аналізу та концептуальної розробки сутність, ознаки, структура тощо правового режиму. Поряд із вказаним, необхідним є і визначення чинників, які забезпечують правовий режим у трудовому праві України.

В авторському дослідженні ми дійшли висновку, що чинники, які забезпечують правовий режим у трудовому праві України, – це сукупність певних обставин та явищ, які здійснюють вирішальний спрямовуючий вплив на правове регулювання суспільних відносин із приводу використання найманої праці, створюючи особливий порядок такого регулювання за допомогою поєднання різних методів, але зберігаючи при цьому єдиний стрижень та висхідний початок, оскільки спрямований у єдине русло задля досягнення чітко визначеної мети. Нами було виділено два види чинники: міжнародні та державного рівня. Державні чинники – це сукупність обставин та явищ на державному рівні, що спрямовують регулюючий вплив на суспільні відносини з приводу використання найманої праці в певному одноманітному та єдиному русі у визначеному державою напрямі. До державних чинників нами віднесено: 1) державну політику щодо співвідношення інтересів виробництва та інтересів працівників; 2) державну політику щодо основних засад використання найманої праці, тобто наявність правового акта-доктрини чи стратегії щодо подальшого розвитку трудового законодавства; 3) якість, послідовність та системність правотворчості з питань використання найманої праці; 4) рівень правової культури і правової свідомості населення України, які спричиняють перешкоди у реалізації навіть досконалого та дієвого правового режиму за умови перебування на низькому рівні; 5) рівень захисту трудових прав у разі їх порушення чи у разі наявності перешкод у їх реалізації.

© Л. Вакарюк, 2018

Стан дослідження. Публікацій щодо забезпечення правового режиму в трудовому праві поки ще не було, оскільки тематика є новою та зовсім не дослідженою. Однак є розвідки щодо чинників забезпечення ефективного функціонування спеціальних правових режимів (А. П. Лиманська), а також ефективності правового регулювання (В. М. Баранов, В. В. Головченко, В. П. Казимирчук, В. М. Кудрявцев, В. В. Лапаєва, О. В. Малько, В. С. Нерсесянц, П. М. Рабінович, І. С. Самощенко, В. Ф. Сіренко, Ю. О. Тихомиров, Ф. Н. Фаткуллін, Л. С. Явич та інші), які хоча і не розкривають безпосередньо порушену проблематику, але їх результати безпосередньо пов'язані з нею.

Метою статті є розкриття державних чинників, які забезпечують правовий режим у трудовому праві України, загальна характеристика кожного з них.

Виклад основного матеріалу. Розглянемо узагальнено кожний із виділених нами чинників державного рівня, які забезпечують правовий режим у трудовому праві України.

Державна політика щодо основних засад використання найманої праці, тобто наявність правового акта-доктрини чи стратегії щодо подальшого напряму розвитку трудового законодавства, – це важливий чинник забезпечення правового режиму в трудовому праві України, на чому вже неодноразово наголошували корифеї науки трудового права. Так, Н. М. Хуторян пише: «Кодифікація законодавства повинна базуватися на якісній теорії трудового права. Тому наступним завданням науки трудового права є розробка наукової доктрини трудового права та акта-доктрини розвитку трудового законодавства.... для ефективного і системного реформування трудового законодавства, в основі якого повинен бути Трудовий кодекс, необхідно розробити і прийняти на державному рівні акт-доктрину розвитку трудового законодавства, в основу якого покласти одну з науково-правових доктрин розвитку трудового права. Тільки в такому разі можна досягти системності реформування та уникнення протиріч, дублювання норм у різних нормативно-правових актах» [2, с. 123]. Далі вчена називає основні принципи, якими слід керуватися у розробленні цієї доктрини: «1. Оптимальне збалансування виробничої та захисної функцій трудового права. 2. Принцип соціального діалогу (двотристороннє співробітництво) передбачає відхід від жорсткого централізованого регулювання трудових відносин з одночасним розширенням сфери договірного регулювання. 3. Принцип недопустимості зниження рівня трудових гарантій ...при проведенні реформування трудового законодавства на базі єдиної державно-правової доктрини повинні бути збережені всі основні гарантії трудових прав працівників. 4. Примат міжнародного права над внутрішнім. 5. При реформуванні трудового законодавства слід дотримуватися принципу диференціації правових норм, що регулюють нормування праці, заробітну плату, тривалість робочого часу та часу відпочинку у юридичних осіб залежно від їх організаційно-правових форм та форм власності, умов праці. При цьому повинні бути збережені державні гарантії щодо зайнятості, охорони праці, часу відпочинку, охорони праці жінок, інвалідів, неповнолітніх, мінімального розміру заробітної плати, соціального страхування» [2, с. 124-125].

Так, необхідність розроблення такого акта-доктрини підтверджує і практична сторона правового регулювання трудових відносин: зокрема, в Аналітичній записці «Громадська активність найманих працівників в Україні в контексті реалізації їхніх прав та інтересів», підготовленій Національним інститутом стратегічних досліджень, констатується таке: «Враховуючи зростання значущості проблем людей найманої праці у загальнонаціональному контексті, важливою умовою сталого розвитку держави та її інтеграції до європейського політико-правового простору має бути комплексне «перезавантаження» не лише політичної влади, а й усієї системи соціальних відносин у напрямку її загальної демократизації та розширення можливостей найманих працівників щодо захисту й реалізації своїх прав та інтересів... У контексті пошуку державницького суспільного консенсусу в Україні слід надати додаткового імпульсу процесові соціального діалогу. Проблеми та перспективи впровадження нових, європейських стандартів у соціально-трудові відносини й соціальну сферу загалом мають бути усвідомлені й осмислені всіма його учасниками. Доцільним є проведення загальнонаціонального соціально-економічного форуму з метою узгодження пріоритетів державного розвитку та соціальної політики на період інтеграції до загальноєвропейського економічного простору» [3]. Звичайно, окреслити на державному рівні вказані вектори подальшого розвитку трудового законодавства можливо, лише прийнявши відповідний акт державного рівня, в якому б зрозуміло було викладено політику законодавця в цій сфері суспільних відносин.

Тим більше потрібен такий акт-доктрина і з урахуванням того, що сьогодні в науці трудового права наявні суттєві розбіжності щодо можливих подальших шляхів розви-

тку трудового права, іноді вони прямо-таки протилежні. Наприклад, Д. Новіков категорично стверджує: «У сучасній ситуації впровадження неоліберальних реформ трудове право не має йти на поступки жодним агентам впливу, жодним економічним аргументам, які вимагають закріплення у трудовому законодавстві гнучких засобів регулювання трудових відносин та форм зайнятості. Трудове право не повинно реакційним шляхом перетворитись на колишнє фабричне законодавство, основна функція якого полягала в ефективному регулюванні відносин із використання найманої праці з мінімальним рівнем соціально-трудових стандартів, повноцінною дисциплінарною владою роботодавця для забезпечення його максимального зиску з експлуатації працівників. Трудовому праву слід поглянути на своє місце у правовій системі країни, зрозуміти, що, не будучи максимально ортодоксальним, воно приречене у кращому випадку обслуговувати інтереси крупного приватного капіталу, а у гіршому разі – зникнути або бути заміненим менеджерськими дослідженнями про управління персоналом та корпоративними кодексами. Ортодоксальність трудового права є неодмінною умовою затвердження підвищення рівня та якості життя українців в якості ідеологічного постулату та практичного базису діяльності держави» [4].

Отже, яким бути трудовому праву, а відповідно, і трудовому законодавству завтра? Яка мета правового регулювання трудових відносин покладається в його основу? Які методи будуть застосовані? Які відносини будуть предметом трудового права, чи відбуватиметься розширення меж трудового права на нові нетипові форми зайнятості, чи, навпаки, нові «гнучкі засоби регулювання трудових відносин та форм зайнятості» будуть відкинуті як «несоціальні»? Всі ці питання характеризують правовий режим у трудовому праві України, а отже, акт-доктрина розвитку трудового законодавства міг би дати відповідь на них, створивши відповідні підвалини формування нового правового режиму в трудовому праві України.

С. В. Васильєв зазначає, що «правова доктрина може бути визначена як система уявлень (ідей) про право, сформульована вченими-юристами, з метою забезпечення порядку в суспільних відносинах і вирішення юридичних казусів, яка має письмове вираження і санкціонована державою» [5, с. 74], при цьому «в Україні правова доктрина не закріплена як джерело процесуального права. Водночас вона може мати статус неформального (нетрадиційного) джерела права. Так, посилання на праці видатних юристів трапляються в правозастосовній практиці, але тільки як додаткова аргументація. Крім того, роль правової доктрини виявляється у створенні конструкцій, понять, визначень, якими користуються судові органи», але вчений пропонує застосовувати до правових доктрин «поняття «акти м'якого права» (soft law), що використовується в міжнародному праві. В останніх відсутній елемент імперативності, їх уживання насамперед ґрунтується на авторитеті тих суб'єктів, від яких вони виходять...Таким чином, за наявності певних умов правова доктрина може виступати самостійним джерелом як права в цілому, так і джерелом процесуального права зокрема» [5, с. 74].

Отже, виходячи з викладеного, роль акта-доктрини розвитку трудового законодавства як чинника, що забезпечує правовий режим у трудовому праві України, є безперечною та наочною. Проте сьогодні цей чинник у реальності відсутній, що зумовлює певну безсистемність у трудовому законодавстві, прогалини чи неточності у правовому регулюванні суспільних відносин, чому, власне, і присвячується чимала кількість наукових дисертаційних досліджень у сучасній науці трудового права України.

Якість, послідовність та системність правотворчості з питань використання найманої праці.

Цей чинник, безумовно, забезпечує правовий режим у трудовому праві України через те, що правовий режим невіддільний від процесу створення правової норми (правотворчості) в принципі. Але правова норма цінна не тільки сама по собі, безпосередньо цінністю і значущістю її наділяє її ефективність. Так, наприклад, стосовно адміністративно-правової норми В. Бондаренко зазначає: «умови ефективності дії адміністративно-правової норми стосуватимуться, по-перше, самої норми; по-друге, діяльності правозастосовних органів; по-третє, особливостей правосвідомості й поведінки громадян, які дотримуються вимог правової норми або порушують їх. Умови, що стосуються самої норми, можна позначити як чинники досконалості законодавства, тобто відповідність адміністративно-правових норм тим загальним і конкретним соціально-економічним, ідеологічним, культурно-психологічним та організаційним умовам, у яких вони діятимуть» [6, с. 33]. І хоча твердження стосується адміністративно-правової норми, по суті, те ж саме можна сказати і про трудо-правову норму. І навіть більше, трудо-правова норма, як норма права соціального, «має враховувати реальну дійсність умов суспільного життя, а також перебувати у тісному

зв'язку із соціальними явищами» [7, с. 188]. Лише тоді можна говорити про її якість, ефективність.

Слід відзначити, що якість та ефективність правової норми тісно пов'язана з ефективністю правового регулювання. К. С. Ємельяненко, вивчаючи різні підходи до суті даного явища, дійшов висновку, що «існуючі наукові підходи до ефективності правового регулювання відображають особливості різних концепцій праворозуміння. Зокрема, представники юридичного позитивізму в якості критерію ефективності виокремлюють ступінь досягнення встановленої законодавцем мети правового регулювання, а представники соціологічної школи права акцентують увагу на необхідності узгодженого забезпечення правовими засобами різноманітних соціальних інтересів» [8, с. 4]. Видається, що для цілей правового режиму в трудовому праві, зважаючи на те, що сутність правового режиму в трудовому праві полягає в тому, щоб створити певні умови для виконання тієї мети і завдань, що стоять перед трудовим правом як галуззю права, та сприяти ефективності правового регулювання трудових, виробничих і соціально-економічних відносин у цілому, мова має йти про ефективність трудо-правової норми як про досягнення узгодженого забезпечення правовими засобами різноманітних соціальних інтересів (працівників і роботодавців; профспілок і об'єднань роботодавців; трудових колективів і роботодавців).

В. В. Завальнюк взагалі пише про те, що треба «піднятися ще вище» у розумінні ефективності права в цілому: «Поняття ефективності права має бути наповнене антропологічним змістом. Ефективність права – це не ефективність державного законодавчого механізму і адміністративно-політичних реформ системи державного управління. Під ефективністю права слід розуміти, перш за все, ступінь духовної і матеріальної реалізації індивіда, яку забезпечує право у відповідному історико-культурному контексті. Людяність як відповідність людини її соціальній природі дає можливість вважати її основоположною категорією, метапринципом права, який повинен стати основою антропоцентристської побудови права. Юридичною формою людяності повинен стати принцип антропоцентризму – визнання людини, а не норми правового припису, суспільства або держави - центром правової реальності, навколо потреб і системи комунікацій якого обертається світ правових явищ. Вираз і задоволення розумних («людяних») потреб людини повинні виступати основним критерієм оцінки ефективності дії права та діяльності держави» [9, с. 48]. Видається, що така характеристика ефективності права цілком задовольняє вимогу щодо якості, послідовності та системності правотворчості з приводу використання найманої праці, де працівник, з однієї сторони, та його розумні потреби, а з іншої сторони – роботодавець зі своїми розумними потребами – їх вираз та задоволення мають стати мірилом ефективності дії правового режиму в трудовому праві України.

Рівень правової культури і правової свідомості населення України, які спричиняють перешкоди у реалізації навіть досконалого та дієвого правового режиму за умови перебування на низькому рівні. Цей чинник безпосередньо і нерозривно пов'язаний із попереднім. Так, В. Бондаренко пише, що вказаний чинник являє собою «рівень знань закону, ступінь схвалення його громадянами, розвиненість навичок правового регулювання. Чим вищий рівень знань відповідних правових норм, чим більшою мірою позитивно оцінюються положення, що в них містяться, тим успішніше вони реалізуються і, відповідно, вища їхня ефективність. Ефективність дії правової норми можна оцінювати стосовно дотримання її в суспільстві загалом, у різних соціальних групах населення, а також конкретними категоріями осіб» [6, с. 34]. При чому, «недосконалий закон навряд чи буде схвалено в громадській правосвідомості. Низький рівень суспільної правосвідомості може звести нанівець дію найдосконалішого закону» [10, с. 103-104].

Забезпечення правового режиму в трудовому праві через рівень правової культури і правової свідомості населення України відбувається шляхом виконання, дотримання та навіть поваги до санкціонованих норм трудового права, чим правовий режим набуває рис дієвого, ефективного та взагалі працюючого. На жаль, сьогодні в Україні фіксується чимала кількість порушень трудових прав працівників із боку роботодавців, а також нігілістичне ставлення до вимог трудового законодавства з боку самих працівників.

Рівень захисту трудових прав у разі їх порушення чи у разі наявності перешкод у їх реалізації. Е. К. Утяшов правильно відзначає, що правовий режим – це «не тільки сукупність загальних правоустановлень, але і система правових і державно-організаційних заходів, спрямованих на їх забезпечення, які вправі здійснювати компетентні уповноважені державою органи, що володіють методами, засобами і ресурсами юридичного захисту» [1, с. 255]. Враховуючи, що, як слушно зауважує у своїй дисертаційній роботі Т. В. Малярчук, «найдосконаліший закон, розрахований

на правильне його застосування державними органами, виявиться неефективним, якщо практика його застосування не відповідатиме тим вимогам, які до неї пред'являються» [11, с. 8-9], важливим чинником забезпечення правового режиму є захист трудових прав, їх відновлення. В. С. Вавженчук стверджує, що «охорону трудових прав, а отже й превентивну охорону та захист трудових прав варто віднести до завдань у межах генеральної функції держави, яка включає в себе досягнення проголошених у Конституції завдань щодо утвердження України як соціальної, правової й демократичної держави» [12, с. 323]. Цілком погоджуючись із цим твердженням, зауважимо, що як чинник забезпечення правового режиму захист трудових прав працівників та роботодавців виявляє себе саме у рівні такого захисту, чим саме і проявляється правовий режим як динамічна структура, що дозволяє віднаходити проблеми у правовому регулюванні певної ділянки суспільних відносин. Сьогодні такий рівень є невисоким, через що йдуть дискусії щодо необхідності створення трудової юстиції в державі задля його підвищення, але поки-що реальних кроків у цьому напрямі не зроблено.

Висновки.

Підсумовуючи, слід вказати, що обсяг дослідження звужує можливості для ширшого аналізу кожного з виділених чинників, але і з викладеного очевидними та зрозумілими є два важливих висновки. По-перше, правовий режим у трудовому праві України забезпечений недостатньо: у частині першого чинника були виявлені прогалини, як-то відсутність стратегії розвитку виробництва в Україні; стосовно другого чинника взагалі констатовано його відсутність; щодо третього чинника потребує підвищення якість, послідовність та системність правотворчості в досліджуваній сфері; четвертий чинник вимагає активної робити в напрямі подолання правового нігілізму в державі та підняття рівня правової свідомості населення; п'ятий чинник також є полем для подальшого вдосконалення через низький рівень захисту трудових прав в Україні. По-друге, виділені чинники можуть бути чинниками ефективного забезпечення правового режиму в трудовому праві України лише за умови їх відповідності принципам правового режиму, виділених нами раніше, серед яких і науковість (наукова обґрунтованість), і системність, і доцільність, і зв'язок із практикою, тощо. Лише за умови дотримання цих принципів можливе забезпечення правового режиму в трудовому праві України визначеними чинниками на дійсно високому рівні.

Список використаних джерел:

1. Утяшов Э. К. Правовые режимы: понятие, признаки, структура, методы правового регулирования / Э. К. Утяшов // Право и политика. – 2014. – № 2 (170). – С. 252-259.
2. Хуторян Н. М. Напрямки розвитку трудового права / Н. М. Хуторян. – Правова держава. – Вип. 25. – С. 121-133.
3. Аналітична записка «Громадська активність найманих працівників в Україні в контексті реалізації їхніх прав та інтересів», підготовлена Національним інститутом стратегічних досліджень. [Електронний ресурс]. –Режим доступу : http://www.niss.gov.ua/articles/1578/
4. Новіков Д. Ортодоксальність як фундаментальна складова доктрини трудового права / Д. Новіков // Правова реформа: концепція, мета, впровадження. – 2017. – С. 313-315.
5. Васильєв С. В. Правова доктрина – джерело процесуального права / С. В. Васильєв // Актуальні питання інноваційного розвитку. – 2012. – № 2. – С. 70-76.
6. Бондаренко В. Умови ефективності застосування адміністративно-правових норм / В. Бондаренко // Вісник Нац. ун-ту "Львівська політехніка" : збірн. наук. праць. – 2016. – № 855. – С. 32–37. – (Серія: Юридичні науки).
7. Раневич О. Щодо питання про соціальну сутність права соціального забезпечення / О. Раневич // Вісник Львівського університету. – 2017. – Випуск 64. – С. 182–191. – (Серія : юридична).
8. Ємельяненко К. С. Позитивістський та соціологічний підходи до розуміння ефективності правового регулювання / К. С. Ємельяненко // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 19 (2). – С. 1-6.
9. Завальнюк В. В. Ефективність права: антропологічний та євроінтеграційний аспекти / В. В. Завальнюк // LEX PORTUS. – 2017. – № 1(3). – С. 39-49.
10. Сливка С. С. Юридична деонтологія : підручник / С. С. Сливка. –3-тє вид., перероб. і доп. – К. : Атіка, 2008. – 296 с.
11. Малярчук Т. В. Понятійний аппарат кримінально-процесуального права України : автореф. дис. к. ю. н.: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / Тетяна Володимирівна Малярчук ; Нац. акад. внутр. справ. – К., 2011. – 16 с.
12. Вавженчук С. Я. Охорона та захист трудових прав працівників : підручник / С. Я. Вавженчук. Х: Право, 2016. – 560 с.

В статье раскрываются государственные факторы, обеспечивающие правовой режим в трудовом праве Украины. Представлена обобщающая характеристика таких факторов, как: государственная политика относительно основ использования наемного труда; качество, последовательность и системность правотворчества по вопросам использования наемного труда; уровень правовой культуры ы правового сознания населения Украины; уровень защиты трудовых прав. Установлено, что правовой режим в национальном трудовом праве обеспечен на недостаточном уровне и, соответственно, он нуждается в усилении и усовершенствовании по ряду обнаруженных в ходе исследования проблем.

Ключевые слова: правовой режим, трудовое право Украины, обеспечение, эффективность, уровень, факторы.

The article discloses the national factors that ensure the legal regime in the employment law of our state. There is presented a general characteristic of the following factors: public policy regarding the basics of hired labour use; quality, consistency and systemacy of lawmaking on the hired labour use; the level of legal culture and legal consciousness of population in Ukraine; the labour rights defence level. It is determined that the legal regime is ensured at a low level in the national employment law, and requires strengthening and improvement by the range of defined problems.

Key words: legal regime, employment law of Ukraine, ensuring, efficiency, level, factors.

УДК 346.5-035. 63/.64

Тетяна Оверковська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права
Вінницького національного аграрного університету

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ БЕЗПЕЧНОСТІ ПРОДУКТІВ ХАРЧУВАННЯ

Стаття присвячена аналізу правових ознак, які характерні для безпечності продуктів харчування, визначенню особливостей правового регулювання даної сфери суспільних відносин, виокремленню зазначених ознак, а також формулюванню висновків, заснованих на положеннях чинного законодавства України.

Ключові слова: харчування, харчовий продукт, безпечний харчовий продукт, непридатний харчовий продукт, небезпечний фактор у харчовому продукті, сторонні речовини та домішки.

Постановка проблеми. Необхідність і важливість правового регулювання безпечності продуктів харчування зумовлюється реалізацією конституційного права громадян на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, гарантованого ст. 48 Конституції України, а також права вільного доступу до інформації про якість харчових продуктів, що гарантовано ст. 50 Конституції України.

Харчування – одна з основних життєво необхідних умов існування людини, біологічний процес вбирання їжі організмом людини для задоволення фізіологічних потреб. Повноцінне харчування відіграє визначальну роль у збереженні здоров'я нації та підвищенні життєвого рівня населення [1, с. 41].

Крім цього, статтею 25 Декларації прав людини ООН 1948 року проголошено право кожної людини на достатнє продовольче забезпечення з метою підтримання фізичного здоров'я й активного способу життя. Відповідно до міжнародно-правових принципів будь-яка держава світу зобов'язана створювати для громадян умови мотивації дотримання здорового способу життя, що, перш за все, передбачає споживання здорової їжі, стимулювання раціонального, збалансованого та повноцінного харчування [1, с. 41]. Отже, одним із важливих чинників забезпечення нормальної життєдіяльності людини, а також функціонування галузей економіки є належна безпечність та якість продуктів харчування та продовольчої сировини.

Аналіз досліджень і публікацій із проблем правового регулювання та забезпечення безпечності та якості продуктів харчування свідчить, що вагомий внесок у розроблення правових питань безпечності продуктів харчування зробили такі вчені, як С. Бугера, В. Єрмоленко, М. Гребенюк, Т. Коваленко, С. Лушпаєв, С. Марченко та інші. Разом із тим правові питання безпечності та якості продуктів харчування не втрачають своєї актуальності й у сучасних умовах господарювання та потребують подальшого дослідження.

Метою статті є акцентування уваги на необхідності правового регулювання безпечності продуктів харчування.

Виклад основного матеріалу. Стратегія розвитку аграрного сектора економіки на період до 2020 року, що схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 року № 806-р, одним із пріоритетних напрямів досягнення стратегічних цілей розвитку аграрного сектору економіки визначає забезпечення якості та безпечності харчових продуктів, дотримання вимог до їх виробництва у результаті вдосконалення системи сертифікації виробництва і стандартизації, впровадження на всіх підприємствах переробної та харчової промисловості систем управління якістю та безпечністю харчових продуктів, створення мережі лабораторій для визначення рівня якості сільськогосподарської продукції.

Правове регулювання виробництва безпечних та високоякісних продуктів харчування та сировини здійснюється на підставі низки законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів, серед яких слід зазначити Закони України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» від 22 липня 2014 р. № 1602-VII , «Про молоко та молочні продукти» від 24 червня 2004 р. № 1870-IV, «Про пестициди та агрохімікати» від 2 березня 1995 р. № 86/95-ВР, «Про ветеринарну медицину» від 25 червня 1992 р. № 2498-XII (в редакції від 16.11.2006 № 361-V), «Про

© Т. Оверковська, 2018

державну систему біобезпеки при створенні, випробовуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» від 31 травня 2007 р. № 1103-V та багато інших.

Харчовий продукт – це речовина або продукт (непереоблений, частково перероблений або перероблений), призначені для споживання людиною (п. 92 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» в редакції Закону від 22 липня 2014 р. № 1602-VII).

Аналіз змісту безпечності продуктів харчування доцільно зробити щодо його правової регламентації у чинному законодавстві України. Так, відповідно до п. 7 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» (в редакції Закону від 22 липня 2014 р. № 1602-VII) безпечний харчовий продукт – це харчовий продукт, який не справляє шкідливого впливу на здоров'я людини та є придатним для споживання. Отже, безпечний харчовий продукт повинен бути придатним для споживання людиною.

У законодавстві закріплюється також поняття небезпечного харчового продукту, тобто такого, що є шкідливим для здоров'я та/або непридатним для споживання (п. 44 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів»). Отже, продукт може бути придатним для споживання, але шкідливим для здоров'я. Зокрема, на законодавчому рівні шкідливим визнається продукт, який: 1) може спричинити короткостроковий чи довгостроковий вплив на здоров'я людини, яка його споживає, та на майбутні покоління; 2) може призвести до накопичувального ефекту токсичності; 3) впливає на особливу чутливість організму окремої категорії споживачів, якщо харчовий продукт призначений для цієї категорії споживачів.

Непридатним харчовим продуктом визнається харчовий продукт, який містить сторонні речовини та/або предмети чи пошкоджений в інший спосіб та/або зіпсований у результаті механічних, та/або хімічних, та/або мікробних факторів (п. 48 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів»). Таким чином, непридатним до споживання людиною харчовий продукт може стати як у процесі його виробництва, зокрема, шляхом привнесення сторонніх речовин чи предметів або в разі порушення вимог виробництва, так і в результаті його псування у процесі неналежного його зберігання, транспортування та реалізації.

Саме тому з метою запобігання негативному впливу харчового продукту на життя і стан здоров'я людей під час встановлення небезпечності харчового продукту необхідно враховувати: 1) звичайні умови використання харчового продукту споживачем, кожну стадію виробництва харчового продукту, переробки та обігу; 2) інформацію, яка надана споживачеві, зокрема, про маркування включно з інформацією про кінцеву дату реалізації харчового продукту, а також іншу загальнодоступну споживачеві інформацію з метою уникнення негативних для здоров'я наслідків, пов'язаних із харчовим продуктом або категорією харчових продуктів.

Варто зауважити, що в певних випадках на безпечність та якість харчових продуктів може вплинути наявність небезпечного фактору у харчовому продукті. Відповідно до чинного законодавства небезпечний фактор у харчовому продукті слід розглядати як будь-який хімічний, фізичний, біологічний чинник харчового продукту або його стан, що може спричинити шкідливий вплив на здоров'я людини (п. 48 ст. 1 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів»). Зокрема, небезпечними для життя і здоров'я людини можуть бути харчові продукти і продовольча сировина, які містять токсичні речовини, небезпечні для здоров'я мікроорганізми, гормональні препарати, харчові добавки, які недозволені до використання, шкідливі домішки тощо.

Певні аспекти щодо визначення небезпечності продукції містять положення Закону України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14 січня 2000 року № 1393-14. Так, відповідно до статті 1 зазначеного Закону до неякісної та небезпечної продукції належить: 1) продукція, яка не відповідає вимогам чинних в Україні нормативно-правових актів і нормативних документів стосовно відповідних видів продукції щодо її споживних властивостей; 2) продукція, яка не відповідає обов'язковим вимогам чинних в Україні нормативно-правових актів і нормативних документів щодо її безпеки для життя і здоров'я людини, майна і довкілля; 3) продукція, якій з моменту збуту споживачам виробником (продавцем) навмисно надано зовнішнього вигляду та (або) окремих властивостей певного виду продукції, але яка не може бути ідентифікована як продукція, за яку вона видається; 4) продукція, під час маркування якої порушено встановлені законодавством вимоги щодо маркування та (або) до змісту і повноти інформації, яка має при цьому пові-

домлятися; 5) продукція, строк придатності якої до споживання або використання закінчився; 6) продукція, на яку немає передбачених законодавством відповідних документів, що підтверджують якість та безпеку продукції. Отже, як вбачається, на законодавчому рівні певною мірою визначаються ті ознаки, що є характерними для визнання продуктів харчування та продовольчої сировини небезпечними для життя і здоров'я людини.

Важливими факторами у забезпеченні безпечності харчових продуктів для організму людини є: 1) відповідність складників харчового продукту вимогам, встановленим відповідною технічною документацією; 2) забезпечення безпеки харчового продукту можливе лише шляхом закріплення відповідних умов у нормативно-технічній документації стосовно кожного виду харчового продукту [2]. З огляду на це, питання забезпечення виробництва безпечних харчових продуктів та продовольчої сировини зумовлюють їх належну правову регламентацію та встановлення низки законодавчих вимог щодо них.

Так, наприклад, якість та безпечність молока та молочної сировини забезпечується встановленням ряду вимог щодо: а) показників безпечності та якості молока, молочної сировини та молочних продуктів; б) пакування і маркування молочної сировини та молочних продуктів; в) безпечності та якості молока, молочної сировини і молочних продуктів; г) технологічного обладнання та супутніх матеріалів, необхідних для провадження діяльності суб'єктами господарювання; д) ветеринарно-санітарного забезпечення, тобто забороняється продаж молока і молочної сировини без документа, що засвідчує епізоотичне благополуччя тварин у господарствах (ст.ст. 4-9 Закону України «Про молоко та молочні продукти» від 24 червня 2004 року № 1870-IV).

Зокрема, у виробництві традиційних молочних продуктів забороняється використовувати жири та білки немолочного походження, а також будь-які стабілізатори і консерванти (ч. 2 ст. 6 Закону України «Про молоко та молочні продукти»). Проте за підсумками рейдів Спілки молочних підприємств спільно з громадською організацією «Громадський контроль» щодо перевірки якості молочних продуктів встановлено, що приблизно 40 тисяч тонн вершкового масла в Україні виробляється з чого завгодно, тільки не з молока. Про це свідчать результати нескладного підрахунку. На виробництво 101 тисячі тонн вершкового масла, виготовлених 2016 року, мало бути використано 2,2 мільйона тонн молока, насправді ж – на 898 тисяч тонн менше. Отже, 40 тисяч тонн – це фальсифікат [3, с. 5]. Отже, вживання людиною небезпечних, фальсифікованих продуктів харчування становить значний ризик для її здоров'я.

Однією з правових підстав попередження цієї негативної тенденції, на нашу думку, слід вважати прийняття Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» від 18 травня 2017 року № 2042-19, який набуває чинності 4 квітня 2018 року. Зазначений Закон має на меті визначити правові та організаційні засади державного контролю у сфері забезпечення безпечності та якості харчових продуктів і кормів, у тому числі побічних продуктів тваринного походження, що не призначені для споживання людиною, а також благополуччя тварин.

Крім цього, здійснення державного контролю у зазначеній сфері суспільних відносин є дієвим правовим засобом захисту прав громадян на безпечність харчових продуктів, а його сутність полягає в тому, що контролюючий суб'єкт здійснює перевірку додержання операторами ринку покладених на них обов'язків щодо забезпечення якості та безпечності продуктів харчування та продовольчої сировини, а також запобігання виробництву та обігу продукції, яка становить ризик суспільним інтересам.

З точки зору правового регулювання безпечності продуктів харчування слід звернути увагу на положення Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» в частині функціонального забезпечення проведення державного моніторингу щодо безпечності харчових продуктів як функції державного регулювання безпечності та якості харчових продуктів.

Відповідно до ст. 19 Закону України «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» державний моніторинг проводиться у межах заходів державного контролю з такою метою: 1) визначення пріоритетних напрямів державної політики у сфері харчових продуктів та кормів, здоров'я та благополуччя тварин; 2) розроблення заходів з недопущення обігу небезпечних харчових продуктів та кормів; 3) визначення загального рівня забруднення харчових продуктів та кормів залишками пестицидів та ветеринарних препаратів, іншими забруднюючими речовинами.

При цьому державний моніторинг передбачає збирання, системний аналіз та оцінку: а) інформації щодо безпечності харчових продуктів та кормів, здоров'я та благополуччя тварин, зокрема щодо виявлення в харчових продуктах і кормах залишків ветеринарних препаратів, пестицидів та забруднюючих речовин, а також формування відповідних баз даних; б) звернення фізичних та юридичних осіб щодо порушень законодавства про харчові продукти та корми, здоров'я та благополуччя тварин, а також іншої необхідної інформації.

Аналізуючи положення чинного законодавства України щодо безпечності та якості харчових продуктів, звертаємо увагу той факт, що в певних випадках відбувається чітка регламентація правових ознак непридатності та небезпечності окремих видів харчових продуктів. Так, наприклад, ч. 4 ст. 39 «Про державний контроль за дотриманням законодавства про харчові продукти, корми, побічні продукти тваринного походження, здоров'я та благополуччя тварин» встановлюються положення, згідно з якими рибні продукти визнаються не придатними для споживання людиною, а саме: 1) якщо за результатами органолептичних досліджень, лабораторних досліджень (випробувань) на наявність паразитів встановлено невідповідність рибних продуктів законодавству; 2) якщо у їстівних частинах рибних продуктів містяться забруднюючі речовини або залишки у кількості, що перевищує рівень, встановлений законодавством або розрахований на підставі обсягу очікуваного (допустимого) щоденного (щотижневого) споживання людиною таких продуктів; 3) якщо рибні продукти не відповідають встановленим вимогам, зокрема: отримані із отруйних риб, мають залишки забруднюючих речовин та паразитів, не відповідають встановленим законодавством показникам свіжості; 4) якщо рибні продукти отримані із живих двостулкових молюсків, живих голкошкірих, живих морських черевоногих, вміст біотоксинів у яких перевищує рівень, встановлений законодавством; 5) якщо державний ветеринарний інспектор має достатні підстави вважати, що з будь-яких інших причин рибні продукти становлять загрозу для здоров'я людини та/або тварини.

Правове регулювання безпечності харчових продуктів слід розглядати як один зі способів гарантування безпеки життя і здоров'я людей, що закріплено Конституцією України. Тому важлива роль у забезпеченні якості та безпечності продуктів харчування і продовольчої сировини відводиться державному регулюванню у сфері безпечності харчових продуктів, яке здійснюється з метою захисту життя, здоров'я та інтересів споживачів. Зокрема, державне регулювання безпечності та окремих показників якості харчових продуктів здійснюється шляхом: встановлення санітарних заходів; встановлення вимог до окремих показників якості харчових продуктів; державної реєстрації визначених законодавством об'єктів санітарних заходів; видачі, припинення, анулювання та поновлення експлуатаційного дозволу; інформування та підвищення обізнаності операторів ринку і споживачів щодо безпечності та окремих показників якості харчових продуктів; встановлення вимог щодо стану здоров'я персоналу потужностей; участі у роботі відповідних міжнародних організацій; здійснення державного контролю; притягнення операторів ринку, їх посадових осіб до відповідальності у разі порушення законодавства про безпечність та окремі показники якості харчових продуктів (ст. 4 Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» у редакції Закону від 22 липня 2014 р. № 1602-VII).

Саме тому у сучасних умовах пріоритетні завдання держави у сфері організації раціонального харчування громадян передбачають інформування населення про склад і безпечність харчових продуктів; забезпечення доступності харчових продуктів у достатній кількості й асортименті для кожної людини, задоволення її потреб у повноцінному та безпечному харчуванні [1, с. 41]. Так, наприклад, в Україні останнім часом набуває актуальності питання щодо заборони використання трансжирів у виробництві продуктів харчування. Необхідність цього обґрунтовується тим, що споживання трансжирних кислот пов'язано з підвищеним ризиком розвитку цілого ряду порушень у стані здоров'я населення. Трансжири найчастіше трапляються в технологічно оброблених харчових продуктах, що містять гідрогенізовані рослинні олії. Максимальне обмеження вмісту промислових трансжирів у харчових продуктах отримало докази високої ефективності та економічної доцільності серед заходів суспільної охорони здоров'я, які дозволять поліпшити раціон харчування та знизити ризик неінфекційних захворювань, особливо серцево-судинних захворювань, пов'язаних з ураженням кровоносних судин атеросклерозом. У 2003 році Данія, перша в світі країна, ввела практично повну заборону продажу продуктів, що містять трансжири. Натепер Європейський регіон ВООЗ є світовим лідером за таким параметром, як кількість країн, які запровадили заходи щодо вилучення

трансжирів із харчових продуктів [4, с. 6]. У зв'язку з цим розроблений законопроект «Про внесення змін до Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» щодо обмеження вмісту трансжирних кислот у харчових продуктах.

Дієвими заходами щодо забезпечення виробництва якісних та безпечних для здоров'я людей продуктів харчування рослинного і тваринного походження слід вважати, на нашу думку, дотримання еколого-правових вимог у процесі здійснення сільськогосподарського землекористування. Згідно із Законом України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 р. № 962-IV еколого-правовий аспект забезпечує: природно-сільськогосподарське, еколого-економічне, протиерозійне та інші види районування (зонування) земель (ст. 26); нормативи гранично допустимого забруднення ґрунтів (ст. 31); нормативи якісного стану, що встановлюються з метою запобігання виснаженню ґрунтів (ст. 32); нормативи оптимального співвідношення культур у сівозмінах у різних природно-сільськогосподарських регіонах (ст. 33-1) та нормативи показників деградації земель та ґрунтів (ст. 34); встановлення вимог до землевласників і землекористувачів при здійсненні господарської діяльності на землях сільськогосподарського призначення (ст. 36) тощо.

Певні правові аспекти щодо спрямування аграрного сектору економіки на виробництво безпечної і якісної сільськогосподарської продукції містить Концепція Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року, яка схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1437-р., метою якої є створення організаційно-економічних умов для ефективного, соціально спрямованого розвитку аграрного сектору економіки, у тому числі стабільного забезпечення населення високоякісною та безпечною вітчизняною сільськогосподарською продукцією.

При цьому пропонуються такі шляхи і способи розв'язання окреслених завдань і проблем: наближення законодавства України до законодавства ЄС у сфері сільського господарства, включаючи вимоги до безпечності харчових продуктів, сприяння широкому впровадженню постійно діючих процедур, заснованих на принципах системи аналізу небезпечних факторів та контролю у критичних точках (НАССР), на потужностях харчової та переробної галузі; сприяння створенню нових потужностей із виробництва та глибокої переробки сільськогосподарської продукції та модернізації наявних, зокрема у сфері виробництва органічної продукції, садівництва, тваринництва, виноградарства, продукції дитячого харчування тощо.

Висновки.

Проведений аналіз і положення чинного законодавства України дають можливість визначити правові ознаки безпечності продуктів харчування: а саме: 1) харчовий продукт має бути придатним для споживання; 2) не повинен справляти шкідливого впливу на здоров'я людини та на майбутні покоління, а також не повинен призводити до накопичувального ефекту токсичності; 3) у ньому відсутні сторонні речовини чи предмети, токсичні речовини, небезпечні для здоров'я мікроорганізмів, гормональні препарати, забруднюючі речовини або залишки у кількості, що перевищує рівень, встановлений законодавством, а також харчові добавки чи домішки, що не дозволені до використання; 4) містить належне маркування продукції та повну інформацію про окремі види продуктів харчування, а також інформацію про кінцеву дату придатності до споживання; 5) відповідає вимогам чинного законодавства України та нормативним документам щодо споживних властивостей продуктів харчування та безпечності для життя і здоров'я людини; 6) безпечність продуктів харчування має забезпечуватися системою заходів і технічних регламентів; 7) безпечний харчовий продукт не повинен впливати на особливу чутливість організму окремої категорії споживачів, для якої даний харчовий продукт призначений.

Отже, створення належних економіко-правових умов для виробництва якісної та безпечної сільськогосподарської продукції сприятиме забезпеченню населення високоякісними та безпечними продуктами харчування та посилить присутність України на світовому ринку сільськогосподарської продукції.

Список використаних джерел:

1. Гребенюк М. Сучасна концепція здорового та раціонального харчування – складова системи забезпечення продовольчої безпеки України / М. Гребенюк // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 6. – С. 41-45.

2. Пархоменко М. М. Правове визначення якості як засіб забезпечення безпеки харчової продукції / М. М. Пархоменко. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www. sworld. com.ua.

3. Гончаренко В. Масло без масла / В. Гончаренко // Урядовий кур'єр. – 2017. – 22 грудня (№ 242). – С. 5.

4. В Україні можуть заборонити використання трансжирів у виробництві харчової продукції // Реклама на село. – 2017. – 1 червня (№ 22). С. 6.

Статья посвящена анализу правовых признаков, которые характерны для безопасности продуктов питания, определению особенностей правового регулирования данной сферы общественных отношений, выделению обозначенных признаков, а также формулировке выводов, основанных на положениях действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: питание, продукт питания, безопасный продукт питания, непригодный продукт питания, опасный фактор в продукте питания, посторонние вещества и примеси.

The article is devoted to the analysis of legal features that are characteristic for the safety of food, the designation of the peculiarities of legal regulation of this sphere of social relations, the singling out of the indicated signs, and the formulation of conclusions based on the provisions of the current legislation of Ukraine.

Key words: food, food, safe food, unsuitable food product, dangerous factor in the food product, foreign matter and impurities.

УДК 349.41:332.33

Ярослав Байкалов,
магістр кафедри геодезії та будівництва підземних споруд
Донецького національного технічного університету

Марина Пархоменко,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри загальнонаукової підготовки
Індустріального інституту
Донецького національного технічного університету

ПРАВОВІ АСПЕКТИ РЕФОРМУВАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН, ЯКІ ВПЛИВАЮТЬ НА МЕХАНІЗМИ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНОГО РОЗВИТКУ АГРОПРОМИСЛОВОГО КОМПЛЕКСУ

Стаття присвячена проблемі здійснення земельної реформи в Україні та аналізу етапів реформування земельних відносин і створення територіальних умов для стабілізації та економічного розвитку агропромислового комплексу. У статті проаналізовано основні завдання земельної реформи, розглянуто проблеми земельних відносин, від яких залежить ефективність функціонування економіки, раціональне використання земельних ресурсів. Визначено основні підходи до вирішення проблем реформування земельних відносин та їх розвиток. Розглянуто результати реформування та деякі недоліки роздержавлення земель. Висвітлено сучасні проблеми земельних відносин і шляхи їх подолання.

Ключові слова: реформування земельних відносин, земельна реформа, землеволодіння та землекористування, органи виконавчої влади, земельні відносини, реструктуризація сільськогосподарських підприємств.

Постановка проблеми. За роки земельної реформи значно збільшено землеволодіння і землекористування громадян, що дозволяє збільшити використання земельного фонду в цілому, збільшити виробництво сільськогосподарської продукції. На початку земельної реформи, в кінці 1990 р., громадяни використовували 2,65 млн га сільськогосподарських угідь, або 5,6 % загальної площі в країні. Площа індивідуального землекористування могла бути і раніше у нас значно більшою, якщо політика обмеження селянського землекористування у сімдесятих роках не здійснювалася б на основі так званої «теорії відмирання особистого господарства залежно від міри розвитку суспільного виробництва». Пізніше ця теорія була відкинута і скасовані необґрунтовані обмеження, однак площу присадибного землекористування не було відновлено. Щодо розвитку фермерства, інших форм господарювання тоді, як ми знаємо, не могло бути й мови. Той, хто мав індивідуальне господарство (таких було декілька у західних областях України), вважали мало не куркулями. Саме розміром ділянок 0,06 га обмежили колективне садівництво, індивідуальне дачне будівництво заборонили, розміщення городів для міського населення переростало у загальнодержавну проблему.

Земельна реформа дозволила покласти край цій дестабілізації для громадян. Різноманітність форм господарювання на землі стала одним із принципів реформування земельних відносин. За роки реформи землеволодіння і землекористування громадян було збільшено з 2,65 млн га до 7,4 млн га, або у 2,8 рази. Нині 21 млн громадян, або майже кожна сім'я, мають землю у власності або особистому користуванні. Раніше ми могли б це зробити? Чи можливо мовчати про це, аналізуючи наповнення нашого продовольчого ринку зараз, в умовах економічної кризи, коли ми розглядаємо і рахуємо обсяги та склад продукції, що виробляється населенням в особистих господарствах.

За час проведення земельної реформи були пройдені її складні етапи – роздержавлення та приватизація продуктивних земель, організаційна перебудова аграрного виробництва. Однак практично неможливо було підійти до остаточної цілі, яка постала перед земельною реформою, що полягала в забез-

© Я. Байкалов, М. Пархоменко, 2018

печенні раціональності, ефективності та екологічної безпечності у використанні земельних ресурсів і охороні земель. Це зумовлює всебічне вивчення завершальних процесів земельної реформи, розроблення надалі напрямів їх поліпшення, щоб створити умови для розвитку високоефективного, конкурентоспроможного аграрного виробництва.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблеми земельних відносин в Україні щодо ефективного використання земельних ресурсів, розвиток земельного ринку та аналіз етапів реформування земельних відносин розглядали багато наукових провідних учених, серед них: Д. С. Добряк [1, 2], І. Р. Михасюк [3], Л. Я. Новаковський [4, 2], П. Т. Саблук [5], А. Третяк [6], М. М. Федоров [7] та інші. На думку вчених, недостатньо досліджено рівень розвитку земельних відносин, що призводить до незадовільного стану розвитку сільського господарства та дотичних до нього сфер економіки [8]; теоретичну основу становлення деталей державного управління землями сільськогосподарського призначення [9]. Потребує більш ретельного вивчення питання щодо ефективності використання земельних ресурсів, механізмів регулювання ринку землі й обігу земель сільськогосподарського призначення.

Формування цілей статті. Мета статті полягає в дослідженні й аналізі етапів розвитку земельної реформи в Україні, виявленні як негативних, так і позитивних аспектів, що з'явилися у процесі роздержавлення і приватизації земель сільськогосподарського призначення, визначенні поземельних відносин з урахуванням змін, що відбулися в аграрному секторі економіки, та вдосконаленні механізмів регулювання земельних відносин.

Виклад основного матеріалу. У листопаді 1997 року відбулося засідання Ради регіонів при Президентові України, на якому розглядалися принципові питання реформування земельних відносин в агропромисловому комплексі. Були прийняті відповідні рішення, що в основному полягали у тактиці подальшого вдосконалення земельних відносин у країні, реалізації конструктивних заходів щодо підвищення ефективності управління землекористуванням.

Силами місцевих органів виконавчої влади та землевпорядної служби в країні проведено велику роботу зі створення в аграрній сфері територіальної основи майбутніх господарських структур ринкового типу, які базуються на приватній власності на землю й інші засоби виробництва та особистій зацікавленості в ефективному господарюванні, особистій відповідальності за її наслідки.

Землі роздержавлено у 99,3 % господарств, які мають на це право, в тому числі в 1 300 колишніх держгоспів. У власність членам недержавних сільськогосподарських підприємств було передано 27,4 млн га земель, оціночна вартість яких дорівнює понад 100 млрд гривень. Насправді вона набагато вища і, як відомо, буде продовжувати зростати [10].

У разі роздержавлення земельного фонду відповідно до норм Земельного кодексу України створено резервний фонд, площа якого становить 3 млн 80 тис. га. Метою цього фонду є надання громадянам, які стали членами колективних сільськогосподарських кооперативів, сільськогосподарських акціонерних товариств, безкоштовної частки землі і права безкоштовного приєднання до складу цих підприємств. Фонд задовільнить потреби у ділянках і тих громадян, які переїжджають у сільську місцевість або бажають збільшити своє особисте землекористування. Оскільки резервний фонд був державною власністю, то у здебільшого (92 %) його площі було передано у постійне користування попереднім землекористувачам.

Верховна Рада України, щоб задовольнити потреби громадян, які бажають організувати селянські (фермерські) господарства, у землі, вирішила в цей час передати 7-10 % площі земель у резерв. Як відомо, за рахунок частини цих земель і земельних часток громадян, що залишали колективні сільськогосподарські підприємства, створено понад 35 тис. фермерських господарств, у користуванні та власності яких нині перебуває 1036 тис. га сільськогосподарських угідь, або 29 га в середньому на одне господарство.

У складі земель, які перебувають у резерві, на кінець 1998 р. було 3,1 млн га земель, в основному сільськогосподарських угідь. Ці площі зазвичай передаються у тимчасове користування сільськогосподарським підприємствам, але ефективність їх використання залишає бажати кращого. І взагалі, в історії нашого землекористування в останні тридцятиліття не було такої площі землі, у якої не бувало постійного користувача. На той час було потрібно визначити перспективу земель запасу, скоротити їх площу до мінімуму, вжити заходів для раціонального використання цих земель.

У 1990 р. 25 % валового обсягу сільськогосподарської продукції країни було вироблено громадянам. Виходячи з 1 га площі її вартість була у 4,2 рази вище за аналогічний показник громадського сектора. Якби рівень виробництва зберігся, то тепер в особистих господарствах (площа яких у 2,7 рази збіль-

шилася) могло вироблятись до 70 % обсягу сільськогосподарської продукції 1990 р. Це набагато більше, ніж те, що було вироблено в 1998 р. у країні в цілому, інше кажучи, на всіх 41 млн. га сільськогосподарських угідь.

Нині ефективність використання землі в особистих господарствах громадян у 4,8 рази вища, ніж у колективних сільськогосподарських підприємствах і товариствах у цілому. Однак збільшення рівня землекористування відбулося на фоні значного зниження обсягів виробництва як у громадському, так і в особистому господарствах. Коли цей процес суспільство вже зможе подолати, особисте господарство про себе ще заявить. Безсумнівно, зі значною підтримкою від держави, в умовах розвитку різних форм кооперації в сільській місцевості.

Передача у колективну власність 46 % всієї землі зумовила вирішення питань персоніфікації цієї спільної власності. У Земельному кодексі України існує категорія середньої земельної частки як норми безкоштовної передачі землі громадянам у разі організації селянського (фермерського) господарства. У визначенні цієї норми у межах сільської Ради в цілому враховується площа угідь, тобто і тих земель, що вже перебувають у власності та користуванні громадян і не можуть перерозподілятись.

Постанова Верховної Ради України від 13 березня 1992 р. «Про форми державних актів на право власності на землю і право постійного користування землею» [11] передбачає додаток – список громадян, які є членами КСП, кооперативів і товариств, які відповідно до держакта мають право на передану землю. Розмір ділянки, що припадає на одного члена підприємства, було визначено як земельну частку (пай) і в період 1996–1998 рр. по кожному господарству, де загальні збори прийняли відповідні рішення, визначено розмір частки кожного у спільній колективній власності. Цей процес був названий «паювання земель».

Станом на 01.01.1999 розмір часток (паїв) було визначено в 10 859 господарствах, або на 99,7 % роздержавлених земель. Сертифікати на право на земельну частку (пай) видано 6 млн громадян. Паювання не проводились в 97 господарствах, у 34 з яких це рішення було прийнято загальними зборами, в інших – через незначну площу сільгоспугідь та у зв'язку із суперечками щодо землекористування. Середній розмір частки (паю) становить 4,2 га: мінімум (1,1 га) – в Івано-Франківській, максимум (9,3 га) – у Луганській області [10].

Як показує досвід багатьох господарств, які є у кожній області, персоніфікація спільної власності на землю дала змогу значно збільшити інтерес громадян до результатів виробництва, зміцнити трудову дисципліну, припинити соціальну захищеність. Тут у науковців є повне розуміння і підтримка акції паювання землі.

У господарствах, де щороку знижуються показники виробництва через економічну кризу, паювання буде у стані спаду. Саме з таких господарств працівники виходять зі своїми паями, тут частіші й ситуації продажу сертифікатів

Окремою, хоч і досить незначною, є група господарств, де до цього часу сертифікати лежать у сейфах керівників господарств або ж голів сільських рад. Тут діє старий принцип: «не пускати» людей до власності, робити з паювання «опудало», яке нібито призводить до порцеляції земель, ліквідації великих господарств.

Щодо цього можна сказати, що селяни краще, ніж політики, розуміють, що на 4,2 га паю, крім овочівництва закритого ґрунту і квітникарства, не створити прибуткового сільськогосподарського виробництва. А тому вони не поспішали залишати КСП. Протягом трьох років подали заяви про одержання часток у натурі і вийшли з господарств 55 723 громадянина. Це менше ніж 1 % кількості тих, хто отримав сертифікати. Вихід такої чисельності робітників не міг призвести до ліквідації господарств і не призвів до цього. Інша справа, що частина господарств була реорганізована, але процес розукрупнення був і раніше. Ми повинні, врешті-решт, поважати волю і право сільських працівників працювати там, де вони хочуть, і працювати з тими, з ким вони хочуть. Проте це не означає, що під виглядом утвердження господаря землі повинні ігноруватися пошуки ефективного керівника, організатора виробництва, менеджера. Це одне з найсерйозніших завдань сільськогосподарських органів управління у сучасних умовах, і з цим справляємось поки що погано.

Кілька слів про обіг сертифікатів. За останні роки відбулася зміна власників 24 724 сертифікатів, з яких 85 % успадковані. І це нормально. Було продано 1700 сертифікатів (в основному в Миколаївській, Закарпатській, Київській та Донецькій областях), причому 618 – членам колективних сільськогосподарських підприємств. З 1000 інших сертифікатів частина перейшла до тих, хто не мав прямого відношення до сільськогосподарського виробництва. Щоб запобігти цьому в майбутньому, Президент України у квітні 1998 року видав Указ «Про захист прав власників земельних часток (паїв)», увівши спеціальну реєстрацію договорів

купівлі-продажу в райдержадміністраціях та встановивши перелік громадян, які можуть набувати право на сертифікат. Потрібно не забувати, що у приватній власності максимальний розмір землі повинен становити до 50 га орної землі, а у важкодоступних районах – до 100 га і що норми нашого законодавства стосуються також приватних нотаріусів, які реєструють багато договорів.

Одним із незаперечних досягнень земельної реформи є введення оренди землі. Орендні земельні відносини, що захищають статус власника, дозволяють спрямовувати кошти виробника не на купівлю землі, а на розвиток виробництва, підвищення ефективності використання земельних ресурсів. Станом на 01.01.1999 в Україні здано в оренду 1 384 тис. га землі, з яких 1 370 тис. га (99 %) земель сільськогосподарського призначення. Основними орендарями є юридичні й фізичні особи України. Іноземні юридичні особи орендують 5,7 тис. га в Сумській області.

Орендні земельні відносини набувають подальшого розвитку, коли 1998 року Верховна Рада ухвалила Закон «Про оренду землі». Уряд прийняв Постанову «Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі» [12], розробляється пакет нормативних документів, що відрегулюють усі питання, пов'язані з орендою. На орендованій землі господарювання має великі перспективи в Україні.

Правове регулювання залишається одним із найскладніших питань подальшого реформування земельних відносин.

Невідповідність багатьох норм Земельного кодексу [13] вимогам Конституції України [14], наявність 17 інших законодавчих актів і 9 указів Президента України, що мають суперечності, як зазначають у Комітеті з питань аграрної політики і земельних відносин Верховної Ради України, створює хаос у земельних правовідносинах, призводить до порушення прав окремих громадян.

На той момент не було визначено повноважень органів виконавчої влади щодо розпорядження землею. Необхідно було б однозначно вирішити питання обігу земель, відмовитись від значної кількості актів, що містять суперечливі норми. У цей час було необхідно прийняти нову редакцію Земельного кодексу якомога швидше. Також насамперед потребувало регулювання питання державного контролю за використанням і охороною земель, здійснення землеустрою.

Реалізація концепції земельної реформи в аграрній сфері шляхом паювання земель недержавних сільськогосподарських підприємств стала найбільш успішним компромісом між принципами економічної доцільності та соціальної справедливості. Сьогодні ми можемо констатувати, що цей етап земельної реформи в сільській місцевості виправдав себе: в цілому Україна уникла суттєвої соціальної напруги під час перерозподілу продуктивних земель. Земля передається у власність тим, хто працює на ній, та пенсіонерам з їх числа.

Відмовились розпаювати землі 43 господарства за рішенням їх загальних зборів.

Сертифікати на право на земельну частку (пай) були видані в 10 616 господарствах для 5,9 мільйона селян.

Попередній аналіз результатів реформи власності на землю показує, що поряд із безперечними досягненнями були недоліки, над усуненням яких потрібно цілеспрямовано працювати. Ці недоліки виходять із масштабності робіт, недостатнього рівня підготовки фахівців, відсутності належного фінансування технічних заходів, низького рівня роз'яснювальної роботи серед населення. Слід зазначити, що революційний, по суті, характер змін у земельних відносинах не міг не викликати певного опору серед керівників господарств та районів.

На засіданні колегії Комітету 25 грудня 1997 року було проаналізовано ці недоліки, опрацьовані конкретні заходи щодо їх усунення та окреслена подальша робота з удосконалення земельних відносин, особливо в агропромисловому виробництві.

У процесі передачі продуктивних земель у власність селян у ряді регіонів не було приділено належної уваги контролю за складанням списків громадян-співвласників колективної власності і їх наступному уточненню в процесі паювання. У результаті, як випливає із матеріалів перевірок, проведених Комітетом у дев'яти областях, у списках певної кількості селян мають місце пропуски, незаконні відмови у праві на земельну частку (пай) через невеликий стаж роботи в господарстві, звільнення з господарства після роздержавлення тощо. Такі випадки наявні в Херсонській, Хмельницькій, Київській та інших областях.

У деяких областях, зокрема у Львівській, багато селян вважають, що їх пограбували органи місцевого самоврядування, включивши до списків громадян, які мають право на земельну частку (пай), не тільки працівників соціальної сфери на селі, але також інших громадян, які не мають ніякого відношення до села, праці на землі.

Паювання земель привело до значних змін у земельних відносинах, спричинило активність сільського населення у зв'язку з набутою можливістю розпоряджатися земельною власністю. Тому одним з основних

завдань удосконалення земельних відносин в аграрній сфері стало забезпечення максимально спрощених умов для реалізації громадянами права на земельні ділянки у разі їх виходу за власним бажанням із членів недержавних сільськогосподарських підприємств із власними земельними частками (паями).

Було накопичено певний практичний досвід. Так, станом на 01.01.1998 з 5,9 млн власників сертифікатів на право на земельну частку (пай) з власними земельними ділянками воліли вийти з недержавних сільськогосподарських підприємств 50,1 тис. і отримали ці земельні ділянки в натурі 24,7 тис. із них. Для забезпечення умов рівності прав на господарську діяльність, щоб запобігти погіршенню технологічних територіальних умов господарювання шляхом порушення організації використання земель, за ініціативою Держкомзему розпочалась розробка схем поділу земель господарств на земельні частки (паї). Було розроблено 1 249 таких схем, аналогічні схеми повинні бути розроблені для всіх 10 тис. господарств у найближчий період [10].

Досвід безперешкодного набуття права власності окремими громадянами недержавних сільськогосподарських підприємств, які побажали отримати свої земельні ділянки в натурі, виявив низку проблем, серед яких найбільш суттєвими є:

1) набуття права власності на землю групою громадян та виділення для них єдиного масиву сільськогосподарських угідь;

2) забезпечення отримання громадянами земель у натурі до початку сільськогосподарського року;

3) розв'язання правових колізій щодо набуття громадянами, які залишають недержавні сільськогосподарські підприємства, прав на земельні ділянки, що мають спільну сумісну власність;

4) визначення термінів узгодження загальними зборами місцеположення земельних ділянок, які громадяни можуть отримати в натурі у разі їх виходу з господарства;

5) врегулювання механізмів обміну майнових і земельних паїв;

6) своєчасне і повне інформування громадськості про права громадян на землю та порядок їх реалізації.

Завершивши паювання земель, ми повинні значно прискорити темпи реструктуризації сільськогосподарських підприємств, перш за все шляхом широкого запровадження орендних земельних і майнових відносин. Як випливає з матеріалів соціологічних досліджень, сільське населення, рішуче захищаючи своє право власності на землю, в абсолютній більшості не виступає за створення сімейних товарних господарств на основі власних земельних часток (паїв). Про це свідчить, зокрема, і відсутність приросту селянських (фермерських) господарств у більшості регіонів. Селяни хочуть працювати спільно, у великих господарствах, і ми повинні створити для них умови.

Були визначені два погляди на проведення реструктуризації недержавних сільськогосподарських підприємств. Перший полягає в тому, щоб провести її протягом декількох місяців на основі стихійного виявлення побажань місцевого населення. Це неминуче призведе до некерованого подрібнення землекористування в товарному сільськогосподарському виробництві, втрати значної частини наявної виробничої інфраструктури.

Другий погляд – це належне обґрунтування на варіантній основі в кожному конкретному господарстві, що реструктуризується, оптимальних параметрів господарювання з урахуванням особливостей структури угідь, ландшафтних умов, розміщення населених пунктів, виробничих комплексів, працездатного населення тощо.

Поважаючи волю громадян щодо вільного вибору ними шляхів реалізації права власності на землю, членам цих господарств потрібно запропонувати вибір оптимальних варіантів майбутніх господарських структур, які стануть конкурентоздатними і високотоварними.

Так підходять до цього в Полтавській, Донецькій, Сумській та ряді інших областей.

Реструктуризація господарств, на нашу думку, не повинна призводити до суттєвого порушення організації сівозмін, диференційованого використання продуктивних угідь. У зв'язку з цим ми передбачаємо необхідність проведення в значних обсягах землевпорядних робіт стосовно організації території новостворених господарств, пристосування технології і організації землеробства до ринкових економічних умов з урахуванням екологічних вимог до використання земель.

Необхідно посилити увагу до використання земель запасу та резервного фонду, які створені в процесі земельної реформи і перебувають у державній власності.

Наприкінці 1998 року резервний фонд сільськогосподарських угідь становив у середньому 280 га на одне господарство. В цілому близько 3 млн га сільськогосподарських угідь є в Україні у резервному фонді, або близько 10 % площі земель роздержавлених підприємств, що зумовлює необхідність більш пильної уваги місцевих державних адміністрацій і сільськогосподарських органів до їх ефективного використання. На той момент ми були переконані в тому, що резерв-

ний фонд земель мав бути переданий громадянам у найближчий період часу відповідно до цільового призначення вказаного фонду.

Звернення громадян, особливо працівників соціальної сфери і пенсіонерів з їх числа, щодо надання їм земельних ділянок для ведення особистого підсобного господарства потрібно більш повно задовольнити.

Приблизно 21 млн громадян одержали у власність і користування 7,0 млн га сільськогосподарських угідь за роки реформування земельних відносин. Це еквівалентно загальній площі продуктивних земель, наприклад, у Бельгії, Голландії і Данії, якщо взяти разом. Більше половини загального обсягу сільськогосподарської продукції виробляється в особистих підсобних господарствах населення.

Останніми роками практично припинилось виконання робіт щодо охорони земельного фонду. Третина сільгоспугідь продовжує піддаватися дії ерозії. Так, у 1997 р. посіви сільськогосподарських культур були повністю змиті сильними дощами на площі 380 тис. га, в тому числі в Одеській області – 66,4 тис. га, Тернопільській – 44,1, Львівській – 36,7, Харківській – 36,4 тис. га. Це відбувається виключно через невиконання господарюючими суб'єктами заходів із боротьби з ерозією. Площі еродованих земель зростають з кожним роком.

Усе частіше стає елементом економічної безпеки держави питання охорони земельного фонду. Всі мають усвідомлювати, що запозичити можна будь-які фінансові та матеріальні ресурси, а землю нам ніхто не позичить. Тому необхідно самостійно вживати заходи для охорони земельного фонду.

Саме життя, розвиток економічних реформ ставлять нові, все більш складні завдання перед землевпорядною службою країни.

Якщо до реформування в країні нараховувалося 85 тис. первинних землекористувачів, то натепер їх кількість перевищує 22 млн. Розпочинається процес широкого запровадження орендних земельних відносин. Суттєве ускладнення завдань щодо регулювання державою земельних відносин вимагає введення сучасної реєстраційної системи. Ефективна робота земельних органів держави має велике значення для забезпечення належного стягнення земельного податку, здійснення земельного обігу.

Висновки.

Багато проблем земельної реформи пов'язані з недосконалістю законодавчої бази. Спроба уряду привести положення Земельного кодексу у відповідність до норм Конституції України не знайшла підтримки у Верховній Раді. Ці положення стосувались власності юридичних осіб на землю та формування комунальної власності на землю, а також застави землі, що на той час було вкрай необхідним привести у відповідність до конституційних положень.

Потрібно здійснити суцільну інвентаризацію територій населених пунктів та кадастрового землеустрою і визнати це одним з найбільш актуальних завдань на сучасному етапі земельної реформи.

Треба запровадити економічне стимулювання будівництва на землях, малоцінних для сільськогосподарського виробництва, порушених, перезволожених тощо.

Поняття «невикористання земельної ділянки, наданої для несільськогосподарських потреб», а також «використання землі не за цільовим призначенням» (пункти 7, 8 ст. 27 Земельного Кодексу України) визначити на законодавчому рівні, що значно підвищить ефективність використання міських територій і збереже наявні цінні продуктивні землі [13].

Роботи з автоматизації ведення державного земельного кадастру активізувати шляхом запровадження єдиної ідентифікаційної системи реєстрації земельних ділянок, для чого на законодавчому рівні вирішити фінансування матеріально-технічного забезпечення.

Список використаних джерел:

1. Добряк Д. С. До авторів і читачів журналу / Д. С. Добряк // Землеустрій і кадастр. – 2004. – № 1–2. – С. 3.

2. Новаковський Л. Я. Земельна реформа і землеустрій в Україні / Л. Я. Новаковський, А. М. Третяк, Д. С. Добряк. – Київ, 2001. – С. 151.

3. Михасюк І. Регулювання земельних відносин / І. Михасюк, Б. Косович. — Львів, 2002. – С. 261.

4. Новаковський Л. Я. Уроки земельного реформування / Л. Я. Новаковський, І. С. Будзилович. – К.: Урожай, 2002. – 125 с.

5. Саблук П. Т. Розвиток земельних відносин в Україні / П. Т. Саблук. – К.: ННЦ «Ін-т аграр. екон.», 2006. – 395 с.

6. Третяк А. М. Історія земельних відносин і землеустрою в Україні : навчальний посібник / А. М. Третяк. – К.: Аграр. наука, 2002. – 280 с.

7. Федоров М. М. Економічні проблеми земельних відносин у сільському господарстві / М. М. Федоров. – Київ, 1998. – 263 с.

8. Черевко Г. Земельні відносини як чинник ефективності використання землі / Г. Черевко, Г. Земляна // Аграрна економіка: земельні відносини і використання землі. – 2010. – Т. 3. – № 1–2. – С. 51–58.

9. Пресіч П. Формування механізмів державного регулювання земельних відносин в українській державі / П. Пересіч // Демократичне врядування. – 2015. v Вип. 15 [Електронний

ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr_2015_15_20

10. Земельна реформа та земельні відносини в Україні : посібник для журналістів [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.myland.org.ua/index.php?id=381&lang=uk.

11. Про форми державних актів на право власності на землю і право постійного користування землею : Постанова Верховної Ради України від 13 березня 1992 р. № 2201-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2201-12.

12. Про затвердження Порядку державної реєстрації договорів оренди землі : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 грудня 1998 р. № 2073 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2073-98-п.

13. Земельний Кодекс України : Закон України від 18 грудня 1990 р. № 561-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/561-12/ed20020101.

14. Конституція України : Закон України від 10 лютого 2011 р. № 254к/96-ВР. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 96 с.

Статья посвящена проблеме осуществления земельной реформы в Украине и анализу этапов реформирования земельных отношений и создания территориальных условий для стабилизации и экономического развития агропромышленного комплекса. В статье проанализированы основные задачи земельной реформы, рассмотрены проблемы земельных отношений, от которых зависит эффективность функционирования экономики, рациональное использование земельных ресурсов. Определены основные подходы к решению проблем реформирования земельных отношений и их развитие. Рассмотрены результаты реформирования и некоторые недостатки в разгосударствлении земель. Освещены современные проблемы земельных отношений и пути их преодоления.

Ключевые слова: реформирование земельных отношений, земельная реформа, землевладение и землепользование, органы исполнительной власти, земельные отношения, реструктуризация сельскохозяйственных предприятий.

The article is devoted to the problems of providing the Land reform in Ukraine, to the analyses of different stages in its reformation and the creation of territorial community for stabilization and economic growth of agro-industrial complex. The main tasks of the Land reform, the problems of its implementation influencing the efficiency of economic growth and the proper use of land resources are analyzed in the article. The author points out different ways to solve the problems as to the right use of the Land reform and its development. It is considered the results of the reforming and some disadvantages during providing the deregulation of land plots. Modern problems of land relationship regulation and the ways to overcome them are highlighted in the article.

Key words: land relationship reformation, land reform, land ownership and land usage, executive branch, land relationship, restructuring of agricultural enterprises .

УДК 342.9

Олег Губанов,
канд. юрид. наук, провідний юрист
програми з вивчення проблем адаптації
законодавства України до законодавства ЄС
юридичного факультету Київського національного
університету імені Тараса Шевченка

РОЛЬ ТА МІСЦЕ ЦЕНТРУ АДАПТАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ СЛУЖБИ ДО СТАНДАРТІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У СИСТЕМІ СУБ'ЄКТІВ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ УКРАЇНИ

У статті висвітлено зміст та сутність поняття «публічна адміністрація», виходячи зі змісту сучасних наукових підходів. Крізь призму аналізу системи суб'єктів публічної адміністрації України, автором розкрито роль та місце Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у системі суб'єктів публічної адміністрації України.

Досліджено функціональні особливості Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу як державної установи, яка належить до сфери управління Національного агентства України з питань державної служби та юридичної особи публічного права.

Встановлено, що в залежності від того, яку роль виконує суб'єкт у публічно-правовій сфері, визначається його місце у системі суб'єктів публічної адміністрації України.

Ключові слова: державна служба, державне управління, публічна адміністрація, суб'єкт публічної адміністрації, Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу.

Постановка проблеми. У ході процесу глобального реформування системи державного управління на шляху утвердження України як впливової європейської держави відбувається не тільки розробка та прийняття нормативно-правових актів, реально орієнтованих на вимоги міжнародно-правових стандартів, а й оновлення категоріального апарату, введення у правовий обіг нових категорій, здатних створити більш солідну наукову основу державного управління. В умовах інтеграційних процесів все частіше в нормативно-правових актах України та вітчизняній юридичній літературі зустрічаються поняття «адміністративні послуги», «публічна адміністрація», «суб'єкт публічної адміністрації» та «публічне адміністрування». Однак слід поставити наголос на тому, що, на жаль, на теперішній час чимало новітніх дефініцій сфери державної служби та державного управління не знайшли свого запровадження на законодавчому рівні та не отримали всебічного та повного висвітлення у доробках вчених-правознавців. При цьому, відсутність єдиного підходу щодо визначення сутності та змісту основоположних категорій, запроваджених у результаті здійснення адміністративної реформи в Україні, може стати каменем спотикання в упорядкованості, організованості та злагодженості розвитку державних інституцій у контексті європейської інтеграції України.

Поряд із цим, наявність доволі різних сучасних наукових підходів до визначення сутності та змісту категорії «публічна адміністрація», викликає складності у процесі формування єдиного нормативно збалансованого підходу до формування системи суб'єктів публічної адміністрації України, визначення їх статусу, чіткого розмежування функцій, кола повноважень та меж відповідальності. Зазначене повною мірою стосується і ролі та місця Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у системі суб'єктів публічної адміністрації України. У зв'язку з чим наукова та практична цінність та актуальність проведеного дослідження не викликає сумнівів.

Ступінь розробленості проблеми. Незважаючи на той факт, що дослідженням складних та проблемних аспектів діяльності системи суб'єктів публічної адміністрації України займалась розгалужена плеяда

© О. Губанов, 2018

вчених та практиків адміністративної галузі: Авер'янов В.Б., Бевзенко В.М., Беньо М., Берлач А.І, Білозерська Т.О., Карабін Т.О., Коломоєць Т.О., Колпаков В.К., Комзюк А.Т., Кравцова Т.М., Куйбіда Р.О., Мацелик Т.О., Пухтецька А.А., Цвіркун Ю.І. та інші, питанню дослідження ролі та місця Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у системі суб'єктів публічної адміністрації України властивий високий рівень наукової новизни.

Метою статті є дослідження ролі та місця Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у системі суб'єктів публічної адміністрації України.

Виклад основного матеріалу. Врахування світового досвіду, зокрема, європейського, стало для України позитивним рішенням, яке сприяло запровадженню у 2001 році у науковий обіг новели, присвяченої конструкції «публічна адміністрація» [7, с. 202]. Такий крок мав на меті не тільки провести симбіоз понять «державне управління» та «місцеве самоврядування», а й наділити зазначену конструкцію якісно новим змістом.

При цьому, аналіз стійких наукових розробок, присвячених поняттям «публічна адміністрація» та «суб'єкт публічної адміністрації», дає змогу стверджувати, що питання вироблення єдиного підходу щодо визначення їх сутності та змісту досі не розв'язано в теоретичній площині. Крім того, на думку деяких вчених, у сучасній юридичній науці можливе існування одразу двох (можливо і більше) підходів до визначення сутності публічної адміністрації, адже в європейському праві існує два визначення поняття «публічна адміністрація»: у вузькому та у широкому значенні [6, с. 74].

Зазначимо, аналіз положень чинного законодавства України на предмет наявності законодавчого закріплення зазначених понять, також не приносить очікуваних результатів, хоча діє змогу констатувати, що воно активно оперує цими правовими категоріями.

Так, на думку В.Б. Авер'янова, публічна адміністрація є сукупністю органів виконавчої влади та органів виконавчого самоврядування, підпорядкованих політичній владі, які забезпечують виконання закону та здійснюють інші публічно-управлінські функції [1, с. 117].

Подібну позицію підтримує і Н.П. Каменська, яка трактує поняття публічної адміністрації як системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, які відповідно до закону і у межах компетенції здійснюють управління публічними справами [8, с. 31].

«Вузького» підходу у визначенні поняття «публічна адміністрація» дотримуються й С.С. Вітвіцький [4, с. 149], Д.О. Власенко [5], І.Б. Коліушко, В.П. Тимощук [11] та інші.

Необхідно зазначити, що у сучасній вітчизняній адміністративно-правовій літературі останнім часом досить усталеною стала позиція щодо того, що конструкція «публічна адміністрація» дійсно за змістом є близькою до конструкції «державне управління», але повністю з нею не збігається [15, с. 125].

Розглядаючи категорію «публічна адміністрація», В.К. Колпаков зазначає, що публічна адміністрація є системою організаційно-структурних утворень, які на законних підставах набули владних повноважень для їх реалізації в публічних інтересах [12, с. 36]. У подальших наукових дослідженнях автор обґрунтовує думку щодо того, що публічна адміністрація як правова категорія має два виміри: функціональний та організаційно-структурний. При цьому, функціональний вимір передбачає розгляд публічної адміністрації як діяльності відповідних структурних утворень щодо виконання функцій, спрямованих на реалізацію публічного інтересу, а організаційно-структурний – сукупності органів, які утворюються для здійснення (реалізації) публічної влади [14, с. 23].

В юридичній літературі обґрунтовано панують погляди щодо «публічної адміністрації» як системи органів державної виконавчої влади та виконавчих органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій та інших суб'єктів, наділених адміністративно-управлінськими функціями, які діють із метою забезпечення інтересів як держави, так і суспільства в цілому, а також сукупності цих адміністративно-управлінських дій та заходів, встановлених законом [13, с. 523].

Симбіозом системи органів виконавчої влади та місцевого самоврядування вважає публічну адміністрацію М.С. Міхровська. При цьому, на думку автора, публічна адміністрація є сукупністю органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, що підпорядковані публічній владі, діяльність яких спрямована на виконання закону та реалізацію інших публічно-управлінських функцій, які можуть делегуватися підприємствам, установам та організаціям та будь-

які інші суб'єкти, що здійснюють функції публічного управління, які своєю діяльністю забезпечують права і свободи людини і громадянина [16, с. 92].

Деякі науковці визначають публічну адміністрацію як систему органів виконавчої влади та місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій у випадку делегування їм органами виконавчої влади та місцевого самоврядування частини своїх повноважень та будь-яких інших суб'єктів, які здійснюють публічно-управлінські функції, сукупність організаційних дій та заходів, які виконуються ними у певних рамках, визначених законом, з метою досягнення публічного інтересу та надійного забезпечення прав й свобод людини і громадянина [3, с. 15].

Одне з останніх визначень пропонує Т.О. Карабін, яка зазначає, що правильне розуміння публічної адміністрації розкривається тільки в так званому організаційно-структурному аспекті – як сукупності органів і посадових осіб, що реалізують публічну владу шляхом виконавчо-розпорядчої діяльності [9, с. 164–165].

Інші наукові погляди у загальній своїй сутності ідуть в основному фарватері ідей із приводу цього питання.

Зазначене свідчить про те, що в українській правовій доктрині сформовано декілька концепцій розуміння поняття «публічна адміністрація», які є достатньо аргументованими та переконливими. Так, у вузькому розумінні публічна адміністрація – це система органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, які відповідно до закону та в межах компетенції здійснюють управління публічними справами. У широкому розумінні публічна адміністрація є сукупністю органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування та інших суб'єктів, яких відповідно до закону чи адміністративного договору наділено повноваженнями забезпечувати виконання функцій у публічно-правовій сфері [26, с. 70].

Слід зазначити, що формування двоїстого підходу щодо визначення поняття «публічна адміністрація» в українській правовій доктрині пов'язано, насамперед, з істотним впливом європейського права, в якому зазначена правова категорія широко використовується та є стрижневою в адміністративному праві. Однак, в нормативно-правових актах ЄС також використовуються «широка» та «вузька» концепції розуміння публічної адміністрації [13, с. 522; 25, с. 41]. При цьому, досить часто у роботах європейських вчених поняття «публічна адміністрація» застосовується для позначення сукупності організаційних дій, діяльності та заходів, які виконуються різними суб'єктами, органами та інституціями на основі закону та у межах визначених законом форм для досягнення публічного інтересу [2, с. 11].

На теперішній час національною правовою доктриною не сформовано і єдиного підходу щодо визначення системи суб'єктів публічної адміністрації України. Однак розглядаючи теорію публічної адміністрації як комплексне явище та досить виважено підійшовши до функціонального та організаційно-структурного вимірів публічної адміністрації, можливо стверджувати, що, в залежності від обсягу публічних завдань та мети діяльності, система суб'єктів публічної адміністрації та її складові елементи матимуть свої «варіативні» відмінності. Не можна забувати й про те, що сьогоднішні реалії є такими, що функціонально повноваження публічної адміністрації (тобто публічне адміністрування) реалізуються не тільки органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, але й органами, які до них не належать [10, с. 201].

Беручи за основу «широку» концепцію інтерпретації сутності публічної адміністрації, серед складових елементів системи суб'єктів права, на яких покладено виконання функцій публічної адміністрації України, необхідно, насамперед, виокремити: органи державної виконавчої влади; виконавчі органи місцевого самоврядування; державні заклади, організації, установи, діяльність яких спрямовано на виконання публічних функцій; інші суб'єкти, які належать до публічного сектору та наділені публічними функціями. При цьому, тільки органи виконавчої влади та місцевого самоврядування є органами публічної адміністрації України. Хоча в системі суб'єктів публічної адміністрації України елементом виступає кожний суб'єкт, завдяки чому система суб'єктів права, на яких покладено виконання функцій публічної адміністрації України і визначається саме як система. Однак при системній характеристиці суб'єктів публічної адміністрації України не можна забувати і про внутрішній зміст елементів системи. Адже діючи в рамках єдиної мети (задоволення публічних інтересів), суб'єкти публічної адміністрації України є організаційно відокремленими, мають свою власну структуру та можуть бути ланкою іншої системи.

Говорячи про місце Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у системі суб'єктів публічної адміністрації України, слід зазначити, що за організаційно-правовою формою Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу є державною установою і належить до сфери управління Національного агентства України з питань державної служби [17, п. 2 Положення]. При цьому, Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу є юридичною особою публічного права [17, п. 4 Положення].

Відповідно до положень абз. 3 ч. 2 ст. 81 Цивільного кодексу України, юридичні особи публічного права створюються розпорядчими актами Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування [27]. Зважаючи на той факт, що Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу є державною установою, яка належить до сфери управління Національного агентства України з питань державної служби, питання щодо її створення віднесено до компетенції керівника центрального органу виконавчої влади – Голови Національного агентства України з питань державної служби [19, пп. 19 п. 11; 24, п. 18 ч. 4 ст. 19].

Однак слід зазначити, що Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу як державну установу було утворено постановою Кабінету Міністрів України від 14.04.2004 р. № 485 [23], а положення про її діяльність затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 04.06.2008 р. № 528 [17].

Особливість правового статусу Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу полягає у тому, що його діяльність, головним чином, спрямовано на поглиблення співробітництва між Україною та ЄС у сфері державної служби та державного управління, удосконалення механізму координації інституціонального забезпечення їх адаптації до стандартів ЄС, зокрема шляхом організації роботи з ефективного використання в Україні інструментів інституціональної розбудови ЄС, підвищення професійного рівня державних службовців та поліпшення роботи з інформування суспільства з питань європейської інтеграції [17, п. 1 Положення].

Крім того, з 2013 року на Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу покладено функції Адміністративного офісу програми Twinning [18]. Серед них: інформування органів державної влади України щодо можливості залучення та використання інструментів Twinning і TAIEX; надання підтримки органам державної влади у підготовці проектних пропозицій Twinning, заявок TAIEX, здійснення їх перевірки на відповідність необхідним стандартам; ґрунтовне роз'яснення особливостей впровадження інструментів Twinning і TAIEX тощо.

Говорячи про функціональну наповненість діяльності Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу як суб'єкта публічної адміністрації України, слід зазначити, що Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу бере участь у підготовці пропозицій щодо формування державної політики та нормотворчій діяльності у сфері державної служби та державного управління, їх адаптації до стандартів ЄС, проведення адміністративної реформи і розвитку державних інституцій у контексті європейської інтеграції України, використання в Україні інституціональних інструментів; удосконалює чинні та сприяє впровадженню нових стандартів і процедур роботи державних службовців і посадових осіб місцевого самоврядування, діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування на основі кращої світової практики; здійснює консультаційну підтримку органів державної влади та органів місцевого самоврядування, поширення правової, наукової та іншої інформації щодо державної служби та державного управління, їх адаптації до стандартів ЄС, адміністративної реформи та розвитку державних інституцій у контексті європейської інтеграції України, зокрема використання в Україні інституціональних інструментів; сприяє Національному агентству України з питань державної служби у виконанні завдань і функцій з використання в Україні інституціональних інструментів [17, п. 8 Положення].

Слід зазначити, що Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу як структурний елемент системи суб'єктів публічної адміністрації України наділено відповідним обсягом повноважень, передбачених Положенням про Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу [17], які можна класифікувати за змістом, способом здійснення, функціями, а також впливом на реалізацію завдань (основні та допоміжні,

яких спрямовано на створення умов для реалізації основних).

Так, наприклад, за змістом повноваження Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу можна розділити на повноваження щодо:

1) отримання, збирання та використання інформації. Для цього Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу уповноважений робити запити, отримувати, вивчати, вносити пропозиції. Так, відповідно до абз. 3 п. 10 Положення про Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу, Центр має право одержувати в установленому законодавством порядку інформацію від органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Крім того, Центр розробляє пропозиції щодо удосконалення системи щорічної оцінки державних службовців [17, пп. 4 п. 9], подає Національному агентству України з питань державної служби пропозиції щодо реалізації проектів Twinning [17, пп. 10 п. 9] тощо;

2) участі у розробленні проектів концепцій, стратегій, законодавчих та інших нормативно-правових актів, підготовки і виконання державних цільових, інших програм, у тому числі міжнародних, проектів та програм міжнародної технічної допомоги [17, пп. 1 п. 9]; розробки рекомендацій та пропозицій щодо удосконалення системи та структури органів виконавчої влади [17, абз. 6 пп. 1 п. 9];

3) перевірки (проектів технічних завдань проектів Twinning і проектів Twinning-контрактів щодо відповідності вимогам Європейської Комісії [17, пп. 7 п. 9]; поданих центральними органами виконавчої влади для отримання допомоги у рамках TAIEX аплікаційних форм [17, пп. 11 п. 9] тощо);

4) консультаційного та науково-методологічного супроводження (щодо удосконалення системи та структури органів виконавчої влади [17, абз. 6 пп. 1 п. 9], діяльності органів виконавчої влади з виконання зобов'язань, взятих на себе Україною перед ЄС та міжнародними організаціями [17, абз. 8 п. 8] тощо);

5) забезпечення взаємодії (з відповідними міжнародними організаціями та їх представництвами в Україні [17, пп. 15 п. 9]);

6) створення та розвитку системи національних електронних інформаційних ресурсів, спеціальної інформаційно-телекомунікаційної мережі центральних органів виконавчої влади, інших комп'ютерних та інформаційних систем [17, абз .7 пп. 1 п. 9].

За способом здійснення повноваження Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу можна розділити на повноваження щодо:

1) участі: у підготовці пропозицій; нормотворчій діяльності; впровадженні сучасних інформаційних технологій;

2) забезпечення підготовки та виконання програм і заходів;

3) удосконалення чинних та сприяння впровадженню нових стандартів і процедур;

4) консультаційної підтримки;

5) участі у здійсненні співробітництва між Україною і ЄС;

6) сприяння Національному агентству України з питань державної служби у виконанні завдань і функцій з використання в Україні інституціональних інструментів.

Говорячи про організаційну структуру Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу, необхідно зазначити, що його очолює директор, який призначається на посаду і звільняється з посади Головою Національного агентства України з питань державної служби [17, п. 14 Положення]. При цьому, директор Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу несе персональну відповідальність за виконання покладених на Центр завдань, представляє Центр у відносинах з органами державної влади, органами місцевого самоврядування, юридичними і фізичними особами, розпоряджається майном та коштами Центру відповідно до законодавства, затверджує структуру Центру, положення про підрозділи, посадові інструкції працівників та плани діяльності Центру, подає на розгляд Голови Національного агентства України з питань державної служби проекти штатного розпису та кошторису Центру, видає накази організаційно-розпорядчого характеру, призначає на посаду та звільняє з посади працівників Центру, розподіляє між ними обов'язки, забезпечує оплату праці працівників Центру відповідно до законодавства, а також приймає за погодженням з Національним агентством України з питань державної служби рішення про створення та ліквідацію регіональних відділень Центру [17, п. 15].

Директор Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу має першого заступника та заступника директора. Крім інституту керівництва, відповідно до організаційної структури, до складу Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу належать:

1) Експертно-аналітичний відділ;
2) Відділ управління проектами;
3) Відділ управління ресурсами, діяльністю та розвитком;
4) Відділ розвитку людських ресурсів;
5) Відділ проектів інформатизації та програмно-технічного забезпечення;
6) Відділ публікацій;
7) Відділ організації науково-методичної роботи;
8) Сектор бухгалтерського обліку;
9) Сектор кадрового обліку;
10) Сектор юридичного забезпечення;
11) Сектор документообігу;
12) Сектор господарчого забезпечення;
13) Головний консультант з питань запобігання та виявлення корупції [21].

Кожна з основних ланок організаційної структури Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу включає в себе окремі структурні елементи. При цьому, наприклад, до структури відділу управління проектами включено сектори: проектів SIGMA та CIB, проектів міжнародного співробітництва, координації TAIEX, координації Twinning.

Організаційно-штатна складова Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу станом на 2017 рік налічувала 60 штатних посад [20]. З 1 березня 2018 року організаційно-штатна складова Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу складає 55 штатних посад [21].

Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу у своїй структурі має регіональні відділення, яких створено з метою сприяння виконанню покладених на Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу завдань [17, абз. 10 п. 15; 22, дод. 2].

В цілому, вищевикладене дозволяє зробити висновок, що виходячи зі змісту сучасних наукових підходів, Центр адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу є однією із ключових ланок системи суб'єктів публічної адміністрації України, від якої залежить якість європейської інтеграції нашої держави. Крім того, нормативне забезпечення діяльності Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу на теперішній час, переважно, відповідає вимогам часу та є своєрідною гарантією виконання покладених на зазначену державну установу задач, без якої коефіцієнт ефективності проведення адміністративної реформи і розвитку державних інституцій у контексті європейської інтеграції України був би дуже низьким.

Однак слід поставити наголос на тому, що на шляху організації роботи з ефективного використання в Україні інструментів інституціональної розбудови ЄС Twinning, TAIEX, SIGMA та підвищення професійного рівня державних службовців виданням періодичних публікацій аналітичного та інформаційного характеру з метою поширення нових ідей та кращих практик у сфері державної служби не обійтися. Адже складності системи публічної адміністрації України пов'язані зі змінюваністю усіх елементів системи, зв'язків між ними та середовища, в якому функціонує адміністрація. А тому на шляху впровадження ідей прозорості та ефективності, зміни адміністративної культури державних службовців, а також закладення принципів і процедур, які цілком би відповідали європейським стандартам та практикам, не тільки працівникам Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського союзу, а й науковцям та практикам публічної сфери доведеться докласти ще чимало зусиль та подолати немало перешкод.

Список використаних джерел:

1. Авер'янов В.Б. Реформування українського адміністративного права: ґрунтовний привід для теоретичної дискусії / В.Б. Авер'янов // Право України. – 2003. – № 5. – С. 117-122.

2. Беньо М. Вплив теорії публічної адміністрації на розвиток адміністративного права (приклад Польщі) // Законодавство України: Наук.-практ. коментар. – 2006. –№ 7. – С. 8-12.

3. Білозерська Т. О. Реформування публічної адміністрації в Україні як крок до європейської інтеграції / Т.О. Білозерська // Форум права. – 2007. – № 2. – С. 11–19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=FP_index.htm_2007_2_4

4. Вітвіцький С.С. Контроль як гарантія законності діяльності публічної адміністрації: дис. ... д-ра юрид. наук. – Харків, 2016. – 480 с.

5. Власенко Д.О. Оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів публічної адміністрації з надання адміністративних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2017. – 22 с.

6. Гнидюк Н. Визначення поняття публічної адміністрації в ACQUIS COMMUNAUTAIRE. – Законодавство України. Науково-практичні коментарі. – 2006. – № 10. – С. 74-77.

7. Гнидюк Н. Публічна адміністрація як об'єкт структурних змін // Збірник наукових праць

УАДУ/ За заг.ред. В.І. Лугового, В.М. Князєва. – К.: Вид-во УАДУ, 2001. – Вип. 1 – С. 202-212.

8. Каменська Н.П. Публічна адміністрація: логіко-методологічний аналіз дефініції // Н.П. Каменська // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2014. – № 6. – С. 29–32.

9. Карабін Т.О. Проблеми визначення суб'єктного складу публічної адміністрації / Т.О. Карабін // Прикарпатський юридичний вісник. – 2015. – Вип. 3. – С. 164–169.

10. Клімова С.М. Особливості діяльності суб'єктів публічної адміністрації у сфері публічних фінансів // С.М. Клімова // Проблеми законності. – 2017. – Вип. 139. – С. 199-210.

11. Коліушко І.Б. Реформа публічної адміністрації на місцевому та регіональному рівні як один із напрямків адміністративної реформи // І.Б. Коліушко, В.П. Тимощук / [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.municipal.gov.ua/fond/default.asp?cid=1139

12. Колпаков В.К. Предмет адміністративного права : сучасний вимір / В.К. Колпаков // Юридична наука. – 2008. – № 3. – С. 33–38.

13. Кравцова Т.М. Поняття та принципи діяльності публічної адміністрації [Електронний ресурс] / Т.М. Кравцова, А.В. Солонар // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 522-525. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010-4/10ktmdpa.pdf

14. Курс адміністративного права України : підручник / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, І.Д. Пастух, В.Д. Сущенко [та ін.] / за ред. В.В. Коваленка. К. : Юрінком Інтер, 2012. – 808 с.

15. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право: Навчальний посібник /Р.С. Мельник, В.М. Бевзенко / за заг. ред. Р.С. Мельника. – К : Ваіте, 2014. – 376 с.

16. Міхровська М.С. Державне управління та публічна адміністрація: шлях до демократії / М.С. Міхровська // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка (Юридичні науки). – 2011. – № 88. – С. 90–93.

17. Питання Центру сприяння інституційному розвитку державної служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 04.06.2008 р. № 528 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 41. – Ст. 1367.

18. Про діяльність АОП Twinning : наказ Національного агентства України з питань державної служби від 27.09.2013 р. № 169.

19. Про затвердження Положення про Національне агентство України з питань державної служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 01.10.2014 р. № 500 // Офіційний вісник України. – 2014. – № 81. – Ст. 2288.

20. Про затвердження штатного розпису Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу на 2017 рік : наказ Національного агентства України з питань державної служби від 10.01.2017 р. № 9.

21. Про затвердження штатного розпису Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу на 2018 рік : наказ Національного агентства України з питань державної служби від 01.03.2018 р. № 53.

22. Про умови оплати праці працівників Центру адаптації державної служби до стандартів Європейського Союзу та його регіональних відділень: Постанова Кабінету Міністрів України від 10.09.2008 р. № 800 // Офіційний вісник України. – 2008. – № 69. – Ст. 2312.

23. Про утворення Центру сприяння інституційному розвитку державної служби: Постанова Кабінету Міністрів України від 14.04.2004 р. № 485 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1106.

24. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17.03.2011 р. № 3166–VI // Голос України. – 2011. – № 65.

25. Пухтецька А. «Європейський адміністративний простір» як новела української адміністративно-правової науки: понятійно-термінологічна характеристика // Юридична Україна. –2006. – № 8. – С. 41-45.

26. Цвіркун Ю.І. Колегіальність суб'єктів публічної адміністрації // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. «Юриспруденція». – № 23. – 2016. – С. 70-73.

27. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV // Голос України. – 2003. – № 45.

В статье освещены содержание и сущность понятия «публичная администрация», исходя из содержания современных научных подходов. Сквозь призму анализа системы субъектов публичной администрации Украины, автором раскрыты роль и место Центра адаптации государственной службы к стандартам Европейского союза в системе субъектов публичной администрации Украины.

Исследованы функциональные особенности Центра адаптации государственной службы к стандартам Европейского союза как государственного учреждения, относящегося к сфере управления Национального агентства Украины по вопросам государственной службы и юридического лица публичного права.

Установлено, что в зависимости от того, какую роль выполняет субъект в публично-правовой сфере, определяется его место в системе субъектов публичной администрации Украины.

Ключевые слова: государственная служба, государственное управление, публичная администрация, субъект публичной администрации, Центр адаптации государственной службы к стандартам Европейского союза.

This article reveals the content and sense of the notion «public administration» on the basis of modern scientific approaches. From the perspective of the analysis of the system of entities of the Ukrainian Public Administration, the author reveals the role and place of the Centre for adaptation of the State Service to the standards of the European Union in the system of entities of the Ukrainian Public Administration.

The article presents the studied operating characteristics of the Centre for adaptation of the State Service to the standards of the European Union as a public institution belonging to the administration domain of the National Agency of Ukraine for State Service and Public Entities.

It is established that by depending on the entity`s role in the public legal sphere its place is determined in the system of entities in the Ukrainian Public Administration.

Key words: state service, public administration, entity of the public administration, Centre for adaptation of the State Service to the standards of the European Union.

УДК 342.9:343.8(477)

Станіслав Зливко,
канд. юрид. наук, доцент кафедри адміністративного, цивільного та господарського права і процесу Академії Державної пенітенціарної служби

АНАЛІЗ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КЕРІВНИКА В СИСТЕМІ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Стаття присвячена аналізу нормативно-правових актів України в частині регулювання управлінської діяльності керівника в системі виконання покарань. Досліджено проблеми розробення та функціонування нормативно-правового поля діяльності керівника в Державній кримінально-виконавчій службі України. Сформульовано висновки і пропозиції, спрямовані на удосконалення зазначеного нормативного поля.

Ключові слова: система виконання покарань, керівник, управління, Державна кримінально-виконавча служба України, нормативно-правовий акт.

Постановка проблеми. Аналіз чинних нормативно-правових актів щодо організації управління в системі виконання покарань не є принципово новим напрямом в організації наукових досліджень. Тут слід говорити про те, що в наукових роботах є достатня кількість характеристик та класифікацій за різними критеріями. Проте під час тривалого процесу реформування значна кількість нормативно-правових актів, які регулюють діяльність керівника в системі виконання покарань та покликані на належному рівні забезпечувати управління в пенітенціарній системі, втратили свою актуальність із втратою чинності, а деякі перебувають ще тільки в стадії розроблення.

На значущість нормативно-правового забезпечення для практики управління в пенітенціарній системі вказує факт включення відповідної проблематики до обґрунтування механізмів реалізації Концепції реформування (розвитку) пенітенціарної системи України, адже запровадження реформи пенітенціарної системи потребує врегулювання на законодавчому рівні її функціонування [1]. Тому особливою проблемою натепер є система та зміст законодавства, що регламентує діяльність Державної кримінально-виконавчої служби в цілому та керівника в системі виконання покарань зокрема.

Аналіз останніх досліджень. Проблеми нормативно-правового регулювання управління в системі виконання покарань досліджували іноземні та вітчизняні вчені, серед яких Є. Ю. Бараш, А. О. Галай, С. К. Гречанюк, К. В. Муравйов, С. М. Оганесян, В. Ф. Пузирний, В. І. Селіверстов, В. Г. Хирний та інші. Незважаючи на те, що значна кількість наукових праць присвячена аналізу системи правових актів щодо організації управління у сфері виконання покарань, питання дослідження чинної нормативно-правової бази України в контексті управлінської діяльності керівника в системі виконання покарань розглянуте недостатньо.

Метою статті є ґрунтовний аналіз та узагальнення нормативно-правових актів України в частині регулювання управлінської діяльності керівника в системі виконання покарань, розроблення пропозицій щодо вдосконалення зазначеного нормативного поля.

Виклад основного матеріалу. Система нормативно-правового регулювання управління в Державній кримінально-виконавчій службі (далі –ДКВС) України як взаємопов'язана система законодавчих актів та підзаконних нормативних актів створює правову основу функціонування органів та установ ДКВС України. Йдеться про міжнародні правові акти, Конституцію України, закони України, укази Президента України та постанови КМУ, які визначають статус ДКВС України, основні напрями її діяльності та ін., а також відомчі нормативні акти у формі наказів, положень, статутів, правил, інструкцій. Наведені нормативно-правові акти є складовою частиною конституційного, кримінально-виконавчого, адміністративного законодавства, оскільки вони пов'язані з функціонуванням та проходженням служби в органах та установах виконання покарань. Така система нормативно-правових актів закріплює статус ДКВС України, структуру органів та установ, декларує правові основи

© С. Зливко, 2018

організації та діяльності ДКВС України, її завдання й повноваження [2, с. 182–183].

Класичною видається класифікація нормативних правових актів залежно від їх юридичної сили (у такому разі виділяються міжнародні правові акти, які в установленому порядку імплементовані в систему законодавства України, Конституція України, закони України, підзаконні нормативно-правові акти, відомчі нормативні акти). За масштабом та конкретністю регулювання питань нормативно-правові акти, які регулюють питання взаємодії органів та установ ДКВС України з державними та неурядовими інституціями, можна розподілити на концептуальні та конкретно-організаційні. За суб'єктами взаємодії нормативно-правові акти можуть бути розподілені на нормативно-правові акти, які регулюють питання взаємодії органів та установ ДКВС України:

- з державними органами (правоохоронними, а також тими, які не належать до системи правоохоронних);
- з неурядовими інституціями (громадськими, релігійними, правозахисними організаціями, приватними підприємцями тощо).

За напрямами взаємодії нормативно-правові акти можуть бути розподілені на нормативно-правові акти, які регулюють питання:

- проведення спільних заходів;
- обміну інформацією;
- організації громадського та іншого контролю тощо;

Залежно від спрямування конкретних спільних заходів взаємодія може бути організована для:

- правозахисту засуджених;
- реабілітуючого впливу на засуджених;
- боротьби зі злочинністю (в т. ч. серед засуджених);
- медичного обслуговування тощо [3, с. 117-118].

В. Ф. Пузирний зі свого боку зауважував, що, незважаючи на загальновизнану характеристику адміністративної діяльності, здебільшого врегульованої на підзаконному рівні, система правового регулювання цього виду діяльності в установах та органах виконання покарань зосереджується в різних за юридичною силою правових актах (законах та кодексах України), а також міжнародних правових стандартах. Причому різні аспекти цього виду діяльності врегульовані у документах різного галузевого спрямування (передусім, у нормах адміністративного та кримінально-виконавчого права) [4, с. 116]. Зважаючи на те, що діяльність керівника, по суті, є частиною усієї адміністративної діяльності, що здійснюється в системі виконання покарань, такий підхід можемо вважати досить вдалим та справедливим. Саме ґрунтуючись на ньому, можемо проаналізувати положення основних та систематизувати інші нормативно-праві акти, які стосуються діяльності керівника в системі виконання покарань.

Конституція України встановлює та закріплює основоположні засади діяльності ДКВС України та її посадових осіб, втілює основні гарантії здійснення конституційних прав та свобод людини і громадянина, які є головним сенсом діяльності ДКВС України. Разом із тим Основний закон України безпосередньо не регулює організацію і порядок діяльності органів та установ ДКВС України, але містить посилання на те, що ці питання визначаються тільки в межах Конституції та законів України [2, с. 171]. Слід сказати, що норми Основного закону України щодо діяльності керівника в системі виконання покарань переважно обумовлені визначенням гарантій правового та соціального захисту персоналу правоохоронних органів та органів правопорядку; загальних засад функціонування органів правосуддя та правоохоронних органів; визначенням загальних засад забезпечення прав людини в діяльності правоохоронної системи тощо. Звичайно, що положення Конституції України є правовою основою для всіх сфер публічної діяльності, а понад те такої важливої і водночас специфічної сфери – виконання покарань. Відсутність конституційних положень щодо системи виконання покарань (навіть у системі юстиції) негативно впливає на сталість функціонування пенітенціарної системи та служби. Для розвитку та деталізації організаційних аспектів сформована система законодавства, а для визначення конкретних адміністративних процедур – система підзаконного правового регулювання.

Головним, і можна його назвати статусним, є Закон України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України», який визначає правові основи організації та діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України, її завдання та повноваження [5]. Після утворення Державної пенітенціарної служби України у більшості вчених та практиків не виникало сумнівів, що явище існування двох ідентичних за сутністю служб є виявом недосконалості юридичної техніки, яке досить швидко буде усунуте законодавцем. Натомість несподівано співіснування служби – кримінально-виконавчої та, по суті, керівного органу – Державної пенітенціарної служби України – виявилось тривалим. Тільки поглинання пенітенціарної служби в частині її компетенції та повноважень Міністерством юстиції України зміни-

ло ситуацію, але статуси служби та системи досі перебувають у стані недостатньої правової визначеності. Положення зазначеного вище Закону мають упорядкувальний та організаційний характер і, зважаючи на адміністративно-правову природу, повинні комплексно врегульовувати усі без винятку питання функціонування її персоналу, в т. ч. керівників. Принагідно слід зауважити, що натепер у Верховній Раді України зареєстрований проект Закону України «Про пенітенціарну систему» (далі – законопроект), який розроблено на базі робочої групи Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України та Міністерства юстиції України з реформування пенітенціарної системи на основі механізмів повного циклу публічної політики у рамках впровадження рекомендацій, підготовлених Місією з оцінки потреб під головуванням Пета Кокса і викладених у Доповіді та дорожній карті щодо внутрішньої реформи та підвищення інституційної спроможності Верховної Ради України (вересень 2015 – лютий 2016) [6].

Відповідно до пояснювальної записки до цього законопроекту, ним пропонується оптимізувати структуру пенітенціарної системи, спростити управління сукупністю її підрозділів, зробити її більш гнучкою, оперативною, дієвою, впровадити нові підходи до заохочення її персоналу, запровадити ефективне управління підприємствами установ виконання покарань, а також забезпечити реалізацію заходів, спрямованих на покращення умов відбування покарань та тримання під вартою засуджених та осіб, узятих під варту. Прикінцевими положеннями законопроекту пропонується внести зміни до 48 законодавчих актів, що регулюють діяльність пенітенціарної системи. Зокрема, пропонується включення до деяких законів норм щодо права засуджених на психологічний супровід під час відбування покарання у виді обмеження або позбавлення волі; удосконалення порядку застосування до засуджених умовно-дострокового звільнення та заміни покарання більш м'яким (надання органами пробації висновків щодо ризику повторного вчинення кримінального правопорушення засудженими, які претендують на умовно-дострокове звільнення та заміну покарання більш м'яким; надання атестованому складу пенітенціарної системи можливості у вільний від виконання службових обов'язків час отримувати психологічну та душпастирську допомогу від психологів та капеланів установ; залучення релігійних організацій до реалізації пробаційних програм; надання органам пробації повноважень щодо сприяння особам, звільненим після позбавлення або обмеження волі, у веденні законослухняного способу життя шляхом надання інформаційних та консультаційних послуг, залучати до заходів соціально-виховного впливу у взаємодії з іншими державними органами та установами, громадськими організаціями [6]. Поверхневий аналіз даного законопроекту свідчить про збільшення впливу норм кримінально-виконавчого права на регулювання організаційних аспектів процесу функціонування установ та органів виконання покарань, що ми вважаємо неприпустимим. Аргументуючи таку позицію, зауважимо, що саме норми Кримінально-виконавчого кодексу повністю та системно врегулювали питання виконання та відбування покарань. Якраз для того, щоб систематизувати норми в одному документі, був прийнятий цей документ, а формування додаткових законів кримінально-виконавчого змісту ускладнюватиме систему кримінально-виконавчого законодавства.

Саме тому можемо зауважити, що розроблення правових документів регуляторного змісту повинно здійснюватися на вкрай виважених основах з чітким уявленням про наслідки їх реалізації.

Повертаючись до питання законодавчого регулювання діяльності кримінально-виконавчої служби, слід вказати на норми, які стосуються діяльності керівника в цій службі.

Отже, система принципів, закріплених у нормах Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» (далі – Закон), є своєрідними гарантіями та основою для діяльності керівників усіх рівнів у частині відповідальності за очікуваний від їхньої роботи результат.

Статті 4-5 означеного Закону також висувають певні особливі вимоги до діяльності керівників: у нормах чітко встановлені вимоги щодо орієнтування управлінського впливу на персонал служби на дотримання прав і свобод людини та громадянина, а також повагу до гідності людини і гуманне ставлення до неї. Крім того, служба повинна бути інтегрована в систему правоохоронних органів та публічної адміністрації, що вимагає від керівників перебувати в стані постійної співпраці з усіма зацікавленими інституціями, бути конструктивними, а також готовими до постійного цивільного контролю.

Стаття 6 закону містить відомості про структуру Державної кримінально-виконавчої служби України та її функції. Так, відповідно до Закону, вона здійснює правозастосовні та правоохоронні функції і складається з центрального органу виконавчої

влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, його територіальних органів управління, кримінально-виконавчої інспекції, установ виконання покарань, слідчих ізоляторів, воєнізованих формувань, навчальних закладів, закладів охорони здоров'я, підприємств установ виконання покарань, інших підприємств, установ і організацій, створених для забезпечення виконання завдань Державної кримінально-виконавчої служби України [5]. По суті, визначена у цій статті структура повинна в повному обсязі відтворювати загальну систему керівників у системі виконання покарань, натомість, як нам відомо, структура в нинішньому її вигляді не збігається з положеннями Закону, що, відповідно, не дає нам можливості говорити про законодавче закріплення системи керівників, а, більше того, дає повне право говорити про незаконність нинішньої управлінської вертикалі та структури. Віримо, що алогічність дій щодо ігнорування положень законів і практика вирішення суттєвих для побудови такої важливої служби, як пенітенціарна, питань на рівні підзаконних правових актів буде припинена. Тим більше практика реалізації таких рішень засвідчила помилковість такого підходу. З метою формування додаткових гарантій діяльності служби виконання покарань пропонуємо частину другу статті шостої Закону доповнити такими словами:

«Структура Державної кримінально-виконавчої служби України визначається цим законом».

Стаття 8 зазначеного Закону містить норму, яка безпосередньо стосується діяльності вищої управлінської ланки служби. Зокрема, зазначається, що керівництво Державною кримінально-виконавчою службою України та діяльністю центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, здійснює керівник центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, який несе персональну відповідальність за виконання завдань Державної кримінально-виконавчої служби України [5]. Також згадана стаття передбачає, що керівника центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, та його заступників призначає за поданням Прем'єр-міністра України та звільняє з посад Президент України [5]. Наголошуємо, що статусний закон повинен гарантувати персоналу (і, зокрема, керівному складу) здійснювати свою діяльність у повному обсязі відповідно до повноважень, а також ґрунтуючись на засадах законності. Саме тому вважаємо практику застосування норм, які наділені нижчою юридичною силою щодо регулювання статусу та інших ключових питань діяльності, неприпустимою і такою, що здатна підірвати сталі основи функціонування усієї служби, а також поставити під сумнів взагалі легітимність рішень, які приймаються Міністерством юстиції України в частині пенітенціарної служби.

Розділ III «Персонал Державної кримінально-виконавчої служби України» Закону є ключовим для розуміння загальних засад статусу керівника, адже розкриває всі основні вимоги до персоналу, визначає його категорії тощо. У цій ситуації слід вказати, що керівні посадові особи служби, по суті, є особливою категорією персоналу, що, відповідно, вимагає як загальних знань, вмінь, навичок, так і особливих, які характерні тільки для діяльності менеджерів.

Розділи IV–V Закону розкривають питання прав, обов'язків персоналу, а також його правовий та соціальний захист, що є додатковими гарантіями можливості реалізації безпосередніх завдань, функцій, повноважень, покладених на службу.

Урахування інших законодавчих актів є, безумовно, важливим у діяльності керівника, однак для нього має пасивно-регулятивне значення. Тобто норми цих законів ураховуються в діяльності керівника відповідного рівня, проте безпосередньо на його діяльність не впливають. Здебільшого їх вплив, їх застосування та врахування у своїй діяльності – це свідчення фаховості та компетентності того чи іншого керівника.

Висновки.

Узагальнення положень статусного Закону («Про Державну кримінально-виконавчу службу України») дозволяє нам констатувати таке:

По-перше, норми Закону визначають загальні засади функціонування служби, які є орієнтирами управлінської діяльності всіх категорій керівного персоналу.

По-друге, норми цього Закону можуть бути прикладом «мертвих» норм, які, по суті, ігноруються на всіх рівнях і застосовуються вибірково, тільки для врегулювання невеликого кола суспільних відносин, пов'язаних із функціонуванням кримінально-виконавчої служби.

По-третє, практика перманентного розроблення, формування та прийняття нових законів (у т. ч. щодо діяльності кримінально-виконавчої служби) не приводить до якісного сталого ефекту, натомість ще й применшує регулюючі властивості чинного

законодавства. Тому вважаємо за необхідне вказати на потребу не вигадувати нові закони, які б регулювали питання функціонування пенітенціарної системи (існування якої, до речі, в Україні є фактом недоведеним), а створювати додаткові (в т. ч. законодавчі) гарантії виконання чинного законодавства, що регулює статус служби.

По-четверте, у питаннях діяльності керівників у системі виконання покарань норми закону є досить не розвиненими, що в цілому не суперечить загальноусталеним практикам, характерним для інших правоохоронних відомств та органів публічного управління. Однак вважаємо, що формування керівної ланки повинно здійснюватися на основі чітких правил та стандартів, які мають бути закріпленими на рівні закону, що рівнозначно стосується модельних питань здійснення управлінського впливу (також основних повноважень, компетенцій тощо).

Також визначена у чинному законі України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» структура повинна в повному обсязі відтворювати загальну систему керівників у системі виконання покарань, натомість, як відомо, структура в нинішньому її вигляді не збігається з положеннями закону, що, відповідно, не дає можливості говорити про законодавче закріплення системи керівників, більше того, дає повне право говорити про незаконність нинішньої управлінської вертикалі та структури. Алогічність дій щодо ігнорування положень законів і практика вирішення суттєвих для побудови такої важливої служби, як пенітенціарна, питань на рівні підзаконних правових актів повинна бути припиненою. Тим більше, практика реалізації таких рішень засвідчила помилковість такого підходу. Тому з метою формування додаткових гарантій діяльності служби виконання покарань пропонуємо частину другу статті шостої закону України «Про ДКВС України» доповнити словами: «Структура Державної кримінально-виконавчої служби України визначається цим законом». На нашу думку, пенітенціарна система України буде дієво функціонувати лише в умовах створення ефективного законодавства, яке регулюватиме всі аспекти її управлінської діяльності.

Список використаних джерел:

1. Про схвалення Концепції реформування (розвитку) пенітенціарної системи України : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13.09.2017 № 654-р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/654-2017-%D1%80?nreg= 654-2017-%F0&find=1&text=%F3%EF%F0%E0%E2%EB%B3%ED&x=9&y=8 (дата звернення: 18.03.2018).

2. Бараш Є. Ю. Адміністративно-правові засади управління державною кримінально-виконавчою службою України : дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Бараш Є. Ю. ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків, 2012. – 474 с.

3. Гречанюк С. К. Взаємодія Державної кримінально-виконавчої служби України з публічними інституціями : монографія / С. К. Гречанюк ; Нац. ун-т ДПС України. Ірпінь, 2011. – 400 с.

4. Пузирний В. Ф. Концептуальні засади адміністративної діяльності органів та установ Державної пенітенціарної служби України : дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / В. Ф. Пузирний ; Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2015. – 452 с.

5. Про Державну кримінально-виконавчу службу України : Закон України від 23.06.2005 № 2713-IV // Відомості Верховної Ради. – 2005. – № 30. – Ст. 409.

6. Проект Закону про пенітенціарну систему від 24.11.2017 № 7337 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62965.

Статья посвящена анализу нормативно-правовых актов Украины в части регуляции управленческой деятельности руководителя в системе исполнения наказаний. Исследованы проблемы разработки и функционирования нормативно-правового поля деятельности руководителя в Государственной уголовно-исполнительной службе Украины. Сформулированы выводы и предложения, направленные на усовершенствование отмеченного нормативного поля.

Ключевые слова: система исполнения наказаний, руководитель, управление, Государственная уголовно-исполнительная служба Украины, нормативно-правовой акт.

The article is devoted to the analysis of normative and legal acts of Ukraine in the part of the head's administrative activity regulating in Penal System. The problems of developing and functioning of normative and legal sphere of the head's activity in the State Criminal and Executive Service of Ukraine are investigated. The conclusions and proposals aimed at improving of mentioned normative sphere are formulated.

Key words: Penal System, the head, governing, the State Criminal and Executive Service of Ukraine, normative and legal act.

УДК 342.95:316.722-049.5

Ірина Ігнатченко,
канд. юрид. наук, канд. мистецтвознавства,
доцент, доцент кафедри адміністративного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАСАДИ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ У СФЕРІ КУЛЬТУРНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ ЯК СКЛАДНИКИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Стаття присвячена аналізу сфери культурної безпеки, організаційно-правових засад публічного адміністрування та адміністративно-правового регулювання останньої, пріоритетів і принципів державної культурної політики, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення законодавства у досліджуваній царині.

Ключові слова: культура України, культурна безпека, державна культурна політика, публічне адміністрування у сфері культурної безпеки, адміністративно-правове регулювання у сфері культурної безпеки, євроінтеграція Української держави.

Постановка проблеми. Питання культурної безпеки як одного з напрямів публічного адміністрування України вимагає уваги до адміністративно-правового регулювання в цій царині. Увага тут звертається на особливості закріплення в правових нормах прав і законних інтересів особи, суспільства і держави, суб'єктів владних повноважень та засобів, що вони використовують задля забезпечення культурної безпеки. Сучасною юридичною наукою, як й іншими галузями наукового пізнання, зокрема теорією державного управління та теорією національної безпеки, вироблено низку понять, таких як: «нація», «безпека», «держава», «міжнародна безпека», «національна безпека», «державна безпека», «економічна безпека», «інформаційна безпека» тощо. Це пояснюється активним застосуванням останніх у нормах міжнародного, а також національного законодавства, що насамперед пов'язано з процесами євроінтеграції Української держави.

До того ж через об'єктивні і суб'єктивні фактори недостатньо уваги приділяється культурному складнику процесів публічного управління та адміністрування, як і правовому забезпеченню культурних інтересів суспільства і особи в безпековому аспекті. Отже, в сучасних умовах розвитку правової системи України виникає необхідність теоретичної розробки засад публічного адміністрування у сфері культурної безпеки, з'ясування сутнісного, філософського й юридичного наповнення останніх як підґрунтя для подальшого адміністративно-правового регулювання.

Аналіз останніх досліджень. Слід зазначити, що над проблемами соціальної безпеки замислювалися багато дослідників. Так Аристотель у своїй моделі ідеального устрою держави та методів управління суспільними процесами сформулював критерії безпеки громадян [1, с. 509]. Філософ Нового часу Спіноза мир та безпеку громадян поклав в основу моделі громадянського суспільства [2, с. 311]. Англійський мислитель Томас Гоббс у своїх працях стверджував, що безпечні умови суспільного розвитку і життєдіяльності багато в чому зумовлюють прогрес людської цивілізації. У XX столітті різні аспекти соціальної безпеки досліджували М. Бахтін, Г. Батіщев, М. Бердяєв, В. Босенко, В. Віндельбанд О. Лосєв, Г. Марсель, Х. Ортега-і-Гассет, Г. Ріккерт, Ж.-П. Сартр, С. Франк, Л. Шестов, К. Ясперс, та інші.

Проблематику забезпечення національної безпеки останнім часом розробляли такі вчені, як: А. Возженніков, О. Гончаренко, Е. Лісіцин, В. Малімон, В. Манілов, Г. Ситник, Р. Яновський та інші. Водночас серед праць учених, які займалися дослідженням питань сутності державного управління та публічного адміністрування, слід відзначити роботи В. Андрущенка, Т. Андрущенко, О. Базалука, В. Беха, Ю. Бех, Ю. Битяка, В. Вашкевича, В. Воронкової, Е. Герасимової, Л. Дротянко, Д. Дзвінчука, П. Водоп'янова О. Кивлюк, М. Козловець, Н. Кочубей, С. Куцепал, М. Лепського, С. Попова, О. Пунченка, Д. Свириденка, О. Скубашевської, О. Постол, М. Степика, С. Чернова, С. Ягодзінського; російських учених та вчених інших країн

© І. Ігнатченко, 2018

СНД – Р. Абдєєва, Н. Вінера, М. Моісєєва, М. Іноземцева, С. Кара-Мурзи, Л. Колганова, А. Лазаревича, О. Панаріна, Т. Ткаліч, А. Уткіна та ін.

Аналіз наявних наукових праць дозволяє дійти висновку стосовно існування методологічних передумов юридичного, соціально-філософського, політологічного характеру для дослідження державної культурної політики, публічного адміністрування у царині культури загалом та культурної безпеки зокрема, але в аспекті публічного адміністрування, з позицій науки адміністративного права й відповідного правового регулювання в зазначеній сфері ці питання майже не досліджувалися.

Мета даного дослідження полягає у визначенні правового наповнення категорії «культурна безпека» та її організаційно-правових засад в аспекті публічного адміністрування, окресленні основних пріоритетів та напрямів останнього в цій царині, а також їх аналізі як складників адміністративно-правового регулювання державної культурної політики в період становлення інформаційного суспільства. Це дозволить надати пропозиції щодо створення концептуальних основ для планування та реалізації реформ публічного адміністрування, які забезпечать безпеку та верховенство права у сфері культурної безпеки України.

Виклад основного матеріалу. У сучасному українському суспільстві питання правового регулювання відносин щодо реалізації і захисту прав громадян у сфері культури, зокрема закріплених у ст. 54 Конституції України [3], ст. ст. 6-10 Закону України «Про культуру» [4], а також в інших нормативних актах, що регулюють різні сторони й аспекти культурної діяльності, стають усе більш актуальними. Це пов'язано з тим, що динаміка соціально-культурного життя не забезпечує належних умов для збереження національної безпеки України. Назріла необхідність концептуального оновлення адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у сфері культури на основі актуальних принципів і пріоритетів культурної політики.

Отже, до основних функцій правового регулювання у сфері культури слід віднести: (а) захисну – збереження культури; (б) конструктивну – підтримки мистецтва і створення культурних цінностей; (в) комунікативну – здійснення їх поширення і пропаганди; (г) експертну – нормативного встановлення ієрархії культурних цінностей, явищ і фактів; (г) соціальну – організації громадського контролю за процесом розвитку культури в цілому.

Важливу роль у правовому регулюванні відносин щодо реалізації та захисту прав громадян у сфері культури займає нормативне закріплення функцій і повноважень органів виконавчої влади і місцевого самоврядування в цій царині. Його узагальнюючий аналіз дозволяє виділити ряд системних утворень у межах компетенції зазначених органів: (1) пошукову систему, яка включає охорону, реставрацію, збереження, накопичення, контроль за ввезенням і вивезенням, а також забезпечення доступу для мистецтвознавчого чи історичного вивчення або користування громадянами цінностями світової і вітчизняної культурної спадщини, що мають художню або історичну цінність; (2) систему державної та громадської підтримки функціонування культурного середовища в країні (сприяння створенню, популяризації і розповсюдженню витворів мистецтва, музейній справі й меценатству, проведення фестивалів, арт-проектів, конкурсів, виставок, організація професійної культурно-мистецької освіти, запровадження програм естетичного виховання підлітків та дітей, розвиток мистецтвознавчих наук, фінансова та творча допомога професійним художнім колективам і культурним об'єднанням тощо); (3) систему розбудови різноманітних форм культурно-дозвіллєвої діяльності (клубна, гурткова і культурно-просвітницька справа як загального, так і спеціалізованого профілю, організація масових, спортивних, святкових, карнавальних заходів і видовищ, культурно-просвітницький туризм, народна самодіяльність у сфері ремісничої або художньої творчості; (4) систему міжнародної і міжнаціональної культурної співпраці.

Основними органами, що приймають державно-владні рішення з питань реалізації і захисту прав громадян у сфері культури, є органи виконавчої влади і місцевого самоврядування як загальної, так і спеціальної компетенції. При цьому центральну роль тут відведено Міністерству культури України [5], функції якого на місцях покладаються на відповідні Департаменти і Відділи обласних, районних, Київської та Севастопольської місцевих державних адміністрацій, які тісно співпрацюють з органами місцевого самоврядування

Таким чином, органи державної влади, насамперед виконавчої, місцевого самоврядування спрямовують і координують діяльність різноманітних культурних інститутів із надання культурних послуг населенню і реалізації та захисту культурних прав громадян. Останні досить часто є функціонально прив'язаними до перелічених вище основних систем компетенції органів управління.

Це, наприклад, культурні заклади, що здійснюють збір та збереження об'єктів культурної спадщини, бібліотеки, історико-культурні заповідники, архіви, музеї різного профілю тощо. Суб'єктами, що займаються реалізацією творчої діяльності, є професійні творчі спілки і об'єднання, художні, реставраційні та архітектурні майстерні, кіностудії, музичні і драматичні театри, філармонії, концертні організації, цирки, а також установи книговидавництва і книготоргівлі, культурно-мистецькі навчальні заклади, середні і вищі тощо. Суб'єктами дозвіллєвої діяльності є клуби і гуртки, культурно-просвітницькі громади, а також історико-туристичні організації. Міжнародне культурне співробітництво покладається в основному на центральні органи виконавчої влади у сфері культури, а також підпорядковані їм заклади.

Перед кожною державою на певному етапі соціально-економічного розвитку постають питання про вибір пріоритетів серед об'єктів правового регулювання та адміністративно-правового регулювання. В останні десятиріччя в ієрархії таких пріоритетів в Україні культура та її безпека займає зовсім не перші позиції. Слід зазначити, що більшість країн світу проходили етапи реформування власних правових доктрин і сценарії просування цим шляхом багато в чому були схожі. Як правило, «шок» від кардинальних перетворень в економічній і політичній сферах змінювався розгубленістю перед очевидними кризовими процесами в суспільстві і культурі. У підсумку виявилося, що слід міняти не лише цілі, але й сенси реформування правової системи в бік «людиноцентристської» доктрини.

Так, наприклад, як зазначає Тесс Джауелл, державний секретар з культури, член парламенту Великобританії на початку 2000-х років, країні до середини XX століття треба було перемогти п'ять «велетнів» матеріальної убогості – бідність, хвороби, неосвіченість, запустіння і ледарство. Але вже на початку нинішнього століття, коли Англія стала значно багатшою, прийшов час і, відповідно, розуміння необхідності перемогти шостого «велетня» – духовну убогість, яка поставила під загрозу усі спроби вирвати людей з матеріальної убогості [6, с. 5]. Тільки робота у царині культури здатна ослабити духовну убогість.

У зв'язку з цим у контексті людиноцентристського підходу у сучасній адміністративно-правовій доктрині України основними завданнями реформування правового регулювання у сфері культури є: (1) реальне забезпечення і захист конституційних прав громадян України в царині культурної діяльності; (2) створення правових гарантій для вільної культурної діяльності об'єднань громадян, розвитку культури української нації, корінних народів та національних меншин України; (3) формулювання й юридичне закріплення сучасних демократичних принципів і правових засад відносин суб'єктів культурної діяльності з державними органами й органами місцевого самоврядування; (4) визначення конкретних напрямів державної культурної політики, правових форм і методів державної підтримки культури і гарантій невтручання держави в творчі процеси.

Сьогодні основними потенційними та реальними загрозами національній безпеці України в сфері культури є духовна та моральна деградація суспільства, спроби обмеження доступу громадян до культурних цінностей, до інформації, свободи слова, поширення засобами масової інформації недоброякісної продукції, яка демонструє насильство, жорстокість, аморальні явища. Загальні процеси глобалізації у світі демонструють зростаючу загрозу для світових національних культур, яка виходить, перш за все, від комерціалізації культурних процесів, спекулятивного пристосування культури для величезних мас споживачів за допомогою новітніх технологій. Виникає необхідність розроблення та забезпечення реалізації загальнодержавних і регіональних (місцевих) програм, що передбачали б заходи збереження культурних цінностей, поширення культурної та національно-етнічної ідентичності. Отже, формування і забезпечення культурної безпеки повинно стати основою, «червоною ниткою» культурної політики держави й метою правового регулювання.

Прийнята РНБО України у 2015 р. і затверджена Указом Президента України Стратегія національної безпеки визначає основні напрями державної політики в галузі національної безпеки [7]. Однак, як зазначають фахівці Національного інституту стратегічних досліджень, у документі не згадуються проблеми культурної політики як пріоритетні напрями зміцнення національної безпеки. Водночас використовуються поняття, які пов'язуються з культурним процесом, зокрема поняття цінностей. Так, у «Загальних положеннях» стверджується, що Україна захищатиме свої фундаментальні цінності, визначені Конституцією та законами України, – незалежність, територіальну цілісність і суверенітет, гідність, демократію, людину, її права і свободи, верховенство права, забезпечення добробуту, мир та безпеку [8].

У документі використовується поняття «гуманітарний розвиток», яке можна розуміти як синонім категорії «культурний роз-

виток». Стверджується, що серед основних цілей Стратегії національної безпеки є утвердження прав і свобод людини і громадянина, забезпечення нової якості економічного, соціального і гуманітарного розвитку. Досягнення зазначених цілей потребує «якісно нової державної політики, спрямованої на ефективний захист національних інтересів в економічній, соціальній, гуманітарній та інших сферах». Водночас культурна політика не визнається актуальним складником державної політики національної безпеки [8].

У Законі України «Про основи національної безпеки України» [9] також імпліцитно присутня проблематика, яка стосується культурної політики. Теоретично розгляд культурної безпеки як самостійного різновиду національної безпеки не суперечить логіці цього Закону, в якому остання розуміється як захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечуються сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам у різних сферах, зокрема культурного розвитку населення, забезпечення свободи слова та інформаційної безпеки [9]. Закон до «національних інтересів» відносить життєво важливі матеріальні, інтелектуальні та духовні цінності Українського народу. У цьому визначенні поняття «цінності» можна розуміти й як «культурні цінності». На жаль, зазначені констатації не знайшли послідовного відображення в інших статтях Закону. Так, у ст. 6 «Пріоритети національних інтересів» присутнє лише контекстне згадування культурної проблематики, коли стверджується, що до пріоритетів належить «розвиток духовності, моральних засад, інтелектуального потенціалу Українського народу». У ст. 7 «Загрози національним інтересам і національній безпеці України» також культурна сфера прямо не згадується у переліку загроз. У цій статті Закону використовується посилання на «прояви моральної та духовної деградації суспільства», що має непряме відношення до культурної політики. У статті 8 Закону визначаються основні напрями державної політики з питань національної безпеки. У переліку цих напрямів вказується «формування і вдосконалення політико-правових, соціально-економічних та духовно-культурних засад етнонаціональної стабільності». Проте очевидно, що це визначення не повністю відображає специфіку культурної проблематики, яке має відношення до державної політики національної безпеки. Таким чином, аналіз базових нормативних документів щодо національної безпеки свідчить, що в них недостатньо приділено уваги питанням культурної політики. Тобто проблеми, пов'язані з культурою, тут фактично підпорядковуються іншим завданням, які видаються більш важливими [8; 9].

Основні завдання культурної політики періоду трансформації українського суспільства орієнтовані на реформування сектору культури і роботи культурних інституцій в умовах інформаційного суспільства. Для цього необхідні певні умови та ефективні шляхи формування і реалізації культурної політики. Це можливо лише за участі всіх зацікавлених суб'єктів – структур громадянського суспільства, професійної спільноти, академічних і дослідницьких закладів, органів державної влади та місцевого самоуправління, бізнес-структур та окремих громадян споживачів культурного продукту.

Розглянемо культурну безпеку з позиції адміністративного права, в предметній області якого ця проблематика конкретизується як питання правової політики та діяльності відповідних органів публічної адміністрації.

У сучасній науці культурна політика розглядається як один зі складників сталого розвитку суспільств. Міжнародні експерти і політики відмовляються від хибної точки зору, що начебто культурна політика є чимось другорядним порівняно з економічною або соціальною сферами. Як приклад доречно навести декілька висновків, що містяться у підсумковій резолюції Декларації Ханчжоу, яка була схвалена Міжнародним конгресом «Культура: ключ до сталого розвитку» в Ханчжоу (КНР) 17.05.2013, який проходив під егідою ООН [10]. У Декларації наголошується, що на підставі накопиченого досвіду настав час для інтеграції культури через чітко визначені цілі у стратегії розвитку на період після 2015 р. на глобальному та регіональному рівнях. Культура має бути включена як основний принцип у порядок денний розвитку такою ж мірою, як і права людини, питання рівності і стабільності. Культурний складник має враховуватися у розробці програм у сфері сталого розвитку та їх упровадження [8].

Саме тому проблематика культурної безпеки є питанням правової політики держави, оскільки в центрі уваги тут перебувають питання її конституційного й адміністративно-правового регулювання. Тут йдеться про особливості фіксації в нормах права життєвих інтересів особи, суспільства і держави, а також обов'язку відповідних суб'єктів публічної адміністрації щодо забезпечення культурної безпеки з використанням тих чи інших форм і методів їхньої діяльності. Тобто у цьому разі відокремлення культурної без-

пеки в системі видів безпеки відповідає звичаю правової політики виділяти «галузеві» різновиди безпеки – екологічну, пожежну, радіаційну, безпеку руху тощо – й пов'язане з необхідністю нормативного закріплення відповідних повноважень органів держави загальної й спеціальної компетенції.

Незважаючи на це, все ж слід констатувати, що видова самостійність культурної безпеки порівняно, наприклад, з екологічною чи пожежною у законодавчих актах не визнається, отже її треба контекстуально відносити до складників загальної національної безпеки.

Водночас актуальність урахування аспекту культурної безпеки у даному контексті пояснюється кількома моментами: (а) суперечливим станом соціокультурного розвитку, який характеризується наявністю внутрішніх протиріч, що виникли під впливом соціальних і економічних негараздів і які ускладнюють процеси забезпечення цивільної безпеки; (б) поступовою зміною в нових історичних умовах інформаційного суспільства державного, адміністративного та інших силових примусів на інформаційний та психологічний тиск у тому числі в діяльності правоохоронних органів; (в) врахуванням імперативів культурної політики щодо забезпечення культурної безпеки особистості, яка дозволить показати найбільш перспективні напрями вдосконалення діяльності держави для запобігання загрозам, що несе із собою некерована інформаційна агресія з боку деяких іноземних держав щодо України, зокрема з боку Російської Федерації; (г) підтримкою запровадження реформ у секторі цивільної безпеки та їх дієвості через модернізацію служб безпеки шляхом удосконалення системи освіти цього сектора, передачі знань, досягнення необхідної кваліфікації та навчальних програм.

Отже, виникає необхідність вивчення специфіки формування і здійснення культурної політики держави як фактора реформування суспільства, зокрема сектора цивільної безпеки. Визначальну роль у механізмі правового регулювання забезпечення як цивільної, так і культурної безпеки в Українській державі в аспекті євроінтеграційних процесів повинно відігравати адміністративне право ЄС, створене на базі адміністративного права країн, що утворили Європейський Союз, взявши від нього найбільш важливі насамперед для захисту та гарантування прав, свобод та законних інтересів приватних осіб. Останнє має тривалі історичні і культурні традиції становлення та розвитку, пов'язані з багаторічним досвідом функціонування правової державності в європейських країнах. У зв'язку з цим країни нової демократії, в яких досвід правового державотворення є невеликим, мають орієнтуватися на європейські здобутки у цій сфері, значна кількість з яких знайшла своє закріплення саме у нормах адміністративного права.

Визначальна роль останнього у розбудові та функціонуванні ЄС не раз акцентувалася у договорах, покладених у підґрунтя утворення цього міждержавного об'єднання. Так, наприклад, відповідно до Копенгаґенських критеріїв, що висуваються до країн-кандидатів на вступ до ЄС, вимагається створення належних адміністративних структур, правоохоронних та судових органів, які мають забезпечити ефективне функціонування урядових структур, органів місцевого самоврядування, громадянського суспільства; створення умов для запровадження та дотримання законодавства ЄС; сприяння культурному та економічному зростанню та конкурентоспроможності; забезпечення гідного рівня життя та відповідного рівня державних послуг. Виконання багатьох із цих завдань, як ми розуміємо, передбачає проведення ґрунтовного реформування в усіх сферах життя суспільства на підставі норм національного адміністративного права шляхом адаптації й узгодження його з адміністративним правом ЄС [11].

Таким чином, «цивільна безпека» і «культурна безпека» України повинні разом «вписуватися» в європейський адміністративний простір, під яким розуміється певна юридична абстракція, загальна правова категорія, що використовується для позначення якісно нової форми європейського співробітництва з питань діяльності публічних адміністрацій. Важливими складовими елементами останнього традиційно виступають: а) принципи; б) правові норми; в) стандарти (поєднання принципів (а) та правових норм (б)); г) національні адміністративно-правові традиції; ґ) спільні соціальні та культурні цінності національних держав; д) спеціальні методи міжнародного співробітництва у сфері діяльності публічної адміністрації.

У цьому аспекті показовими виступають питання охорони нерухомої культурної спадщини. Річ у тому, що для більшості країн є характерним комплексний похід до збереження і відродження культурної та історичної спадщини, наявність ефективного законодавства, що регулює цю сферу. Ухвалені базові закони про охорону культурної спадщини, приймаються і реалізуються загальнонаціональні, регіональні і місцеві програми зі збереження спадщини й охорони пам'яток історії та культури. Створені спеціалізовані структури центральної і місцевої влади, наділені широкими контрольними повноваженнями виконання

законів у цій царині. У відповідних заходах і проектах, що часто мають складну структуру фінансування, взаємодіють держава, органи регіональної і місцевої влади, жителі певних місць, спеціалізовані громадські організації, представники приватного бізнесу. Також діють податкові пільги у разі участі останніх у відновленні історичної спадщини.

Українська держава є країною-учасницею всіх основних конвенцій з питань охорони культурної спадщини у рамках ЮНЕСКО та ЄС. Нині діє система міжнародно-правових норм у сфері охорони пам'ятників історії і культури: Гаазька конвенція 1954 року про захист культурних цінностей у разі озброєного конфлікту; у 1970 році була прийнята Паризька конвенція про заходи, спрямовані на заборону і попередження незаконного ввезення, вивезення і передачі права власності на культурні цінності; 1972 року Генеральною конференцією ЮНЕСКО була прийнята Конвенція про захист всесвітньої культурної і природної спадщини, яка набула чинності в грудні 1975 року, де дається визначення поняття охорони всесвітньої культурної і природної спадщини; 1995 року на розвиток Конвенції 1970 року була прийнята Римська конвенція УНІДРУА про викрадені або незаконно вивезені культурні цінності; Міжнародна Конвенція про охорону нематеріальної культурної спадщини, прийнята 17 жовтня 2003 року в Парижі, визнає, що процеси глобалізації і соціальних перетворень служать джерелами серйозної загрози деградації, зникнення і руйнування нематеріальної культурної спадщини.

Велику увагу охороні пам'яток історії і культури приділяє Європейський Союз. Правовим підґрунтям євроінтеграційних планів нашої держави є низка міжнародних договорів, а також національних законодавчих та підзаконних актів, кожен з яких регулює порядок і строки реалізації євроінтеграційної політики в окремих сферах. Так, зокрема, у сфері цивільної безпеки такими документами є: Дорожня карта з підтримки ЄС короткотермінових пріоритетів співробітництва з Україною. Важливим кроком у зазначеному напрямі стало створення Радою ЄС (22 липня 2014 року) на прохання української сторони Консультативної Місії з реформ цивільного сектору безпеки (EUAM Ukraine) – неозброєної, не виконавчої цивільної місії в рамках Спільної політики ЄС у галузі безпеки та оборони (КМЄС в Україні).

Враховуючи положення згаданих міжнародно-правових актів, у 2015 році Міністерством культури України була запропонована Концепція реформи у сфері нерухомої культурної спадщини, основними положеннями якої є: (1) створення нового законодавства з нормами прямої дії, які виключатимуть різні тлумачення, скасування 70 % різних видів дозволів і погоджень, запровадження процедур, що забезпечать прозорість адміністрування; (2) спрощення і децентралізація процедур внесення в Державний реєстр нерухомих пам'яток та створення єдиної електронної інформаційної системи, яка буде загальнодоступною та відображатиме максимально повну інформацію про всі пам'ятки в Україні; (3) децентралізація, яка передбачає передачу на місцевий рівень усіх повноважень щодо видачі приписів, розпоряджень, дозволів, надання адміністративних послуг, пов'язаних із охороною усіх категорій пам'яток, окрім тих, що належать до об'єктів ЮНЕСКО, державних історико-культурних заповідників, охоронюваних археологічних територій. При цьому на центральному рівні буде створено дієвий механізм контролю за діями і рішеннями місцевих органів охорони культурної спадщини; (4) посилення адміністративної і кримінальної відповідальності за порушення пам'яткоохоронного законодавства, створення на законодавчому рівні ефективних інструментів для негайного припинення виявлених порушень; (5) заборона розміщення реклами на пам'ятках об'єктів ЮНЕСКО та державних історико-культурних заповідників, законодавче обмеження щодо розміщення реклами в буферних зонах об'єктів ЮНЕСКО, на інших пам'ятках, в межах їх територій, у зонах охорони, в історичних ареалах населених місць [12].

Видається, що задля цього Верховній Раді України слід найближчим часом доопрацювати проекти і прийняти Закони України «Про національний культурний продукт», оновлений Закон «Про охорону культурної спадщини», в яких якісно врегулювати питання створення, сертифікації, розповсюдження та споживання культурного продукту та надання державної підтримки національним культурно-мистецьким проектам з урахуванням інтересів національної безпеки України у сфері культури та інформації.

Необхідність його прийняття зумовлена тим, що останніми роками в Україні пожвавився розвиток культурних індустрій. Сьогодні в Україні діє чимало законів та підзаконних актів, що регулюють діяльність культурних індустрій. Основні з них – Закони України «Про кінематографію», «Про видавничу справу», «Про телебачення і радіомовлення», «Про друковані ЗМІ (пресу)», «Про гастрольні заходи в Україні», «Про авторське право і суміжні права» , «Про рекламу», «Про Національну раду з питань телебачення і радіомовлення» тощо. Правово-

му забезпеченню боротьби з аудіовізуальним «піратством» присвячені Закони України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів та фонограм», «Про особливості державного регулювання діяльності суб`єктів господарювання, пов`язаної з виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування». Таким чином, натепер діє низка розрізнених і неузгоджених положень законодавчих актів, що мають на меті сприяти національному виробникові культурного продукту.

Останнім часом проблема корупції і потенційні шляхи її розв'язання привертають все більше уваги дослідників. Корупцію слід розглядати не лише з позицій різних окремих наук, але і з позицій культурологічного і навіть філософського рівня наукового пізнання як самостійне негативне явище. Але особливо гострими завжди є юридичні питання протидії корупції, особливо в аспекті адміністративно-правового регулювання. Корупція проникає у будь-яку сферу державної чи муніципальної влади, адже насамперед значні владні повноваження дають можливість і право розподілу наявних ресурсів з можливістю отримання економічного прибутку. Не є винятком у цьому плані і сфера культури.

Важливим напрямом боротьби з корупцією у сфері культури є також урахування інтересів культурного розвитку держави в законодавстві. Так, наприклад, у загальному контексті Закону України «Про публічні закупівлі» [13] усі державні установи, включаючи культурно-мистецьки заклади, зобов'язані зробити вибір не на користь учасника конкурсу або тендеру, здатного створити найбільш художньо значимий витвір мистецтва, що матимемо справжню культурну цінність, а на користь дешевшого виконавця. Щоб уникнути таких ситуацій слід законодавчо закріплювати особливі механізми регулювання діяльності установ культури. Замість держзамовлення логічніше було б увести державні і муніципальні субсидії і гранти, особливо на створення витворів мистецтва і літератури, які контролюються набагато краще. Для цього слід прийняти Закон України «Про меценатство», де закріпити визначення грантів і субсидій у сфері культури, а також прозору процедуру їх надання з боку як держави або місцевого самоврядування, так і приватних підприємців, під контролем відповідних органів.

Висновки.

Слід констатувати, що стан адміністративно-правового регулювання та реалізації державної політики в галузі культурної безпеки в Україні є незадовільним. Це не відповідає прагненням і можливостям незалежної держави, яка прагне до створення суспільства загального добробуту. Засадами публічного адміністрування у зазначеній сфері є: (1) захист прав і свобод людини і громадянина у сфері культури; (2) ефективна робота уповноважених органів виконавчої влади загальної і спеціальної компетенції і місцевого самоврядування в цій царині; (3) врахування «людиноцентристської» ідеології в публічному адмініструванні сфери культурної безпеки; (4) подолання потенційних та реальних загроз національній безпеці України в духовній та культурній сфері; (5) запровадження сучасних механізмів державної культурної політики з урахуванням світових і міжнародних стандартів; (6) збереження культурної спадщини; (7) подолання негативних тенденцій в публічному адмініструванні у сфері культури, зокрема корупції.

Враховуючи, що Стратегія національної безпеки і Закон України «Про основи національної безпеки України» є законодавчими актами, які вимагають періодичного ситуаційного редагування, доцільно внести до них зміни й доповнення, орієнтуючись на зазначені засади культурної безпеки. Слід погодитися із загальновизнаною тезою, що культура є аксіологічним базисом, що сприяє консолідації українського суспільства, а також дозволить подолати кризові явища в соціально-економічній і політичній сферах життєдіяльності Українського народу.

Культурна безпека – стан захищеності особи, суспільства, держави та її територій від внутрішніх і зовнішніх загроз у питаннях культурного розвитку, який дозволяє забезпечити конституційні права, свободи у відповідній сфері культури, гідну якість і рівень життя громадян, суверенітет, територіальну цілісність і сталий розвиток України, оборону і національну безпеку держави.

Задля цього слід розробити й прийняти нові Закони України «Про охорону культурної спадщини», «Про національний культурний продукт», «Про меценатство», Концепції і Програми загальнонаціонального, регіонального та місцевого культурного розвитку із зазначенням конкретних виконавців, відповідальних органів та посадових осіб та визначених джерел фінансування.

Список використаних джерел:

1. Аристотель. Политика. Сочинения : в 4-х т. – М.: Мысль, 1983. – Т. 4. – 830 с.

2. Спиноза Б. Избранные произведения : в 2-х т. / Б. Спиноза. – М.: Государственное Издательство политической литературы, 1957. – Т. 2. – 728 с.

3. Конституція України : від 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/go/254к/96-вр

4. Про культуру : Закон України від 14 грудня 2010 р. № 2778-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2778-17

5. Про затвердження Положення про Міністерство культури України : Постанова Кабінету Міністрів України від 03 вересня 2014 № 495. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/495-2014-%D0%BF

6. Государственная служба за рубежом. Управление культурой / отв. ред. Г. И. Иванов // Реферативный бюлетень. – 2004. – № 5 (55). – Москва. Издательство РАГС, 2004. – С. 5.

7. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки» : Указ Президента України від 26.05.2015 № 287/2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/287/2015.

8. Пріоритетні напрями розвитку державної культурної політики в системі національної безпеки : Аналітична записка НІСД України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.niss.gov.ua/articles/2130/.

9. Про основи національної безпеки України : Закон від 19.06.2003 № 964-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/964-15.

10. Декларация Ханчжоу. Обеспечить центральное место культуры в политике устойчивого развития. Принята в Ханчжоу, Китайская Народная Республика, 17 мая 2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/final_hangzhou_declaration_russian.pdf

11. Копенгаґенські критерії членства в Європейському союзі (інформаційно-аналітична довідка) : Декларація Європейської Ради червень 1993 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : mfa.gov.ua/ua/page/open/id/774

12. Про збереження нерухомої культурної спадщини: Концепція Міністерства культури України від 01 жовтня 2015 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://mincult.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=244991388&cat_id=244913751

13. Про публічні закупівлі : Закон від 25 грудня 2015 № 922-VIII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19

Статья посвящена анализу культурной безопасности Украины, организационно-правовых основ публичного администрирования и административно-правового регулирования последней, приоритетов и принципов государственной культурной политики, а также формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование законодательства в исследуемой сфере.

Ключевые слова: культура Украины, культурная безопасность, государственная культурная политика, публичное администрирование в сфере культурной безопасности, административно-правовое регулирование в сфере культурной безопасности, евроинтеграция Украинского государства.

The article is sanctified to the analysis of sphere of cultural safety of Ukraine y, organizational and legal bases of public administration and administratively legal adjusting of cultural safety, priorities and principles of state cultural politics, as well as the formulation of conclusions and recommendations aimed at improving the legislation in the area of research.

Key words: culture of Ukraine, cultural safety, state cultural policy, to public administration in the sphere of cultural safety, administratively legal adjusting in the sphere of cultural safety, eurointegration of the Ukrainian state.

УДК 342.922

Владислав Карелін,
канд. юрид. наук,
старший лейтенант внутрішньої служби,
доцент кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права та кримінології
Академії Державної пенітенціарної служби

ЩОДО ПРОФЕСІЙНИХ І КВАЛІФІКАЦІЙНИХ ВИМОГ ДО СУБ'ЄКТІВ, ЯКІ ЗАБЕЗПЕЧУЮТЬ ДОТРИМАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ У СФЕРІ ОРГАНІЗАЦІЇ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Розглядається необхідність дослідження проблеми професійних і кваліфікаційних вимог до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань як передумови у реформуванні пенітенціарної системи України. Визначено основні нормативно-правові акти, які встановлюють та визначають професійні і кваліфікаційні вимоги до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань. Проаналізовано погляди вчених на професійні і кваліфікаційні вимоги до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань.

Ключові слова: режим, правовий режим, адміністративно-правовий режим, Державна кримінально-виконавча служба, пенітенціарна система України.

Постановка проблеми Система організації виконання покарань являє собою соціальну систему, систему діяльності установ і органів, які виконують кримінальні покарання, метою якої є забезпечення виконання положень Конституції України, Кримінально-виконавчого кодексу, законів та інших нормативно-правових актів України е сфері виконання покарань. Для підвищення ефективності роботи органів і установ виконання покарань на структурні підрозділи кримінально-виконавчої системи покладено низку завдань, за умови виконання яких передбачається удосконалення управління кримінально-виконавчою системою.

Велике значення у роботі з удосконалення організації діяльності органів і установ сфери виконання покарань, їх оперативних підрозділів відіграє усунення ще не вирішених проблем, насамперед в управлінській теорії і практиці кримінально-виконавчої системи, в тому числі тих, які залишились від попередніх етапів розвитку, але не втратили своєї актуальності. Це зумовлено тим, що сама потреба реформування обґрунтовується необхідністю усунення перешкод, які існували на попередніх етапах розвитку держави, зокрема і сфери організації виконання покарань.

Актуальність теми дослідження. Професійні і кваліфікаційні вимоги до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань, є однією з малодосліджених проблем як у загальній теорії права, науці кримінально-виконавчого права, так і в науці адміністративного права, оскільки адміністративно-правові режими у сфері організації виконання покарань значною мірою не досліджувалися.

Стан дослідження. Слід зазначити, що проблеми професійних і кваліфікаційних вимог до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів, досліджували як вітчизняні, так і зарубіжні автори, а саме: В. Б. Авер'янов, О. М. Бандурка, Є. Ю. Бараш, В. В. Бєлєвцева, Ю. П. Битяк, О. Г. Братель, А. С. Васильєв, І. П. Голосніченко, В. В. Зуй, С. В. Ківалов, Т. О. Коломоєць, В. М. Комарницький, А. Т. Комзюк, С. О. Кузніченко, С. К. Могил, Т. П. Мінка, В. Я. Настюк, С. В. Пєтков, В. М. Плішкін, М. М. Тищенко та інші. Велику допомогу в дослідженні вказаного інституту дало вивчення праць закордонних та радянських учених: С. С. Алексєєва, Ф. Ардана, Д. М. Бахраха, Д. М. Власова, В. М. Григор'єва, Ж. Гримо, А. В. Грязнова, В. В. Гущіна,

© В. Карелін, 2018

О. Л. Дубовика, Р. Драго, А. Е. Жалінського, О. П. Коренєва, Ю. М. Коз- лова, А. М. Ларіна, С. В. Лебедь, В. В. Лозбінева, І. Л. Петрухіна, Б. Н. Порфир'єва, С. В. Пчелінцева, В. Б. Рушайло, С. Д. Хазанова та інших.

Мета та завдання статті – вирішення завдань щодо дослідження проблематики професійних і кваліфікаційних вимог до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів як передумови реформування пенітенціарної системи України.

Особливої актуальності питання формування кадрового та управлінського складу суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань, набувають у зв'язку з наявністю протиріч, що виникають, з одного боку, в силу активної реалізації принципів відкритості та гласності в міжнародній і вітчизняній теорії та практиці, а з іншого – з урахуванням об'єктивно необхідної закритості системи через специфіку діяльності. Відповідно, дослідження і вирішення зазначених соціальних протиріч, що існують у сфері виконання покарань, потребує значних додаткових зусиль.

Концептуальні засади формування кадрового складу Державної пенітенціарної системи України закладено в Стратегії державної кадрової політики на 2012-2020 роки, схваленої Указом Президента України від 1 лютого 2012 року [1], яка основними цілями реалізації державної кадрової політики визначає:

– розроблення механізмів залучення до роботи у сферах державного управління висококваліфікованих фахівців, успішних підприємців, працівників фінансово-економічної сфери, здібних випускників вищих навчальних закладів;

– відновлення технології добору кадрів для зайняття управлінських посад із числа працівників, що мають досвід роботи на посадах нижчого рівня у відповідній сфері діяльності;

– формування дієвого кадрового резерву на зайняття керівних посад у сферах державного управління;

– посилення вимог до моральних якостей осіб, які залучаються до управлінської діяльності, з метою уникнення можливих проявів корупції, запобігання виникненню конфлікту інтересів, удосконалення процедури дисциплінарного провадження;

– впровадження сучасних технологій управління персоналом для успішного вирішення виробничих і управлінських завдань у державному секторі економіки;

– відновлення профорієнтаційної роботи серед молоді;

– державну підтримку цільових науково-практичних досліджень у сфері розвитку людського потенціалу;

– підготовку та професійний розвиток вищих керівних кадрів державної служби, здатних забезпечити ефективність державної політики у сфері державного управління та лідерство у проведенні адміністративної та економічної реформ.

Концепцією державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України чітко визначено завдання:

– забезпечення належного рівня наукового супроводу діяльності Державної кримінально-виконавчої служби України;

– створення ефективної системи добору та підготовки кваліфікованого персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України, запровадження спеціалізованої системи освіти, яка б охоплювала всі види навчання: від початкової професійної підготовки до повної вищої освіти та подальшої післядипломної освіти, а також забезпечення безперервної освіти, спрямованої на задоволення потреб Державної кримінально-виконавчої служби України у разі необхідності перепідготовки і підвищення кваліфікації персоналу [2].

Професійна діяльність, як і будь-яка діяльність людини, перебуває в постійному розвитку, який може мати прогресивний або регресивний характер. Прогресивний або регресивний характер розвитку професійній діяльності напряму впливає на професійне довголіття спеціаліста. Професійне довголіття – це якісна характеристика спеціаліста, його здібності на високому рівні вирішувати професійні завдання протягом короткого проміжку часу, відведеного соціумом для професійної діяльності. У цей період спеціаліст зберігає здоров'я, професійну компетентність, уміння і навички професійної діяльності, що забезпечують її високий рівень [3, с. 56].

Правильно організована система виконання покарання в Україні повинна бути своєрідною моделлю суспільства, тому в ній мають працювати категорії персоналу, що відрізнятимуться за статусом, завданнями, оплатою та іншими показниками більше, ніж це регламентовано у сучасних правових джерелах. Тому ключовою в характеристиці діяльності персоналу має бути класифікація за виконуваними функціями, яку слід розглядати на загальному та конкретному рівні (в широкому та вузькому розумінні).

На загальному рівні потрібно розглянути категорії персоналу за функціональним спрямуванням їхньої діяльності (відношенням до виправного процесу):

1. *Управлінський персонал (адміністрація)* – співробітники, які здійснюють процес управління установою, організацію виправного впливу; періодично вступають у спілкування, часто опосередковане, з об'єктами виховного впливу.

2. *Адміністративно-пенітенціарний персонал* – працівники, які є функціональними керівниками, здійснюють керівництво складовими частинами установи виконання покарання, що спрямовані на ресоціалізацію засуджених. Такі співробітники менше, ніж перша група, замаються управлінням установою в цілому, зате вони більше працюють з організації та безпосереднього координування реалізації закладової концепції здійснення випраного впливу на особистість засудженого. Вони частіше, ніж перша група, спілкуються із засудженими, хоча, як вже вказувалось, їхня основна робота полягає у спрямовуванні та забезпеченні безперешкодної роботи третьої групи – пенітенціарного персоналу.

3. *Пенітенціарний персонал* – співробітники, які шляхом постійного, триваючого, безпосереднього спілкування впливають на процес соціальної реабілітації засуджених і займаються виключно цією роботою. Цю категорію персоналу недоцільно залучати до будь-якої роботи, не пов'язаної із соціальною реабілітацією засуджених.

4. *Пенітенціарно-обслуговуючий персонал* – це співробітники, що опікуються безпекою закладу, виробництвом, оздоровленням засуджених та іншими роботами, що не виключають спілкування із засудженими. Такі працівники впливають на реалізацію виправного впливу на засуджених: хто власним прикладом, хто привчанням до нормотипового життя, хто виконанням засобів (напрямів) ресоціалізації.

5. *Допоміжний персонал.* Ці працівники не мають завдання досягнення цілей покарання. Вони здійснюють не виховні, але й не менш важливі функції забезпечення діяльності виправного закладу, функціонування всіх мереж та систем (опалення, водопостачання, телефонний зв'язок, техніка безпеки тощо) [4, с. 214-215].

М. М. Ребкало зазначає, що стратегічні напрями діяльності управлінського персоналу вкрай важливі, оскільки саме в них формуються довгострокові завдання, серед яких доцільно виділити такі:

– кадровий процес, що стосується осіб керівного складу, на всіх етапах проходження служби повинен бути комплексним, збалансованим, ефективним та адаптованим до всіх змін, що можуть виникнути як у процесі повсякденної діяльності, так і під час ризикових ситуацій;

– механізм удосконалення управлінських кадрів повинен відповідати базовому стандарту професійної освіти та компетентності персоналу як на сучасному етапі функціонування кримінально-виконавчої служби, так і в перспективі її розвитку;

– розроблення як внутрішніх, так і зовнішніх джерел покриття дефіциту управлінських кадрів органів та установ виконання покарань;

– визначення професійних параметрів для формування управлінських кадрів, потреба в яких може бути спричинена кардинальними змінами в структурі кримінально-виконавчої служби (наприклад, у разі переходу від кримінально-виконавчої інспекції до служби пробації).

Вчений стверджує, що у формуванні стратегії розвитку управлінського персоналу варто відокремлювати два підходи: організаційний та гуманістичний. У разі організаційного підходу на формування керівного складу впливають особливості кримінально-виконавчих завдань, чисельність і структура підпорядкованих підрозділів. Гуманістичний підхід пов'язують зі зміною умов проходження служби, їх змісту, соціальними гарантіями відповідно до вимог міжнародного пенітенціарного права, що робить професію суспільно необхідною та престижною [5, с. 65].

Керівництво кримінально-виконавчої системи приділяє значну увагу пошуку нових підходів до управління професійною кар'єрою співробітників кримінально-виконавчої системи. Ми поділяємо думку, що для вирішення конкретних проблем (відбір кадрів, робота з резервом, укладення контрактів і проведення конкурсів) потрібна нова ідеологія, спрямована на забезпечення комплексного підходу до організації службової кар'єри співробітників кримінально-виконавчої системи. Йдеться безпосередньо про моделювання та планування службової кар'єри, нові методи стимулювання кар'єрного росту, правове регулювання зазначеного питання. В умовах окреслених стратегічних передумов, зумовлених прагненням до демократизації процесу управління правозастосовною практикою, приведенням її у відповідність до вимог міжнародних стандартів, потрібні співробітники нового типу, які здатні якісно вирішувати складні завдання, що постають перед органами та установами виконання кримінальних покарань.

Реформування системи виконання покарань, яке здійснюється в Україні останніми роками, висуває нові вимоги до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань.

Особливе місце у вирішенні завдань, пов'язаних з організацією та управлінням підготовкою співробітників сфери організації виконання покарань до служби, займають установи професійного навчання кримінально-виконавчої системи. Їх головна мета – підготувати спеціалістів, які відповідатимуть професійним і кваліфікаційним вимогам, що, безумовно, передбачає формування професійно-правової культури особистості, тобто її правових якостей.

Майбутні співробітники сфери організації виконання покарань повинні у своїй професійній діяльності орієнтуватися на потреби і правові інтереси людини, суспільства і держави. Саме тому видається, що до основних правових якостей належать такі:

– знання і розуміння права (в тому числі нормативно-правових актів, які регулюють діяльність установ і органів сфери організації виконання покарань);

– володіння вміннями і навичками вирішувати службові завдання;

– здатність самостійно приймати правові рішення в межах відведеної компетенції і правового статусу;

– повага до права як системи нормативних установок, які базуються на ідеях справедливості та свободи;

– повага до прав, свобод, обов'язків громадян;

– юридична відповідальність, яка включає постійну внутрішню підготовку до виконання професійних обов'язків і повноважень;

– активна правова діяльність із надання юридичної допомоги громадянам і правового самовдосконалення [6, с. 23-24].

Крім того, основним результатом діяльності освітньої установи повинна стати не система знань, умінь і навиків, а практична спрямованість навчання – здатність діяти в конкретній ситуації. Перед відомчими навчальними закладами ставиться мета – підвищення якості вищої освіти на основі компетентнісного підходу, тобто створення умов для оволодіння головними компетенціями.

Професійна компетентність співробітника кримінально-виконавчої системи визначається не лише наявністю спеціальної освіти і досвіду практичної діяльності, знанням юридичних дисциплін, чинного законодавства, відомчих наказів, інструкцій та інших нормативних актів, але і вмінням встановлювати контакт із людьми, спілкуватися з представниками різних соціальних верств, перш за все із засудженими, вмінням правильно складати та оформляти службові документи [7, с. 78-79].

У спектрі психологічної підготовки співробітників повинні бути пізнавальні та інтелектуальні якості особистості. Відомо, що добре розвинуті якості сприйняття і зосередженості дозволяють співробітнику отримати достатню інформацію про обставини, які складаються, та особливості особистості засуджених. До необхідних якостей співробітників кримінально-виконавчої системи необхідно віднести:

– швидкий розподіл уваги і здатність виявляти головне у ситуації, яка складається;

– стійкість і концентрацію уваги;

– просторову орієнтацію;

– здатність під час спостереження передбачити спрямованість і зміст дії ув'язненого;

– знання адаптаційних закономірностей різних органів відчуття;

– вміння знімати втому в процесі спостереження;

– вміння забезпечувати маскування спостереження за ув'язненими [8, с. 141].

Виходячи зі специфіки діяльності, майбутній співробітник системи виконання покарань готується до субординаційної взаємодії, а тому він не може бути ані керівником, ані підлеглим без належного розвитку комунікативних здібностей. Поділяємо думку вченої Н. У. Шогенової стосовно того, що розроблення компетенцій співробітників кримінально-виконавчої системи повинна проходити на межі юридичних, соціологічних, психологічних і педагогічних досліджень [9, с. 28].

Професійна компетентність розглядається як система, що складається з трьох компонентів:

1) соціальний: здатність до групової діяльності та співробітництва з іншими працівниками; готовність до взяття відповідальності за результат своєї праці; володіння прийомами професійної освіти;

2) спеціальний: підготовленість до самостійного виконання конкретних видів діяльності; вміння вирішувати типові професійні завдання; вміння оцінювати результати своєї праці; здатність самостійно набувати нові знання і вміння за спеціальністю;

3) індивідуальний: готовність до постійного підвищення кваліфікації і реалізації себе в професії; здатність до професійної рефлексії; подолання професійної кризи та професійної деформації [10 , с. 79].

Професійна підготовка співробітників кримінально-виконавчої системи являє собою чітко регламентований відомчими нормативними актами організований та цілеспрямований процес, у ході якого вони отримують спеціальні знання, вміння і навички, необхідні для успішного виконання службових обов'язків на займаній посаді.

Основними задачами професійної підготовки є:

– підготовка кваліфікованих кадрів для кримінально-виконавчої системи відповідно до сучасних вимог;

– навчання працівників умілим і ефективним діям, які забезпечать успішне виконання службово-оперативних завдань;

– формування професійної свідомості працівників, почуття відповідальності за свої дії, прагнення та вчинки, удосконалення своєї професійної майстерності з урахуванням специфіки діяльності в конкретних підрозділах кримінально-виконавчої системи;

– напрацювання та постійне вдосконалення у працівників практичних умінь та навиків дотримання норм законодавства та прав людини;

– вивчення правових основ та змісту кримінально-виконавчої політики, виконання вимог міжнародних стандартів спілкування із засудженими та затриманими особами;

– навчання працівників засобам та способам професійної та особистої безпеки в надзвичайних обставинах і екстремальних умовах професійної діяльності;

– підтримання у працівників постійної готовності рішуче та вміло припиняти протиправні дії, використовуючи фізичну силу, спеціальні засоби та вогнепальну зброю;

– формування високої професійної стійкості особистості працівників, розвиток у них спостережливості, пильності, пам'яті, мислення та інших професійно-психологічних якостей;

– формування високого рівня культури поведінки, широкого світосприйняття та розуміння соціальної значимості своєї професії [11, с. 103-104].

Під час формування професійних навиків у співробітників оперативних підрозділів установ і органів сфери виконання покарань необхідно враховувати низку рис, характерних саме для цієї професії. Основними з них є:

– обмежений оперативний простір для дій, коли кожен крок контролюється ув'язненими;

– підвищені вимоги до дотримання принципу конспірації під час проведеннч зустрічей зі спецапаратом, оскільки оперативний співробітник постійно працює в ситуації «чужий серед своїх»;

– великий обсяг перекрученої інформації і, як наслідок, необхідність ретельного відбору і перевірки отриманих даних;

– подолання активного супротиву з боку незацікавлених в успішному результаті розслідування справи осіб;

– вплив груп ув'язнених негативного спрямування на засуджених, які могли б дати свідчення для розкриття вчинених чи попередження і припинення задуманих злочинів;

– ускладнення здійснення оперативної роботи у виправній установі через стійкість характерних для засуджених антисуспільних переконань і стереотипів злочинної поведінки, які перешкоджають установленню контакту для вирішення оперативних завдань;

– використання сили закону не лише для попередження та розкриття злочину, але і для виховання і виправлення засуджених, виходячи з принципу «кожний співробітник – вихователь»;

– необхідність знання оперативним працівником установи виконання покарань не лише психології злочинця, але й, перш за все, соціально-статусних ознак засуджених, які залежать від ієрархічного ступеня, який засуджений займає в тюремному колективі [12, с. 114-115].

Висновки.

У підсумку видається можливим визначити основні принципи кадрової політики у сфері організації виконання покарань:

– наукова обґрунтованість потреби органів та установ виконання покарань у співробітниках тієї чи іншої кваліфікації;

– прогнозування кадрової ситуації стосовно підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації персоналу сфери організації виконання покарань;

– ретельність та систематизованість відбору співробітників за їхніми професійними та морально-етичними якостями;

– правовий та соціальний захист персоналу та ін.

З урахуванням вищезазначеного видається необхідним розробити концепцію та принципи психолого-педагогічної системи формування професійних і особистісних компетенцій суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань на загальному фоні стратегії реформування кримінально-виконавчої системи.

З цією метою необхідно:

– проаналізувати професійну діяльність різних підрозділів для визначення переліку необхідних професійних і особистісних компетенцій працівників з урахуванням міжна-

родного досвіду та стандартів роботи органів і установ кримінально-виконавчої системи;

– провести комплексний аналіз роботи з кадрами як системи цілеспрямованого впливу на особовий склад з урахуванням специфіки діяльності відповідних органів і установ;

– обґрунтувати умови та шляхи вдосконалення професійної підготовки співробітників у відомчих навчальних закладах на основі компетентнісного підходу;

– сформувати пропозиції з модернізації навчального процесу та освітньо-професійної програми з урахуванням міжнародного досвіду підготовки співробітників для кримінально-виконавчої системи у відомчих навчальних закладах України, які здійснюють їх підготовку, перепідготовку і підвищення кваліфікації;

– визначити концептуальні основи діяльності психологічної і кадрової служб у територіальних органах із розвитку професійних і особистісних компетенцій працівників;

– підготувати методичні рекомендації з розвитку професійних і особистісних компетентностей працівників установ і органів виконання покарань в межах системи психологічного забезпечення, виховної роботи, оцінки й атестації кадрів.

Професійна майстерність – це одна з головних вимог, які пред'являються сьогодні до працівників кримінально-виконавчої системи, оскільки рівень професійної підготовки визначає здатність ефективно вирішувати поставлені перед ними завдання. Неналежна професійна підготовка працівника кримінально-виконавчої системи виступала і виступає основною перешкодою його професійної майстерності та ефективної професійної діяльності. У зв'язку з цим складно переоцінити значення безперервного, планомірного та систематичного навчання працівників усіх служб кримінально-виконавчої системи сучасним формам і методам роботи.

Відповідно, вважаємо, що формування кадрів кримінально-виконавчої системи повинно проходити виключно відповідно до кваліфікаційних вимог, що пред'являються до суб'єктів, які забезпечують дотримання адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань, ділових та особистісних якостей, і це повністю відповідає концепції професійних компетентностей та підкреслює необхідність їх запровадження. При цьому особистісні якості працівників органів та установ виконання покарань повинні розглядатися в контексті вимог до принципів професійної поведінки державних службовців.

Список використаних джерел:

1. Про Стратегію державної кадрової політики на 2012-2020 роки : Указ Президента України від 1 лютого 2012 року № 45/2012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/45/2012.

2. Про Концепцію державної політики у сфері реформування Державної кримінально-виконавчої служби України : Указ Президента України від 8 листопада 2012 року № 631/2012. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/631/2012.

3. Соколова О. В. Взаимосвязь профессионального совершенствования и профессионального долголетия специалиста по социальной работе в пенитенциарном учреждении / О. В. Соколова // Международный пенитенциарный журнал. – 2016. – № 2. – С. 56-60.

4. Кримінально-виконавче право України : підручник / за заг. ред. професора О. М. Джужи. – К.: Атіка, 2009. – 642 с.

5. Ребкало М. М. Теоретичні та організаційні аспекти вдосконалення управлінського персоналу органів та установ виконання покарань / М. М. Ребкало // Право та державне управління. – 2016. – № 2(23). – С. 64-68.

6. Кудрявцев А. В. К вопросу о формировании правовой культуры личности курсантов в период обучения / А. В. Кудрявцев, Е. В. Кудрявцева // Вестник Владимирского юридического института. – 2007. – № 4(5). – С. 22-24.

7. Злобин С. И. Создание модели профессиональных и личностных компетентностей сотрудников охраны и конвоирования / С. И. Злобин // Вестник Пермского института ФСИН России. – 2013. – № 2(9). – С. 78-81.

8. Кузнецов М. А. Проблемы психологической подготовки сотрудников уголовно-исполнительной системы к несению службы / М. А. Кузнецов, Т. В. Кушнирова // Вісник ХНПУ імені Г. С. Сковороди. – 2016. – Вип. 54. – С. 134-143.

9. Шогенова Н. У. Организационно-правовой механизм создания и внедрения моделей профессиональных компетенций сотрудников уголовно-исполнительной системы / Н. У. Шогенова // Человек: преступление и наказание. – 2013. – № 1(80). – С. 28-30.

10. Злобин С. И. Создание модели профессиональных и личностных компетентностей сотрудников охраны и конвоирования / С. И. Злобин // Вестник Пермского института ФСИН России. – 2013. – № 2(9). – С. 78-81.

11. Молокова Т. М. Профессиональное образование в Федеральной службе исполнения наказаний / Т. М. Молокова // Вестник Кузбасского института. – 2011. – № 5(8). – С. 103-107.

12. Потоцкий Н. К. Отдельные проблемы профессиональной подготовки сотрудников оперативных служб уголовно-исполнительной системы / Н. К. Потоцкий // Вестник Владимирского юридического института. – 2007. – № 4(5). – С. 112-116.

Рассматривается необходимость исследования проблемы профессиональных и квалификационных требований к субъектам, которые обеспечивают соблюдение административно-правовых режимов в сфере организации исполнения наказаний, как предпосылки в реформировании пенитенциарной системы Украины. Определены основные нормативно-правовые акты, которые устанавливают и определяют профессиональные и квалификационные требованийя к субъектам, которые обеспечивают соблюдение административно-правовых режимов в сфере организации исполнения наказаний. Проанализированы взгляды ученых на профессиональные и квалификационные требования к субъектам, которые обеспечивают соблюдение административно-правовых режимов в сфере организации исполнения наказаний.

Ключевые слова: режим, правовой режим, административно-правовой режим, Государственная уголовно-исполнительная служба, пенитенциарная система Украины.

Need for problems of professional and qualification requirements for the subjects that ensure adherence administrative and legal regimes research in the execution of sentences as a pre-condition in reforming the penitentiary system of Ukraine is considered. The basic normative and legal acts that define of professional and qualification requirements for the subjects that ensure adherence administrative and legal regimes are outlined. The scientists of professional and qualification requirements for the that ensure adherence administrative and legal regimes views on the are analyzed.

Key words: regime, legal regime, administrative and legal regime, state penitentiary service, penitentiary system of Ukraine.

УДК 342.565.2

Микола Ломакін,
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ФРАНЦУЗЬКА МОДЕЛЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

Стаття присвячена визначенню історико-правових особливостей формування інституту конституційного контролю, його сучасної інтерпретації у Франції через визначення порядку формування, повноважень і складу, зокрема, Конституційної ради Франції.

Ключові слова: конституційний контроль, французька модель конституційного контролю, Конституційна рада, Державна рада, попередній конституційний контроль.

Постановка проблеми. Конституція будь-якої держави виконує унікальну роль, слугуючи фундаментом побудови національної правової системи, критерієм правових цінностей суспільства, забезпечуючи захист прав і свобод людини і громадянина. Поряд із цим Конституція діє в умовах динамічних змін і ускладнення суспільних відносин, що вимагає від усіх суб'єктів права утвердження її верховенства стосовно законів та інших нормативно-правових актів. Механізм забезпечення юридичного верховенства Конституції розглядається в контексті спеціалізованих та неспеціалізованих органів, які існують у державі і здійснюють правову охорону Конституції. Важливу роль у цьому процесі відіграє інститут конституційного контролю.

Інститут конституційного контролю тісно пов'язаний з тлумаченням та формою змін конституції. Розвиток інституту конституційного контролю підкреслює значення конституції як акта, який встановлює фундамент будь-якої держави, а саме: основи правового становища особи, структуру та взаємовідносини державних органів, форму правління та територіального устрою, основи правого становища держави на міжнародній арені [1, с. 3].

Дослідження різноманітних аспектів становлення та розвитку інституту конституційного контролю зарубіжних країн необхідне для вивчення їхнього позитивного досвіду й можливості його поширення на процес розвитку та вдосконалення органів конституційного контролю нашої держави – України. У цьому контексті виділення французької моделі конституційної юстиції є актуальним, адже французький досвід побудови органів конституційного контролю був використаний під час прийняття конституцій колишніми колоніями Франції (Габон, Камерун, Конго, Мавританія, Малі, Сенегал, Того, Чад та ін.) та окремими державами, утвореними на теренах колишнього Радянського Союзу (насамперед, Казахстан). Окрім цього, після проведення у Франції конституційної реформи у 2008 році інститут конституційного контролю набув нових ознак, які не досить вивчені в сучасному науковому співтоваристві.

Метою статті є визначення історико-правових особливостей формування інституту конституційного контролю, його сучасної інтерпретації у Франції через визначення порядку формування, повноважень і складу, зокрема, Конституційної Ради Франції.

Незважаючи на наявність у юридичній літературі значної кількості публікацій, присвячених функціонуванню органів конституційного контролю в зарубіжних країнах (зокрема, праці таких учених, як Г. Кельзен, К. Ейзенман, К. Хессе, В. О. Гергелійник, І. І. Маринів, О. С. Лотюк, С. В. Пілюк, М. Д. Савенко, А. О. Селіванов, В. Є. Скомороха, І. Д. Сліденко, М. В. Тесленко, А. П. Ткачук, Т. О. Цимбалістий, В. М. Шаповал та ін.), вважаю, що французька модель конституційного контролю потребує спеціального дослідження в контексті постійних змін у її функціонуванні.

Виклад основного матеріалу. Конституційний контроль у сучасному розумінні вперше виник у США на основі доктрини судового прецеденту. Прецедент, створений у результаті розгляду справи Мербері проти Медісона в 1803 р., започаткував судовий конституційний контроль у США, головна риса якого – здійснення контролю судами загальної юрисдикції. Вже до кінця XIX ст. судова функція конституційного контролю була сприйнята в ряді країн Латинської Америки і Європи. Новий етап розвитку конституційного контролю почався після Першої світової війни: зокрема, в деяких країнах у 20-і роки XX ст. були утворені конституційні суди. Але справжнє визнання цей інститут дістав після Другої Світової війни, коли він знайшов відображення в більшості новітніх конституцій.

© М. Ломакін, 2018

На сучасному етапі для інституту конституційного контролю характерна багатоманітність форм, які все важче зарахувати до двох основних моделей – американської та європейської [2, с. 46]. Європейська модель конституційного контролю виникла у XX ст. Для неї характерне здійснення конституційного контролю спеціалізованими судовими або квазісудовими (несудовими) органами й застосування абстрактного та попереднього конституційного контролю. Відповідний інститут сприйнятий майже в усіх країнах Центральної, Східної Європи і в тих, що утворилися на теренах колишнього СРСР.

Окрім цього, на сучасному етапі розвитку конституційного контролю вчені простежують тенденцію появи різноманітних змішаних форм (Бразилія, Греція, Перу, Португалія) [3, с. 67], у яких поєднано певні риси, властиві різним моделям судового й квазісудового контролю, а також виражено національну специфіку (залежать від історичного, економічного, політичного розвитку країни). У мусульманських державах для інституту конституційного контролю властиве те, що перевірка законів здійснюється на відповідність не лише конституції, а й ісламському праву.

Однак, на мою думку, найбільш доцільною є класифікація проф. О. С. Лотюк, яка стверджує, що інститут конституційного контролю на сучасному етапі охоплює різноманітну практику, яка зводиться до чотирьох базових моделей: Американської, Швейцарської, Німецької та Французької [1, с. 4].

Важливим аспектом розгляду питання є з'ясування теоретичного поняття конституційного контролю. Найбільш прийнятим є вузьке трактування конституційного контролю, за яким він сприймається насамперед як оцінка судами загальної або спеціальної юрисдикції нормативно-правових актів на предмет їхньої відповідності конституції. Наведеному визначенню конституційного контролю відповідають реалії державно-політичного життя. У багатьох країнах поняття конституційного контролю позначає не тільки функцію загального або спеціального суду, а й окремий інститут, який ототожнюється з відповідними органами й із сукупністю правових норм, що регламентують їхню організацію та діяльність. Більше того, судова функція конституційного контролю розглядається як один із найважливіших елементів системи стримувань і противаг, що доповнює принцип жорсткого поділу влади [2, с. 54].

Органи конституційного контролю, як правило, називаються конституційними судами, хоч трапляються й інші назви. У цьому контексті надзвичайно актуальним є розгляд конституційного контролю у Франції (особливо після проведення конституційної реформи у 2008 р.), де відповідні повноваження належать органу квазісудового характеру – **Конституційній раді.**

У Франції протягом 200 останніх років засновувалися різні інститути. За часів консулату (1799-1804 рр.), Першої імперії (1804-1814 рр.), Другої імперії (1852-1870 рр.) в якості контрольних органів – сенати, що не відзначались ефективністю. У період Третьої Республіки конституційні закони 1875 р. не передбачали конституційного контролю, хоча тоді до парламенту було внесено чимало законопроектів про заснування даного органу. У період Четвертої Республіки (Конституція 1946 р.) був заснований Конституційний комітет, який був скоріше політичним, ніж юридичним органом. Створений на чолі з Президентом у складі Голови Ради Республіки і депутатів палат Парламенту, він мав право давати відповідь тільки на одне питання: чи не припускають закони, прийняті Національними зборами, перегляду Конституції. У разі позитивної відповіді закон надсилався до Національних зборів для нового розгляду. Наступним етапом історичного формування конституційного контролю Франції стало заснування **Конституційної Ради** Основним законом п'ятої Республіки (1958 р.) [4], яка ознаменувала новий етап розвитку державності.

Перш за все слід зазначити, що в юридичній літературі наводяться переконливі аргументи щодо віднесення французької моделі конституційного контролю до європейської. Головний аргумент полягає в тому, що конституційна юстиція за європейської моделі, як це передбачено Конституцією П'ятої Республіки, виділяється із загального правосуддя і здійснюється не судами загальної юрисдикції, а спеціалізованими органами. За рахунок цього процедура вивчення обставин справи є раціональнішою, ніж в американській моделі. Причиною цього є те, що, на відміну від американської моделі, в європейському варіанті органи конституційної юстиції покликані вирішувати лише конституційно-правові питання і це позбавляє їх необхідності одночасно вирішувати нерідко складні питання кримінального, цивільного чи іншого права.

До того ж повноваження органів конституційної юстиції Франції, які були прописані в Конституції 1958 р., є характерними для органів конституційного контролю європейської моделі. Зокрема, органи конституційної юстиції в європейській моделі насамперед покликані здійснювати перевірку відповідності конституції актів органів державної влади. Поряд із цим вони тлумачать конституцію, виступають у ролі суду вищої

інстанції у виборчих спорах та вирішують питання про притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави (передусім, глави держави). Ці повноваження з певними застереженнями належать і органам конституційної юстиції Франції. Наприклад, Конституція Франції 1958 р. не передбачає повноваження Конституційної ради Франції здійснювати тлумачення Конституції. Натомість воно було закріплено в рішенні Конституційної Ради від 16 липня 1971 р.

Втім, формування інституту конституційної юстиції у Франції мало ряд особливостей порівняно з європейською моделлю. Йдеться про те, що на розвиток французької моделі конституційної юстиції суттєвий вплив справила ідея народного суверенітету та, відповідно, визнання народу єдиним джерелом влади, який здійснює свою владу як безпосередньо через вибори та референдуми, так і опосередковано через своїх представників. Таким чином, доктрина народного суверенітету виключає можливість перевірки на предмет конституційності будь-яким органом нормативного акта, прийнятого представниками, обраними населенням країни шляхом загального голосування. Не варто забувати і про історичні обставини прийняття Конституції П'ятої Республіки. Річ у тому, що генерал де Голль, оскільки він був фактичним творцем Конституції 1958 р. та бажав максимально сконцентрувати владні повноваження, прагнув заснувати таку систему конституційної юстиції, за якої, з одного боку, фактично унеможливлювався б контроль за його нормотворчою діяльністю як Президента, а з іншого – ця система повинна була максимально обмежувати зазіхання законодавчого органу на розширення своєї компетенції внаслідок здійснення парламентом законотворчої діяльності [5, с. 123]. Зазначені чинники в кінцевому підсумку призвели до утворення французької моделі конституційного контролю.

Порівняно з європейською моделлю французька має такі відмінності:

1. За французької моделі контролю діє система квазісудового конституційного контролю (зокрема, Конституційною радою). Це означає, що на відміну від конституційних судів, у яких розгляд справ здійснюється в основному на засадах змагальності та гласності, у квазісудових органах конституційної юстиції змагальність сторін практично відсутня. Процедура розгляду справ закрита і письмова. Отже, у процесі розгляду справи аналізуються лише письмові джерела і немає можливості спостерігати усну боротьбу сторін та обстоювання ними своїх позицій. Варто зауважити, що конституційна реформа 2008 р. і запровадження наступного конституційного контролю зумовили перегляд внутрішнього Регламенту Конституційної ради Франції. У конституційний процес Франції були запроваджені принципи змагальності, рівності сторін та публічності.

2. Конституційний контроль у Франції здійснюється двома органами – **Конституційною радою та Державною радою.** Конституційна рада вирішує питання конституційності актів парламенту, а Державна рада розглядає питання конституційності актів органів виконавчої влади.

3. До конституційної реформи 2008 р. у Франції існував **лише попередній** конституційний контроль та, відповідно, був **відсутній наступний** конституційний контроль. Це означало, що перевірці на відповідність Конституції підлягали лише проекти нормативно-правових актів. Таким чином, після набуття нормативно-правовим актом чинності останній не міг бути підданий конституційному контролю. Зокрема, Конституційна рада Франції могла лише здійснити попередній конституційний контроль на відповідність Конституції законопроектів (ст. 61 Конституції Франції), а Державна рада здійснювала попередній контроль щодо проектів актів уряду, які видаються в порядку делегованої законотворчості (ст. 37, 38 Конституції Франції), а також законопроектів, ініціатором яких виступав уряд (ст. 39 Конституції Франції) [6, с. 143].

В юридичній літературі цілком слушно зазначається, що застосування попереднього конституційного контролю має як переваги, так і недоліки. Зауважу, що у разі попереднього конституційного контролю поява в законодавстві антиконституційних норм практично виключається. Не слід забувати і про те, що можливість застосування наступного конституційного контролю автоматично «підриває» авторитет законодавця: скасування закону, який набув чинності, свідчить, що законодавець може прийняти «неправильний» закон. А це породжує у суспільстві нігілістичне ставлення до права. Однак, як слушно зазначає В. Гергелійник, за умови, що антиконституційна норма омине процедуру перевірки, така норма стає поза межами досяжності органів конституційної юстиції [7, с. 45]. Звичайно, сам законодавець має право повернутися до її розгляду, але його рішення непередбачуване, тому що сам він приймав закон. До того ж за попереднього конституційного контролю є необхідність проведення перевірки на конституційність у короткі терміни, що нерідко призводить до спровокованих короткими строками помилкових рішень самого органу конституційної

юстиції. І справді, у Франції питання щодо відповідності законів Конституції вирішується Конституційною радою у тридцятиденний термін, а за вимогою уряду цей строк скорочується до восьми днів (ст. 61 Конституції Франції). Ця обставина неодноразово впливала на прийняття Конституційною радою Франції суперечливих і неоднозначних рішень у період правління генерала де Голля. Ще одним аргументом на користь використання наступного конституційного контролю є те, що здебільшого відповідність нормативних актів Конституції може бути виявлена лише після того, як сформується практика застосування цих нормативних актів судовими та адміністративними органами.

Очевидно, що наведені аргументи доцільності наступного конституційного контролю вплинули на неодноразові спроби внести зміни до Конституції 1958 р., які б дали право громадянам оспорювати конституційність закону у зв'язку з судовим розглядом справи. І лише в 2008 р. чергова спроба внести такі зміни виявилася успішною. І якщо раніше організація конституційного контролю у П'ятій Республіці суттєво відрізнялася від класичної європейської моделі, то в сучасних умовах інститут конституційного контролю у Франції поступово наближується до європейської моделі і зараз перебуває у стадії активної трансформації та адаптації до нових умов.

Таким чином, сьогодні у Франції поряд із попереднім конституційним контролем існує і наступний конституційний контроль. Щоправда, такий наступний конституційний контроль має свої особливості [8, с. 67].

У контексті розгляду питання надзвичайно важливим є з'ясування повноважень Конституційної ради Франції, адже це дасть змогу зрозуміти специфіку цього органу конституційного контролю, його особливості і важливість для правової системи Франції.

Перш за все, варто сказати, що компетенція Конституційної ради різноманітна. Рада розглядає скарги, пов'язані з правильністю обрання членів парламенту, питання не виборності і несумісності посад, які виникають стосовно членів парламенту. Рада обговорює регламенти палат Парламенту до їх застосування для перевірки їх відповідності Конституції. Конституційна рада має широку компетенцію стосовно виборів Президента (бере участь у підготовці виборів, у виконанні виборчих операцій і в оголошенні їх результатів). Рада дає консультації уряду з організації виборів, кандидатури на пост Президента представляються в Раду, і вона складає їх список; Рада перевіряє правильність висунення кандидатів, публікує складений нею список. На практиці Конституційна рада розглядає скарги, бере участь у прийнятті рішення про введення в країні надзвичайного стану (ст. 16 Конституції), спостерігає за проведенням референдуму й оголошує його результати [9, с. 40].

Окрім цього, Конституційна рада виносить рішення на основі ст. 41 Конституції, якщо під час обговорення законопроекту в одній із палат парламенту з'ясується, що будь-яка поправка не входить у сферу законодавства або суперечить повноваженням, представленим відповідно до ст. 38, тобто в порядку делегованого законодавства, і з цього приводу виникли розбіжності між урядом і головою відповідної палати. Державна рада виступає як вищий орган адміністративної юстиції і як консультативний орган уряду. У першому випадку Рада здійснює контроль за діяльністю адміністративних органів. Рада виконує також обов'язки касаційної інстанції стосовно апеляційних адміністративних судів і справ, які надходять із Рахункової палати, Суду бюджетної дисципліни тощо. Відповідно до ст. 38 і 39 Конституції вона дає попередні висновки щодо законопроектів уряду. Рада консультує уряд і міністрів з юридичних питань.

Основна функція Конституційної ради – попередній контроль відповідності законодавчих та інших нормативних актів Конституції країни. Така форма конституційного контролю передбачає те, що всі закони, включаючи органічні, до їх офіційного опублікування і регламенти палат парламенту до їх практичного застосування мають бути передані Конституційній раді, яка висловлюється на предмет відповідності конституції. Процедура розгляду законопроектів є, по суті, складником законотворчості, обов'язковою стадією законодавчого процесу, що передує промульгації. Адже у разі визнання законопроектів неконституційними вони не можуть бути прийняті [6, с. 33].

Процедурно Конституційна рада розглядає законодавство і вирішує, чи порушує воно Конституцію або міжнародні договори Франції. Це стосується всіх форм органічних та інших видів законів до набуття ними чинності, але тільки якщо це здійснюється шляхом їх передачі від Президента Франції, Голови Сенату, Голови Національних зборів, Прем'єр-міністра або будь-кого з 60 сенаторів і 60 членів зборів. Після прийняття цих законів можуть бути розглянуті запити від вищого адміністративного суду, Державної ради або високого суду (Касаційний суд). Конституційна Рада може оголосити акти неконституційними, навіть якщо вони суперечать принципам Декларації прав людини і громадянина 1789 р. (цитується в преамбу-

лі Конституції) або Європейській конвенції про права людини (прийнятий договір).

До конституційної реформи 2008 р. модель організації конституційної юстиції у Франції не давала права приватній особі бути ініціатором запиту щодо конституційності нормативного акта. Громадяни та організації могли лише здійснювати вплив на компетентні органи для того, щоб останні надсилали відповідні запити до органів конституційного контролю. Теоретично відсутність права громадян бути ініціаторами порушення конституційного провадження пояснювалася тим, що від самого початку Конституційна рада створювалася як орган, який повинен був стати за влучним висловом Президента Четвертої Республіки В. Оріоля «ланцюговим псом виконавчої влади». З цієї причини Конституційна рада не розглядалася творцями Конституції П'ятої Республіки як орган, діяльність якого спрямована на захист конституційних прав і свобод громадян.

Окрім цього, в результаті конституційної реформи у Франції 2008 р. Конституційна рада отримала повноваження **наступного контролю.** Зокрема, відповідно до ст. 61-1 Конституції Франції, якщо у зв'язку з розглядом якоїнебудь справи в суді робиться висновок про те, що те чи інше положення закону завдає шкоди гарантованим Конституцією правам і свободам, запит про це може бути переданий до Конституційної ради Державною радою чи Касаційним судом. З буквального тлумачення цієї статті можна зробити два висновки. По-перше, наступний конституційний контроль поширюється виключно на закони, а отже, він не може застосовуватися щодо інших нормативно-правових актів. По-друге, використання наступного конституційного контролю обмежується своєрідним «подвійним фільтром». Для того, щоб Конституційна рада розглянула питання відповідності закону Конституції, необхідно, щоб це питання спочатку було розглянуте судом, який вирішує конкретну судову справу, потім, залежно від юрисдикції цієї справи, – Державною радою або Касаційним судом. Як бачимо, наступний конституційний контроль у Франції має обмежений характер.

Варто зазначити, що Конституційна рада Франції має особливості формування її складу. По-перше, члени Ради призначаються на 9 років; троє призначаються Президентом, троє – президентом Національних зборів, троє – Головою Сенату, по-друге, їхні повноваження не можуть бути поновлені. По-третє, кожні три роки третина цих членів оновлюється. Зауважу, що до складу конституційної ради за виключним правом і довічно входять також усі колишні президенти.

Як бачимо, французька модель конституційного контролю має обмежений характер, що проявляється у відсутності повноважень у Конституційної ради здійснювати перевірку на відповідність Конституції окремих нормативно-правових актів. Зокрема, конституційний контроль неможливий стосовно законів, прийнятих на референдумах, що є наслідком рішення самої Конституційної ради, прийнятого в 1962 р. Крім того, конституційному контролю не підлягають акти Президента, які не пов'язані зі здійсненням ним делегованих повноважень. Показовим є те, що в Конституції Франції безпосередньо немає такого повноваження, як надання Конституційною Радою офіційного тлумачення Конституції [5, с. 101].

Висновки.

Підсумовуючи, варто зазначити, що інститут конституційного контролю на сучасному етапі є важливим елементом функціонування правової держави, він набуває універсальних характеристик, що пов'язано з використанням на основі однієї моделі конституційного контролю кращих здобутків інших. Розвиток інституту конституційного контролю підкреслює значення конституції як акта, який встановлює фундамент будь-якої держави, а саме: основи правового становища особи, структуру та взаємовідносини державних органів, форму правління та територіального устрою, основи правого становища держави на міжнародній арені. Окрім цього, основне призначення інституту конституційного контролю – стабільний правовий розвиток держави, втілення принципів верховенства права, гарантування конституційних прав і свобод людини.

Сьогодні необхідність виділення французької моделі конституційного контролю не втрачає актуальності, адже французький досвід побудови органів конституційного контролю був використаний під час прийняття конституцій колишніми колоніями Франції та окремими державами, утвореними на теренах колишнього Радянського Союзу. Окрім цього, після проведення у Франції конституційної реформи у 2008 році інститут конституційного контролю набув нових унікальних ознак, які є важливими для вивчення та можливого запозичення іншими державами, зокрема Україною, щоправда, це питання потребує подальшого аналізу і досліджень.

Однак він не позбавлений і проблем, в основі яких – відсутність в органів конституційного контролю права здійснювати повноцінний наступний конституційний контроль та неможливість (фактична) приватних осіб здій-

снювати запит щодо відповідності положень законодавства Конституції. Очевидно, що саме вказаними вище недоліками французької моделі конституційного контролю пояснюються і розглянуті зміни до Конституції Франції, які наблизили організацію конституційного контролю П'ятої Республіки до класичної європейської моделі конституційного контролю.

Як бачимо, в контексті розгляду питання ми переконались у тому, що конституційний контроль є надзвичайно важливим правовим інститутом, авторитет і ефективність якого впливає на правосуддя, рівень законності і демократії, захищеності прав і свобод людини і громадянина.

Список використаних джерел:

1. Лотюк О. С. Конституційний контроль в зарубіжних країнах / Лотюк О. С. // К: Теорія і практика інтелектуальної власності, 2008.

2. Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн : підручник / В. М. Шаповал // Юрінком інтер, 2010. – 288 с.

3. Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть : учеб, для студ. юрид. вузов и фак. / В. В. Маклаков. – М. : Волтере Клувер, 2013.

4. Полный текст Конституции Франции 1958 года с изменениями, внесенными 23 июля 2008 года // сайт Конституционного совета Французской республики [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution_rus se_version_aout2009.pdf

5. Баглай М. В. Конституционное право зарубежных стран : учебник для вузов / М. В. Баглай, Ю. И. Лейб. – М.: Норма, 2012.

6. Клишас А. А. Конституционный контроль и конституционное правосудие зарубежных стран: Сравнительно-правовое исследование : монография / В. В. Еремян. – Итерна, 2009.

7. Гергелійник В. Конституційний Суд в системі органів контрольної влади: теоретичні аспекти / В. Гергелійник // Право України. – 2008.

8. Портнов А. В. Особливості французької моделі конституційного контролю / А. В. Портнов. – К: Наука і практика, 2008.

9. Пустовойт Л. А. Система державного управління Республіки Франція: досвід для України / Л. А. Пустовойт, Ю. В. Ковбасюк. – К. : НАДУ, 2010. – 56 с.

Статья посвящена определению историко-правовых особенностей формирования института конституционного контроля, его современной интерпретации во Франции через определение порядка формирования, полномочий и состава, в частности, Конституционного совета Франции.

Ключевые слова: конституционный контроль, французская модель конституционного контроля, Конституционный совет, Государственный совет, предыдущий конституционный контроль.

The article is devoted to the definition of historical and legal peculiarities of the formation of the institute of constitutional review, its modern interpretation in France through the definition of the procedure of formation, powers and structure, in particular, of the Constitutional Council of France.

Key words: constitutional review, constitutional review in France, The Constitutional Council, The Council of State, preliminary rulings.

УДК 342

Олеся Проценко,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРАВО ТА ГАРАНТІЇ СВОБОДИ ДУМКИ І СВОБОДИ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ

У статті аналізується право людини на свободу думки і слова, на свободу виразу поглядів і переконань, а також конституційно-правові гарантії їх забезпечення. Автор приділяє увагу дослідженню права на інформацію як фундаментального права людини. Особлива увага приділяється аналізу конституційних норм, чинного інформаційного законодавства і системі гарантій, що забезпечує їх реалізацію. Зазначається, що ефективність реалізації вказаних прав і свобод залежить від досконалості правової сфери і впливає на розвиток демократизму.

Ключові слова: права і свободи, конституція, свобода думки і слова, свобода вираження поглядів, конституційні гарантії, інформаційні правопорушення, юридична відповідальність.

Постановка проблеми. Свобода слова та свобода масової інформації є важливими умовами розвитку демократизму та дотримання принципу верховенства права. Стаття розкриває важливість свободи слова для людини та держави, а також вказує на не абсолютність цього права. Дослідження наявної системи гарантій цих свобод дозволить з'ясувати рівень їх забезпеченості в Україні та виявить неефективність регулювання сучасних інформаційних технологій.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Різні аспекти конституційно-правових гарантій реалізації права людини і громадянина на свободу думки й слова досліджували у своїх наукових працях І. В. Арістова, Ю. Г. Барабаш, В. Д. Гавловський, М. С. Демкова, Т. М. Заворотченко, Р. А. Калюжний, В. П. Колісник, А. М. Колодій, О. Г. Кушніренко, А. І. Марущак, О. В. Нестеренко, А. Ю. Олійник, П. М. Рабінович, В. В. Речицький, В. О. Серьогін, О. В. Скрипнюк, В. В. Середюк, С. В. Шевчук, М. Я. Швець, В. С. Цимбалюк та ін.

Метою статті є дослідження та аналіз різних наукових думок щодо змісту правових гарантій та визначення конституційних гарантій свободи слова як основоположного принципу життєдіяльності українського суспільства.

Виклад основного матеріалу. Процес демократизації правової держави можливий лише в умовах відкритого суспільства. Тому не останню роль у ньому відіграє інформаційний бум, який спостерігається завдяки розвитку недержавних засобів масової інформації (ЗМІ), насамперед Інтернету. Закріплення можливості вільного користування інформаційними ресурсами та вираження власних позицій необхідне як з точки зору природності цих прав, так і для можливості реалізації народовладдя. У першому випадку вільне вираження своїх поглядів і переконань визнається невід'ємним правом людини і громадянина не лише в теорії конституційного права, а й у цілому ряді міжнародних нормативно-правових актів. На його значущість одними з перших вказали мислителі доби Нового часу і Просвітництва, коли, стоячи біля джерел ліберальної думки, Дж. Локк писав про те, що свобода думки прямо пов'язана з притаманним людині типом існування [1, с. 30]. Це означає насамперед свободу у виборі своєї власної думки, а також своїх власних переконань, які втілюються у зовнішній формі. У другому випадку свобода слова є запорукою формування активного громадянського суспільства, доступ якого до інформації дозволить їм повніше та ефективніше брати участь в управлінні державними справами, зокрема, через метод критики посадових осіб чи їх політики. Отже, не залишається сумніву, що демократія залежить від можливостей доступу громадян до широкого кола ідей, даних та думок.

Виділяють окремий інститут конституційного права щодо регулювання свободи масової інформації. Він становить сукупність конституційно-правових норм, які регулюють відносини у сфері обігу інформації. До цього інституту входять положення Конституції України, законів України, підзаконних актів, міжнародних актів, які забезпечують самостійне регламентування групи відносин щодо її виробництва, поширення, використання, видозмінення, зберігання, тощо. Оскільки конституційне право є фундаментальним і основоположним для норм інших галузей права, то регламенту-

© О. Проценко, 2018

вання ним інформаційних відносин у тому числі й у сфері масової інформації виступає базою для їх подальшої регламентації в поточному законодавстві. Відповідно до норм Конституції України, кожен має право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір. По суті, це положення проголошує відкритість ЗМІ. Разом із тим Основний Закон у ч. 3 ст. 34 передбачає, що відповідне право може обмежуватись законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя [2, с. 358]. Такі обмеження не варто розглядати як антидемократичний контроль з боку держави, оскільки нарівні з позитивним впливом на громадські процеси, політико-правову діяльність така свобода інформації може мати й негативний вплив.

Низка конституційних положень щодо діяльності ЗМІ пов'язується з окремими видами інформації. Варто погодитися з В. В. Сердюком у тому, що важко переоцінити значення ст. 57 Конституції. Вона гарантує право кожному знати свої права і обов'язки [3, с. 22]. Закони та інші нормативно-правові акти, які визначають права й обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення в порядку, встановленому законом, інакше вони є нечинними. Не менш важливим є закріплення відкритості й щодо іншого виду інформації, а саме про стан навколишнього природного середовища та інших чинників, які прямо пов'язані із забезпеченням здоров'я людини. Йдеться про положення ст. 50 Основного Закону, де проголошується право кожного на безпечне для життя і здоров'я довкілля й гарантується вільний доступ до інформації про його стан, про якість харчових продуктів і предметів побуту.

Конституція України закріплює також фундаментальні гарантії права на інформацію. Одна з них закріплена в ст. 32, згідно з якою кожен громадянин вправі ознайомлюватися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах та організаціях з відомостями про себе, які не становлять державну або іншу захищену законом таємницю. У ч. 4 цієї ж статті кожному гарантується судовий захист права спростувати недостовірну інформацію про себе та членів своєї сім'ї і право вимагати її вилучення, а також право на відшкодування матеріальної й моральної шкоди, завданої її збиранням, зберіганням, використанням і поширенням. Наступна конституційна гарантія забороняє збирання, зберігання, використання й поширення інформації про особу без її згоди. Наведені вище конституційні приписи з питань свободи інформації розвиваються і конкретизуються в понад 110 нормативно-правових документах – законах України, указах Президента, постановах Кабінету Міністрів [4, с. 197]. Наявна законодавча база створює реальні можливості кожній людині в українському суспільстві безперешкодно дотримуватися власних поглядів, вільно виражати і поширювати свої думки, ідеї та інформацію.

Право на інформацію прийнято відносити до політичних прав, хоча ця точка зору є неоднозначною. Оскільки право на самовираження, що передбачає і право на інформацію, очевидно, є не тільки політичним правом громадянина, а й природним особистим правом, тому право на інформацію як таке, що забезпечує право на свободу думки, притаманне людині як представнику людської спільноти (тобто від народження), а не лише у контексті участі у політичному житті країни. Таку позицію займає і Європейський суд з прав людини, за якою право на інформацію кожен може реалізовувати незалежно від мети: чи то приватна користь, чи політична пропаганда, чи релігійна діяльність тощо. Усе це елементи права на самовираження людини. Такі відомі автори, як В. Я. Тацій, Ф. Погорілко, Ю. М. Тодика, також відносять право на свободу думки і слова до особистих прав і свобод поряд із такими, як право на життя, на повагу гідності, особисту недоторканність, свобода світогляду і віросповідання тощо. Але разом із тим до політичних прав і свобод громадян України вони відносять право на свободу друку та інформацію [5, с. 52]. Виходячи з вищесказаного, постає питання: чи треба розглядати як окремі права право на свободу думки і слова, тобто право на вільне самовираження та право на інформацію? Виходячи зі змісту ст. 34 Конституції, ст. 10 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини, де говориться, що право на свободу вираження своїх думок включає свободу отримувати та поширювати інформацію, та із сучасного розуміння поняття інформації, можна зробити висновок, що право на інформацію є певною мірою складником права на самовираження і, отже, особистим правом кожного [5, с. 52].

Інформація як канал вираження думок є важливою передумовою, можливо, навіть засобом, розбудови активного громадського суспільства, яке здатне впливати на апарат

влади. У демократичному суспільстві влада всебічно і повно виражає волю народу, а її організація відповідає волі народу. Тому вихідним моментом демократизму є двосторонній зв'язок між владою та народом, за допомогою якого вони можуть контролювати та спрямовувати один одного. Значною мірою забезпечення цього зв'язку залежить від свободи та повноти інформації, якою може оперувати народ. Окрім встановлення двостороннього зв'язку, свобода інформації сприяє задоволенню й інших потреб людини, які не пов'язані з політичною, владно-управлінською діяльністю. Йдеться про задоволення її прав та свобод у сфері охорони здоров'я, культури та освіти, економіки. Більш того, від забезпечення свободи інформації напряму залежить забезпечення таких природніх прав, як право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Усе це доводить, що свобода слова має велике значення для життя суспільства, тому держава зобов'язана гарантувати це право. Гарантії свободи слова – це система взаємопов'язаних форм і засобів (нормативних, інституційних і процесуальних), що забезпечують належне визнання, захист і реалізацію свободи слова. Перша група нормативно правових гарантій включає в себе сукупність конституційно-правових норм, за допомогою яких забезпечується реалізація та охорона комплексу прав, що входять до поняття свободи слова. До них належать гарантії, закріплені в Конституції України та законах України, а саме: право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір; ідеологічна багатоманітність; заборона цензури; обмеження на обіг конфіденційної інформації про особу; право на ознайомлення з відомостями про себе в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях; право вільного доступу та поширення інформації про стан довкілля, про якість харчових продуктів і предметів побуту [6, с. 295]. Друга група гарантій – організаційно-правові. Безпосередньо на забезпечення свободи слова в Україні спрямована діяльність органів спеціальної компетенції. Серед них – Комітет Верховної Ради України з питань свободи слова та інформації. До його предмета відання належить вирішення таких питань: державна політика у сфері інформації та інформаційної безпеки; забезпечення свободи слова; права громадян на інформацію; друковані, електронні засоби масової інформації та Інтернет; висвітлення діяльності Верховної Ради України; засади здійснення рекламної діяльності. Протягом сьомої сесії восьмого скликання Комітет провів 8 засідань, на яких розглянуто 5 питань, у тому числі 30 – з контролю за виконанням законів і постанов. На розгляд Верховної Ради України подано 12 питань з висновками Комітету та 14 попередніх висновків на законопроекти до головних комітетів. Опрацьовано близько 1000 листів і звернень та проведено 11 конференцій, семінарів, «круглих столів». Нерозривно із законотворчою роботою Комітет розглядав на засіданнях усі випадки перешкоджання законній професійній діяльності журналістів за участі представників органів виконавчої влади, громадських організацій та журналістів. Виходячи з повноважень, даний орган є потужним інституційним гарантом права на свободу слова. Він може застосовувати нормотворчі, установчі, контрольні форми роботи, що дає можливість ефективної, а не лише декларативної діяльності. Окрім Комітету, організаційно-правовими гарантіями є також такі органи: Громадська рада з питань свободи слова та інформації, Державний комітет телебачення і радіомовлення України, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Проте всі вищеперераховані органи діють на основі та для виконання положень, що закріплені перш за все конституційним законодавством. Що саме вони покликані реалізовувати як гаранти свободи слова, випливає зі змісту нормативно-правових гарантій.

Гарантування свободи слова в Україні починається зі згадування в Преамбулі Конституції про те, що Основний Закон України був прийнятий для забезпечення прав і свобод людини. Ст. 3 Конституції України визнає, що права й свободи людини, а також їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Свобода слова виступає необхідною умовою для реалізації наступного конституційного принципу. Конституцією України (ст. 15) проголошено, що суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної й ідеологічної багатоманітності, що є одним з основоположних принципів життєдіяльності українського суспільства, заснованого на безперечному визнанні демократії, прав і свобод людини і громадянина. Відповідно, дотримання принципів ідеологічного й політичного плюралізму в суспільстві є важливою гарантією свободи думки і слова. Свобода думки й слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань необхідні людям, так само як і свободи публічних дискусій із проблем, які є значущими і є формою існування демократичного толерантного суспільства. Таке суспільство виходить із

того, що жодна думка не може й не повинна втрачати права заявити про себе. Ідеологічна багатоманітність означає вільне здійснення в суспільстві різних політичних і інших поглядів, шкіл, ідей, а також можливість без перешкод пропагувати свої погляди, ідеї за допомогою засобів масової інформації, а також привселюдно захищати свої ідеологічні погляди [6, с. 296]. У свою чергу, свобода думки і слова, свобода інформації гарантує створення в суспільстві клімату ідеологічного плюралізму й конкуренції інформаційних джерел. Важливою гарантією свободи слова є заборона цензури (ст. 15 Конституції України; ст. 2 Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», ст. 24 Закону України «Про інформацію», ст. 5 Закону України «Про телебачення і радіомовлення»); законодавче закріплення таких принципів інформаційних відносин, як: гарантованість права на інформацію; відкритість, доступність інформації, свобода обміну інформацією; достовірність і повнота інформації; свобода вираження поглядів і переконань; правомірність одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації; захищеність особи від втручання в її особисте та сімейне життя (ст. 2 Закону України «Про інформацію»); неможливість притягнення до відповідальності за висловлення оціночних суджень; оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості (ст. 30 Закону України «Про інформацію»); державне гарантування вільного і відкритого обговорення суспільно важливих проблем із застосуванням телебачення і радіомовлення (ст.4 Закону України «Про телебачення і радіомовлення») та ін.

Закон України «Про інформацію» визначає, що будь-яка інформація є відкритою, крім тієї, що віднесена до інформації з обмеженим доступом. Серед інформації з обмеженим доступом виділяють конфіденційну, таємну та службову інформацію. Зазначений закон не допускає збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та захисту прав людини. До конфіденційної інформації про фізичну особу належать, зокрема, дані про її національність, освіту, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження. Саме це право було порушене компанією «Facebook», за що Агенство із захисту даних (AEPD) в Іспанії наклало штраф на компанію у розмірі 1,2 млн євро. Соціальна мережа збирала особисті дані користувачів без достатньої їх згоди в рекламних цілях. Інформація, якою вони оперували, стосувалася ідеології, статі, релігійних переконань і особистих смаків. Також найбільшу соціальну мережу звинуватили в допомозі Росії в інформаційній війні напередодні виборів США 2016 року з використанням даного механізму обробки персональних даних. Очевидно, що у зв'язку з розвитком інформаційних технологій гостро постає проблема захисту конфіденційної інформації в усьому світі. Це реальний випадок, який демонструє необхідність втручання держави в регулювання інформаційних відносин та обмеження певних прав і свобод для захисту інших.

З цією метою, а також для гарантування права на свободу слова, на інформацію встановлюється відповідальність за порушення нормативно-правових гарантій. Підставами застосування юридичної відповідальності є інформаційні правопорушення. Під такими розуміють сукупність передбачених чинним законодавством суспільно небезпечних діянь (дій чи бездіяльності), що посягають на право доступу до інформації, її поширення і зберігання, на право захисту від несанкціонованого поширення та використання, негативних наслідків впливу інформації чи функціонування інформаційних технологій, а також інші суспільно небезпечні діяння, пов'язані з порушенням права власності на інформацію й інформаційні технології тощо [7, с. 35]. Акти інформаційного законодавства визначають здебільшого лише диспозиції правопорушень без конкретизації відповідних санкцій за вчинення діянь, не визначені чітко також суб'єкти правопорушень. Це негативно впливає на гарантування права на інформацію, ускладнює його захист з окремих питань. Загальними правопорушеннями, за вчинення яких винні особи притягаються до дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної або кримінальної відповідальності згідно з чинним законодавством України, визначено: необґрунтовану відмову від надання відповідної інформації; надання інформації, що не відповідає дійсності; несвоєчасне надання інформації; навмисне приховування інформації; примушення до поширення або перешкоджання поширенню чи безпідставна відмова від поширення певної інформації; цензура; поширення відомостей, що не відповідають дійсності, ганьблять честь і гідність особи; безпідставна відмова від поширення певної інформації; використання і поширення інформації стосовно особистого життя громадянина без його згоди особою, яка є власником відповідної інформації внаслідок виконання своїх

службових обов'язків; розголошення державної або іншої охоронюваної законом таємниці особою, обов'язком якої є охорона відповідної таємниці; порушення порядку зберігання інформації; навмисне знищення інформації; необґрунтоване віднесення окремих видів інформації до категорії відомостей з обмеженим доступом; порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави.

Висновки.

Свобода слова є однією з основ демократичного суспільства, вона виражає загальнолюдські цінності, допомагає розкрити потенціал особистості [8, с. 197]. Разом із тим свобода слова є, по суті, істотним фактором прояву людської індивідуальності, утвердження самобутності й унікальності кожної особистості. Невипадково російський дореволюційний юрист Е. Н. Тарновський писав, що «свобода особи найбільше утверджується й підтверджується свободою друку й слова» [9, с. 182]. Ставлення до свободи думки й слова простежується через систему гарантій, завдяки яким стає можливим їх безперешкодне здійснення, охорона від можливих протиправних посягань і захист від незаконних порушень. Адже мало лише декларування права на свободу думки й слова – важливим є встановлення певних гарантій їх реалізації, тобто закріплення певних умов та засобів, що забезпечують існування свободи слова й інформації в демократичному суспільстві. Без відповідних гарантій проголошені в Конституції та законах України права і свободи стають «пустим звуком».

Список використаних джерел:

1. Скрипнюк О. Свобода думки і слова: конституційно-правові гарантії в Україні / О. Скрипнюк // Юридична Україна. – 2011. – № 3. – С. 28-32.
2. Теоретичні аспекти обмеження прав людини / Ю. О. Фігель // Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки. – 2016. – № 837. – С. 357-361.
3. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (зі змінами та доповненнями).
4. Середюк В. В. Конституційно-правове регулювання свободи масової інформації в Україні / В. В. Середюк // Проблеми законності. – Харків, 2008. – Вип. 98. – С. 195–199.
5. Кушакова Н. Конституційне право на інформацію в Україні: сучасний період / Н. Кушакова // Право України. – 2002. – № 12. – С. 51–55.
6. Слинько Т. М. Конституційно-правові гарантії свободи слова в Україні / Т. М. Слінько // Правова доктрина – основа формування правової системи держави : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України (м. Харків, 20–21 листоп. 2013 р.) / Нац. акад. прав. наук України. – Харків: Право, 2013. – С. 294–297.
7. Слинько Т. М. Конституційно-правові аспекти забезпечення права на інформацію в Україні / Т. М. Слінько // Проблеми законності. – Харків: Нац. юрид. акад. України, 1999. – Вип. 40. – С. 32–38.
8. Слинько Т. Н. Свобода слова как элемент конституционализма (постсоветские реалии) / Т. Н. Слинько, А. Г. Кушниренко // Очерки идеологии постсоветского конституционализма : сб. науч. тр. ; Нац. ун-т “Юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого”, Нац. исслед. ун-т “Высш. шк. экономики”. – Харьков : Право, 2013. – С. 189–213.
9. Тарновский Е. Н. Четыре свободы // Е.Н. Тарновский. – СПб. – М.: Макет, 1995. – С. 182.

В статье анализируется право человека на свободу мысли и слова, на свободу выражения взглядов и убеждений, а также конституционно-правовые гарантии их обеспечения. Автор уделяет внимание исследованию права на информацию как фундаментального права человека. Особое внимание уделяется анализу конституционных норм действующего информационного законодательства и системе гарантий, что обеспечивает их реализацию. Отмечается, что эффективность реализации указанных прав и свобод зависит от совершенства правовой сферы и влияет на развитие демократизма.

Ключевые слова: права и свободы, конституция, свобода мысли и слова, свобода выражения мнений, конституционные гарантии, информационные правонарушения, юридическая ответственность.

The article analyzes the human right to freedom of thought and speech, the freedom of expression of views and beliefs, as well as the constitutional and legal guarantees of their provision. The author focuses on the study of the right to information as a fundamental human right. Particular attention is paid to the analysis of constitutional norms, operating information legislation and a system of guarantees, which ensures their implementation. It is noted that the effectiveness of the implementation of these rights and freedoms depends on the perfection of the legal sphere and influences the development of democracy.

Key words: rights and freedoms, constitution, freedom of thought and speech, freedom of expression, constitutional guarantees, information offenses, legal liability.

УДК 347.73

Маріанна Казацька,
аспірант кафедри фінансового права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЩОДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ПОНЯТТЯ «АКЦИЗНИЙ ПОДАТОК»

У статті автором розглянуті основні теоретичні та законодавчі підходи до визначення поняття акцизного податку. Зроблений порівняльно-правовий аналіз визначень акцизного податку в законодавстві України та інших країн. Автором були проаналізовані основні ознаки акцизного податку як непрямого податку на споживання, а також їх відображення в різних визначеннях акцизного податку. Автором також наводяться пропозиції щодо вдосконалення дефініції акцизного податку в Податковому кодексі України.

Ключові слова: поняття акцизного податку, ознаки акцизного податку, визначення акцизного податку, акцизний податок як непрямий податок, податок на споживання.

Постановка проблеми. З прийняттям Податкового кодексу України правове регулювання акцизного оподаткування зазнало певних змін. Законодавець відмовився від «акцизного збору» на користь «акцизного податку» та певним чином модифікував саму дефініцію акцизного податку. Зокрема, була зроблена вказівка на те, що це є непрямий податок на споживання. Таке визначення деякою мірою відповідає нормам Директив Ради Європейського Союзу, які регулюють справляння акцизного податку. Водночас аналіз норм Податкового кодексу України свідчить про те, що чинне визначення акцизного податку потребує подальшого вдосконалення та узгодження з іншими нормами податкового законодавства щодо механізму його справляння. Отже, необхідне вироблення сучасної концепції акцизного податку, чітке розуміння його сутності, яке має бути покладено в основу правового регулювання акцизного оподаткування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання вдосконалення правового регулювання акцизного податку в законодавстві України було відображено в працях таких вітчизняних науковців, як М. П. Кучерявенко, Л. К. Воронової, Г. В. Бех, Д. О. Гетманцева, М. С. Шаренко та ін. Однак більшість робіт із цього питання не відображають сучасний стан та тенденції правового врегулювання акцизного оподаткування. З огляду на світові інтеграційні процеси, необхідне застосування порівняльно-правового методу у дослідженні цього питання. Тому доцільним є аналіз підходів до визначення акцизного податку в різних країнах, що дасть змогу виробити шляхи вдосконалення регулювання акцизного оподаткування в Україні.

Формулювання завдання дослідження. Завданням дослідження є аналіз поняття акцизного податку та його законодавчого закріплення крізь призму Податкового кодексу України, а також податкового законодавства інших країн. З огляду на процес європейської інтеграції України, особливу увагу необхідно приділити аналізу та порівнянню підходів до визначення акцизного податку в Україні та Європейському Союзі. При цьому аналіз законодавчого визначення акцизного податку має бути зроблений з урахуванням системного характеру податково-правових норм, оскільки будь-яке законодавче визначення повинно відображати основні характеристики поняття, якого воно стосується, а власне норма-дефініція має відповідати іншим правовим нормам, що регулюють відповідні суспільні відносини.

Виклад основного матеріалу. Акцизний податок є яскравим прикладом непрямих податків. Більше того, саме акцизи з'явилися як перші непрямі податки і довгий час фактично залишалися єдиними. Тим не менш зміст поняття «акцизи» («акцизний податок», «акцизний збір») на сучасному етапі певним чином змінився. Так, І. І. Янжул зазначав, що під акцизами розуміється такий непрямий податок, який справляється з предметів внутрішнього виробництва [1, с. 438]. У сучасній науці акцизний податок зазвичай визначається як непрямий податок на споживання, яким обкладаються специфічні групи товарів на етапі їх виробництва або імпорту.

Водночас, як зазначає американський професор Джон Ф. Дью, на відміну від більшості видів податків, акцизні податки у своїй сучасній формі чітко не відмежовані від

© М. Казацька, 2018

інших податків. Науковець вказує, що традиційна британська концепція акцизів, яка до сих пір є прийнятною в багатьох країнах Британської Співдружності, була сформульована таким чином: акцизний податок був платежем з виробництва, а не з продажу, що справлявся тільки з економічної діяльності всередині країни та тільки щодо товарів, а не послуг, за специфічними ставками, з кількісним контролем. Сучасна концепція акцизу, однак, є значно ширшою, особливо в країнах, що не входять до Співдружності. Зокрема, базовою характеристикою акцизів є їх застосування щодо специфічних товарів або груп товарів. Цей податок може застосовуватися як щодо виробництва, так і щодо продажу, як щодо внутрішньої продукції, так і щодо імпортованої, за специфічними або адвалерними ставками, із фізичним (зазвичай щодо алкогольних та тютюнових виробів) або рахунковим контролем [2, с. 1].

Сіджбрен Кносен серед визначальних ознак акцизного оподаткування називає: вибірковість сфери обкладання, дискримінацію в призначенні та досить часто певну форму кількісного вимірювання для визначення податкового обов'язку. При цьому, аналізуючи різні підходи до визначення поняття «акциз», вчений доходить висновку, що акцизні системи включають усі вибіркові податки та пов'язані збори і платежі на тютюнові вироби, алкоголь, азартні ігри, забруднення, управління транспортним засобом та інші специфічні товари, послуги та види діяльності [3, с. 2].

Організація Європейського економічного співробітництва визначила, що акцизні платежі складаються зі спеціальних податків, що справляються з певних видів товарів, як правило з алкогольних напоїв, тютюнових виробів та палива; вони можуть справлятися на будь-якій стадії виробництва чи реалізації, та зазвичай їх розмір визначається відповідно до ваги, концентрації або кількості товару [4, с. 189].

На рівні законодавства у більшості країн відсутнє безпосереднє визначення акцизного податку – найчастіше закріплюються лише основні його елементи та механізм справляння. Під «акцизами» («акцизним податком», «акцизним збором») при цьому в різних країнах можуть розумітися різні види платежів, що сплачуються з продажу або виробництва для продажу специфічних груп товарів. Водночас у деяких країнах поняття «акциз» взагалі не передбачено законодавством – натомість вживаються інші назви для аналогічного виду податку.

Наприклад, у Китаї законодавством передбачений так званий «податок на споживання», який справляється з виробництва чи імпорту певних видів товарів, таких як: косметика, сигарети, алкогольні напої, засоби для догляду за шкірою та волоссям, дорогоцінні каміння та ювелірні вироби, феєрверки, бензин і дизель, мотоцикли, автомобілі та інш. [5].

У В'єтнамі, поряд із податком на додану вартість, існує «спеціальний податок з продажу», який справляється з виробництва чи імпорту певних товарів та надання певних послуг, а саме: сигарети, лікери, пиво, автомобілі, що мають менше 24 місць, мотоцикли, літаки, човни, ритуальні папери[1], дискотеки, масаж, караоке, казино, азартні ігри, лотереї, гольф-клуби та розваги зі ставками [6, с. 18]. Окрім цього, в деяких країнах платежі акцизного характеру справляються з одного конкретного типу товарів і мають відповідну назву, наприклад: «тютюновий податок» або «паливний податок» у Чілі, «спиртний податок» та «тютюновий податок» в Японії.

Слід відзначити досить незвичне вживання поняття «акцизний податок» у законодавстві Штату Гавайї. У цьому штаті він іменується «загальний акцизний податок», який справляється за ставкою 4 % майже з усього бізнесу та за ставкою 0,5 % з усього продажу. Цей податок справляється з усіх підприємств, тому, по суті, він збирається на кожному рівні виробництва (від постачальника сировини до виробника, від оптового продавця до роздрібного) [7]. Як вбачається з механізму його справляння, загальний акцизний податок у Штаті Гавайї більше схожий не на традиційний акцизний платіж, якому властивий специфічний об'єкт обкладання, а на податок на додану вартість або податок з обороту.

Для уникнення непорозумінь зауважимо, що в законодавствах деяких країн акцизний платіж називається податком, в інших – збором. Однак незалежно від своєї назви такий платіж все рівно має безумовний і нецільовий характер та є класичним прикладом непрямого податку.

В Україні, з огляду на зазначене, законодавець із прийняттям Податкового кодексу взагалі відмовився від терміна «збір» у визначенні акцизного платежу. Разом із цим саме визначення акцизного податку майже повністю дублює визначення акцизного збору, що містилося в Декреті Кабінету Міністрів України «Про акцизний збір» від 26.12.1992 № 18-92. Згаданий Декрет визначав акцизний збір як непрямий податок на окремі товари (продукцію), визначені

[1] Спеціальні, виготовлені із паперу предмети, які за традицією спалюються у В'єтнамі для вшанування пам'яті пращурів.

законом як підакцизні, який включається до ціни цих товарів (продукції) [8].

Чинний Податковий кодекс України в п. 14.1.4 ст. 14 визначає акцизний податок як непрямий податок на споживання окремих видів товарів (продукції), визначених цим Кодексом як підакцизні, що включається до ціни таких товарів (продукції) [9].

Як вбачається із вищезазначеного, як у теперішній, так і в попередніх дефініціях акцизного податку (збору) традиційним для українського законодавця є вказівка на те, що акцизний податок є непрямим податком. При цьому залишається актуальним зауваження Г. В. Бех, що «в жодному законодавчому акті не зустрічається ні визначення непрямого податку, ні хоча б розподілення податків на прямі та непрямі. Таким чином, законодавець використовує термін без відповідного узагальнюючого роз'яснення чи закріплення його змісту» [10, с. 115].

Для розв'язання цього протиріччя М. П. Кучерявенко пропонував два шляхи. З одного боку, зробити спробу сформувати родову конструкцію непрямого податку і, відштовхуючись від цього поняття, сформувати визначення та формувати модель як податку на додану вартість, так і акцизного податку. З іншого боку, можна використовувати більш простий, формалізований шлях – закріпити закритий перелік непрямих податків [11, с. 360].

Нині ситуація ще більш ускладнюється тим, що на відміну від попередніх законодавчих актів, що регулювали справляння акцизного податку, чинний Податковий кодекс вказує на те, що акцизний податок є «непрямим податком на споживання».

Знову ж таки, що саме треба розуміти під «споживанням», а тим паче «непрямим податком на споживання», для визначення акцизного податку в законодавстві України залишається незрозумілим.

Власне поняття «споживання» не визначене і в жодному іншому нормативно-правовому акті. Натомість існують декілька законодавчих визначень поняття «споживач», однак вони навряд чи можуть бути використані для розкриття змісту поняття «непрямий податок на споживання» з огляду на їх спеціальний характер.

Так, у Законі України «Про захист прав споживачів» споживачем визначається фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника [12]. Отже, можна передбачити, що споживанням є процес придбання, замовлення, використання фізичною особою продукції для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних із підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника. Однак таке визначення, зроблене на підставі положень Закону України «Про захист прав споживачів», не підходить для застосування норм податкового законодавства щодо акцизного податку, оскільки, за запропонованим визначенням, споживачем є виключно фізична особа.

У законодавстві України містяться й інші визначення споживачів, однак вони вживаються виключно стосовно певних груп товарів (послуг): споживач природного газу, споживач електричної енергії, споживач житлово-комунальних послуг, споживач зв'язку, споживач транспортної послуги і т. д. У цих визначеннях споживачами фігурують як фізичні, так і юридичні особи. Однак зрозуміло, що такі визначення мають спеціальне значення і застосовуються у конкретних нормативно-правових актах.

Наразі в податковому законодавстві поняття «споживання» залишається невизначеним, що, своєю чергою, вносить неясність у зміст поняття «акцизний податок».

Окрім цього, слід відзначити, що визначення акцизного податку як непрямого податку на споживання містить певне протиріччя з положеннями Податкового кодексу України щодо механізму справляння акцизного податку.

Так, податкове законодавство в цілому не пов'язує справляння акцизного податку з фактом споживання відповідних підакцизних товарів. Натомість ключове значення мають інші події – реалізація, ввезення підакцизних товарів на митну територію України та ін.

Відповідно до ст. 213 Податкового кодексу України об'єктами оподаткування акцизним податком є операції з:

- реалізації вироблених в Україні підакцизних товарів (продукції);
- реалізації та/або передачі в межах одного підприємства підакцизних товарів (продукції) з метою власного споживання, промислової переробки своїм працівникам, а також здійснення внесків підакцизними товарами (продукцією) до статутного капіталу;
- ввезення підакцизних товарів (продукції) на митну територію України;
- реалізації конфіскованих підакцизних товарів (продукції), підакцизних товарів (продукції), визнаних безхазяйними, підакцизних товарів (продукції), за якими не звернувся власник до кінця строку зберігання, та підакцизних товарів (продукції), що за

правом успадкування чи на інших законних підставах переходять у власність держави;

- реалізації або передачі у володіння, користування чи розпорядження підакцизних товарів (продукції), що були ввезені на митну територію України зі звільненням від оподаткування до закінчення строку, визначеного законодавством, відповідно до пункту 213.3 статті 213 цього Кодексу;

- обсяги та вартість втрачених підакцизних товарів (продукції), що перевищують встановлені норми втрат з урахуванням пункту 214.6 статті 214 цього Кодексу;

- реалізації суб'єктами господарювання роздрібної торгівлі підакцизних товарів;

- оптового постачання електричної енергії;

- переобладнання ввезеного на митну територію України транспортного засобу у підакцизний легковий автомобіль;

- реалізації будь-яких обсягів пального понад обсяги, що: отримані від інших платників акцизного податку, що підтверджені зареєстрованими акцизними накладними в Єдиному реєстрі акцизних накладних; ввезені (імпортовані) на митну територію України, що засвідчені належно оформленою митною декларацією; вироблені в Україні, реалізація яких є об'єктом оподаткування відповідно до підпункту 213.1.1 цього пункту, що підтверджені зареєстрованими акцизними накладними в Єдиному реєстрі акцизних накладних [9].

Як вбачається з наведеного, реалізація підакцизних товарів саме з метою споживання фігурує лише в одному пункті Податкового кодексу (реалізація та/або передача в межах одного підприємства підакцизних товарів (продукції) з метою власного споживання). В усіх інших випадках факт чи намір споживання не має вирішального значення. Більше того, пункт 216.1 ст. 216 Податкового кодексу України закріплює, що датою виникнення податкових зобов'язань щодо підакцизних товарів (продукції), вироблених на митній території України, є дата їх реалізації особою, яка їх виробляє, незалежно від цілей і напрямів подальшого використання таких товарів (продукції), крім випадків, зазначених у статтях 225 та 229 цього Кодексу [9].

Можна передбачити, що визначення акцизного податку як непрямого податку на споживання є певним кроком українського законодавця на шляху до гармонізації податково-правової термінології законодавства України та термінології податкового законодавства Європейського Союзу.

Так, із положень Директиви Ради ЄС 2008/118/ЕС від 16 грудня 2008 р. про загальний режим акцизних зборів, якою скасовується Директива 92/12/ЄЕС, прямо випливає, що акцизний збір є непрямим податком на споживання певних товарів (пункти 4, 9 преамбули, ст. 1 Директиви) [13].

Стаття 7 вказаної Директиви визначає, що акцизний податок виникає у момент та у державі-члені випуску для споживання. При цьому у цій Директиві під «випуском для споживання» слід розуміти одне з такого: вихід підакцизних товарів, у тому числі неправомірний, з режиму призупиненого оподаткування; зберігання підакцизних товарів поза режимом призупиненого оподаткування, коли не були стягнені акцизні збори відповідно до застосовних положень законодавства Співтовариства та національного законодавства; виробництво підакцизних товарів, у тому числі незаконне, поза межами дії режиму призупиненого оподаткування; імпорт підакцизних товарів, у тому числі незаконний, якщо такі товари не були включені до режиму призупиненого оподаткування одразу після їх імпорту [13].

Як вбачається, у податковому законодавстві Європейського Союзу характеристика акцизного податку як податку на споживання, на відміну від українського законодавства, безпосередньо проявляється в механізмі його справляння.

Ще однією ознакою акцизного податку, що прямо випливає з його визначення в Податковому кодексі України, є включення цього податку до ціни підакцизних товарів. Однак вказана ознака потребує певного уточнення, оскільки характеристика непрямих податків (та акцизного податку, зокрема) як таких, що включаються до ціни товарів, є досить спірною та вже давно критикується науковцями. Фактично будь-який податок так чи інакше враховується у ціноутворенні та певним чином входить до ціни товару. Однак особливістю непрямих податків є те, що вони включаються до ціни товарів як окремий елемент, як надбавка.

На некоректність акценту на тому, що акцизний податок включається до ціни підакцизних товарів (продукції), вказує і М. П. Кучерявенко. На його думку, така конструкція характерна для будь-якого податку, і зовсім не обов'язково розглядати це як особливість, властиву акцизному оподаткуванню. Принципово важливо, на думку науковця, для визначення акцизного податку звернути увагу саме на участь його у формуванні ціни реалізації товарів (продукції) [11, с. 359].

Власне, це є головною ознакою усіх непрямих податків. Відповідно до вимог законодавства непрямі податки включаються до ціни товарів (послуг) як окремий складник. Така особливість акцизного податку як непрямого податку відображена у визначенні акцизу,

що міститься в Податковому кодексі Азербайджанської Республіки, де в ст. 182 закріплено, що акцизом є податок, що включається до продажної ціни підакцизних товарів [14].

Разом із цим, на наш думку, вказівка на включення суми податку до ціни є не стільки необхідною для визначення акцизного податку, скільки для визначення непрямих податків у цілому. Щодо акцизного податку, то, оскільки він є одним із непрямих податків, йому властиві риси останніх.

Водночас дефініція акцизного податку повинна вказувати на його власні ознаки, які відмежовують його від усіх інших видів податків. Головною такою ознакою акцизного податку є його спеціальний характер, який виражається як в обкладенні тільки певних видів товарів, так і в специфічних цілях, що ставляться при цьому. Як вказує Д. О. Гетманцев, основною рисою акцизів, що відрізняють їх від інших видів податків, є специфічна сфера застосування, тобто сфера споживання конкретного товару [15, с. 264].

Визначення акцизного податку, передбачене чинним Податковим кодексом України, певним чином відображає цю ознаку через вказівку на те, що це є податок на споживання окремих видів товарів, визначених як підакцизні. І нині звертання до переліку підакцизних товарів є найбільш поширеним шляхом визначення акцизного податку у різних країнах світу. Щодо інших ознак, які в різні часи та в різних ситуаціях приписувалися акцизам, як-то справляння щодо виробництва чи розповсюдження або кількісна форма обчислення розміру податку, то такі ознаки не мають універсального характеру та потребують уточнення для конкретного виду акцизного платежу.

Висновки.

Таким чином, визначення акцизного податку, наведене в чинному Податковому кодексі України, потребує подальшого вдосконалення. Аналіз податкового законодавства України дає підстави для висновку, що визначення акцизного податку через конструкцію непрямого податку є нелогічним та не дає можливості чіткого з'ясування змісту акцизного податку, не розкриває його суттєвих ознак і характеристик.

Ідеальним із точки зору дефініції як логічної процедури надання чітко фіксованого змісту законодавчим термінам є надання додаткового визначення родової конструкції непрямих податків взагалі та окремого визначення акцизного податку як одного з їх видів. Знову ж таки, за законами логіки, у такому разі необхідно було би додатково закріпити визначення і прямих податків.

Окрім цього, визначення акцизного податку як непрямого податку на споживання, містить певне протиріччя з чинними положеннями Податкового кодексу України щодо механізму справляння акцизного податку.

Наразі для податкового законодавства саме поняття «споживання» залишається невизначеним, що, своєю чергою, вносить неясність у зміст поняття «акцизний податок». При цьому податкове законодавство в цілому не пов'язує справляння акцизного податку з фактом споживання відповідних підакцизних товарів. Натомість з аналізу положень Податкового кодексу України вбачається, що ключове значення мають інші події – реалізація, ввезення підакцизних товарів на митну територію України та інші.

Отже, фактично сам факт чи намір споживання не має вирішального значення для цілей справляння акцизного податку відповідно до Податкового кодексу України. Отже, вказівка на те, що акцизний податок є непрямим податком на споживання, є дещо нелогічною та суперечливою щодо інших норм Податкового кодексу України.

У такому разі необхідно або запровадити чітке визначення поняття «споживання» у Податковому кодексі та його узгодження з іншими нормами щодо справляння акцизного податку, або змінити саме визначення акцизного податку. Звичайно, простішим є другий шлях – принаймні залишити визначення акцизного податку як непрямого податку без вказівки на те, що це є податком на споживання. Водночас для повноти викладення податково-правових норм все одно необхідно визначитися зі змістом поняття «непрямі податки», як було зазначено вище.

При цьому слід відзначити, що ми не заперечуємо, що акцизний податок є непрямим податком на споживання. Ми лише аналізуємо визначення акцизного податку, запроваджене Податковим кодексом України, з метою з'ясування його основних суттєвих рис та їх відображення в механізмі справляння акцизного податку, передбаченому податковим законодавством. Фактично єдиною ознакою, яка відображає власну сутність акцизного податку та яка закріплена в його законодавчому визначенні, є специфічна сфера його застосування, зокрема справляння його виключно з операцій з підакцизними товарами.

Зазначений аналіз дає підстави для висновку, що визначення акцизного податку в Податковому кодексі України не відповідає основним вимогам та принципам, що висуваються до будь-якої дефініції. Зокрема, однією

з таких вимог є те, що будь-яке визначення поняття повинно здійснюватися за допомогою термінів, значення яких вже відоме, які є більш чіткими та зрозумілими, ніж значення поняття, що визначається. Фактично український законодавець здійснив спробу визначити акцизний податок через рід та видові ознаки, залишивши при цьому незрозумілим власне родове поняття «непрямі податки».

Список використаних джерел:

1. Янжул И. И. Основные начала финансовой науки: Учение о государственных доходах / И. И. Янжул. – М.: «Статут», 2002. – 555 с.
2. Due John F. Excises Taxes / John F. Due. – World Bank, Policy Research Department, Public Economics Division, 1994. – 38 p.
3. Cnossen Sijbren. Theory and Practice of Excise Taxation: Smoking, Drinking, Gambling, Polluting, and Driving / Sijbren Cnossen. – Oxford University Press, 2005. – 268 p.
4. OECD Glossary of Statistical Terms. – OECD Publishing, 2008. – 602 p.
5. Consumption Tax. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://english.tax861.gov.cn/zgszky/zgszky05.htm
6. Vietnam Pocket Tax Book 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pwc.com/vn/en/publications/2015/pwc_vietnam_2015_pocket_tax_book_en.pdf - 36 p.
7. General Excise Tax Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www6.hawaii.gov/tax/har/har_237.pdf
8. Про акцизний збір : Декрет Кабінету Міністрів України: від 26.12.1992 № 18-92 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/18-92
9. Податковий кодекс України: Закон України : від 2 груд. 2010 р. № 2755-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/275517. 3
10. Бех Г. В. Правове регулювання непрямих податків в Україні : дис. ... к. ю. н. : 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Г. В. Бех; НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2001. – 207 с.
11. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права. В 6 Т. Особенная часть. Т. IV: Косвенные налоги / Н. П. Кучерявенко – Х.: Право, 2007. – 536 с.
12. Про захист прав споживачів : Закон України: від 12 травня 1991 р. № 1023-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1023-12
13. Директива Ради 2008/118/ЄС від 16 грудня 2008 року про загальний режим акцизних зборів та якою скасовується Директива 92/12/ЄЕС [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://old.minjust.gov.ua/45885
14. Налоговый кодекс Азербайджанской Республики, утвержденный Законом от 11 июля 2000 г. № 905-IГ) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.taxes.gov.az/rus/qanun/mecelle.shtml
15. Гетманцев Д. О. Непряме оподаткування. Правова сутність та адміністрування : наук.-практ. посіб. / Д. О. Гетманцев, В. Л. Форсюк, Н. В. Бойко. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 336 с. – С. 323-329.

В статье рассмотрены основные теоретические и законодательные подходы к определению понятия акцизного налога. Сделан сравнительно-правовой анализ определений акцизного налога в законодательстве Украины и других стран. Автором были проанализированы основные признаки акцизного налога как косвенного налога на потребление, а также их отражение в различных определениях акцизного налога. Автором также даются предложения по совершенствованию дефиниции акцизного налога в Налоговом кодексе Украины.

Ключевые слова: понятие акцизного налога, признаки акцизного налога, определение акцизного налога, акцизный налог как косвенный налог, налог на потребление.

In this article the author describes the main theoretical and legal approaches to the definition of the excise tax. The article includes the comparative analysis of thr legal definitions of the excise tax in the legislation of Ukraine and other countries. The author analyzes the main features of the excise tax as an indirect tax on consumption, as well as their reflection in different definitions of the excise tax. The author makes the suggestions for improvement of the excise tax definition in the Tax Code of Ukraine.

Key words: concept of excise tax, definition of excise tax, features of excise tax, excise tax as an indirect tax, consumption tax.

УДК 347.73:336.226.11(477)«2014»

Ірина Приходько,
канд. юрид. наук, суддя
Вищого адміністративного суду України

ПЕРСПЕКТИВИ ПРОВЕДЕННЯ ПОДАТКОВОЇ АМНІСТІЇ КАПІТАЛІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ (З УРАХУВАННЯМ РЕЗУЛЬТАТІВ ПОДАТКОВОГО КОМПРОМІСУ 2014 РОКУ)

Автор досліджує перспективи проведення податкової амністії капіталів фізичних осіб в Україні. Вказується, що в Україні вже проводилися податкові амністії: у 2014 році був проведений податковий компроміс щодо податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість. Проаналізовано результати податкового компромісу, визнано їх негативність. З урахуванням умов ефективного проведення податкових амністій, виокремлених зарубіжними науковцями на підставі аналізу проведення податкових амністій в інших країнах, відзначено причини негативних результатів проведеного податкового компромісу в Україні. Зроблено прогноз щодо негативності проведення податкових амністій капіталів фізичних осіб на сучасному етапі в Україні.

Ключові слова: податкові амністії, амністія капіталів, податковий компроміс.

Постановка проблеми. 12 березня 2018 року під час зустрічі з журналістами Президент України наголосив на доцільності проведення податкової амністії стосовно капіталів фізичних осіб шляхом запровадження «нульової декларації». «...Я пропоную ще раз повернутися до обговорення так званої «нульової» декларації. Ми не можемо говорити про те, що кожен українець у чомусь винен, треба дати можливість кожному українцю заплатити відповідний податок відповідно до закону, завести гроші в Україну, інвестувати їх в українську економіку і відчувати себе вільним громадянином вільної країни», – наголосив президент на зустрічі з представниками бізнес-спільноти [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Про проведення податкових амністій в Україні вже давно ведуться бурхливі дебати, при цьому експертні оцінки щодо реалізації зазначеного заходу істотно різняться: О. Білоус, А. Вишинський, М. Рибій, О. Сльозко, А. Глазова та інші науковці визначають їх як «геніальну ідею», «рятівне коло» чи засіб фінансового оздоровлення вітчизняної економіки [2, с. 138; 3; 4; 5, с. 33], а А. Афян, Д. Гетманцев, Д. Бондаренко, Р. Макарчук тощо називають «аферою», черговою корупційною схемою, що під товстим шаром барвистих обіцянок ховає цілу низку підводних рифів, які поставлять на коліна весь український бізнес, який і так з останніх сил захлинається в океані інвестиційних, валютних та інших перипетій [6; 7; 8; 9; 10].

У Верховну Раду України було подано декілька законопроектів про проведення податкової амністії [11], і навіть було проведено податковий компроміс, який фактично являв собою податкову амністію. Оголошений податковий компроміс був Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей уточнення податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість у разі застосування податкового компромісу» № 63-VIII від 25.12.2014, який вніс відповідні зміни до ПК України, доповнивши його підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» [12]. Правом на податковий компроміс могли скористуватися будь-які платники податків (або їх посадові/службові особи), які знижували свої податкові зобов'язання з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість за будь-які податкові періоди до 01.04.2014 (п. 1 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України), тобто індивідуально невизначене коло осіб, загальною ознакою яких було те, що вони порушили норми законодавства про податки та збори.

Мета статті. З огляду на оголошений Президентом України П. О. Порошенко напрям на проведення податкової амністії капіталів фізичних осіб, особливої актуальної набуває дослідження результатів уже проведеної у країні податкової амністії, визначення того, чи досягла ця амністія своєї мети, виокремлення причин, які зумовили її результат, для прогнозування результатів податкової амністії стосовно

© І. Приходько, 2018

капіталів фізичних осіб і визначення доцільності проведення податкової амністії капіталів фізичних осіб.

Виклад основного матеріалу. За умовами податкового компромісу, проведеного у 2014 році, платники податків, які бажали скористатися правом на податковий компроміс, повинні були добровільно сплатити до бюджету суми знижених податкових зобов'язань з податку на додатку вартість та/або податку на прибуток, а натомість сума зниженого податкового зобов'язання знижувалася на 95 % суми податкового зобов'язання, яке платник податків повинен був сплатити (95 % суми заниженого податкового зобов'язання з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість вважалися погашеними, штрафні санкції не застосовувалися, пеня не нараховувалася) (п. 2 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України) [13]. Податковий компроміс застосовувався за бажанням платника податків у разі: добровільного декларування платником податків занижених податкових зобов'язань з податку на додану вартість та податку на прибуток у відповідних податкових звітних періодах до 1 квітня 2014 року (п. 1 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України); добровільного декларування платником податків занижених податкових зобов'язань у разі, коли у платника податків незалежно від процедури податкового компромісу за рішенням контролюючого органу розпочата документальна перевірка або складено акт за наслідками такої перевірки (ч. 2 п. 7 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України); коли платник податків отримав податкове повідомлення-рішення, за яким податкові зобов'язання з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість не приведені у відповідність до норм ПК України (п. 7 підр. 9 розд. XX «Перехідні положення» ПК України); коли були неузгоджені суми податкових зобов'язань з податку на прибуток та/або податку на додану вартість, визначені у податкових повідомленнях-рішеннях, щодо яких триває процедура адміністративного оскарження (п. 7 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України) [13]; коли був складений адміністративний протокол про порушення встановленого порядку ведення податкового обліку платником податків (його посадовою особою) (п. 1 ст. 3 підр. II розд. XX «Перехідні положення» ПК України) [13]; коли було порушено кримінальне провадження про ухилення від сплати податків та зборів (обов'язкових платежів) стосовно платника податків (його посадової особи) (п. 2 ст. 3 підр. II розд. XX «Перехідні положення» ПК України) [13]. Підкреслимо, що податковий компроміс, проведений відповідно до Закону України № 63-VIII від 25.12.2014, передбачав звільнення від кримінальної та адміністративної відповідальності, якщо платники податків виконали умови податкового компромісу: п. 10 підр. 9 розд. XX «Перехідні положення» ПК України передбачав, що діяння, вчинене платником податків або його посадовими (службовими) особами, що призвело до заниження його податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість, якщо такі податкові зобов'язання уточнені за процедурами застосування податкового компромісу та сплачені до бюджетів, не вважається умисним ухиленням від сплати податків (зборів) обов'язкових платежів [13]. Для того, щоб реалізувати механізм звільнення від кримінальної та адміністративної відповідальності в разі досягнення податкового компромісу, законодавець передбачив внесення відповідних змін до законодавчих актів: ст. 163-1 КпАП було доповнено ч. 3 такого змісту: «...дії, передбачені ч. 1 і 2 цієї статті, не вважаються порушенням платником податків встановленого порядку ведення податкового обліку, якщо платник податків досяг податкового компромісу відповідно до підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України»; ст. 212 КК України було доповнено ч. 5 такого змісту: «...діяння, передбачені ч. 1 – 3 цієї статті не вважаються умисним ухиленням від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), якщо платник податків досяг податкового компромісу відповідно до підрозділу 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України» [204]. Отже, податковий компроміс передбачав звільнення від фінансової, адміністративної, кримінальної відповідальності для платників податків, які відповідали визначеним у нормативно-правовому акті про оголошення податкового компромісу ознакам у разі виконання ними передбачених умов фінансового характеру (добровільної сплати до бюджету сум знижених податкових зобов'язань з податку на додатку вартість та/або податку на прибуток).

Податковий компроміс мав чітко визначені межі застосування – поширювався на дії, що були скоєні до 1 квітня 2014 року, і обмежений певними часовими межами: процедура його досягнення не могла тривати більше ніж 70 календарних днів з дня, наступного за днем подання уточнюючого розрахунку (п. 3 підр. 9-2 розд. XX «Перехідні положення» ПК України), тобто податковий компроміс

мав чітко визначені межі застосування. Мета проведення податкового компромісу у Законі України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей уточнення податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість у разі застосування податкового компромісу» від № 63-VIII від 25.12.2014 не визначалася. Проте у пояснювальній записці до законопроекту цього Закону вказувалося, що він загалом спрямований на встановлення діалогу між державою та платниками податків, звільнення платників податків від фінансової, кримінальної та адміністративної відповідальності за умови сплати не задекларованих та/або неузгоджених платежів з податку на додану вартість та податку на прибуток підприємств, зменшення кількості адміністративних скарг до контролюючих органів та адміністративних позовів до суду платників податків на рішення контролюючих органів, а також забезпечення додаткових податкових надходжень до бюджету [14]. Фактично мета прийняття цього закону ідентична меті прийняття податкової амністії: фіскальна (поповнення бюджету), соціальна (досягнення діалогу між платниками податків та державою), скорочення витрат на адміністрування виявлення, розслідування та судовий розгляд порушень законодавства про податки та збори.

Процедура проведення податкового компромісу у разі добровільного декларування платником податків занижених податкових зобов'язань з податку на додану вартість та податку на прибуток передбачала такі етапи: 1) платник податків добровільно, за власним бажанням протягом 90 днів з моменту набрання чинності Законом України № 63-VIII від 25.12.2014 подавав до контролюючих органів за основним місцем свого податкового обліку заяву про намір досягнення податкового компромісу, в якій повинен був зазначити інформацію щодо мотивів подання уточнюючого розрахунку для застосування до нього процедури досягнення податкового компромісу, та уточнюючий розрахунок податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та/або податку на додану вартість, в якому необхідно було визначити суму завищення витрат, що враховувалися при визначенні об'єкта оподаткування податком на прибуток підприємств та/або суму завищення податкового кредиту з податку на додану вартість за будь-які податкові періоди до 1 квітня 2014 року (з урахуванням строків давності, встановлених ст. 102 ПК України), за формою, встановленою центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної фінансової політики разом із переліком (описом) господарських операцій, щодо яких здійснено уточнення показників податкової декларації; 2) розгляд поданих документів контролюючими органами здійснювався протягом 10 днів з дня, наступного за днем подання уточнюючого розрахунку та заяви про компроміс, за результатами чого контролюючий орган: а) приймав заяву або відмовляв у прийнятті заяви про намір досягнення податкового компромісу; б) приймав рішення про необхідність або відсутність необхідності проведення документальної позапланової перевірки; в) повідомляв платника податків про прийняте рішення щодо проведення перевірки, при цьому якщо контролюючий орган повідомляв платника податків про відсутність необхідності податкової перевірки, то вважалося, що податкове зобов'язання, визначене в уточнюючому розрахунку, є узгодженим, і воно підлягало сплаті протягом 10 днів з дня, наступного за днем отримання платником податків рішення контролюючого рішення про відсутність необхідності проведення документальної позапланової перевірки; 3) у разі прийняття рішення про необхідність проведення документальної позапланової перевірки, контролюючий орган проводив таку перевірку, при цьому вона могла проводиться виключно з питань, які стосувалися витрат, що враховуються при визначенні об'єкта оподаткування податком на прибуток підприємств та/або суми завищення податкового кредиту з податку на додану вартість, у межах процедури досягнення податкового компромісу; 4) за результатами проведеної податкової перевірки контролюючий орган: а) складав довідку про відсутність порушень, що підтверджувала правомірність визначення сум податкових зобов'язань; б) у разі виявлення порушень платником податків вимог податкового законодавства приймав податкове повідомлення-рішення, сплата грошового зобов'язання за яким здійснюється у розмірі 5 % від суми податку, а інша частина – 95 % – вважається погашеною; 5) платник податків сплачував податкові зобов'язання, визначені в уточнюючому розрахунку та/або податковому повідомленні-рішенні протягом 10 календарних днів з дня, наступного за днем узгодження, після чого податковий компроміс вважається досягнутим. Виходячи з аналізу процедури податкового компромісу, констатуємо, що фактично вона ідентична процедурі податкової амністії з можливістю перевірки.

За досягненням податкового компромісу в органи фіскальної служби звернулися 8 174 платника податків, а скористалися таким компромісом 6 152 платника податків; за результатами податкового компромісу до державного бюджету надійшло 793,9 млн. грн. [15].

Аналітики відзначають незадовільність результатів податкового компромісу і вказують, що кількість платників податків, що взяла участь у податковому компромісі, мізерна, оскільки натепер в Україні зареєстровано 1 465 558 юридичних осіб, які є основними платниками податку на прибуток та додану вартість [16]. Отже, у відсотковому співвідношенні в податковому компромісі взяло участь лише 0,5 % платників податків. Що ж стосується суми надходжень від реалізації податкового компромісу, то вони не лише не досягли показника, який визначався за оцінками підрахувань неузгоджених сум податкових зобов'язань з податку на прибуток та податок на додану вартість, визначені у податкових повідомленнях-рішеннях, стосовно яких триває процедура судового оскарження (суми не сплачених податків на прибуток та додану вартість за підрахунками Державної фіскальної служби України досягли майже 200 млрд. грн., а отже за результатами податкового компромісу до бюджету мало надійти близько 10 млрд. грн.), але й не задовольнив очікувань Державної фіскальної служби України, за прогнозами якої до бюджету мало надійти близько 3 млрд. грн. [17]. Тобто за результатами податкового компромісу до Державного бюджету України надійшло лише 2,6 % очікуваних сум надходжень від реалізації податкового компромісу [16, с. 239]. Для порівняння: за результатами перевірок, здійснених у 2015 році органами фіскальної служби України, до бюджету донараховано 35,6 млрд. грн. грошових зобов'язань, в тому числі за результатами планових документальних перевірок – 18,5 млрд. грн., позапланових – 18 млрд. грн., а в 2016 році за результатами перевірок, здійснених у 2016 році органами фіскальної служби України, до бюджету донараховано 28,4 млрд. грн. (за плановими – 15,5 млрд. грн., за позаплановими – 12,6 млрд. грн., за фактичними – 163 млн. грн.) [15]. Отже, заходи фінансового контролю виявилися більш ефективними, ніж процедура податкового компромісу, а тому можна констатувати, що своєї мети податковий компроміс не досяг.

Крім цього, податковий компроміс було поширено на виявлені ухилення від сплати податків таких платників податків, проти яких було порушене кримінальне провадження або розпочато судове переслідування, що дозволило платникам податків, стосовно яких вже було порушене кримінальне провадження або розпочато судове переслідування за виявлені ухилення від сплати податків, скористатися таким компромісом, в результаті чого в бюджет надійшло 131 млн. грн. [15]. Якщо врахувати, що платники податків сплатити лише 5 % суми несплачених податків, то шляхом нескладних арифметичних підрахувань можна визначити, що державний бюджет втратив більше 1 млрд. грн., які могли б надійти в бюджет за результатами закінчених судових проваджень. На наш погляд, це також свідчить про негативні результати податкового компромісу.

У чому ж причина незадовільного результату податкового компромісу, проведеного Україні в 2014 році?

Зарубіжний досвід проведення податкових амністій свідчить про те, що ефективність проведення податкових амністій залежить від урахування стану економіки країни, рівня довіри населення до уряду та ефективності сформованої в країні системи податкового контролю. Врахування стану економіки для проведення податкових амністій має велике значення, оскільки зарубіжний досвід та дослідження, проведені американськими науковцями щодо визначення чинників, які забезпечують позитивні наслідки реалізації таких амністій (А. Кассоном, С. Марчесом, Л. Франзони, П. Оліверой), переконують у тому, що в країнах з депресивною економікою проведення податкових амністій не досягає позитивного результату [18; 19, с. 55; 20, с. 575]. Незважаючи на те, що саме країни з депресивною економікою воліють проведення податкових амністій як заходу, спрямованого на поповнення державного бюджету, їх результати в таких країнах не лише не приносять очікуваних надходжень, але й призводять до інших негативних наслідків податкових амністій – послаблення податкової дисципліни, інтерпоральної дискримінації тощо. Платники податків у країні з депресивною економікою не поспішають віддавати власні активи в умовах кризи, оскільки зменшення ліквідної маси зменшує шанси таких платників на конкурентні переваги. У 2014–2015 роках стан економіки України суттєво погіршився через серйозні деструктивні процеси (руйнація інфраструктури на території бойових дій, дезорганізація усталених виробничих зв'язків і критично важливих постачань ресурсів, часткова втрата зовнішніх ринків та експортного потенціалу і т. ін.). Згідно зі статистичними даними реальний валовий внутрішній продукт (ВВП) України впав у 2014 році на 6,8 % [15]. Отже, період, в який проводився податковий компроміс в Україні, – це період спаду в економіці. Неврахування економічної ситуації в країні стало однією з умов, що спричинили незадовільні результати його реалізації.

Крім цього, рівень довіри до уряду в Україні в 2014 році становив 19,8 %, тобто був занадто низьким для реалізації такого компромісу [21]. Низький рівень довіри до

уряду також став тим чинником, що зумовив незадовільні результати реалізації податкового компромісу, що розглядається. Також необхідно підкреслити, що з 8 174 платників податків, які звернулися за застосуванням податкового компромісу, 1 511 були такими платниками, проти яких було порушене кримінальне провадження або розпочато судове переслідування за виявлені ухилення від сплати податків, а отже, застосування до них процедури податкового компромісу дозволило цим платникам не понести кримінальної відповідальності за скоєні ухилення від сплати податків та зборів (інших обов'язкових платежів). Також механізм податкового компромісу не встановлював достатніх гарантій щодо звільнення від відповідальності за порушення платниками податків податкового законодавства, тоді як надання таких гарантій є важливою умовою забезпечення ефективності реалізації податкових амністій.

Проведення податкового компромісу в Україні не супроводжувалося реформуванням податкового законодавства, правовий механізм податку на прибуток та податку на додану вартість змінено не було, а отже, була знехтувана ще одна умова забезпечення ефективності податкових амністій. Досвід проведення ефективних податкових амністій у зарубіжних країнах переконує, що податковій амністії повинна передувати агресивна рекламна компанія, спрямована на інформування платників податків про майбутнє оголошення податкової амністії, умови і механізм її проведення, а також одночасно з оголошенням податкової амністії необхідно посилити відповідальність за порушення законодавства про податки та збори для тих платників податків, які порушили податкове законодавство, могли взяти участь у податковій амністії, але не скористалися таким правом, що також не було зроблено під час проведення податкового компромісу в Україні.

Висновки.

З урахуванням аналізу причин, що зумовили незадовільні результати проведення податкового компромісу, можемо зробити прогнози щодо проведення податкової амністії капіталів фізичних осіб. Так, у 2017 році економіка України зросла на 2,3 %, проте таке зростання не забезпечує стабілізації економіки, яка за 2014-2016 роки впала на 16 % [22]. Крім цього, рівень довіри до влади зменшився ще більше і натепер становить 9,8 % [21]. Тому, на нашу думку, проведення податкових амністій (в тому числі амністій капіталів фізичних осіб) в Україні на сучасному етапі в умовах кризи в економіці, низької довіри до уряду є недоцільним, а податкові амністії, якщо вони будуть проведені, призведуть до негативних наслідків, насамперед ще більше послаблять податкову дисципліну платників податків.

Список використаних джерел:

1. Податкова амністія та «нульові декларації» : звернення П. О. Порошенка до спільноти [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.5.ua/suspilstvo/podatkova-amnistiia-i-nulovi-deklaratsii-iak-proponuiut-polehshyty-zhyttia-biznesu-v-ukraini-166366.html

2. Білоус О. П. Компроміси в досудовому розслідуванні ухилень від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) із використанням конвертаційних центрів / О. П. Білоус // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – 2015. – Вип. 15. – С. 138–148.

3. Вишинський А. Податковий компроміс: геніальна ідея чи афера року? // Економічна правда. – 21.05.2014. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.epravda.com.ua (дата звернення: 04.03.2017).

4. Рибій М. Податковий компроміс чи кіт в мішку / М. Рибій // Економічна правда. – 27.01.2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.epravda.com.ua (дата звернення: 16.03.2017).

5. Сльозко О. О., Глазова А. Б. Позитивний досвід податкових амністій розвинутих країн для України / О. О. Сльозко, А. Б. Глазова // Інтелект XXI. – 2015. – № 5. – С. 27–35.

6. Афян А. Налоговый компромисс: разорит бизнес и обогатит чиновников / А. Афян // Ліга. Нет. – 5.07.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.liga.net (дата звернення: 11.04.2017).

7. Гетманцев Д. Податковий компроміс чи явка з повинною / Д. Гетманцев // Дзеркало тижня. – 22.05.2014. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua (дата звернення: 12.07.2016).

8. Бондаренко Д. Податковий компроміс по-українськи / Д. Бондаренко // Економічна правда. – 10.02.2015. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.epravda.com.ua (дата звернення: 28.09.2016).

9. Поляничко А. Налоговый компромисс — подарок или ловушка? / А. Поляничко // ЮрЛига [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://jurliga.ligazakon.ua (дата звернення: 12.11.2016).

10. Макарчук Р. Податковий компроміс: купа підводних рифів, прихованих

законодавцями під товстою пеленою барвистих обіцянок / Р. Макарчук // Дзеркало тижня. – 30.01.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://gazeta.dt.ua (дата звернення: 12.08.2016).

11. Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законів України (щодо податкової реформи) : Проект Закону від 28 грудня 2014 р. № 71-VIII року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53072

12. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей уточнення податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість у разі застосування податкового компромісу : Закон України від 25.12.2014 № 63-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 6. – Ст. 38.

13. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011., – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст.112.

14. Пояснювальна записка до доопрацьованого проекту Закону України про внесення змін до Податкового кодексу України щодо особливостей уточнення податкових зобов'язань з податку на прибуток підприємств та податку на додану вартість у разі застосування податкового компромісу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53016 (дата звернення: 19.08.2017).

15. Офіційний сайт Державної фіскальної служби України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sfs.gov.ua/media-tsentr/novini/198251.html (дата звернення: 31.08.2017)

16. Реєстраційні дані щодо юридичних осіб в Україні станом на 01.04.2014 / Державна реєстраційна служба України. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://usr.minjust.gov.ua (дата звернення: 11.01.2017).

17. Звіт про виконання Плану роботи Державної фіскальної служби України на 2015 рік. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sfs.gov.ua/data/files/131201.pdf (дата звернення: 15.01.2017).

18. Cassone A., Marchese C. Tax amnesties as special sales offers: the Italian experience. Public Finance. Finances Publiques. – 1995. – Vol. 50 (1). – P. 51–66.

19. Franzoni L. Punishment and grace: on the economics of tax amnesties. Public Finance. Finances Publiques. – 1996. – Vol. 51 (3). – P. 351–366.

20. Olivella P. Tax amnesties and tax evasion inertia. Public Finance. Finances Publiques (PF/FP). – 1996. – Vol. 51 (4/Suppl.). – P. 573-574.

21. Українці не довіряють усім інститутам влади в країні, – опитування [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://zaxid.net/ukrayintsi_ne_doviryayut_usim_institutsiyam_vladi_v_krayini__opituvannya_n1360742 (дата звернення: 19.07.2017).

22. Україна: Економічний огляд, 2017. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.worldbank.org/uk/country/ukraine/publication/economic-update-spring-2017 (дата звернення: 20.09.2017).

Автор исследует перспективы проведения налоговой амнистии капиталов физических лиц в Украине. Указывается, что в Украине уже проводились налоговые амнистии: в 2014 году был проведен налоговый компромисс относительно налоговых обязательств по налогу на прибыль предприятий и налога на добавленную стоимость. Проанализированы результаты налогового компромисса, указана их негативность. С учетом условий эффективного проведения налоговых амнистий, выделенных зарубежными учеными на основании анализа проведения налоговых амнистий в других странах, отмечены причины негативных результатов проведенного налогового компромисса в Украине. Сделан прогноз относительно негативности проведения налоговых амнистий капиталов физических лиц на современном этапе в Украине.

Ключевые слова: налоговые амнистии, амнистия капиталов, налоговый компромисс.

The author studies the prospects of carrying out a tax amnesty of individuals' capital in Ukraine. It is noted that tax amnesties have already taken place in Ukraine - in 2014 a tax compromise was made in relation to tax obligations on corporate profit tax and value added tax. The results of the tax compromise are analyzed and their negativity is acknowledged. Taking into account the effectiveness of the tax amnesty, distinguished by foreign researchers on the basis of analysis of tax amnesties in other countries, the reasons of the negative results of the tax compromise carried out in Ukraine were noted. The prediction on the negative nature of the tax amnesty of individuals' capital at the current stage in Ukraine is made in the article.

Key words: tax amnesty, amnesty of capitals, tax compromise/

УДК 342.9

Олег Сидоренко,
аспірант кафедри адміністративного і кримінального права
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ІНФОРМАЦІЙНІ РЕСУРСИ ЯК ОБ'ЄКТ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті досліджуються інформаційні правовідносини як правове явище, окреслюються їх особливості, ознаки та види, а також з'ясовується об'єктний складник інформаційних правовідносин. Також автором розглядаються інформаційні ресурси як об'єкт інформаційних правовідносин, визначаються їх загальні і індивідуальні ознаки, юридичні властивості, наводяться приклади їх класифікації.

Ключові слова: інформація, документи, інформаційні ресурси, правовідносини, інформаційні правовідносини, об'єкт інформаційних правовідносин, юридичні властивості інформаційних ресурсів.

Постановка проблеми. Швидкий розвиток інформаційних та комунікаційних технологій кардинально підвищує суспільне значення і роль інформації, яка перетворюється на рушійну силу суспільного розвитку. У сучасному суспільстві інформація є основою будь-якої діяльності людини. Вона фіксує досвід діяльності, накопичується, фіксується та потребує впорядкування і зберігання. У результаті оброблення і систематизації, концентрації певним способом інформація перетворюється в інформаційний ресурс.

Інформаційний ресурс – це, перш за все, джерело відповідним чином організованої інформації, ресурс у вигляді запасу, який можна використати в разі потреби, засіб, можливість, якими можна скористатися в разі необхідності. Це доступні для використання відомості в усіх сферах життєдіяльності людини, суспільства і держави, які зберігаються на відповідних носіях як документи, бази даних і знань, реєстри, кадастри та інші відомості, що можуть бути власністю будь-якого суб'єкта інформаційних відносин та бути залученими до обігу.

Разом із тим існування будь-якого інформаційного ресурсу, функціонування державних, міждержавних і глобальних інформаційно-комунікаційних систем, що містять інформаційні ресурси, забезпечується не лише сукупністю інформаційно-технологічних, але й організаційно-правових заходів. Це вимагає завчасного вирішення низки правових питань щодо впорядкування суспільних відносин в інформаційній сфері, вдосконалення їх правового регулювання. У цьому аспекті актуальним є розроблення концепції інформаційних ресурсів як об'єкта інформаційних правовідносин, що дозволяє отримати їх цілісну характеристику, виявити особливості і проблеми правового регулювання формування, використання та розвитку інформаційних ресурсів і, відповідно, в контексті цього розробити пропозиції щодо підвищення ефективності правового регулювання інформаційної сфери в цілому.

Отже, теоретичне обґрунтування правової природи інформаційних ресурсів як об'єкта інформаційних правовідносин, з'ясування їх юридичних властивостей є натепер надзвичайно важливим питанням.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед останніх робіт, на які спирається автор, слід вказати такі. Л. П. Коваленко досліджено інформаційні відносини як відокремлену, однорідну групу суспільних відносин, що виникають під час обігу інформації в інформаційній сфері в результаті здійснення інформаційних процесів у порядку реалізації кожним інформаційних прав і свобод, а також у порядку виконання обов'язків органами виконавчої влади й місцевого самоврядування щодо забезпечення гарантій інформаційних прав і свобод [10]. Б. А. Кормичем, розглянуто правове регулювання основних видів інформаційних відносин та інформаційної діяльності [15]. О. О. Кульчий охарактеризовано роль права як головного механізму регулювання інформаційних відносин [20]; Н. А. Литвин окреслено деякі особливості застосування інформаційних ресурсів органами державної фіскальної служби України [22]. Д. Маріц досліджено питання щодо визначення змісту поняття «інформаційні відносини» [23]. Г. А. Шокіров проаналізував теоретичний і практичний аспект інформації як основного об'єкта інформаційних правовідносин [37].

Проблемним аспектом цієї статі є розбіжні уявлення науковців щодо сутності інформаційних ресурсів як факту реальної дійсності та відсутність серед правознав-

© О. Сидоренко, 2018

ців узгодженої позиції щодо їх юридичних властивостей як об'єкта інформаційних правовідносин.

Мета статті. Метою статі є обґрунтування правової природи інформаційних ресурсів як об'єкта інформаційних правовідносин, з'ясування їх юридичних властивостей.

Виклад основного матеріалу. Одним із наслідків впливу на сучасний світ процесу інформатизації, бурхливого розвитку інформаційних і комунікаційних технологій є поява правових відносин нового типу – інформаційних. Одним із об'єктів цих правовідносин є інформаційні ресурси, адже, як зазначає фахівець в галузі інформаційного права Т. А. Костецька, «під інформаційними слід розуміти суспільні відносини, що пов'язані з формуванням інформаційних ресурсів» [16].

Для того, щоб охарактеризувати інформаційні ресурси як об'єкт інформаційних правовідносин, з'ясувати їх правові ознаки та властивості, спочатку необхідно виявити сутність інформаційних правовідносин як правового явища.

В Україні словосполучення «інформаційні відносини» вперше на законодавчому рівні було закріплено у Законі України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 р., за яким інформаційні відносини – це відносини, що виникають у всіх сферах життя і діяльності суспільства та держави при одержанні, використанні, поширенні та зберіганні інформації [25]. Але слід підкреслити, що натепер вітчизняна теоретична концепція інформаційних відносин у правовій доктрині ще перебуває в процесі формування – у спеціальній літературі з права відсутнє єдине бачення сутності інформаційних правовідносин, існують різноманітні підходи до тлумачення цього поняття.

Так, зокрема, у юридичній науковій літературі досить поширеним є підхід до розуміння інформаційних правовідносин у межах інформаційної концепції права, відповідно до якого інформаційні правовідносини є принципово новим, окремим видом суспільних відносин [35], а також є підхід, який заперечує існування самостійних інформаційних правовідносин з огляду на те, що вони є лише частиною складних правовідносин [17, с. 98].

Українська дослідниця Л. П. Коваленко, дотримуючись інформаційної концепції права, визначає інформаційні відносини як відокремлену, однорідну групу суспільних відносин, що виникають під час обігу інформації в інформаційній сфері в результаті здійснення інформаційних процесів у порядку реалізації кожним інформаційних прав і свобод, а також у порядку виконання обов'язків органами виконавчої влади й місцевого самоврядування щодо забезпечення гарантій інформаційних прав і свобод [10, с. 117]. Аналогічну думку висловлює і відомий фахівець в галузі інформаційного права В. А. Копилов, який інформаційні відносини характеризує як комплекс суспільних відносин, що виникають під час реалізації інформаційних процесів, тобто під час створення, отримання, обробки, накопичення, зберігання, пошуку, розповсюдження та споживання інформації, а також процесів створення і застосування інформаційних систем [14, с. 68].

Як частину складних правовідносин пропонує розглядати інформаційні правовідносини О. В. Кохановська. Науковець пропонує поняття «інформаційні правовідносини» використовувати, по-перше, як узагальнююче для усієї сфери інформаційних правовідносин, по-друге, як таке, що конкретизує ті інформаційні правовідносини, які не пов'язані з інформацією як з особистим немайновим або майновим благом [17, с. 5]. З такої ж позиції інформаційні відносини визначає і Г. В. Виноградова та характеризує інформаційні відносини як відносини, врегульовані нормами різних галузей права, що виникають в усіх сферах життя і діяльності особи, суспільства та держави у процесі збирання, зберігання, використання та поширення інформації [6, с. 15].

Дійсно, між членами суспільства можуть складатися відносини, в яких інформація виступає як самостійний об'єкт незалежно від форми, наприклад, відносини щодо створення інформації, визначення права власності на неї, передачі її іншим суб'єктам суспільного життя, обробки, аналізу, переробки, споживання та захисту. Водночас не можна заперечувати існування в суспільстві окремих правових відносин, наприклад кримінальних, цивільних, адміністративних, в яких інформація існує паралельно з основним неінформаційним об'єктом. Так, відносини у сфері соціальної роботи між соціальним працівником та клієнтом соціальної служби, що виникають щодо надання соціальної послуги останньому, передбачають, що соціальний працівник зобов'язаний зберігати в таємниці певну інформацію. Тому погодимося з думкою науковців В. М. Боер і О. Г. Павельєва, які вважають, що необхідно поділити інформаційні правовідносини на безпосередньо інформаційні правовідносини та відносно-визначені інформаційні правовідносини [33, с. 45]. Р. В. Тарасенко пропонує під безпосередньо інформаційними правовідносинами розуміти відносини, що виникають щодо створення інформації,

визначення права власності на неї (з надання права володіння, користування та розпорядження), а також її обігу (передачі іншим суб'єктам, обробки, аналізу, переробки, споживання) та захисту. Здебільшого такі відносини мають охоронний характер, націлені на попередження дій, що порушують чи посягають на інформаційні права суб'єктів. Відносно-визначені інформаційні правовідносини – це частина інших правових відносин (цивільних, адміністративних), умовно відокремлених від однорідних, які реалізуються щодо неінформаційних об'єктів, що впливає на обіг певної інформації. У таких відносинах інформація є факультативним (додатковим) об'єктом правовідносин, що існує паралельно з основним неінформаційним об'єктом [33, с. 45-46].

Наведене вище дозволяє зробити висновок: виникнення, здійснення та припинення інформаційних правовідносин залежить насамперед від специфічних особливостей юридичних властивостей інформаційних об'єктів. Ця обставина зумовлює комплексне застосування методів конституційного, адміністративного, цивільного, трудового та кримінального права (публічно-правового регулювання) та застосування методів приватно-правового регулювання (на рівні правочинів, угод, звичаїв, традицій, професійної, ділової етики) щодо їх упорядкування.

Крім того, необхідно зазначити, що загалом інформаційні правовідносини можливо розглядати в широкому і вузькому сенсі, тобто виділяти два їх види по відношенню до юридичних норм. Під інформаційними правовідносинами в широкому сенсі необхідно розуміти особливу форму соціальної взаємодії в інформаційній сфері, яка об'єктивно виникає до закону, учасники якої наділені правами і обов'язками та реалізують їх з метою задоволення своїх інформаційних потреб та інтересів в особливому порядку, що не заборонений державою. У вузькому сенсі інформаційні правовідносини є різновидом соціальних відносин в інформаційній сфері, які врегульовані юридичною нормою, учасники яких наділені правами і обов'язками та реалізують їх з метою задоволення своїх інформаційних потреб і інтересів в особливому порядку, що гарантований і охороняється державою в особі її органів. Іншими словами, під інформаційними правовідносинами цього виду розуміється юридична норма в дії.

Інформаційні правовідносини як різновид правових відносин мають характерні ознаки, а саме:

- є юридичною формою взаємодії між учасниками відносин;
- формуються на основі правових норм, в яких відображається і закріплюється державна воля;
- утворюються в результаті свідомих дій їх учасників, мають вольовий характер;
- являють собою багато чисельні і різноманітні зв'язки їх учасників, що здійснюються за допомогою покладених на них обов'язків;
- їх реалізація гарантується можливістю державного примусу [34, с. 434].

Водночас інформаційні відносини відзначаються також певною специфікою. Зокрема, як вважає В. А. Копилов, особливості інформаційних правовідносин зводяться до такого: 1) виникають, розвиваються і припиняють існування в інформаційній сфері в умовах обігу інформації; 2) опосередковують державну політику визнання, дотримання і захисту інформаційних прав і свобод людини і громадянина в інформаційній сфері; 3) відображають особливості застосування публічно-правових і приватно-правових методів правового регулювання при здійсненні інформаційних прав і свобод з урахуванням специфічних особливостей юридичних властивостей інформації і інформаційних ресурсів [12]. Л. П. Коваленко вважає, що особливості інформаційних правовідносин характеризують такі твердження: 1) підставою виникнення їх є інформаційно-правова норма; 2) юридична природа інформаційних правовідносин передбачає наявність особливого суб'єкта, у власності або в розпорядженні якого є інформація або інформаційний ресурс; 3) їх основним об'єктом виступає інформація (О. В. Кохановська визначає, що інформація виступає у цивільних правовідносинах найчастіше у формі інформаційного продукту, ресурсу, тощо; інформація як товар має свої особливості, тому для неї має бути передбачений і особливий правовий режим [17, с. 5]; 4) спори між сторонами таких відносин вирішуються в адміністративному або судовому порядку [10, с. 11].

Отже, спираючись на зазначені вище міркування, погодимося з думкою Д. Маріц, відповідно до якої інформаційні правовідносини – це відносини, які регулюються нормами публічного та приватного права, які виникають, змінюються і припиняються між суб'єктами суспільних відносин на підставі юридичних фактів [23, с. 66].

Розроблення пропозицій щодо підвищення ефективності правового регулювання інформаційної сфери не можливе без з'ясування об'єктної складової інформаційних правовідносин, адже саме об'єкт правовідносин з їх виникнення, здійснення та припинення.

У теорії права відносно об'єкта правовідносин є різні точки зору. А. С. Піголкін, А. Н. Головастікова, Ю. А. Дмітрієв під об'єктом правових відносин пропонують розуміти матеріальні і духовні блага, отримання і використання яких становить інтерес уповноваженої сторони [24, с. 624].

На думку А. Б. Венгерова, поняття «об'єкт правовідносин» відображає різні блага, які намагаються отримати уповноважені суб'єкти. На думку автора, це стани, яких вони намагаються досягнути, та поведінка, якої вони очікують від зобов'язаних суб'єктів [5, с. 471].

Досліджуючи проблемні питання об'єкта правовідносин, С. А. Комаров під поняттям «об'єкти правовідносин» розуміє явища оточуючого світу, з приводу яких виникають суб'єктивні права і суб'єктивні юридичні обов'язки. Автор виділяє точки зору стосовно розуміння цієї дефініції: 1) моністична точка зору полягає в тому, що об'єктом правовідносин можуть бути тільки дії людей; 2) відповідно до другої точки зору (плюралістичної), об'єктом правовідносин можуть бути матеріальні блага (речі, майно, цінності і т. д.), нематеріальні блага (життя, здоров'я, честь і т. д.), продукти духовної діяльності (витвори мистецтва, науки, літератури, комп'ютерні програми і т. д.), цінні папери і документи (гроші, акції, дипломи, атестати і т. д.), а також результати дій учасників правовідносин [11, с. 330]. Вважаємо, що найбільш повно відображає правову природу об'єкта інформаційних правовідносин саме плюралістичний підхід, якого і будемо дотримуватися у своєму науковому пошуку.

Відповідно до Закону України «Про інформацію» (ч. 2 ст. 4) об'єктом інформаційних відносин є інформація [26]. Зазначений Закон визначає інформацію – як будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [26].

Поняття «інформація», походить від латинського слова informatio, що означає повідомлення, певні відомості, сукупність яких-небудь даних про стан справ або діяльність кого-небудь [18, с. 158]. Сучасний тлумачний словник української мови визначає інформацію як повідомлення про щось, доведення до відома чогось; відомості про навколишній світ, процеси, які в ньому відбуваються, про події, ситуації, чиюсь діяльність [39, с. 293].

У цілому конкретний зміст, який вкладається в поняття «інформація», значною мірою залежить від сфери людської діяльності, галузі науки або знань, в якій воно використовується, і, таким чином, перелік відповідних визначень натепер є практично невичерпним.

У правовій науці поняття «інформація» вперше було закріплено у ст. 177 Цивільного кодексу України як об'єкт цивільних прав. Цивільний Кодекс України відносить інформацію до нематеріальних благ (гл. 15 ЦК України) [36]

Науковці основними юридичними ознаками інформації визначають:

- можливість багаторазового використання необмеженим колом суб'єктів;
- здатність до зберігання, інтегрування, накопичення;
- кількісна визначеність у певних організаційних формах;
- системність, універсальність, нематеріальність [20, с. 42].

Ознаками інформації відповідно до законодавства (стаття 7 Закону «Про інформацію», статті 6, 13 Закону «Про науково-технічну інформацію») є те, що вона може бути об'єктом :

- права власності;
- товарних відносин [27].

Оскільки інформація – категорія нематеріальна, матеріальною формою її існування в інформаційно-правових відносинах є носії інформації [20, с. 43].

У спеціальній літературі виділяють два види носіїв: жорсткі носії – такі, до яких інформація прив'язана у вигляді набору букв, символів, знаків тощо (папір, мікроносії, лазерні диски, що не стираються, тощо); віртуальні носії, до яких інформацію не можливо прив'язати жорстко (дискети з перезаписом, касети магнітних стрічок, ЕОМ тощо).

Закон України «Про інформацію» до носіїв інформації зараховує: документ; інші носії, як матеріальні об'єкти, що зберігають інформацію; повідомлення засобів масової інформації; публічні виступи. При цьому документ в інформаційних відносинах – матеріальний носій, що містить інформацію, основними функціями якого є її збереження та передавання у часі та просторі [26]. При цьому розрізняють первинні документи, що містять вихідну інформацію, та вторинний документ – результат аналітико-синтетичної та іншої переробки одного або кількох документів [20, с. 44].

У фаховій літературі є думка, відповідно до якої похідним від поняття «документ» є поняття «інформаційні ресурси» [20, с. 44].

В українській юридичній науці натепер немає одностайної думки щодо правової природи інформаційних ресурсів як об'єкта інформаційних правовідносин. Деякі дослідники по-різному тлумачать факти реальної дійсності, які зумовлюють застосування юридичних щодо формування та функціонування інформаційних ресурсів, приділяють

надмірну уваги суто технічним аспектам їх використання, а не юридичним. Крім того, чинні нормативно-правові акти регулюють правові режими використання інформаційних ресурсів лише в окремих інформаційних системах.

Аналіз праць як вітчизняних, так і закордонних науковців свідчить про існування декількох точок зору щодо розуміння сутності інформаційних ресурсів, їх правової основи.

Прихильники узагальненого підходу до розуміння інформаційних ресурсів ототожнюють їх з інформацією та знаннями, які накопичувалися, оброблялися, систематизувалися і, відповідно, перетворилися у форму, яка найбільш придатна для використання суспільством, має матеріальну цінність. Так, О. А. Шубіна підкреслює: «У певному сенсі інформаційним ресурсом можливо вважати будь-яку зафіксовану інформацію» [38, с. 314].

Найбільшого визнання набуло розуміння інформаційних ресурсів, котре визначає їх як обсяг відомостей зафіксованих на матеріальних носіях, документи та масиви документів. Зокрема, на думку О. В. Сирового, інформаційні ресурси – це повний обсяг відомостей, отриманих з навколишнього середовища, створених у процесі певної діяльності знань, даних, що зафіксовані на матеріальних носіях, систематизовані за певною ознакою чи критерієм та призначені для зберігання і суспільного користування як на виробництві, так і в управлінні [31, с. 22]. Е. Е. Аблякімов вважає: «Державні електронні інформаційні ресурси – це впорядковані масиви даних та електронних документів в інформаційно-телекомунікаційних системах, держателями або розпорядниками яких є органи державної влади або державні підприємства» [1, с. 8]. Колектив фахівців з адміністративного права на чолі з Ю. П. Битяком пропонує інформаційні ресурси розуміти як доступні для використання відомості в усіх сферах життєдіяльності людини, суспільства і держави, які зберігаються на відповідних носіях інформації як документи, бази даних і знань, реєстри, кадастри, архіви, бібліотеки, музейні фонди та інші відомості, що є власністю будь-якого суб'єкта інформаційних відносин, слугують задоволенню інформаційних потреб громадян, юридичних осіб і держави, мають необхідні реквізити, що дозволяє ідентифікувати їх [2; с. 605-606]. Н. А. Литвин говорить: «Інформаційні ресурси – це, в першу чергу, всі документи, пов'язані як із результатами інтелектуальної, творчої та інформаційної діяльності, так із базами даних, всіма видами архівів, бібліотек, музейних фондів, та інші, що містять відомості та знання, зафіксовані на відповідних носіях інформації» [22, с. 144]. І. Л. Бачило зазначає: «Інформаційний ресурс в структурному, предметному сприйнятті являє собою масив або окремий документ, інший об'єкт, що візуально сприймається, який акумулює відомості (інформацію), сформовані за визначеною ознакою або критерієм» [4, с.181]. А. А. Кривоухов висловлює думку про те, що «інформаційні ресурси – це масиви документів і документованої інформації, масиви документів, електронних документів і документованої інформації в інформаційних системах (бібліотеках, архівах, фондах, банках даних інших інформаційних системах) [19, с. 12].

Послідовники конкретизованого підходу до розуміння інформаційних ресурсів доводять, що інформаційний ресурс складається з упорядкованого масиву інформації та відповідної інформаційної системи, що існують в рамках певної організаційної структури. Так, А. Н. Прокопенко зауважує, що «інформаційні ресурси – це організована і структурована документована інформація, яка міститься в бібліотеках, архівах, фондах, банках даних, інформаційних системах [30; с. 160]. І. В. Арістова стверджує, що «інформаційні ресурси – це бази і банки даних, усі види архівів, системи депозитаріїв державних інформаційних ресурсів, бібліотеки, музейні сховища і т. ін.» [3].

Своєрідний підхід до розуміння інформаційних ресурсів, який можливо назвати конструктивним (описує структуру, «конструкцію» інформаційних ресурсів як об'єкта), запропонував німецький вчений Г. Вольфрам. Він проаналізував уявлення десяти різних авторів щодо інформаційних ресурсів і висловив думку, що інформаційні ресурси включають в себе не тільки інформацію, але й інформаційні технології та персонал, зайнятий обробкою інформації (спеціалістів з інформаційних технологій, документознавців, архівістів) [21].

Своє бачення сутності інформаційних ресурсів закріпив законодавець України в законодавчих актах. Так, погляд на інформаційні ресурси міститься у ст. 1 Закону України "Про бібліотеки та бібліотечну справу", згідно з якою інформаційні ресурси – це сукупність документів у інформаційних системах (бібліотеках, архівах, базах даних тощо) [28]. Одне з перших комплексних уявлень про інформаційний ресурс було запроваджено нормами ч. 1 ст. 10 Закону України «Про науково-технічну інформацію», згідно з якою інформаційні ресурси – це «сукупність довідково-інформаційних фондів з необхідним довідково-пошуковим апаратом і відповідними технічними засобами збері-

гання, обробки і передачі, що є у володінні, розпорядженні, користуванні державних органів і служб науково-технічної інформації, наукових і науково-технічних бібліотек, комерційних центрів, підприємств, установ і організацій» [27].

Отже, законодавець України дотримується точки зору щодо розуміння інформаційного ресурсу, відповідно до якої останній уявляється як структура, що складається з двох взаємопов'язаних елементів: безпосередньо інформації (сукупність довідково-інформаційних фондів) та певної інформаційної системи, що забезпечує користування цим ресурсом (довідково-пошуковий апарат і технічні засоби зберігання, обробки і передачі). Найбільш універсальне бачення інформаційного ресурсу закріплено в Законі України «Про національну програму інформатизації». Згідно зі ст. 1 Закону, інформаційний ресурс – це сукупність документів в інформаційних системах. Крім того, цією нормою визначаються основні види інформаційних систем, які забезпечують існування і доступ до інформаційних ресурсів, до яких належать: бібліотеки, архіви, банки даних тощо [29].

Ми також дотримуємося конкретизованого підходу до розуміння інформаційних ресурсів.

Визначення правової природи інформаційних ресурсів не можливе без виявлення їх загальних суттєвих ознак. Так, Н. А. Литвин, досліджуючи особливості застосування інформаційних ресурсів фіскальної служби України, виділяє такі загальні ознаки інформаційних ресурсів:

– на відміну від інших видів ресурсів (зокрема, матеріальних) інформаційні ресурси практично невичерпні;

– у процесі використання інформаційні ресурси не зникають, а зберігаються і навіть збільшуються;

– інформаційні ресурси не є самостійними і самі по собі мають лише потенційне значення. Тільки поєднуючись з іншими ресурсами – досвідом, працею, кваліфікацією, технікою, енергією, сировиною, вони є рушійною силою;

– ефективність застосування інформаційних ресурсів пов'язана з ефектом повторного виробництва знань. Інформаційна взаємодія дозволяє одержати нові знання ціною менших витрат, порівняно з витратами праці, енергії, часу на його пряме генерування;

– інформаційні ресурси є формою безпосереднього включення науки до складу виробничих сил. В індустріальному суспільстві наука виступає опосередкованою і безпосередньою продуктивною силою. Посередником при цьому виступають машини, нові матеріали і препарати. Радикально змінюється характер дії інформаційних ресурсів: продуктивність праці підвищується не на проценти, а на порядки – в 10-100 разів. Здійснюється перехід до тематичних виробничих систем, основою функціонування яких служать інформаційні ресурси та інформаційні зв'язки;

– інформаційні ресурси виникають у результаті не просто розумової праці, а її творчої частини;

– перетворення знань в інформаційні ресурси залежить від можливості їх кодування. Існують дві форми інформаційних ресурсів як відчужуваних знань, що стають повідомленнями, – пасивна й активна. Модель – це опис системи, що відображає певну групу її властивостей. Програма і проспект – кінцеві, синтетичні форми існування інформаційного ресурсу у його життєвому циклі. Модель, алгоритм, програма, проект і особливо бази знань виступають активними формами інформаційних ресурсів. Книги, статті, патенти, бази даних є пасивними формами [22, с. 144].

Кожен конкретний інформаційний ресурс, коли використовується як інформація у формі відомостей, що документовані, передані або оголошені таким чином, що можуть бути сприйняті іншою особою, має певні індивідуальні ознаки, до яких насамперед належать їх кількість, зміст, цінність та якість.

Кількість інформаційних ресурсів може виражатися як у кількісних одиницях (сторінки, байти тощо), так і у відносному вимірі (наскільки відомості знімають невизначеність).

Зміст інформаційного ресурсу – це конкретне значення даних і відомостей у тому контексті, в якому вони є зрозумілим для особи.

Цінність інформаційного ресурсу характеризує його суспільне значення і може виражатися як у грошових одиницях, так і у відносному значенні (важливий, неважливий тощо).

Якість інформаційного ресурсу визначає, наскільки він здатен задовольнити інформаційні потреби суб'єктів інформаційних відносин, і характеризується такими критеріями, як повнота, достовірність, цілісність тощо [15, с. 11].

Розкриття правової природи інформаційних ресурсів не буде повним без характеристики саме правового аспекту їх існування, з'ясування саме юридичних їх властивостей.

До юридичних властивостей інформаційних ресурсів належать ті, що безпосередньо зумовлюють специфіку правового регулювання суспільних відносин, об'єктом яких є

інформаційні ресурси. Якщо дотримуватися позиції, відповідно до якої інформаційним ресурсом можливо вважати будь-яку зафіксовану інформацію, то їх у правовому аспекті можливо охарактеризувати таким чином:

- інформація повинна існувати в момент здійснення правовідносин;
- інформація призначена для фізичних і юридичних осіб та має визначене призначення;
- інформацію можливо передавати та розмножувати;
- інформація має визначену форму й одиницю вимірювання;
- інформація науково обґрунтована і доведена, у зв'язку з чим може бути предметом судового спору;
- інформація юридично закріплена;
- інформація має визначене джерело і, відповідно, може мати отримувача [37; с. 213].

Б. А. Кормич до юридичних властивостей інформаційних ресурсів відносить такі: фізична невідчужуваність; необхідність відокремлення; незалежність прав на інформаційні ресурси; здатність до тиражування [15].

На переконання Д. Маріц, інформація як найпотужніший ресурс може набувати ознак об'єкта майнового обороту в результаті зацікавленості з боку інших осіб на її отримання [23, с. 67]. Відповідно, правові дії щодо «придбання» і «продажу» інформаційного ресурсу перетворюють його на предмет договірних відносин. До того ж інформаційні ресурси як об'єкт інформаційних правовідносин можуть виступати як:

- товар у процесі їх створення, зберігання, розповсюдження та використання;
- джерело для прийняття рішень;
- джерело отримання знань у процесі здійснення права на освіту;
- засіб сповіщення суспільства про події та явища в порядку здійснення права на інформацію;
- засіб звітності про діяльність юридичних та фізичних осіб;
- засіб реалізації прав та свобод особи через надання відомостей про особу різним структурам (право на життя, право на житло, право на медичне обслуговування, право на труд тощо);
- засіб реалізації певних цілей (отримання прибутку, залучення клієнтів тощо) [32].

Залежно від інтересів та потреб учасників інформаційних відносин інформаційні ресурси можливо класифікувати таким чином:

1) за способом утворення інформації:

- первинні (природні) – інформаційні ресурси, що містять інформацію, яка сформувалась у природних умовах;
- вторинні (штучні) – інформаційні ресурси, що містять відомості, отримані штучно в процесі науково-дослідної діяльності, будь-якої творчої роботи, яка ґрунтується на обробці наявної інформації за спеціальними параметрами та моделями. Як зазначає Д. П. Калаянов, будучи неповним відображенням, вторинна інформація залежить від первинної [9; с. 61];

2) за способом фіксації [8; с. 7]:

- зафіксовані на машинних носіях інформаційні ресурси, обробка яких ведеться за допомогою машин, називаються активними інформаційними ресурсами [7; с. 35];
- зафіксовані на інших, немашинних носіях (папір, плівка тощо);

3) за способом формування інформаційних масивів та поширення інформації:

- стаціонарні інформаційні ресурси, що формуються та використовуються, як правило, в спеціалізованих інформаційних організаціях за допомогою їх інформаційних систем;
- пересувні (мобільні) інформаційні ресурси формуються головним чином у вигляді банків даних, що включають у себе базу даних та пошуковий апарат до неї, і поширюються як інформаційний продукт на переносних носіях інформації (CD-ROM) [13, с. 39-40];

4) за територіальною належністю:

- міжнародні – зібрані на території декількох країн і також є об'єктом їх користування;
- національні – є національним надбанням певного народу;
- регіональні – що сформовані та використовуються на території певного регіону;
- місцеві – забезпечують потребу в інформаційних ресурсах окремих місцевостей;

5) за формами власності:

- міждержавні – належать декільком державам;
- державні – належать певній державі. Державні інформаційні ресурси формуються як усіма гілками влади, так і вищими, центральними (міністерствами та відомствами) та місцевими органами і поділяються на види відповідно до цієї належності. До цієї категорії належать і інформаційні ресурси ОВС України;
- інформаційні ресурси юридичних осіб – ресурси, що є власністю підприємств, установ, організацій як державної, так і недержавної форм власності;
- інформаційні ресурси окремої особи;
- змішаної власності;

6) за характером інформації, що міститься в інформаційних ресурсах:

- документальні – включають у себе саме документи;

- фактографічні – містять опис будь-яких фактів і формуються у вигляді картотек, каталогів;

7) за способом організації зберігання та використання:

- традиційні інформаційні ресурси (масив документів, фонд документів, архів); автоматизовані інформаційні ресурси (банк даних, автоматизована інформаційна система, база знань);

8) за режимом доступу:

- відкриті – доступні для користування усім;
- з обмеженим доступом, які у свою чергу поділяються на конфіденційні і таємні;

9) за сферами людської діяльності (галузями):

- технічної інформації;
- економічної;
- військової;
- політичної;
- правової;
- медичної;
- наукової інформації тощо [31].

Привертає увагу розподіл інформаційних ресурсів інформаційного простору органів державної влади, що пропонується І. В. Арістовою. Ці інформаційні ресурси, на її думку, можна надати у вигляді трьох головних складників:

- інформаційного ресурсу для оперативного управління в мирний час;
- інформаційного ресурсу проблемно-орієнтованої інформації;
- інформаційного ресурсу особливого періоду [3, с. 315].

З огляду на вищезазначене, можна констатувати: специфічні особливості юридичних властивостей інформаційних ресурсів дають можливість розглядати їх як юридичні факти. Інформаційні ресурси як юридичні факти слугують приводом для застосування правових норм, що визначають ключові правила їх формування, використання та розвитку. Такими нормами є:

1) право власності на інформацію, окремі документи та масиви документів в інформаційних системах;

2) порядок документування інформації, надання документам юридичної сили та її підтвердження;

3) категорії інформації відповідно до рівня доступу до неї;

4) мета й порядок захисту інформації;

5) права суб'єктів, що беруть участь в інформаційних відносинах щодо певного інформаційного ресурсу.

Таким чином, можна констатувати: інформаційні ресурси є окремим об'єктом інформаційних правовідносин. При цьому інформаційні ресурси – це організована і структурована документована інформація (знання,відомості), яка міститься в бібліотеках, архівах, фондах, банках даних, інформаційних системах. Правова природа інформаційних ресурсів як об'єкта інформаційних правовідносин є різнобічною, і це повинно враховуватися під час розроблення конкретних організаційних заходів та засобів і способів правового регулювання суспільних відносин, що виникають із приводу інформаційних ресурсів. Адже особливості юридичних властивостей інформаційних ресурсів виявляються в інформаційних системах та інформаційних процесах, які забезпечують реалізацію основних інформаційних прав, що закріплені в конституційних нормах, і обов'язків відповідних суб'єктів у порядку забезпечення гарантій інформаційних прав і свобод.

Список використаних джерел:

1. Аблякимов Е. Е. Правові основи формування державних електронних інформаційних ресурсів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес: фінансове право; інформаційне право» / Е. Е. Аблякимов; Мін-во освіти і науки України, Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України. – К., 2010. – 20 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.google.com/search?q= Аблякимов%20Е.Е.%20Правові%20основи%20формування%20державних%20електронних%20інформаційних%20ресурсів%20%20авторефера.

2. Адміністративне право : підручник / Ю. П. Битяк (кер. авт. кол.), В. М. Гаращук, В. В. Богуцький та ін.; за аг. ред. Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, В. В. Зуй. – 2- ге вид., перероб. та допов. – Х.: Право, 2013. – 656 с.

3. Арістова І. В. Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти : монографія / І. В. Арістова ; за заг. ред. д. ю. н., проф. О. М. Бандурки. – Харків: Вид-во Ун-ту внутр. справ, 2000. – 386 с.

4. Бачило И. Л. Информационное право : учебник / И. Л. Бачило, В. Н. Лопатин, Н. А. Федотов ; под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб.: «Юридический центр Пресс», 2001. – 789 с.

5. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник / А. Б. Венгеров. – 6-е изд., стереотип. – М. : Омега-Л, 2009. – 607 с.

6. Виноградова Г. В. Правове регулювання інформаційних відносин в Україні : навчальний посібник / Г. В. Виноградова. – К.: Юстініан, 2006. – 171 с.

7. Громов Г. Р. Национальные информационные ресурсы: проблемы промышленной эксплуатации : монография / Г. Р. Громов. – М.: Наука, 1984. – 240 с.

8. Елепов Б. С. Управление процессами использования информационных ресурсов : монографія / Б. С. Елепов, В. М. Чистяков. – Новосибирск: Наука. Сиб. отд-ние, 1989. – 238 с.

9. Калаянов Д. П. Административно-юрисдикционная деятельность органов внутренних дел Украины : учебное пособие / Д. П. Калаянов. – Одесса: АО БАХВА, 1998. – 128 с.

10. Коваленко Л. П. Інформаційне право України: проблеми становлення та розвитку : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес: фінансове право; інформаційне право» / Л. П. Коваленко; Мін-во освіти і науки України, Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2014. – 37 с.

11. Комаров С. А. Общая теория государства и права : учебник / С. А. Комаров. – 7-е изд. – СПб. : Питер, 2008. – 512 с.

12. Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. – 2-е изд. перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2005.

13. Копылов В. А. Информационное право : учебное пособие / В. А. Копылов. – М.: Юристъ,1997. – 472 с.

14. Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. – М.: Юрист, 2002. – 512 с.

15. Кормич Б. А. Інформаційне право : підручник / Б. А. Кормич. – Харків: БУРУН і К., 2011. – 334 с.

16. Костецька Т. А. Інформаційне право України / Т. А. Костецька. – К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2009. – 170 с.

17. Кохановська О. В. Цивільно-правові проблеми інформаційних відносин в Україні : автореф. дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О. В. Кохановська; Київ. Нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – 34 с.

18. Краткий словарь иностранных слов / под. ред. И. В. Лехина, Ф. Н. Петрова. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1952. – 488 с.

19. Кривоухов А. А. Правовое регулирование защиты государственных информационных ресурсов : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 05.13.19 «Методы и системы защиты информации, информационная безопасность (юрид. науки)» / А. А. Кривоухов; Воронежский ин-т МВД России. – Воронеж., 2006. – 24 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tekhnosfera.com/pravovoe-regulirovanie-zaschity-gosudarstvennyh-informatsionnyh-resursov[Дата звернення: 14.02.2018]

20. Кульчій О. О. Інформаційне право : навчально-методичний посібник / О. О. Кульчій. – Полтава: ПУЕТ, 2015. – 193 с.

21. Ларин М. В. Управление документацией в организацияха / М. В. Ларин. – М.: Научная книга, 2002. – 288 с.

22. Литвин Н. А. Деякі особливості застосування інформаційних ресурсів органами державної фіскальної служби України / Н. А. Литвин // Порівняльно-аналітичне право. – 2016. – № 2. – С. 144-146. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/550/1/506_IR.pdf

23. Маріц Д. Поняття та зміст Інформаційних правовідносин / Д. Маріц // Национальный юридический журнал: теория и практика. – 2016. – жовтень. – С. 64-67. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jurnaluljuridic.in.ua/archive/2016/5/15.pdf

24. Пиголкин А. С. Теория государства и права : учебник / [А. С. Пиголкин, А. Н. Головистикова, Ю. А. Дмитриева] ; под ред. А. С. Пиголкина, Ю. А. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юрайт; ИД Юрайт, 2010. – 744 с.

25. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року № 2658 – XII // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 48. – Ст. 650.

26. Про інформацію : Закон України від 2жовтня 1992 року № 2658-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12/ed20110106

27. Про науково-технічну інформацію : Закон України від 25 червня 1993 року № 3322-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3322-12[Дата звернення: 2.03.2018]

28. Про бібліотеки та бібліотечну справу : Закон України від 27 січня 1995 року № 32/95-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/32/95-вр.

29. Про національну програму інформатизації : Закон України від 4 лютого 1998 року № 74/98-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/74/98-вр.

30. Прокопенко А. Н. О содержании понятия информационные ресурсы в праве / А. Н. Прокопенко // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал . – 2010. – № 1. – С. 157–160. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://cyberleninka.ru/article/n/o-soderzhanii-ponyatiya-informatsionnye-resursy-v-prave

31. Сировой О. В. Організаційно-правові засади управління інформаційними ресурсами органів внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес: фінансове право; інформаційне право» / О. В. Сировой ; Мін-во освіти і науки України, Харк. нац. ун-т внутр. справ – Х., 2006. – 21 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.google.com/search?q=Сировой%20автореферат%20організаційно%20%20правові%20засади%20управління%20інформаційними%20ресурсами

32. Структура та характеристика елементів інформаційних правовідносин [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ukr.vipreshebnik.ru/informatsijne-pravo/557-struktura-ta-kharakteristika-elementiv-informatsijnikh-pravovidnosin.html

33. Тарасенко Р. В. Інформаційне право : навчально-методичний посібник / Р. В. Тарасенко. – Луганськ: Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка, 2010. – 512 с.

34. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Онищенко. – 2-ге вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 688 с.

35. Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. – М., Изд-во Тихомирова М. Ю., 1998. – 798 с.

36. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15[Дата звернення: 2.03.2018]

37. Шокиров Г. А. Информация как основной объект информационных правоотношений: теоретический и практический аспекты / Г. А. Шокиров // Вестник Томского государственного университета. – 2017. – № 415. – С. 212–216. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://cyberleninka.ru/article/n/informatsiya-kak-osnovnoy-obekt-informatsionnyh-pravootnosheniy-teoreticheskiy-i-prakticheskiy-aspekty

38. Шубина О. А. Информационный ресурс: понятие, виды / О. А. Шубина // Вестник Красноярского Государственного Аграрного Университета. – 2011. – № 12. – С. 312–314. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://cyberleninka.ru/article/n/informatsionnyy-resurs-ponyatie-vidy

39. Яковлева А. М. Сучасний тлумачний словник української мови / А. М. Яковлева, Т. М. Афонская. – Харків: ТОРСІНГ ПЛЮС, 2010. – 672 с.

В статье исследуются информационные правоотношения как правовое явление, очерчиваются их особенности, признаки и виды, а также выясняется объектная составляющая информационных правоотношений. Также автором рассматриваются информационные ресурсы как объект информационных правоотношений, определяются их общие и индивидуальные признаки, юридические особенности, приводятся примеры их классификации.

Ключевые слова: информация, документы, информационные ресурсы, правоотношения, информационные правоотношения, объект информационных правоотношений, юридические особенности информационных ресурсов.

The article investigates informational legal relations as the legal phenomenon, defines their peculiarities, criterion and types and also discovers the object component of the informational legal relations. The author also considers the informational resources as the subject matter of the informational legal relations, defines their general and identifying characteristic, legal features, provides an example of their classification.

Key words: information, documents, informational resources, legal relations, informational legal relations, subject matter of the informational legal relations, legal features of information resources.

УДК 340.111

Дмитро Бойчук,
аспірант кафедри теорії держави і права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПРИНЦИПИ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ЗАХИСТ

Стаття присвячена аналізу принципів права людини на захист.

Право людини на захист розглядається як право-гарантія стосовно інших основоположних прав (право на життя, право на здоров'я, право на честь і гідність, право на безпеку і недоторканність тощо).

Зазначена необхідність законодавчого регулювання та практичної реалізації права людини на захист як з урахуванням цивілізаційних, загальних та галузевих принципів, так і з дотриманням відповідних принципів окремих правових інститутів.

Ключові слова: права людини, право людини на захист, захист прав, принципи права.

Постановка проблеми. Розуміння поняття «принцип» як тема наукового дослідження займає почесне місце в сучасній юридичній науці. Це зумовлено, перш за все, великим обсягом суспільно-правових відносин, на які поширюється дія відповідних принципів. Крім того, багатоаспектність розуміння цього терміна детермінує необхідність проведення його детального наукового аналізу. Відповідно, розуміння терміна «принцип» може мати різні значення не тільки в наукових працях, а й під час правозастосовчої діяльності. Право людини на захист у різних його формах закріплення та реалізації може характеризуватися різними принципами.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Тематиці визначення терміна «принцип», їх різновидів та функцій присвячено велику кількість наукових праць. Такими представниками юридичної науки є: Ж.-Л. Бержель, О. М. Болсунова, Д. О. Бочаров, О. Р. Дашковська, Р. Дворкін, М. Ю. Задніпряна, В. В. Лемак, Д. В. Лук'янов, М. І. Козюбра, А. М. Колодій, О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський, О. О. Уварова, М. ван Хук, С. В. Шевчук, І. В. Яковюк та ін.

Однак досить суттєва розвиненість тематики принципів у науковій літературі не означає, що зазначена тема вичерпала себе. Нині актуальність питання принципів полягає, перш за все, у зростаючий їх ролі як джерела права під час здійснення безпосередньо правозастосовчої діяльності.

Формування цілей статті. Метою даної роботи вважаємо аналіз наявних принципів права та їх вплив на регламентацію та реалізацію права людини на захист.

Виклад основного матеріалу. У контексті дослідження тематики права людини на захист питання принципів посідає важливе місце, оскільки різновиди права на захист (як було зазначено нами раніше [Бойчук, різновиди]) являють собою різні інститути різних галузей та підгалузей права, яким притаманні відповідні принципи. Наявні принципи впливають на реалізацію права людини на захист у відповідних його різновидах.

У загальнотеоретичному правовому розумінні принципи традиційно розглядаються як найбільш загальні вимоги, що ставляться до суспільних відносин та їх учасників, а також як вихідні керівні засади, відправні усталення, що виражають сутність права і випливають з ідей справедливості та свободи, визначають загальну спрямованість і найістотніші риси чинної правової системи [1, с. 197].

На думку Ж.-Л. Бержеля, загальні принципи – це положення об'єктивного права, які можуть виражатись, а можуть і не виражатись окремо в текстах законодавства, але обов'язково застосовуються судовою практикою та мають досить загальний характер. [2, с. 168].

Марк ван Хук, наприклад, визначає правовий принцип як норму, яка виражена в загальних термінах, що має широку сферу застосування та включає в себе цінність, що є більш чи менш основною для правової системи чи її частин [3, с. 216].

Важливою в контексті дослідження є теза про те, що принципи права можуть розглядатися як найбільш загальні і стабільні вимоги, що уособлюють суспільні цінності, дозволяють відтворити їх при формуванні та дії права, визначаючи його характер і напрями подальшого розвитку [4, с. 70].

Велика українська юридична енциклопедія виокремлює декілька тематичних термінів, серед яких є загальні («основопо-

© Д. Бойчук, 2018

ложні принципи права», «принципи права») та конкретні («принцип пропорційності», «принцип правової визначеності» тощо).

Так, під «принципами права» маються на увазі «...відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності і підвалини даного типу держави і права... ...відповідають об'єктивній потребі побудови і зміцнення певного суспільного ладу» [5, с. 633]. Водночас автори визначають основоположні принципи права як «найбільш важливі, фундаментальні вимоги, на яких ґрунтується право як соціальний регулятор» [5, с. 391].

Заслуговує на увагу влучне формулювання: «саме принципи виступають єднальною ланкою між «нормами легіслатури», з одного боку, й «прецедентними нормами» – з іншого [6, с. 20]. Така теза підтверджує загальний характер принципів, їх безпосередній зв'язок з реальним життям та різними джерелами права (як правостворюючої сили) [1, с. 178].

Окремою точкою зору є твердження про те, що загальними принципами права є положення саме об'єктивного права, котрі можуть визначатись чи не визначатись у текстах законодавства, але обов'язково застосовуються в судовій практиці та характеризуються досить загальним характером [2, с. 168].

Наведена дефініція була розвинена С. П. Погребняком, який наголошує, що основоположні принципи – це скоріш "ius nin scriptum", ніж "ius scriptum", оскільки навіть після їх закріплення в юридичних актах вони – "ius scriptum sensu grammatico", а не "ius scriptum "sensu iuridico" [7].

Ми погоджуємося з твердженням про те, що термін «принцип» традиційно використовується в семантичному сенсі як засада та вихідне положення по відношенню до будь-якого явища [5, с. 391].

Сучасною теорією права можуть виокремлюватися різні види принципів права: загальнолюдські (цивілізаційні), загальні, галузеві, міжгалузеві, принципи підгалузей та правових інститутів. Принципи окремих правових інститутів діють у межах однорідних суспільних відносин, що регулюються нормами окремого інституту [1, с. 206], [5, с. 391].

У контексті права людини на захист існують як цивілізаційні чи загальні принципи, так і галузеві, міжгалузеві чи принципи окремих правових інститутів. Загальновідомо поширення загальнолюдських та загальних принципів на суспільно-правові відносини, що існують, тому окремо розглядати їх вплив на право людини на захист у цьому разі вважаємо недоречним.

Різні галузеві принципи мають вплив на реалізацію права людини на захист у конкретних галузях права. Наприклад, принцип диспозитивності в цивільному праві зумовлює можливість реалізації права на захист виключно за ініціативою осіб – учасників цивільних правовідносин. Водночас принцип імперативності в кримінальному праві зумовлює можливість притягнення особи-порушника до кримінальної відповідальності, навіть незважаючи на волю на це потерпілої особи.

Право людини на захист, як було зазначено нами раніше [9, с. 19], характеризується особливим правовим характером та може характеризуватися як цивілізаційними та загальними принципами (як одне з прав людини), так і принципами окремого правового інституту (як конкретний вид права на захист у визначеній галузі права, життєвій ситуації).

Необхідність конкретизації принципів захисту підтверджується Н. І. Уздімаєвой. Автор, розглядаючи правовий самозахист, наголошує, що конкретизація його принципів має надзвичайно велике значення, оскільки вони визначають вихідні начала правового регулювання інституту самозахисту, являють собою юридичну основу для виявлення структурних складників субєктивного права на самозахист, встановлюють необхідні межі діяльності особистості щодо правового самозахисту, виконують стимуляційну та превентивну функцію тощо [10, с. 19-20].

Ми погоджуємося з наведеними тезами автора про важливість такої конкретизації принципів та вважаємо, що за аналогією така роль конкретизації принципів правового самозахисту може поширюватися і на право людини на захист у загальному його розумінні.

С. В. Горбачова, аналізуючи самозахист, виділяє такі його принципи: законності, добровільності, презумпції вимог людини про надання їй прав, свобод та законних інтересів; сумірності правопорушення; реальності правопорушення, розумної та об'єктивної оцінки необхідності, значимості та ефективності захисту; юридичної відповідальності за відступ від порядку та правил самозахисту прав; притягнення осіб до юридичної відповідальності за перешкоджання реалізації права на захист [11, с. 54].

Н. І. Уздімаєва погоджується в цілому з наведеним вище переліком принципів, але акцентує увагу на певних недоліках (щодо принципу презумпції прав людини про надання йому прав, свобод, та законних інтересів; принципу розумної та об'єктивної оцінки необхідності, значимості та ефективності захисту прав тощо) та окремо розкриває кожен із принципів. Крім того, автор наголошує, що зазначений перелік принципів не є вичерп-

ним та може уточнятися як у змістовному, так і у формальному сенсах [10, с. 25].

Наведений С. В. Горбачовою принцип сумірності правопорушення за своєю правовою природою, на нашу думку, «випливає» з принципу пропорційності. Принцип пропорційності, як загальний принцип права, є ширшим за своїм обсягом та «червоною ниткою» пронизує практично всі складники та види практичної реалізації права людини на захист. Такий принцип може існувати не тільки у вигляді сумірності дій особи, що обороняється, діям особи, що посягає, (під час реалізації права на необхідну оборону), а й, наприклад, у вигляді сумірності покарання вчиненому правопорушенню; сумірності відшкодування обсягу завданої шкоди чи навіть у вигляді урахування вірогідної шкоди (у разі застосування засобів захисту превентивного характеру). Принцип пропорційності в загальному розумінні розглядається саме як поєднання реалістичності і автономії права: з одного боку, він передбачає акцент не на застосуванні юридичних норм і принципів, а на безпосередньому узгодженні й упорядкуванні різних інтересів [12, с. 41].

Враховуючи те, що право на захист являє собою реалізацію захисту інших основоположних прав людини, дія принципу пропорційності в межах цього права може бути класичним прикладом дії принципу пропорційності як загального принципу права.

Принцип добровільності, виокремлений С. В. Горбачовою, є близьким за змістом до наведеного нами вище галузевого принципу диспозитивності. Слід наголосити, що в контексті загального розуміння права людини на захист може постати дискусія про доречність виокремлення принципу добровільності (на відміну від самозахисту), оскільки в певних випадках захист прав і свобод людини може здійснюватися без згоди на те особи, чиї права були порушені. Класичним прикладом є захист такої особи державою у вигляді кримінального провадження. Фактично у такий спосіб безпосередньо реалізується право людини на захист (припинення правопорушення, притягнення правопорушника до відповідальності, відновлення нормального стану порушеного права) незалежно від волі на те потерпілої особи. Звісно, така особливість зумовлена імперативним характером правовідносин у галузі, та тим не менш може мати винятки із загального правила (кримінальне провадження у формі приватного обвинувачення).

Як було зазначено нами вище, форма зовнішнього виразу принципів може бути різною: вони можуть закріплюватися в законодавчих актах (переважно – кодексах), деякі можуть належати до давньої доктринальної традиції (сформульовані як ма ксими, часто-густо – латиною) чи навіть «негласні правові принципи», що не належать до жодної з перерахованих вище категорій [3, с. 216-217].

У контексті питання про право людини на захист також можливо ставити питання про існування принципів, що беруть свій початок у формі певних максим, хоча і не латиною. Наприклад, загальновідомий вислів «за нечаянно бьют отчаянно» є негласним відтворенням принципу невідворотності кримінального покарання (як складник захисту потерпілої особи державою), його «законодавчим продовженням». Водночас загальновідомі «вуличні правила» («битися один на один», «лежачого не бити» та ін.) загалом відповідають принципу справедливості та легітимізуються у відповідних принципах кримінального права (принцип сумірності; принцип неможливості перевищення меж необхідної оборони відповідно). Такі «крилаті вислови» можна назвати виключно ідеологічними принципами, котрі можуть як відтворюватися в нормах чинного законодавства, так і не бути встановленими в конкретній правовій системі. Зазначені вислови є прикладами конкретних відсилань до моралі чи інших сучасних домінуючих ідеологій [3, с. 220].

На підтвердження цієї тези слід зазначити, що термін «принцип» безпосередньо пов'язаний із категоріями «закономірність» і «сутність». Саме «однопорядковий характер таких понять» дає підстави визначати правові принципи крізь призму відповідних закономірних тенденцій розвитку суспільства [5, с. 634].

Подібну характеристику таким принципам надає і Ж.-Л. Бержель, стверджуючи, що деякі принципи не можуть бути просто виведені з існуючих законів та наводить як приклад теорію спадкоємності суспільних служб [2, с. 166].

На нашу думку, в контексті права людини на захист постає закономірне питання: чи можливо стверджувати наявність принципу, що зумовлює його особливий правовий характер (право-гарантія)? У такому разі припустимий принцип («принцип двоєдиності») повинен забезпечувати можливість виконання таким правом одночасно функцій як превентивного (охоронного), так і безпосередньо захисного (правовідновлюючого) характеру.

Аналізуючи наведені вище підходи до розуміння терміна «принцип» та порівнюючи із сутністю «особливого правового характеру» права на захист, слід зробити висновок, що натепер неможливо говори-

ти про існування відповідного принципу. Ця теза зумовлена тим, що жоден із наведених нами вище принципів не детермінує характер права людини на захист як правогарантію по відношенню до інших прав. Виокремлення нового принципу вважаємо за недоречне та неможливе, оскільки обсяг та специфіка розуміння терміна «принцип» не відповідають визначенню особливого правового характеру права людини на захист.

Слід також звернути увагу на наявність терміна «постулати права», оскільки його зміст є близьким до наведених нами вище понять. Так, на думку Ю. М. Оборотова, під постулатами права розуміються аксіоматичні положення, що визначають єдність і неповторність правового буття, які відображають цивілізаційні і культурні особливості права. Автор наголошує, що постулати права не слід ототожнювати з принципами права, що як основоположні ідеї пронизують усю правову сферу [13, с. 600]. Ми погоджуємося з наведеною думкою та вважаємо, що термін «постулат права» є вельми філософським та належить насамперед до права в його об'єктивному розумінні, тому визначати постулати права людини на захист як суб'єктивного права не вважаємо необхідним.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі. Підбиваючи підсумки, слід зауважити, що:

- незважаючи на розвиненість тематики принципів права в науковій літературі, зазначене питання натепер не втрачає своєї актуальності та потребує подальшого аналізу;
- можна говорити про зростаючу роль принципів як джерел права під час правозастосовчої діяльності;
- право людини на захист у загальному розумінні характеризується відповідними принципами;
- конкретні різновиди права людини на захист (що існують у вигляді інститутів галузей права) характеризуються відповідними принципами окремих правових інститутів;
- у контексті права людини на захист можна ставити питання про існування не тільки встановлених законодавством принципів, а й певних «негласних» принципів;
- виокремлення «принципу двоєдиності» (чи аналогічного за змістом) як принципу права на захист натепер не є доречним.

У контексті зазначеного нами безпосереднього зв'язку між станом розвитку суспільних відносин та встановленням у нормах законодавства відповідних принципів вважаємо за потрібне наголосити на важливості своєчасного законодавчого процесу щодо закріплення відповідних наявних у суспільстві «негласних принципів», «ма ксим» тощо задля можливості їх реального використання у правозастосовчій діяльності (насамперед – судовій). Сучасна судова практика у справах про необхідну оборону (як один із різновидів права на захист) також підтверджує необхідність правильного застосування принципів як джерел права.

Список використаних джерел:

1. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / [М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.] ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Харків: Право, 2009. – 584 с.
2. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / Ж.-Л. Бержель. – М., 2000;
3. Хук ван М. Право как коммуникация / Хук ван М. – СПб., 2012.
4. Загальна теорія права : підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2016. – 392 с.
5. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. – Т. 3: Загальна теорія права. – Х.: Право, 2017. – 952 с.
6. Бочаров Д. Правова позиція як форма конкретизації принципів права ("візуальна" інтерпретація) / Д. Бочаров // Право України. – 2017. – № 7. – С. 20-29.
7. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) / С. П. Погребняк. – Х., 2008.
8. Бойчук Д. С. Щодо питання місця права на захист у системі прав людини / Д. С. Бойчук // Проблеми законності: зб. наук. праць. – Вип. 136. – 2017. – С. 15-21.
9. Бойчук Д. С. Щодо питання різновидів права людини на захист. Юриспруденція в теорії і на практиці: питання вдосконалення правової грамотності / Д. С. Бойчук // Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 24-25 лютого 2017 р. – Харків: Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого, 2017. – Вип. 136. – С. 15-20.
10. Уздимаева Н. И. Правовая самозащита: концептуально-проблемные основы теории : монография / Н. И. Уздимаева. – Саранск: Мордовский университет, 2008. – 111 с.
11. Горбачева С. В. Самозащита прав по российскому законодательству : дис. ... канд. юрид. наук / С. В. Горбачева. – Н. Новгород, 2005. – С. 130.
12. Погребняк С. П. Принцип пропорційності як загальний принцип права / С. П. Погребняк // Право України. – 2017. – № 7. – С. 39-46.
13. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. – Т. 2.: Філософія права. – Х.: Право, 2017. – 1128 с.

Статья посвящена анализу права человека на защиту. Право человека на защиту рассматривается как право-гарантия относительно других основополагающих прав человека (право на жизнь, право на здоровье, право на честь и достоинство, право на безопасность и неприкасаемость и т. п.) Отмечена необходимость законодательного регулирования и практической реализации права человека на защиту как с учетом цивилизационных, общих и отраслевых принципов, так и с соблюдением соответствующих принципов отдельных правовых институтов.

Ключевые слова: права человека, право человека на защиту, защита прав, принципы права.

The article is devoted to the analysis of the human right to defense. The human right to defense is considered as a right-guarantee for other fundamental human rights (the right to life, the right to health, the right to honor and dignity, the right to security and untouchability, etc.) It is mentioned the need for legislative regulation and practical realization of the human right to defense in view of civilizational, general and branch principles, and with observance of corresponding principles of separate legal institutes both.

Key words: human rights, human right for defense, defense of rights, principles of right.

УДК 340.11

Тетяна Гуменюк,
докт. іст. наук, доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Університету Короля Данила

КОНЦЕПТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СУЧАСНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

Стаття присвячена висвітленню методологічної специфіки юридичної науки, а також стосується наукових підходів щодо визначення основних проблем правознавства. Окрема увага приділена визначенню завдань юридичної науки, інноваційних напрямів наукових досліджень, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення результатів юридичних наукових досліджень.

Ключові слова: наукові дослідження, наукове пізнання, юридична наука, юриспруденція, правова доктрина, праворозуміння, концепції юридичної науки.

Постановка проблеми. Як зазначається у науковій літературі, метою функціонування та розвитку правової науки є вироблення знань та їх організація у відповідну систему, а також створення способів та засобів розв'язання проблем, що виникають у ході функціонування та розвитку правових явищ, зокрема і юридичної практики [1, с. 23].

Ми підтримуємо думку про те, що для юридичної науки важливо усвідомити, що в умовах формування глобального простору, наскрізних макроекономічних і правових регуляторів національний розвиток, по-перше, все більшою мірою визначається відповідними зовнішніми детермінантами (економічними, правовими, політичними, культурними); по-друге, процеси глобалізації загострюють економічну конкуренцію, яка прямо й опосередковано впливає, ускладнює й загострює політичне, правове, культурне, інформаційне суперництво, спричиняє конфлікти й протистояння між різними країнами та їхніми правовими системами; по-третє, ланцюги детермінації в правовому розвитку з однолінійних трансформуються в дволінійні зі зворотнім зв'язком та багатоланцюгові, причинні мережі; по-четверте, формування інформаційного суспільства в умовах глобалізації стрімко поширює «інформаційну причинність» у правовій системі та взаємодії правових систем (національних, міждержавних, міжнародної) [2, с. 18].

Право повинно втілювати найважливіші цінності людського буття. Ціннісний підхід до проблем сучасного права нерозривно пов'язаний з антропологізацією правової науки і (як надзавдання) правової практики. У нашій юридичній науці з'являються перші ознаки антропологізації об'єктів дослідження, тема прав людини і правових засобів їх захисту стає пріоритетною. Права і свободи людини і громадянина – це та, можливо, єдина ціннісна система, яка здатна примирити людину з оточуючим її суспільством і з державою, подолати їх взаємне відчуження [3, с. 36].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомі питання функціонування та вдосконалення сучасної юридичної науки досліджували такі науковці, як С. Гусарєв, М. Козюбра, В. Матвійчук, О. Петришин, П. Рабінович, В. Тацій, Ю. Шемшученко та інші.

Однак подальшого наукового дослідження потребують концепти юридичної науки на сучасному етапі в умовах часткової зміни пріоритетів правового регулювання та наявних реформаційних процесів.

Постановка завдання. Враховуючи все вищесказане, метою статті є визначення основних концептів функціонування сучасної правничої науки.

Виклад основного матеріалу дослідження. Оскільки правознавство, як практична наука, за своєю природою вимагає визначеності, то на цьому рівні не тільки можливі, а й необхідні короткі операціональні визначення права, які, не претендуючи на універсальність, слугували би певним орієнтиром для практичної юридичної діяльності [2, с. 19].

Безперечно, будь-яке наукове пізнання може бути охарактеризоване як завершене у певному сенсі, але не слід забувати, що свою повноцінність теорія набуває лише тоді, коли вона застосовується до актуальних питань практичного життя. Право не зможе стати значущим чинником упорядкування суспільних відносин, поки юридична наука, усі її галузі та напрями відповідно до особливостей свого предмета не стануть чутливими до реальних суспільних проблем, передусім інтересів пересічних людей [4, с. 137].

© Т. Гуменюк, 2018

Важливим аспектом розвитку сучасної юридичної науки є її соціологізація. На цьому акцентував увагу Р. А. Калюжний, визначаючи, що одним з актуальних напрямів адаптації вітчизняного правознавства до викликів сьогодення має стати соціологізація юридичних знань, що передбачає розгляд правової проблематики у більш широкому контексті – суспільства в цілому, а не лише його державної організації, опосередкованої відносинами виключно з приводу формування та реалізації державної влади [4, с. 138].

Разом із тим юриспруденція, як і будь-яка інша соціальна наука, не може бути пасивним відображенням дійсності, має досліджувати її з точки зору як сущого, так і з позицій належного, того, якою вона (правова дійсність) є та водночас може й повинна бути. Важливо лише, щоб компонент належності у праворозумінні, який завжди містить певний «метафізичний елемент», не перешкоджав прикладній значущості та соціальній ефективності правового регулювання [4, с. 139].

Як зауважив Р. А. Калюжний, якщо юриспруденція і стає наукою, то наукою, варто зауважити, доволі своєрідною. Адже її роль у суспільстві ніколи не зводиться до функції пізнання правових явищ. Як би не намагалися наскільки можливо усунути сумніви у значенні тих чи інших юридичних термінів з метою виключення серйозних конфліктів між індивідами, що вступають між собою у правовідносини, у процесі застосування правових норм неминуче виникають будь-які неясності, суперечності чи прогалини, які породжують непорозуміння, свавілля сторін. Крім того, існує постійна потреба у підтримці одноманітності в правових нормах і принципах, створенні певного порядку в дії різних джерел права, виробленні суворої ієрархії серед них. Усі подібні завдання покликана вирішувати юриспруденція. Саме в цьому і полягає її роль та значення для функціонування і розвитку права [4, с. 139].

З позицій сучасного стану правової науки запровадження верховенства права в національну правову систему передбачає, насамперед, висвітлення правової проблематики у контексті суспільства в цілому, а не лише його державно-владної організації, що тільки й здатне створити можливості для більш повного розуміння принципу верховенства права. Тому для досягнення соціально значимого результату в системі правового регулювання стають важливими не лише норми права як зразки поведінки, а й відповідні процедури та процес здійснення приписів правових норм, який не повинен відриватися від них, а також їх змісту [5, с. 35].

Змістове тлумачення принципу верховенства права зумовлює потребу зміни акцентів й у тематиці правових досліджень. Право має розглядатися як продукт суспільства, насамперед взаємовідносин між соціалізованими індивідами, які набувають загальної значимості зі всіма їх публічно-владними атрибутами. Для цього зміст поняття права має бути поширеним не лише за межі «наказу держави», а й сукупності норм права як лише потенційних, хоча й загальнообов'язкових, правил поведінки в напрямі врахування певних ненормативних (діяльнісних) аспектів, які є необхідними складниками реалізації правових норм, розуміння права як специфічної соціальної реальності [6, с. 23].

На думку В. І. Андрейцева, значна частина правничих наукових досліджень зумовлена специфікою діяльності окремих правових інституцій та правоохоронних органів, створенням галузевих вищих навчальних закладів, що продукують науковий аналіз такої діяльності у різних сферах забезпечення прав і свобод громадян [7].

Сучасній методології правничої науки й освіти значною мірою перешкоджають стереотипи наукових підходів щодо визначення основних проблем правознавства, які існують уже довго і з часом перетворилися у систему міфів цієї науки [7].

Ще один напрям – *обумовленість напрямів розвитку юридичної науки різними типами праворозуміння*. Як зазначив В. П. Плавнич, сучасна наука про право характеризується розмаїттям різних типів праворозуміння, тобто наукового пізнання і пояснення права як своєрідного та відносно самостійного, цілісного системного явища духовного життя суспільства. Вони розміщуються у рамках координат трьох основних напрямів у науковому пізнанні права (залежно від філософського фундаменту їх осмислення). Це природно-правові, соціологічні та нормативістські концепції і теорії права [8].

Відповідно, змінилося і завдання юридичної науки. Вона намагається осмислити залежність права від людини. Посилення процесів глобалізації у сучасному світі та перспективи побудови гуманістичної, ліберально-демократичної цивілізації відіграли роль суттєвих стимулів до інтеграційних пошуків, спрямованих на теоретичні побудови, здатні «примирити» позитивістський і природно-правовий напрями у розвитку сучасного правознавства. Пошуки розгортаються у площині інтегративного праворозуміння, точніше інтегрального типу праворозуміння (системне пізнання права об'єктивно спрямовує на інтегральний підхід у його пізнанні). Причому інтегральний підхід застосовується у найширшому розумінні слова – від інтеграції, яка здатна подолати предметні

полярності всередині всіх типів праворозуміння, до інтеграції, спрямованої на нову, загальнонаукову методологічну єдність позитивістських, природно-правових і соціологічних пізнавальних моделей. В останній позиції, звичайно, не йдеться про створення єдиної універсальної теорії права, а виключно про вектор розвитку правової думки у третьому тисячолітті [8].

Вступ пострадянських країн у трансформаційний період свого розвитку, в якому, як зазвичай, не могла однозначно утвердитися лише одна концепція праворозуміння, стимулює відповідні пошуки та дискусії. Сучасні правники звернули увагу на відмову від неподільного, пануючого у вітчизняній юриспруденції легістського праворозуміння; в його концептуально-методологічних засадах утворилася прогалина, яка мала бути якнайшвидше заповнена, ліквідована (з огляду на конституційну заборону надання будь-якій ідеології статусу офіційно-державної, за умов розгортання академічної свободи), та спроби усунути таку прогалину почали здійснювати з різних, часом навіть взаємовиключних концептуально-методологічних підходів [9, с. 14].

Серед самостійних напрямів розвитку сучасного правознавства також слід виділити *дослідження євроінтеграційних проблем розвитку та функціонування правової системи*.

На думку С. Д. Гусарєва, основними проблемами сучасного правознавства стали євроінтеграційні проблеми розвитку правової системи, забезпечення прав та свобод, правопорядку, законності, гармонізації законодавства, підвищення рівня правової культури, які разом відбивають як соціальну проблематику кризового суспільства в Україні, так і напрями правових досліджень [10, с. 36].

На сучасному етапі ключовою ланкою стає розроблення на загальнотеоретичному рівні, а також і на рівні спеціальних юридичних дисциплін проблематики оптимальних юридичних конструкцій, які на основі засадничих правових ідей, світової юридичної культури і сучасного практичного досвіду здатні забезпечити соціальний прогрес та діяльність правоохоронних органів. Це, перш за все, юридичні конструкції правопорушення, юридичної відповідальності, законності, правопорядку, правових відносин, механізму правового регулювання тощо [10, с. 38].

Важлива роль також належить *взаємозв'язку розвитку юридичної науки з основними напрямами розвитку та модернізації юридичної освіти*.

В юридичній науці тривалий час існує «негласна» традиція орієнтації дисертаційних досліджень виключно на модернізацію законодавства. Своєрідною мантрою в усіх без винятку авторефератах дисертацій стала теза про те, що відповідний рукопис може бути використаний у навчальному процесі під час підготовки відповідних розділів підручників, посібників, практикумів із відповідних навчальних дисциплін. З одного боку, це слід сприйняти позитивно. Натомість реального впливу навіть досить скромних із погляду інноваційних потенцій наукових досліджень ми не спостерігаємо.

Тому одним із головних завдань майбутньої реформи і, відповідно, Концепції має стати перегляд умов та вимог до якості юридичних досліджень, щоб змінити ситуацію і, найголовніше, щоб сприяти встановленню прямого зв'язку між науковими дослідженнями та розвитком освітніх планів, технологій та методів у правничій освіті. Юридична наука повинна працювати на правничу освіту, при цьому використовуючи як прямі способи, так і опосередкований вплив. Як свідчить досвід функціонування правничих шкіл США, кар'єрне зростання викладача напряму пов'язане з його науковими здобутками у формі опублікованих монографій та статей у престижних фахових виданнях, зміст яких вони потім перетворюють у наповнення нових навчальних курсів [11, с. 18].

Питання про правову природу освітнього права дослідив С. Мосьондз. Юридична наука зовсім не завжди орієнтується на потреби суб'єктів правозастосовчої діяльності, яких, зокрема, навряд чи задовольнить термін «комплексна галузь права» під час вирішення правових спорів, у нашому випадку, за участю суб'єктів наукової діяльності, оскільки суддям необхідно чітко розуміти правову природу спірних правовідносин, яка, зрозуміло, не може бути комплексною. Неправильне визначення правової природи спірних правовідносин призводить до порушення права фізичних та юридичних осіб на судовий захист порушених прав [12, с. 36].

Сьогодні в Україні сформована система нормативних актів, покликаних регулювати порядок організації та діяльності суб'єктів публічної адміністрації, спрямованої на реалізацію державної політики у сфері освіти. Виконуючи вказані завдання, публічна адміністрація тим самим сприяє забезпеченню та реалізації права на освіту громадян України, зафіксованого у Конституції України. Сукупність таких правових норм і об'єднується у рамках освітнього права, сформованого в межах особливого адміністративного права України [12, с. 38].

До ключових аспектів розвитку юридичної науки також слід віднести *зростання питомої ваги порівняльно-правових досліджень*

та вдосконалення іншої правової методології. Як вказує В. В. Дудченко, вивчення порівняльного права дозволяє по-новому, нетрадиційно підходити до вивчення чинних норм національного права, які страждають від обмеженості через партикуляризм національної доктрини. Сучасне порівняльне право, акумулюючи досвід чинних правоустроїв країн світового співтовариства, дозволяє не лише використовувати різні варіанти рішень конкретної юридичної проблеми, але й розглядати їх в історичному аспекті, надаючи тим самим можливість оцінити через порівняння ефективність рішення, яке приймається на національному рівні. Це має сприяти тому, що рішення певної національної юридичної проблеми буде прийматися лише після критичної оцінки результатів дослідження того, як вирішується ця проблема в інших країнах із високою правовою культурою [13, с. 16].

Правопізнання не може здійснюватися емпірично, а лише трансцедентно. Трансцендентними методами є філософська антропологія, онтологія, герменевтика, епістемологія, екзистенціалізм. Дані методи є невід'ємними передумовами й органічними складниками праворозуміння, правотворення і правореалізації. Їх застосування долає недостатність емпіричного правопізнання й через теорію гештальта дає змогу зрозуміти право у його цілісності й найглибшій сутності [13, с. 16-17].

Для сучасної вітчизняної правової науки, яка приділяє певну увагу спеціальним юридичним методам, все ж важливою проблемою залишається методологія галузевих юридичних наук, яка є найменш досконалою. У галузевій науці відсутні спеціальні монографічні дослідження методології, часто галузеві методи підміняються загальнонауковими чи спеціальними юридичними методами, спостерігається підміна предмета пізнання предметом правового регулювання, ототожнення наукової галузі з навчальною дисципліною; часто у літературі просто подається перелік методів та описуються правові явища [1, с. 25].

Нагального розв'язання потребує і така проблема, як депарадигмальність вітчизняної правової науки: хаотичність наукових досліджень; відсутність власних фундаментальних концепцій, запозичення парадигмальних позицій із зарубіжної правової науки; відсутність сталих наукознавчих критеріїв, наукової методології тощо [1, с. 25].

Надалі без достатніх наукових обґрунтувань прискорюється розвиток законодавчого та нормотворчого процесу як у цілому, так і в окремих його напрямах за відсутності належних науково-концептуальних засад прийняття значної частини законів, які не вписуються у систему сучасного права і законодавства. Тож не випадково у сучасному законодавчому процесі з'явилися лозунгові закони, що містять узагальнюючі норми – ідеї з невизначеним колом правового регулювання суспільних правовідносин, відвертим ігноруванням позитивних наукових новацій сучасного правознавства, які негативно впливають на ефективність правозастосовчої практики, оскільки віддалені від реального життя та правових інтересів громадян, держави та корпоративних потреб юридичних осіб. Такий підхід абсолютно не сприяє розвитку системи національного законодавства та практики його застосування [14].

Перед сучасною українською правовою наукою стоїть завдання подолання не лише заідеологізованості, міфологізованості та псевдонауковості, стану депарадигмальності, стихійності та методологічної недосконалості, а й посилення інноваційних напрямів наукових досліджень, створення нових наукових парадигм, формування сталої методологічної основи, що дозволить досягнути стану наукової зрілості правової науки в Україні як системи знань та способів і засобів конструювання правової дійсності [1, с. 26].

Конституюючи себе як науку гуманітарну, наше правознавство недостатньо звертає увагу на свою методологічну специфіку, неявно передбачаючи в цьому аспекті певну очевидну спільність усіх гуманітарних наук. Водночас наголошення на методологічних особливостях правознавства як гуманітарної науки може виявитися недостатнім для розуміння його своєрідності. Не випадково теоретики завжди невимушено і достатньо розгорнуто обговорювали діалектичний, історичний, конкретно-соціологічний методи теорії права, але відчували певні труднощі стосовно характеристики власне юридичних методів (Кельман М. С. Проблеми методології юридичної).

Правова проблематика в останньому контексті має розглядатись у безпосередньому зв'язку із соціалізацією індивідів, особливостями менталітету та національної правової культури, становленням інституцій громадянського суспільства, демократизацією політичного життя, участю громадян у правоутворенні – виявленні потреби у правовому регулюванні суспільних відносин, формуванні соціальних очікувань щодо його спрямованості та змісту, обговоренні проектів законів та інших нормативно-правових актів, а також у реалізації та оцінці ефективності законодавства [4, с. 140].

На сьогоднішньому рівні розробки обговорюваної проблеми визначати методологічну специфіку юридичної науки доводиться

головним чином у гіпотетичному плані. Цілком можливо, що в майбутньому відповідні дослідження дозволять дійти висновків про відсутність методологічних особливостей правознавства, окрім традиційно означеної специфіки його об'єкта. Проте не можна виключити й зворотне – виявлення своєрідності науки права не тільки порівняно з гносеологічним ідеалом природничонаукових досліджень, але й із пізнанням в інших гуманітарних сферах [15].

Висновки.

Таким чином, особливостями розвитку сучасної юридичної науки є: 1) соціологізація сучасної юриспруденції; 2) обумовленість напрямів розвитку юридичної науки різними типами праворозуміння; 3) дослідження євроінтеграційних проблем розвитку та функціонування правової системи; 4) взаємозв'язок розвитку юридичної науки з основними напрямами розвитку та модернізації юридичної освіти; 5) зростання питомої ваги порівняльно-правових досліджень та вдосконалення іншої правової методології.

Список використаних джерел:

1. Луць Л. Сучасна українська правова наука: деякі проблеми та перспективи / Л. Луць // Історико-правовий часопис. – 2016. – № 2. – С. 20-26.

2. Козюбра М. Праворозуміння: поняття, типи та рівні / М. Козюбра // Право України. – 2010. – № 4. – С. 10-21.

3. Подковенко Т. О. Антропологічний підхід до права як основа юридичної науки / Т. О. Подковенко // Право і суспільство. – 2015. – № 2. – С. 32-38.

4. Петришин О. Проблеми соціалізації правової науки / О. Петришин // Право України. – 2010. – № 4. – С. 133-142.

5. Калюжний Р. А. Юриспруденція: від витоків до сучасності / Р. А. Калюжний, Л. О. Шапенко // Юридичний вісник. – 2016. – № 3(40). – С. 32-39.

6. Петришин О. Верховенство права в системі правового регулювання суспільних відносин / О. Петришин // Право України. – 2010. – №3. – С. 24-36.

7. Андрейцев В. Сучасна правнича наука та освіта: на шляху до Болонського процесу / В. Андрейцев. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://library.uipa.edu.ua.

8. Плавнич В. П. Право на сучасному етапі розвитку юридичної науки / В. П. Плавнич [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://vuzlib.com/content/view/1078/112/.

9. Матвійчук В.К. Актуальні проблеми юридичної науки 2010 / В. К. Матвійчук // Юридична наука. – 2011. – № 1(1). – С. 14-19.

10. Гусарєв С. Д. Актуальні питання сучасного розвитку юридичної науки в Україні / С. Д. Гусарєв, Г. Г. Потапов // Юридичний вісник. Повітряне і космічне право. – 2008. – № 4. – С. 35-40.

11. Аналіз проекту Концепції реформування юридичної освіти в Україні в світлі отриманих відгуків за результатами регіональних обговорень / автор Ю. Барабаш. – 2017. – 33 с.

12. Мосьондз С. Освітнє право України у контексті європеїзації освіти / С. Мосьондз // Європеїзація української юридичної освіти. Матеріали конференції у рамках Німецько-українського правознавчого діалогу / уклад. Т. Манн. – Т. 2: українська версія. – Universit tsverlag G ttingen, 2016. – С. 35-41.

13. Дудченко В. В. Традиції та новації сучасної юридичної науки / В. В. Дудченко // Сучасна юридична освіта: досвід минулого – погляд у майбутнє : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, 21 жовтня 2016 р.). – Одеса, 2016. – С. 14-17.

14. Фелді О. В. Сучасний стан та шляхи розвитку української юридичної науки / О.В.Фелді[Електронний ресурс].–Режимдоступу: http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=648.

15. Кельман М. С. Проблеми методології юридичної науки у співвіднесенні з відповідною проблематикою інших наук / М. С. Кельман [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lex-line.com.ua/?go=full_article&id=648.

Статья посвящена освещению методологической специфики юридической науки, а также касается научных подходов к определению основных проблем правоведения. Особое внимание уделено определению задач юридической науки, инновационных направлений научных исследований, а также формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование результатов юридических научных исследований.

Ключевые слова: научные исследования, научное познание, юридическая наука, юриспруденция, правовая доктрина, правопонимание, концепции юридической науки.

The article is dedicated to the methodological properties of legal sciences as well as scientific approaches to defining major legal problems. Certain attention is paid to specifying tasks of legal sciences, innovative approaches to scientific research and making conclusions and suggestions aimed at improvement of legal scientific results.

Key words: scientific research, scientific inquiry, legal sciences, jurisprudence, legal doctrine, understanding of law, concepts of legal sciences.

УДК 343.93

Андрій Головач,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри державно-правових, адміністративно-правових
та кримінально-правових дисциплін
Донецького університету економіки та права

ЩОДО ЗМІСТУ АНАЛІЗУ ТА ПРОГНОЗУВАННЯ СТАНУ КРИМІНОГЕННОЇ СИТУАЦІЇ В УСТАНОВАХ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

У статті з'ясовано зміст поняття та визначена сутність тактики запобігання злочинам, що вчиняються в установах виконання покарань України, а також встановлені деякі проблемні питання та розроблені науково обґрунтовані шляхи щодо їх вирішення по суті.

Ключові слова: тактика, запобігання, злочин, сфера виконання покарань, персонал, засуджений, установа виконання покарань.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Сучасний стан правопорядку у сфері виконання покарань, зокрема в установах виконання покарань (далі – УВП), характеризується низкою проблем, що діалектично пов'язані з тактичними прорахунками з питань запобігання злочинам і правопорушенням, які вчиняються засудженими. Зокрема, щорічно з боку засуджених осіб постійно реєструються такі злочини, як злісна непокора адміністрації УВП (більше 40 % у структурі злочинності, що має місце у сфері виконання покарань); злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів (ст. ст. 305-327 КК) (майже 30 % у структурі злочинності УВП); ухилення від відбування покарання у виді обмеження волі (ст. 390 КК) (до 15 % у структурі злочинів, що вчиняються засудженими в УВП); ін.) [1, с. 12-14]. При цьому до тактичних прорахунків, пов'язаних із малоефективною діяльністю із запобігання цим та іншим злочинам у УВП, можна віднести такі, як:

а) нераціональне використання сил та засобів, що використовуються для забезпечення профілактичної роботи із засудженими, а саме: тоді як значна увага приділяється контролю за особами, які перебувають на профілактичному обліку (і це, здавалось би, логічно), більшість злочинів вчиняються засудженими, які не належали до об'єктів контролю;

б) технічні засоби нагляду і контролю (ст. 103 КВК) встановлюються в УВП у місцях найбільшого скупчення засуджених (і це також логічно). Проте, як свідчить практика, переважна частина злочинів вчиняються у тих місцях, які не обладнані зазначеними засобами;

в) маючи в наявності значний профілактичний потенціал, УВП до профілактичної роботи із засудженими залучає, як правило, тільки можливості оперативних підрозділів при тому, що й інші структурні підрозділи установ виконання покарань можуть запобігти злочинам своїми ресурсами (медичні служби, соціально-психологічні відділення, відділи нагляду та безпеки; ін.);

г) натепер практично зведена нанівець взаємодія УВП з іншими правоохоронними органами, особливо в частині обміну інформацією про найбільш небезпечні категорії засуджених (злочинних авторитетів, членів організованих злочинних груп, наркоділків, т. ін.), що, у свою чергу, відображається на ефективності та результативності запобіжної діяльності в установах виконання покарань.

Таким чином, наявна складна прикладна проблема, що потребує вирішення у тому числі й на науковому рівні.

Саме тому, враховуючи викладені вище обставини, **головним завданням** цієї наукової статті стало з'ясування змісту поняття та сутності тактики запобігання злочинам, що вчиняються в УВП, та розроблення на цій підставі науково обґрунтованих заходів, спрямованих на усунення проблем із зазначеної тематики дослідження, що існують на практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Результати

© А. Головач, 2018

вивчення наукової літератури показують, що досить плідно та активно питаннями тактики запобігання злочинам, що вчиняються в установах виконання покарань України, займаються такі науковці, як: О. М. Бандурка, В. І. Борисов, В. С. Батиргареєва, В. В. Голіна, Л. М. Давиденко, В. К. Грищук, О. М. Джужа, В. М. Дрьомін, С. Ф. Денисов, А. П. Закалюк, О. Г. Колб, О. Г. Кулик, І. М. Копотун, В. А. Меркулова, П. П. Михайленко, В. М. Литвин, П. Л. Фріс, О. Г. Фролова та ін. Разом із тим жодним із зазначених науковців так і не з'ясовано зміст поняття та не визначено сутність тактики запобігання злочинам, що вчиняються в установах виконання покарань України.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Як свідчить суспільна практика, досягнення будь-якої мети є неможливим без чіткого визначення стратегії й тактики діяльності суб'єктів суспільних відносин, тобто зазначений процес має цілеспрямований характер та теоретичне і практичне підґрунтя. У контексті реалізації заходів запобігання злочинам в УВП зазначений постулат втілює в собі особливий зміст, оскільки його основу становлять не лише внутрішні можливості окремо взятої колонії, а й зовнішні ресурси (потенціал ДКВС та інших правоохоронних органів загалом). З огляду на це, важливо всебічно та повно встановити природу тих суспільно-правових явищ, які визначають стратегію і тактику попередження злочинів, що вчиняються в УВП, з огляду на те, що у кримінології за цілеспрямованістю профілактичні заходи в колоніях поділяються на заходи стратегічного (затвердження кінцевих цілей профілактичної діяльності) й тактичного характеру (визначення проміжних, приватних і локальних завдань, вибір конкретних прийомів їх вирішення) [2, с. 108].

У наукових джерелах поняття терміна «стратегія» дається в контексті військової діяльності, а саме: «це є найважливіша частина воєнного мистецтва, яка включає теорію і практику ведення війни, воєнних компаній і великих бойових операцій» [3, с. 639]. Коли ж ідеться про зміст правоохоронної стратегії, у тому числі запобігання вчиненню злочинів в УВП, то її слід розглядати як специфічну науково-практичну систему соціального регулювання, спрямовану на забезпечення процесу досягнення мети загальної профілактики злочинів загалом в Україні та в конкретних колоніях зокрема. При цьому система, головне призначення якої визначається гарантуванням потреб та інтересів безпеки (у контексті профілактики злочинів) як у внутрішній сфері життя нації, суспільства тощо, так і в життєдіяльності окремо взятої колонії, має чітко визначений правоохоронний та профілактичний характер. Саме тому керівники різних рівнів у конкретній УВП, службовим обов'язком яких є реалізація стратегічних завдань профілактики злочинів за функціональною ознакою покладених на них повноважень, є управлінцями оперативно-стратегічного й оперативно-тактичного рівнів, з огляду на те, що протидія злочинності в УВП має свої особливості, про які йшлося в попередніх питаннях цього дослідження. Остання, у свою чергу, зумовлює процес організації та реалізації заходів профілактичної стратегії, у межах якої проводиться робота з визначенням її змісту, де стратегічна мета і завдання цього виду діяльності виступають родовими елементами для системи загалом та визначають форми й тактику дій персоналу УВП.

Отже, під стратегією профілактики злочинів в УВП слід розуміти ту складову частину загальної системи боротьби зі злочинністю, що спрямована на постановку й досягнення кінцевих цілей діяльності персоналу колоній у галузі запобігання вчиненню злочинів як засудженими, так й іншими особами. При цьому стратегічною метою діяльності з профілактики злочинів є, як небезпідставно вважає О. І. Остапенко, забезпечення безпеки важливих соціальних цінностей у суспільстві шляхом профілактики, убезпечення від можливих на них посягань [2, с. 108]. На практиці стратегічні завдання та цілі профілактичної діяльності УВП реалізуються через тактичні, проміжні, локальні тощо прийоми й дії.

Тактика в широкому розумінні – це визначення методів, шляхів, засобів та форм боротьби, що найбільше відповідають конкретним обставинам у даний момент і забезпечують стратегічний успіх (переносно – прийоми, засоби досягнення якоїсь мети, лінія поведінки когось) [3, с. 650-651]. По відношенню до змісту поняття тактики запобігання злочинам в УВП, то це є система методів, форм і засобів боротьби зі злочинністю, спрямованих на досягнення як стратегічної мети покарання, зазначеної в чинному законодавстві України, так і на реалізацію мети стратегії цього виду оперативно-службової діяльності ДКВС. Як свідчить практика, тактичні завдання профілактики вчинення злочинів засудженими є досить різноманітними. Їх конкретний зміст може змінюватись

залежно від суб'єктивних й об'єктивних чинників. Відповідно до цього і будується тактика діяльності персоналу УВП із запобігання вчиненню злочинів. Її зміст полягає в тому, що вона є системною, з переліком правомірних засобів вирішення завдань щодо профілактики злочинів і виявлення та усунення детермінант цього явища. Крім того, різноманітність тактики залежить від того, який вид профілактики злочинів здійснюється (загальна чи індивідуальна) в УВП. Так, необхідною передумовою успішного застосування методів загального запобігання злочинності є всебічний і глибокий аналіз даних про злочини, які вчинені в колоніях, їх причини та умови, особу злочинця, його соціальне середовище тощо. Проте, для того щоб досягти стратегічної мети профілактичної діяльності в конкретно взятій УВП, необхідно дотримуватися певних тактичних вимог. До них варто віднести такі:

1. Відсутність волюнтаризму і врахування умов, з огляду на які (чи залежно від яких) можна досягти позитивного профілактичного результату. Слушним у цьому разі є вироблення рекомендацій стосовно того, що слід віднести до тактичних завдань запобіжної діяльності (чи це буде усунення окремих негативних явищ у середовищі засуджених, зокрема безробіття в УВП або нейтралізація впливу на них з боку осіб негативної спрямованості (так званих «злодіїв у законі», «авторитетів» та ін.). Водночас спроби за будь-яку ціну вивести систему профілактики злочинів на новий, невластивий для неї рівень, не стане шляхом для досягнення загалом позитивного тактичного результату. Крім того, вказаний підхід може погіршити виконання суб'єктами профілактики своїх досить важливих функцій із запобігання вивченню злочинів в УВП.

2. Не менш важливою вимогою до тактики профілактики злочинів в УВП є усунення суперечностей і дотримання співвідношення між визначеними для реалізації заходами щодо запобігання злочинам й очікуваними від них результатами. Як свідчить практика, кожне конкретне профілактичне завдання певною мірою передбачає витрату грошових та матеріальних ресурсів і людських зусиль, що, у свою чергу, зумовлює настання тактично виправданого позитивного результату із запобігання злочинам.

3. Має здійснюватися постійне удосконалення тактики профілактики злочинів, її пристосованість до умов і становища, в якому перебувають об'єкти запобіжного впливу в конкретно взятій УВП. Неврахування вказаної вимоги, як показали результати проведеного нами дослідження, призводить до тактичних прорахунків, настання негативних наслідків. Це однаково стосується заходів як загальної, так і індивідуальної профілактики злочинів. Так, якщо у процесі індивідуальної профілактики засуджений продовжує вчиняти дисциплінарні проступки, у тому числі злісні їх вияви (ст. 133 КВК України), а суб'єкт запобігання злочинам не змінює (чи не доповнює) своїх методів реагування на ці явища, то це призводить до вчинення злочинів: як свідчить практика, більше 30 % злочинів в УВП вчиняють особи, які перебували на профілактичних обліках, та майже 70 % – порушники режиму тримання в колонії [4, с. 13].

4. Тактика профілактики вчинення злочинів засудженими залежить від її наукового забезпечення. Без реалізації цієї вимоги не можна стверджувати тактичних засобів запобігання злочинності. Цей висновок підтверджується таким: кількість злочинів, що були зареєстровані в ДКВС України протягом 1994-2017 рр., є відносно постійною – до 400 випадків щорічно, а отже, це свідчення низького рівня профілактики таких явищ.

5. Багаточисельність і різноманітність соціальних процесів у нашому суспільстві загалом та в УВП зокрема, які детермінують злочинність у колоніях, вимагають тактичного співвідношення кількісних та якісних показників об'єктів профілактичного впливу і сил та засобів, які задіяні для використання кримінального покарання у виді позбавлення волі в окремо взятій колонії та можуть бути виділені на потреби профілактики злочинів без шкоди для інших сфер оперативно-службової діяльності адміністрації УВП.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі.

Дотримання вимог профілактики злочинів у місцях позбавлення волі впливає на вибір її тактичних завдань у конкретній УВП. Структурно ці тактичні заходи складаються з:

- методів виявлення та усунення причин і умов злочинності в УВП й осіб, з боку яких можна очікувати вчинення цих діянь;
- засоби впливу на детермінанти злочинності та об'єкти профілактичного впливу;
- форм діяльності (гласних і негласних) суб'єктів профілактики злочинів, спрямованих на досягнення стратегічної мети покарання і запобігання вчиненню злочинів;

- шляхів удосконалення форм, методів і засобів профілактичного впливу у тому числі щодо підвищення ефективності взаємодії УВП із цих питань з іншими суб'єктами профілактики злочинів (спеціалізованими (правоохоронні органи) та неспеціалізованими (громадські інститути та формування, інші державні органи тощо)).

Список використаних джерел:

1. Про діяльність підрозділів охорони, нагляду та пожежної безпеки установ виконання покарань у 2016 році // Інформ. бюл. – Київ: Міністерство юстиції України, 2017. – 43 с.

2. Анденс И. Наказание и предупреждение преступлений / под. ред. проф. Б. С. Никифорова. – М.: Прогрес, 1979. – 264 с.

3. Асмолов А. Г. Психология личности : учебник / А. Г. Асмолов. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1990. – 367 с.

4. Андреев В. Н. Предупреждение правонарушений в следственных изоляторах : учебное пособие МВД СССР. ВНИИ / В. Н. Андреев. – М., 1990. – 80 с.

В статье определено содержание понятия и изучена сущность тактики предупреждения преступлений, совершаемых в учреждениях исполнения наказаний, а также установлены некоторые проблемные вопросы и разработаны научно обоснованные пути относительно их решения по существу.

Ключевые слова: тактика, предупреждение, преступление, сфера исполнения наказаний, осужденный, учреждение по исполнению наказаний.

The article clarifies the content of the concept and defines the essence of the tactics of preventing crimes committed in penitentiary institutions of Ukraine, as well as identifies some problematic issues and develops scientifically substantiated ways of their solution in essence.

Key words: tactics, prevention, crime, scope of punishment, personnel, convicted, penitentiary institution.

УДК 343.228

Юлія Горожанкіна,
студентка міжнародно-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ІНСТИТУТУ НЕОБХІДНОЇ ОБОРОНИ

У статті розглядаються найбільш актуальні питання щодо застосування на практиці права на необхідну оборону, помилки у її використанні; обґрунтовується положення про те, що необхідна оборона є ключовим елементом у системі обставин, що виключають злочинність діяння.

Ключові слова: необхідна оборона, захист прав, стан неосудності, бездіяльність, межі необхідної оборони, посягання, суб'єкт злочину, правомірність.

Постановка проблеми. Положення кримінального закону ще з радянських часів закріплювали поняття необхідної оборони як засобу правової активності громадян у боротьбі зі злочинністю та досить тривалий час були незмінними. У 2001 р. відбулися зміни у формулюванні положень статті про необхідну оборону, які на практиці виявились неефективними. Через відсутність чіткого визначення поняття необхідної оборони виникає проблема неоднакового його розуміння та застосування. Це свідчить про те, що інститут необхідної оборони потребує подальшого дослідження з метою вдосконалення законодавчого закріплення та розроблення рекомендацій для практичної реалізації цього суб'єктивного права.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Значний внесок у дослідження необхідної оборони зробили М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, Н. П. Берестовий, М.І. Коржанський, Е.Я. Немировський, М. М. Паше-Озерський, А. Б. Сахаров, І. І. Слуцький, І. С. Тишкевич, В. І. Ткаченко та інші. У роботах цих вчених містяться положення, що стали основою реформування кримінального закону в частині регулювання обставин, що виключають злочинність діяння, і необхідної оборони, зокрема. Тому важко переоцінити значимість внеску цих вчених у розроблення досліджуваної проблеми. Однак у працях науковців багато питань не отримали однозначного вирішення.

Метою дослідження є висвітлення поняття та проблемних аспектів необхідної оборони, її значення в кримінальному праві як підстави, що виключає кримінальну відповідальність, на основі вітчизняних наукових досліджень.

Виклад основного матеріалу. Норми, що визначають поняття та ознаки необхідної оборони, потребують додаткової уваги та аналізу, тому що регулюють сферу розмежування правомірної і злочинної поведінки. Безперечно, будь-яка держава за сучасних реалій та високого рівня злочинності не здатна навіть за наявності розгалуженої системи правоохоронних органів захистити громадянина від злочинних посягань. Саме через це і створюються додаткові гарантії особистого захисту громадян від небезпеки. З огляду на особливу цінність життя кожної людини, швидкі темпи поширення злочинності, характеристика посягання як підстави для здійснення людиною захисту в стані необхідної оборони набуває особливого значення.

Інститут необхідної оборони є одним із найстаріших у світових системах права. Однак погляди вчених на право необхідної оборони досі залишаються різними. Деякі автори вважають, що право на необхідну оборону належить до першого покоління прав. Інші науковці стверджують, що оборона є реалізацією функції охорони з боку держави.

Наявність стану необхідної оборони свідчить про суспільну корисність поведінки особи. Така правомірна поведінка лише в аспекті своєї зовнішньої схожості зі злочином є предметом вивчення кримінально-правової науки.

Згідно з ч. 1 ст. 36 Кримінального кодексу України необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони [1, ст. 36].

© Ю. Горожанкіна, 2018

Ще український науковець Е. Я. Неміровський переконував, що поняття «оборона» складається з двох елементів – посягання і захисту, які повинні відповідати певним умовам [2, с. 528]. Для цього слід розглянути вимоги, що висуваються до самої підстави необхідної оборони як суспільно небезпечного посягання. У разі виявлення факту недотримання вимог, що повинні характеризувати суспільно небезпечне посягання, можна стверджувати про відсутність стану необхідної оборони. У зв'язку з цим одним зі спірних питань теорії і практики необхідної оборони є трактування поняття «суспільно небезпечне посягання». Виходити із викладених положень слід і під час розгляду підстави необхідної оборони: під посяганням слід розуміти як безпосередньо суспільно небезпечні дії, так і замах на вчинення таких дій. Це підтверджуються положенням пункту другого Постанови Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 1 «Про судову практику у справах про необхідну оборону», де вказується, що стан необхідної оборони виникає не тільки в момент суспільно небезпечного посягання, але і за наявності реальної загрози заподіяння шкоди [3].

Відповідно до буквального тлумачення закону підставою необхідної оборони є посягання, що являє небезпеку для суспільства, і не обов'язково злочинне. Адже злочинність діяння означає винне здійснення передбаченого кримінальним законом суспільно небезпечного діяння. Тому таке розуміння підстави необхідної оборони безпідставно звужує саме поняття суспільно небезпечного посягання [4, с. 36]. Більшість учених справедливо наголошують на об'єктивній суспільній небезпеці посягання [5, с. 313]. Таким чином, для правильного розв'язання даної проблеми необхідно буквально трактувати положення ст. 36 КК України про «суспільно небезпечне посягання».

Важливість інституту необхідної оборони в кримінальному праві України, безперечно, сприяє подальшому розвитку демократичного суспільства в нашій країні як частина реалізації права людини «захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань». Але на практиці виникає низка питань стосовно правильного використання цього явища.

По-перше, для правильного розуміння необхідно встановити умови правомірності стану необхідної оборони. До них безпосередньо належать такі:

а) допускається захист не лише своїх інтересів, але й державних і громадських інтересів, а також інтересів інших осіб;

б) захист здійснюється шляхом завдання шкоди тому, хто зазіхає, а не третім особам;

в) захист має бути своєчасним;

г) захист не повинен перевищувати меж необхідної оборони [6, с. 219]. Оскільки кінцевою метою необхідної оборони є захист охоронюваних законом інтересів і прав особи, то скоєння вбивства у разі перевищення меж необхідної оборони дає розуміння, що такий злочин є менш небезпечним порівняно з іншими. Незважаючи на невизначеність цього питання безпосередньо в законі і роз'ясненнях Вищої судової інстанції України, щодо визначення кола саме тих інтересів, на які посягає особа, то воно є практично необмеженим. При цьому суспільно небезпечним посяганням є не тільки злочинне посягання, але і будь-яке інше суспільно небезпечне посягання (посягання неосудних осіб або осіб, що не досягли віку кримінальної відповідальності).

По-друге, іншим спірним питанням є підстави необхідної оборони, а саме можливість її застосування у разі посягання у формі бездіяльності. Такі науковці, як М. Й. Коржанський, В. І. Баулін, М. І. Бажанов, внесли пропозиції визнавати суспільно небезпечним посяганням при необхідній обороні і таке посягання, що відбувається у формі бездіяльності особи. Але більш обґрунтованими є позиції тих вчених, які заперечують можливість права на необхідну оборону у разі суспільно небезпечної бездіяльності [7, с. 232; 8, с. 27]. Оскільки в законі йдеться про запобігання або припинення спроби особи вчинити дію, що становить суспільну небезпеку, то, очевидно, мається на увазі певна активність особи .

По-третє, стає актуальною така ситуація, коли має місце оборона від дій особи, яка не підлягає кримінальній відповідальності через малолітство або неосудність, що відбувається внаслідок «омолодження» злочинності і збільшення кількості випадків вчинення суспільно небезпечних посягань особами, які не досягли віку кримінальної відповідальності. [9, с. 112]. Практика та більшість вчених, такі як В. І. Борисов, П. П. Михайленко, доводять, що можлива необхідна оборона від дій особи – не суб'єкта кримінального права. Виникає питання: чи дбає особа під час здійснення оборони (мова може йти тільки про захист свого життя) про інтереси того, хто посягає? Лише розуміння й характеристика безпосередньо самого посягання має бути основним критерієм визначення правомірності (неправомірності) дій особи, що себе захищала, а не вік, стан неосудності, належність до спеціального суб'єкта тощо. Таким чином, суб'єктом посягання можуть бути особи, які досягли або не досягли віку кримінальної відповідальності, осудні чи

неосудні, приватні чи посадові, такі, що діють наодинці чи групою.

Деякі науковці, що розуміють під «суспільно небезпечним» «злочинне» посягання, вважають, що правомірна оборона від свідомо незлочинних суспільно небезпечних дій (наприклад, вчинених малолітнім або психічно хворим) неприпустима і підпадає під ознаки крайньої необхідності. Такої позиції дотримується і професор М. Й. Коржанський. Хоча він і не вважає, що при необхідній обороні напад повинний бути злочином, але переконаний, що він повинен бути реально небезпечним, тобто загрожувати тяжкими наслідками [6, с. 219].

По-четверте, проблемним питанням є визначення наявності перевищення меж необхідної оборони. Для цього необхідно виокремити низку ознак: наявність стану необхідної оборони; явна, очевидна невідповідність захисних дій характеру і ступеню суспільної небезпечності посягання; явна, очевидна невідповідність захисних дій обстановці вчинення посягання і захисних дій [10, с. 203-204]. Перевищення меж необхідної оборони, пов'язане із заподіянням нападникові легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, закон не розглядає як заподіяння тяжких наслідків, і таке перевищення не визнається злочином. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не тягне кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає (ч. 5 ст. 36 КК). І нарешті, не має значення кількість осіб, які намагались здійснити насильницьке вторгнення у житло чи інше приміщення, наявність чи відсутність у них зброї.

Підсумовуючи все вищесказане, потрібно зазначити, що необхідна оборона є актуальною темою і відіграє значну роль у кримінальному праві, адже визначення в певному суспільно небезпечному діянні присутності злочину або його відсутності може значно вплинути на подальшу долю суб'єкта злочину, а головне, не порушити букви закону.

Висновки.

Отже, посягання повинне бути об'єктивно суспільно небезпечним, і при цьому не обов'язково злочинним. Однак цього висновку недостатньо для відповіді на питання: що ж розуміється під суспільною небезпекою як основною властивістю посягання. У кримінально-правовій науці існує думка, що суспільна небезпека полягає в тому, що посягання заподіює або може заподіяти істотну шкоду охоронюваним законом інтересам [11, с. 6]. Безперечно, що при необхідній обороні посягання, щоб бути кваліфікованим як суспільно небезпечне, повинно спрямовуватися на «державні, суспільні інтереси, а також політичні, трудові і майнові права громадян, особистості, її честі і достоїнства» [12, с. 219]. Остання точка зору багато в чому зумовлена тим, що довгий час судова практика керувалася у розгляді справ даної категорії роз'ясненням постанови Пленуму Верховного Суду СРСР від 16.08.1984 № 16 «Про застосування судами законодавства, що забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань». Згідно з цими роз'ясненнями під суспільно небезпечним посяганням, від якого допускається захист, розумілося діяння, передбачене Особливою частиною кримінального закону, незалежно від того, чи притягнута особа, що його вчинила, до кримінальної відповідальності, чи звільнена від неї в зв'язку з неосудністю, недосягненням віку притягнення до кримінальної відповідальності або з інших підстав. Дана постанова була більш вдалою у цій частині, ніж більш пізні постанови Пленуму Верховного Суду України від 28.06.1991 № 4 «Про практику застосування судами законодавства, що забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань» [13], а також вищевказана чинна Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 1 «Про судову практику у справах про необхідну оборону» [3]. Названі постанови не роз'яснюють питання про сутність суспільної небезпеки посягання. Так, у цій постанові у пункті третьому йдеться про сильне душевне хвилювання, яке може виникнути в особи в стані необхідної оборони, у зв'язку з чим згадується про «суспільно небезпечне посягання на законні права, інтереси, життя і здоров'я людини, суспільні інтереси чи інтереси держави» [14, с. 57].

Незважаючи на невизначеність даного питання безпосередньо в законі і роз'ясненнях Вищої судової інстанції України, у теорії кримінального права на сучасному етапі домінує позиція, що при необхідній обороні коло охоронюваних законом інтересів, на які може посягати особа, є практично необмеженим [15, с. 251]. І при цьому суспільно небезпечним посяганням є не тільки злочинне посягання, але і будь-яке інше суспільно небезпечне посягання (посягання неосудних осіб або осіб, що не досягли віку кримінальної відповідальності).

Ще одним спірним питанням щодо підстави необхідної оборони є можливість

її застосування у разі посягання у формі бездіяльності. Існують у науці пропозиції визнавати суспільно небезпечним посяганням при необхідній обороні і таке посягання, що відбувається у формі бездіяльності особи [16, с. 11-12]. На нашу думку, більш обґрунтованими є позиції тих учених, які заперечують можливість права на необхідну оборону у разі суспільно небезпечної бездіяльності [7, с. 27]. Згідно з ч. 1 ст. 36 КК України необхідною обороною визнаються «дії, вчинені з метою захисту ... від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди...».

Таким чином, посягання як підстава необхідної оборони має бути об'єктивно суспільно небезпечним. За умов наявності і дійсності суспільно небезпечного посягання особа, щодо якої воно здійснюється, знаходиться в стані необхідної оборони. Встановлення цих ознак необхідне для визначення дотримання умов правомірності захисних дій.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2001. – № 25-26. – Ст. 131.

2. Немировский Е. Я. Советское уголовное право / Е. Я. Немировский // Антологія української юридичної думки : в 10-ти т. – Т. 7. – К.: Юр. Книга, 2004.

3. Про судову практику у справах про необхідну оборону : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 року № 1 // Вісник Верховного Суду України. – 2002. – № 4.

4. Паше-Озёрский Н. Н. Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву / Н. Н. Паше-Озёрский. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 36.

5. Бажанов М. Г. Уголовное право Украины. Общая часть : Конспект лекций / М. Г. Бажанов. – Дн-к:«Пороги»,1992. – С. 63; Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: Юрінком інтер, 1997. – С. 201;

Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина / П. Л. Фріс. – К.: Атіка, 2009. – С. 313-314.

6. Коржанський М. Й. Уголовне право України. Частина загальна : курс лекцій / М. Й. Коржанський. – К. : Наукова думка ; Українська видавнича група, 1996. – 336 с.

7. Баулин Ю. В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния / Ю. В. Баулин. – Х. : Основа, 1991. – 360 с.

8. Ткаченко В. И. Необходимая оборона / В. И. Ткаченко // Законность. – 1997. – № 3. – С. 26–29.

9. Сахаров А. Б. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / А. Б. Сахаров // Советское государство и право. – 1987. – № 11. – С. 111–119.

10. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / [А. М. Бабенко, Ю. А. Вапсва, В. К. Грищук та ін.] ; за заг. ред. О. О. Бандурки. – Х. : Вид-во ХНУВС, 2011. – 378 с.

11. Берестовой Н. П. Право граждан на необходимую оборону (в помощь лектору) / Н. П. Берестовой. – Л.: Знание, 1986. – С. 6.

12. Уголовное право УССР на современном этапе. Часть общая. – К.: Наукова думка, 1985. – С. 219.

13. Про практику застосування судами законодавства, яке забезпечує право на необхідну оборону від суспільно небезпечних посягань : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 28 червня 1991 р. № 4 // Вісник Верховного Суду України. – 1991. – № 6.

14. Збірник постанов Пленуму Верховного Суду України у кримінальних справах : уавчально-практичний посібник / екл. Б. О. Кирись. – Львів: Ліга-прес, 2008. – С. 57.

15. Кримінальне право України. Загальна частина. – Київ-Харків: Юрінком Інтер-Право, 2001. – С. 251.

16. Слуцкий И. И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / И. И. Слуцкий. – Л.: Изд-во ЛГУ, 1956. – С. 11-12.

В статье рассматриваются наиболее актуальные вопросы применения на практике права на необходимую оборону, ошибки при ее использовании; обосновывается положение о том, что необходимая оборона является ключевым элементом в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния.

Ключевые слова: необходимая оборона, защита прав, состояние невменяемости, бездействие, пределы необходимой обороны, посягательство, субъект преступления, правомерность.

The article examines the most relevant issues concerning the using of act of justifiable defence, errors in its use, substantiation that the justifiable defense is a dominant element in the system of conditions which expel the criminality.

Key words: justifiable defence, defense of rights, state of insanity, act of omission, limits of justifiable defence , criminal intrusion, subject of crime, lawfulness.

УДК 343.359.2

Вячеслав Олійниченко,
здобувач сектору дослідження
кримінально-правових проблем боротьби зі злочинністю
Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності
імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (ОБОВ'ЯЗКОВИХ ПЛАТЕЖІВ)

Стаття присвячена наданню кримінально-правової характеристики суспільно небезпечного діяння, яке полягає в умисному ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) і передбачене ст. 212 Кримінального кодексу України, визначенню її основних складників та розкриттю їх змісту.

Ключові слова: кримінально-правова характеристика, ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів).

Постановка проблеми. Держава постійно стикається з проблемою наповнення бюджету грошовими коштами для забезпечення здійснення своїх економічних та соціальних програм, виконання інших функцій. При цьому діяння, яке полягає в умисному ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), віднесено законодавцем до суспільно небезпечних діянь, кримінальна відповідальність за яке передбачена ст. 212 Кримінального кодексу України (далі – КК).

Водночас для розкриття змісту будь-якого суспільно небезпечного діяння в науці кримінального права використовується кримінально-правова характеристика злочину, яка допомагає практичним працівникам правоохоронних та судових органів під час застосування положень Особливої частини КК отримати повну й наочну інформацію стосовно вчиненого діяння та може бути використана для формування подальшої кримінально-правової політики держави.

Актуальність дослідження теоретичних і прикладних проблем злочину, передбаченого ст. 212 КК, обґрунтовується його значною поширеністю і динамічністю використання різних способів його вчинення, необхідністю пошуків шляхів удосконалення цієї норми відповідно до викликів, які ставляться перед державою податковими злочинцями.

Злочин, передбачений ст. 212 КК, був предметом дослідження у наукових роботах П. П. Андрушка, Л. П. Брич, В. М. Вересова, П. Т. Геги, Д. І. Голосніченка, А. Є. Гутника, О. О. Дудорова, Я. М. Кураш, В. Р. Мойсика, В. В. Молодика, В. М. Поповича, Г. О. Усатого та інших українських учених. Однак питання надання кримінально-правової характеристики зазначеного злочину науковцями залишено поза увагою.

Метою статті є надання кримінально-правової характеристики суспільно небезпечного діяння, яке полягає в умисному ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), злочинність та караність якого встановлена ст. 212 КК, визначення її основних складників та розкриття їх змісту.

Виклад основного матеріалу. У наукових дослідженнях та в практичній діяльності для розкриття змісту злочину використовуються різні інструменти, до яких, зокрема, належать кримінально-правова, криміналістична та кримінологічна характеристики, кожна з яких розкриває зміст предмета дослідження (злочину, злочинної діяльності) під своїм спеціальнім кутом зору.

Що стосується кримінально-правової характеристики, то вона має велике значення для повної та об'єктивної оцінки вчиненого діяння, а також визначення меж і сфери застосування норм кримінального права [1, с. 155].

У науковій літературі обґрунтовується доцільність широкого розуміння розглядуваної категорії. Так, В. І. Борисов та О. О. Пащенко виокремлюють такі елементи кримінально-правової характеристики: 1) соціальну обумовленість установлення та збереження кримінальної відповідальності за певний вид злочинів; 2) суспільну небезпечність певного виду злочинів; 3) протиправність діяння та її місце в системі нормативного визначення заборони відповідного виду

© В. Олійниченко, 2018

суспільно небезпечної поведінки; 4) склад певного виду злочинів; 5) суспільно небезпечні наслідки та інші обставини вчинення злочинів, що перебувають поза межами складу певного виду злочинів, але притаманні їх учиненню; 6) особу злочинця [2, с. 181-182].

Кримінально-правова характеристика злочину може бути застосована для розгляду злочину як на рівні соціального явища, так і на рівні вчиненого діяння. У другому випадку така характеристика охоплює не лише обов'язкові ознаки, передбачені законодавцем у нормі закону про кримінальну відповідальність, а й так звані супроводжуючі ознаки, що мали місце під час вчинення певного діяння [3, с. 470-471] .

Як зазначалося вище, окрім кримінально-правової характеристики злочину, для розкриття змісту злочинної діяльності використовуються також криміналістична і кримінологічна характеристики, однак усі ці інструменти мають бути використані під час застосування КК до конкретного вчиненого діяння в сукупності, адже вони доповнюють один одного. У рамках кримінально-правової характеристики ухилень від сплати податків, на наше переконання, обов'язково мають застосовуватися такі елементи криміналістичної характеристики, як способи, які особа використовує для вчинення суспільно небезпечного діяння, дані про предмет злочинного посягання, а також особу злочинця, адже ці елементи детально розкривають сутність та соціальну небезпечність указаного злочину, допомагають органам досудового розслідування вибирати методику їх виявлення та розкриття та ліквідовувати їх негативні наслідки, та врешті-решт деталізують об'єктивну та суб'єктивну сторону цього злочину, а також такі елементи кримінологічної характеристики, як дані про особу злочинця, мотив та мету злочину, дані про причини вчинення таких злочинів, адже ці ознаки також обґрунтовують суспільну небезпечність злочину, деталізують його суб'єктивну сторону та суб'єкта.

При цьому слід пам'ятати, що обов'язкові та факультативні ознаки складу злочину виокремлюються лише в теорії кримінального права на рівні загального поняття складу злочину, а в реальній дійсності так звані факультативні ознаки складу злочину можуть бути не менш важливими у розслідуванні кримінального правопорушення і обов'язково мають бути враховані законодавцем при формуванні конкретної норми Особливої частини КК.

Таким чином, на нашу думку, надаючи кримінально-правову характеристику злочину, слід застосувати широкий підхід, розглядаючи в рамках обов'язкових ознак складу злочину також його факультативні ознаки. Зокрема, в рамках об'єкта злочину розглядати його предмет, у рамках об'єктивної сторони злочину – спосіб його вчинення, в рамках суб'єкта злочину – особу злочинця, а в рамках суб'єктивної сторони – мотив та мету.

Умовно всі ці ознаки можна поділити на *об'єктивні* (об'єкт злочину, предмет злочину, об'єктивна сторона злочину, в тому числі способи вчинення злочину) та *суб'єктивні* (формальні вимоги до суб'єкта злочину, особа злочинця, суб'єктивна сторона злочину, мотив та мета злочину).

Першим елементом складу злочину, а отже і першим складником кримінально-правової характеристики, є його *об'єкт,* який вказує на ті суспільні відносини, що поставлені під охорону кримінального законодавства про кримінальну відповідальність.

Минаючи теоретичні положення про загальний та родовий об'єкт, зазначимо таке. Оскільки злочини у сфері господарської діяльності є неоднорідними, в цій групі злочинів доречним є виділення *видового об'єкта*. Таким об'єктом для злочину, передбаченого ст. 212 КК (разом зі злочинами, зазначеними в ст. ст. 204, 212, 212[1], 216 КК), є *система оподаткування* [4, с. 221].

Своєю чергою, *безпосереднім об'єктом* ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), як випливає з аналізу диспозиції статті 212 КК, є суспільні відносини, які складаються у сфері наповнення бюджетів та державних цільових фондів за рахунок оподаткування, тобто ті суспільні відносини, які виникають між державою і суб'єктами оподаткування на підставі податкових норм, що регулюють установлення, зміну та скасування внесків до бюджетів і державних цільових фондів.

Наступним елементом кримінально-правової характеристики ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є *предмет* цього злочину. Він є невід'ємною частиною складу розглядуваного злочину, адже для настання кримінальної відповідальності, як було зазначено в Постанові Пленуму Верховного Суду України від 08.10.2004 № 15 «Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів», особа має вчинити ухилення не від будь-яких платежів (комунальних, кредитних тощо), а саме від податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять до системи оподаткування, введених у встановленому законом порядку [5]. Далі, у пункті 2 вищезгаданої Постанови звертається увага на те, що відповідальність за

ст. 212 КК може наставати лише за сукупності обов'язкових умов, коли: 1) несплачені податки, збори (обов'язкові платежі) входять у систему оподаткування і введені в установленому законом порядку; 2) об'єкт оподаткування передбачений відповідним законом; 3) платник податку, збору (обов'язкового платежу) визначений як такий відповідним законом; 4) механізм справляння податків і зборів (обов'язкових платежів), їх ставки та пільги щодо оподаткування визначені законами про оподаткування [5].

Визначення податку та збору, перелік податків та зборів, платники, ставки та об'єкт оподаткування, а також механізм справляння податків і зборів міститься в Податковому кодексі України як єдиному кодифікованому законодавчому акті.

Такий підхід є свого роду дорожньою картою для правозастосування, адже суди лише у виняткових випадках можуть відходити від правових висновків Верховного Суду України, а дії інших учасників кримінального провадження спрямовані на доведення певних обставин саме перед судом. Також необхідно зазначити, що податки, збори (обов'язкові платежі) сплачуються виключно в грошовій формі, у зв'язку із чим предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є грошові кошти.

Відходячи від правозастосування і переміщуючись у наукову площину, вважаємо необхідним звернути увагу на позицію Я. М. Кураш стосовно предмета злочину, передбаченого ст. 212 КК. Вона зазначає, що у складі ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) має місце такий збіг: податки, збори, інші обов'язкові платежі є предметом суспільних відносин у сфері податкового регулювання і водночас виступають як предмет злочину, передбаченого ст. 212 КК [6, с. 8]. Таке судження вбачається обґрунтованим, і воно наочно показує сутність злочинів у сфері господарської діяльності, адже в таких злочинах дуже часто інструменти регулювання і здійснення господарської діяльності використовуються в злочинних цілях.

Отже, на підставі викладеного можна стверджувати, що предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є грошові кошти, що підлягають сплаті до бюджетів або державних цільових фондів у виді податків, зборів (обов'язкових платежів). Зазначені платежі мають входити до системи оподаткування і бути введеними в установленому законом порядку, при чому об'єкт оподаткування, суб'єктивний обов'язок платника зі сплати податку та механізм справляння мають бути чітко регламентовані податковим законодавством.

Одним із найважливіших складників кримінально-правової характеристики будь-якого злочину, в тому числі й ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), виступає об'єктивна сторона, яку утворюють зовнішні ознаки злочину, встановлені законом про кримінальну відповідальність.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 212 КК, характеризується наявністю трьох обов'язкових ознак: 1) діянням, яке полягає в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів); 2) наслідками у виді фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах; 3) причинним зв'язком між зазначеним діянням і наслідками.

Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) у найбільш загальному вигляді може бути визначено як сукупність дій осіб (фізичних чи юридичних), які є чи не є суб'єктами підприємницької діяльності, спрямованих на навмисну несплату податків, зборів (обов'язкових платежів) шляхом порушення норм чинного податкового законодавства [7, с.16].

Якщо суспільно небезпечні наслідки у вигляді ненадходження до бюджетів або державних цільових фондів коштів настали не через протиправне діяння платника податків, а, наприклад, з вини працівників банківських установ або інших осіб, які не здійснили належне перерахування грошових коштів, склад злочину, передбаченого ст. 212 КК, відсутній.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 212 КК, є причинний зв'язок між діями платника податків, спрямованими на ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), і фактичним ненадходженням до бюджетів або державних цільових фондів коштів у відповідних розмірах.

Моментом закінчення злочину, передбаченого ст. 212 КК, є настання суспільно небезпечних наслідків, а саме – фактичне ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів, які мали бути сплачені у строки та в розмірах, передбачених податковим законодавством, тобто з наступного дня після закінчення строку, до якого мав бути сплачений податок, збір (обов'язковий платіж), що підлягає сплаті. Якщо закон пов'язує строк сплати з виконанням певної дії, то злочин вважається закінченим з моменту фактичного ухилення від сплати.

Як уже зазначалося, до кримінально-правової характеристики слід включати не лише ті ознаки, які є обов'язковими для складу злочину, а й деякі інші, насамперед спосіб, і, хоча

питання про включення способу вчинення злочину до складу кримінально-правової характеристики є дискусійним, на нашу думку, воно є доречним, оскільки знання про типові способи вчинення злочинів певної категорії не лише сприяє їх успішному розслідуванню, а й дозволяє якомога повніше розкрити зміст інших ознак складу злочину, насамперед діяння. Це зумовлено тим, що спосіб відбиває своєрідність вчинення діяння.

В юридичній літературі існують різні підходи до визначення критеріїв класифікації способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). Зокрема, М. Л. Купчанко вважає, що найбільш обґрунтованим є розподіл злочинних способів за видом податку, від сплати якого здійснюється ухилення, а саме: *способи ухилення від усіх видів податків* (несвоєчасне подання податкових декларацій та розрахунків за ними; навмисне відображення операцій пізніше звітного періоду; декларування одного виду діяльності з паралельним зайняттям іншим; подання до податкової адміністрації відомостей про тимчасове припинення або неведення господарської діяльності та ін.); спеціальні способи ухилення від окремих видів податків: ПДВ – завищення витрат на собівартість реалізації товарів, робіт, послуг; невключення до обсягу оподаткованого прибутку коштів, одержаних від проведення позареалізаційних операцій (кредит); фальсифікація даних (документів) про виконання науково-дослідних робіт, дослідно-конструкторських робіт, проектно-дослідних робіт; акцизний збір – продаж горілчаних та тютюнових виробів без марок акцизного збору та ін. [8, с. 149].

Свою класифікацію способів ухилення від сплати податків пропонує В. О. Останін, поділяючи їх на дві групи. Першу групу, вважає науковець, утворюють ухилення від сплати обов'язкових внесків до бюджетів та державних цільових фондів, що використовуються при вчиненні злочинів у сфері діяльності, що не заборонена законом. У межах цієї групи дослідник виокремлює такі види способів, як фактична несплата податкових внесків до бюджетів та державних цільових фондів; несплата податкових внесків шляхом обману; ухилення від сплати податкових платежів шляхом злочинного впливу на представників державних установ.

Другу групу, на думку автора, становлять ухилення від оподаткування у сфері протизаконної, нелегальної діяльності. Вона характеризується тим, що винні особи займаються протизаконною діяльністю і отримують від неї неконтрольований прибуток, утворюють інші об'єкти оподаткування, але податкових внесків із них не справляють. Така заборонена діяльність утворює самостійний склад злочину [9, с. 13].

Також щодо класифікації способів вчинення ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) слід вказати, що розглядуваний злочин може бути вчинений як у спосіб бездіяльності – і в такому разі особа буде нести відповідальність тільки за ст. 212 КК, – так і у спосіб підробки документів, тобто за допомогою вчинення особисто або іншими особами злочину, передбаченого ст. 358 або ст. 366 КК. При цьому вважаємо, що вказані дії не охоплюються складом злочину, передбаченого ст. 212 КК (оскільки його можна вчинити, наприклад, не подаючи податкову декларацію), у зв'язку із чим у діях особи, яка ухиляється від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) шляхом підробки документів, буде наявна ідеальна сукупність зазначених злочинів.

Аналізуючи способи ухилення від сплати податків, які трапляються у судовій практиці, можна констатувати, що безпідставне включення до податкового кредиту має місце у 50 % випадках; завищення витрат – у 34 % випадків; заниження податкового зобов'язання – у 30,5 %; укладення фіктивних угод (операцій) – у 29 %; відсутність первинних документів, що підтверджують придбання товарів/послуг – у 14,5 %; невключення прибутку до сум доходів – у 13,5 %; внесення недостовірних відомостей до податкових документів– у 13,5 %; неперарахування податків до бюджету – у 6,5 % випадків[1].

При цьому термін, протягом якого не сплачувались податки, як показують результати нашого дослідження матеріалів судової практики, становить: одноразова несплата – 21 %, до 3 міс. – 17,5 %, до 6 міс. – 12,5 %, до 1 року – 20,5 %, від 1 до 2 років – 15,5 %, понад 2 роки – 13 %.

Таким чином, проаналізувавши об'єктивні ознаки кримінально-правової характеристики, можна стверджувати, що ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є досить динамічним злочином. Способи вчинення цього злочину є різноманітними, і натепер, незважаючи на велику кількість запропонованих науковцями класифікацій, жодна із них не може повною мірою охопити всі ті способи, за допомогою яких злочинці здійснюють ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). У зв'язку із цим законодавець у формулюванні диспозиції

[1] Загальна кількість наведених випадків значно перевищує 100%, що пояснюється застосуванням у певних випадках вчинення злочину, двох і більше способів усунення від сплати податків.

ст. 212 КК України вирішив уникнути перерахування способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), надаючи таким чином органам досудового розслідування можливість відповідати тим викликам, які злочинці ставлять перед державою, виявляти нові способи ухилення та попереджати або реагувати на злочинні посягання.

Розпочнемо аналіз суб'єктивних ознак кримінально-правової характеристики ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) із суб'єкта, який є обов'язковим елементом складу кожного кримінального правопорушення. Чітке визначення тих вимог, яким має відповідати особа, щоб стати суб'єктом кожного конкретного злочину, є вкрай важливим для правозастосування та дотримання принципу правової визначеності.

Суб'єкт злочину, передбаченого ст. 212 КК, є спеціальним, адже поряд із загальними ознаками він має ще спеціальну ознаку, а саме обов'язок зі сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), за порушення якого особа і може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ст. 212 КК.

У наукових колах неодноразово обговорювалася сутність податкового обов'язку платника податків. Так, на думку П. М. Дуравкіна, податковий обов'язок визначається як сукупність закріплених у нормах податкового законодавства обов'язків, які становлять забезпечену силою державного примусу міру належної поведінки (активної позитивної або пасивної позитивної) зобов'язаного суб'єкта податкових правовідносин [10, с. 7].

Н. Ю. Онищук розглядав податковий обов'язок у декількох аспектах: а) у вузькому (обов'язок зі сплати податків) і широкому розумінні (сукупність обов'язків із ведення податкового обліку, сплати податків і зборів та податкової звітності); б) з позиції змісту та сутності; в) розмежовуючи об'єктивний та суб'єктивний податковий обов'язок; г) як податковий обов'язок зобов'язаної особи та владного суб'єкта; д) з позиції статики та динаміки [11, с. 7].

Відповідно до ст. 15 Податкового кодексу України, податки зобов'язані сплачувати фізичні особи (резиденти і нерезиденти України), юридичні особи (резиденти і нерезиденти України) та їх відокремлені підрозділи, які мають, одержують (передають) об'єкти оподаткування або провадять діяльність (операції), що є об'єктом оподаткування згідно з Податковим кодексом України або податковими законами, і на яких покладено обов'язок зі сплати податків та зборів згідно з цим Кодексом.

Завершуючи розгляд ознак суб'єкта умисного ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), вважаємо за потрібне зупинитися і на аналізі *особи злочинця*, яка, як уже наголошувалося, має входити до кримінально-правової характеристики. Одним із вагомих аргументів на користь такої позиції слугують вимоги Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), адже встановлення даних, які характеризують особу обвинуваченого, є одним з елементів предмета доказування (ст. 91 КПК України). До того ж особа злочинця зумовлює вибір ним конкретних способів, засобів, умов, обстановки вчинення злочину, свідчить про причини обрання ним злочинного діяння тощо. А це, у свою чергу, має велике значення для індивідуалізації кримінальної відповідальності та обґрунтування можливих пропозицій щодо її подальшої диференціації.

Як слушно зазначає А. М. Кустов, важливою є вказівка на обов'язкову сукупність знань у винного, виходячи зі сфери його діяльності, включаючи злочинну сферу [12, с. 17].

Найбільш загальними ознаками, які характеризують особу, що вчиняє ухилення від сплати податків, є: 1) високий рівень освіти, соціального статусу, матеріального достатку; 2) наявність розгалужених зв'язків у різних сферах суспільного життя та підприємницької діяльності (органи влади та управління тощо) та злочинному світі; 3) стійка життєва позиція щодо отримання доходу з використанням протизаконних методів; 4) розподіл рольових функцій; 5) чіткі знання особливостей підприємницької діяльності, які можуть бути використані у механізмі вчинення злочинних діянь (технологічні процеси, списання сировини, заниження обсягів виготовлення продукції); 6) знання особливостей діяльності слідчих та оперативних підрозділів [13, с. 70; 14, с. 752].

У результаті узагальнення судової практики було встановлено, що здебільшого ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) вчиняється службовими особами підприємств, установ, організацій, а саме: директором (його заступником) – у 61,4 % випадків; головним бухгалтером (заступником) – у 22,2 % випадків; головою правління – у 2,9 % випадків; начальником відділу (управління) – в 1 % випадків.

При цьому в 57,5 % випадків суб'єкт злочину, передбаченого ст. 212 КК, має повну вищу освіту, в 3,4 % випадків – професійно-технічну (середньо-спеціалізовану), в 0,9 % випадків – базову вищу освіту, при цьому в 34,8 % не вдалося встановити відомості щодо освіти винної особи, проте виходячи з наявної інформації можна дійти висновку,

що злочин, передбачений ст. 212 КК України, належить до високоінтелектуальних.

Отже, суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є фізична осудна особа, яка досягла 16 років та має обов'язок зі сплати податків, зборів, обов'язкових платежів. Щодо особи такого суб'єкта, то вона характеризується наявністю спеціальної освіти і високим рівнем інтелектуальних здібностей, вік таких осіб зазвичай перевищує 30 років, а стать переважно чоловіча. Родом занять осіб, які вчинюють ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), є переважно підприємницька діяльність, і в суспільстві такі особи займають досить високе положення.

Важливим складником кримінально-правової характеристики, яка до того ж являє собою обов'язкову ознаку будь-якого злочину, є *суб'єктивна сторона злочину*.

Оскільки у ст. 212 КК передбачено кримінальну відповідальність не за сам факт несплати в установлений строк податків, зборів (обов'язкових платежів), а за умисне ухилення від їх сплати, суб'єктивна сторона цього складу злочину характеризується виною у виді прямого умислу, за якого винна особа усвідомлює суспільну небезпечність ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), передбачає його наслідки у виді ненадходження коштів до бюджетів або державних цільових фондів і передбачає неминучість їх настання.

Про наявність умислу на ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) можуть свідчити, наприклад, неоприбуткування готівкових коштів, одержаних за виконання робіт чи надання послуг; ведення подвійного (офіційного та неофіційного) обліку; використання банківських рахунків, про які не повідомлено органи ДФС; завищення фактичних затрат, що включаються до собівартості реалізованої продукції, тощо [5].

Ухилення від сплати податків є цілеспрямованими діями платників податків, які дають змогу їм зменшити чи повністю виключити сплату до бюджету чи державних цільових фондів податкових зобов'язань. Головними ознаками ухилень від сплати податків є умисел у діях платників податків та спрямованість на незаконне зниження податкових зобов'язань. У зв'язку із цим ненавмисні дії (бухгалтерська помилка, помилка у підрахунку результатів фінансово-господарської діяльності тощо) не може розглядатися як ухилення від сплати податків.

Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) характеризується з інтелектуального боку усвідомленням винною особою суспільно небезпечного характеру свого діяння і передбаченням неминучості настання суспільно небезпечних наслідків як його результату. Особа усвідомлює, що суспільно небезпечні наслідки її дій настануть неминуче, адже необґрунтовану податкову вигоду особа зможе отримати виключно в тому разі, якщо кошти від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) не надійдуть до відповідних бюджетів або державних цільових фондів. Отже умисел у разі умисного ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є прямим, оскільки, якщо умисел непрямий, інтелектуальний момент характеризується тим, що особа передбачає суспільно небезпечні наслідки своїх дій лише як можливі (ймовірні) [15, с. 54].

Стосовно злочину, передбаченого ст. 212 КК, вольовий момент умислу полягає в тому, що особа бажає настання суспільно небезпечних наслідків у вигляді ненадходженні коштів до відповідних бюджетів, адже такі кошти можуть перейти у розпорядження злочинця лише у разі, якщо не надійдуть до бюджетів або державних цільових фондів. При цьому платник податків, зазвичай здійснюючи законну господарську діяльність, одночасно з цим створює умови для незаконної мінімізації податкових зобов'язань.

Здебільшого, вчиняючи кримінальне правопорушення, передбачене ст. 212 КК, особа керується корисливим *мотивом*. Суспільно небезпечні наслідки цього злочину мають грошово-матеріальний характер, а факт того, що держава недоодержує певну суму коштів, кореспондує тому факту, що ці кошти залишаються або безпосередньо в особи, яка вчиняє таке ухилення, або в особи, в інтересах якої вчинені такі дії.

Отже, можна стверджувати, що здебільшого в осіб, що вчиняють кримінальне правопорушення, передбачене ст. 212 КК, наявний корисливий мотив, який, хоча і не впливає на кваліфікацію дій особи, проте відіграє важливу роль у формуванні злочинного умислу особи.

Здійснений вище аналіз дозволяє дійти таких **висновків:**

1. Надаючи кримінально-правову характеристику будь-якого вчиненого злочину, слід розглядати не тільки ознаки складу злочину, що є обов'язковими, але й факультативні ознаки, що мали місце при вчиненні певного суспільно небезпечного діяння. Зокрема, в рамках об'єкта злочину розглядати його предмет,у рамках об'єктивної сторони злочину – спосіб його вчинення, в рамках суб'єкта злочину – особу злочинця, а в рамках суб'єктивної сторони – мотив та мету.

2. Безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є суспільні відносини, які складаються в сфері наповнення бюджетів та державних цільових фондів за рахунок оподаткування, тобто ті суспільні відносини, які виникають між державою і суб'єктами оподаткування на підставі податкових норм, що регулюють установлення, зміну та відміну внесків до бюджетів і державних цільових фондів.

3. Предметом злочину, передбаченого ст. 212 КК України, є грошові кошти, що підлягають сплаті до бюджетів або державних цільових фондів у виді податків, зборів (обов'язкових платежів). Зазначені платежі мають входити до системи оподаткування і бути введеними в установленому законом порядку, при чому об'єкт оподаткування, суб'єктивний обов'язок платника зі сплати податку та механізм справляння мають бути чітко регламентовані податковим законодавством.

4. Ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) є досить динамічним злочином. Навіть об'єкт злочинного посягання не є сталим і змінюється залежно від того, яким чином держава будує свою політику в податковій сфері. Способи ж вчинення цього злочину є різноманітними, і натепер, незважаючи на велику кількість запропонованих науковцями класифікацій, жодна із них не може повною мірою охопити всі ті способи, за допомогою яких злочинці здійснюють ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів). У зв'язку із цим законодавець у формулюванні диспозиції ст. 212 КК вирішив уникнути перерахування способів ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), надаючи, таким чином, органам досудового розслідування можливість відповідати тим викликам, які злочинці ставлять перед державою, виявляти нові способи ухилення та попереджати злочинні посягання.

5. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 212 КК, є фізична осудна особа, яка досягла 16 років та має обов'язок зі сплати податків, зборів, обов'язкових платежів. Щодо особи такого суб'єкта, то вона характеризується наявністю спеціальної освіти і високим рівнем інтелектуальних здібностей, вік таких осіб зазвичай перевищує 30 років, а стать переважно чоловіча.

6. Із суб'єктивної сторони злочин, передбачений ст. 212 КК, характеризується виною у формі прямого умислу та корисливим мотивом.

Список використаних джерел:

1. Вознюк А. А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів / А. А. Вознюк // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 154-160.

2. Борисов В. До питання про сутність кримінально-правової характеристики злочинів / В. Борисов О. Пащенко // Вісник академії правових наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 180-190.

3. Борисов В. І. Вибрані твори / уклад. : В. В. Базелюк, С. В. Гізімчук, Л. М. Демидова [та ін.] ; відп. за вип. М. В. Шепітько. – Харків : Право, 2018. – 784 с.

4. Кримінальне право України. Особлива частина : підручник / за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – 3-тє вид., переробл. та допов. – Київ : Атіка, 2009. – 722 с.

5. Про деякі питання застосування законодавства про відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : Постанова Пленуму Верховного суду України від 08.10.2004 № 15. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0015700-04 (дата звернення : 18.03.2018).

6. Кураш Я. М. Ухилення від сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів : курс лекцій / Я. М. Кураш. – Харків : Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого, 1999. – 43 с.

7. Задорожний О. С. Криміналістична характеристика ухилень від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів та основні положення їх розслідування : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність» / О. С. Задорожний ; Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2005. – 220 с.

8. Купчанко М. Л. До питання про класифікацію способів ухилення від сплати податків / М. Л. Купчанко // Використання досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю : матеріали наук.-практ. конф. (Харків, 19 листопада 1997 р.) / відп. ред. : В. С. Зеленецький, Л. В. Дорош. – Харків : Право, 1998. – С. 149-151.

9. Останін В. О. Кваліфікація ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / В. О. Останін ; Нац. акад. внутр. справ. – Київ, 2004. – 20 с.

10. Дуравкін П. М. Забезпечення виконання податкового обов'язку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / П. М. Дуравкін ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – 20 с.

11. Онищук Н. Ю. Правове регулювання виконання податкового обов'язку : автореф. дис. ...

канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Н. Ю. Онищук ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – 20 с.

12. Кустов А. М. Механизм преступления и противодействие его расследованию : учеб. пособие / А. М. Кустов. – Ставрополь : Изд-во Ставроп. ун-та, 1997. – 132 с.

13. Лисенко В. В. Ухилення від сплати податків: виявлення і розслідування : монографія / В. В. Лисенко, О. С. Задорожній, О. П. Дзісяк. – Київ : Істина, 2008. – 216 с.

14. Кримиалистика : учебник / Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская. – 3-е изд., перераб. и доп. – Москва : Норма, 2008. – 944 с.

15. Тютюгін В. І. Кримінальне право України. Загальна частина : посіб. для підготовки до іспитів / В. І. Тютюгін, О. Д. Комаров, М. А. Рубащенко. – 2-ге вид., переробл. та доп. – Харків : Право, 2016. – 202 с.

Статья посвящена исследованию уголовно-правовой характеристики общественно опасного деяния, которое заключается в умышленном уклонении от уплаты налогов, сборов (обязательных платежей), предусмотренного ст. 212 Уголовного кодекса Украины, определению ее основных составляющих и раскрытию их содержания.

Ключевые слова: уголовно-правовая характеристика, уклонение от уплаты налогов, сборов (обязательных платежей).

The article is devoted to research the of the criminal-legal characteristics of a socially dangerous act, which consists in evasion of taxes and duties and provided for in Art. 212 of the Criminal Code of Ukraine, definition of its main components and disclosure of their content.

Key words: criminal-legal characteristic, evasion of taxes and duties.

УДК 343.2:343.3

Олена Попович,
канд. юрид. наук, доцент кафедри кримінальної юстиції
Чернівецького юридичного інституту
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ ТА ДОТРИМАННЯ (НА ПРИКЛАДІ СТ. 110-2 КК УКРАЇНИ)

Стаття присвячена з'ясуванню особливостей дотримання принципів криміналізації під час встановлення кримінальної відповідальності за фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України. Обґрунтовано, що в процесі криміналізації такого суспільно небезпечного діяння, про що свідчать і конструктивні особливості складу злочину, передбаченого ст. 110-2 КК України, були недотримані такі принципи: ненадмірності заборони, процесуальної можливості здійснення переслідування, повноти складу злочину, домірності санкції та економії кримінально-правової репресії.

Ключові слова: криміналізація, принципи криміналізації, фінансування дій, насильницька зміна, повалення, захоплення, конституційний лад, державна влада, державний кордон, територія.

Постановка проблеми. Одним із основних методів реалізації кримінально-правової політики держави є криміналізація суспільно небезпечних діянь, адже за допомогою останнього можна визначити обсяг злочинного діяння, а також вид та розмір покарання, який необхідно застосовувати за його вчинення.

У кримінально-правовій доктрині відсутнє єдине розуміння поняття «криміналізація». Аналіз юридичної літератури із зазначеної проблеми дозволяє виокремити такі підходи до його визначення: 1) криміналізація як легальне визнання діяння злочином (Г. Злобін, С. Келіна, Б. Терент'єв, В. Владимиров, Ю. Ляпунов, А. Яковлєв); 2) криміналізація як визнання певних діянь злочинами чи оголошення їх такими (В. Клочков, М. Загородніков); 3) криміналізація як закріплення (фіксація) злочинних діянь у кримінальному законі, а також певні обмеження в застосуванні інститутів звільнення від покарання або виявлення форм індивідуальної поведінки (Р. Галіакбаров, А. Коробєєв).

На нашу думку, криміналізація є системоутворюючою категорією, а тому охоплює собою як процес, так і результат виявлення суспільно небезпечних форм людської поведінки та закріплення їх у кримінальному законі як злочинів.

Законодавчий процес криміналізації діянь передбачає їх ретельну оцінку та здійснення постійного моніторингу суспільних відносин, які потребують захисту кримінально-правовими засобами. Об'єктивні потреби суспільства зумовлюють необхідність встановлення кримінально-правової заборони, при цьому у такій законодавчій формі, яка б відповідала змісту забороненого діяння. Порушення зазначеної відповідності може мати місце на будь-якій стадії процесу криміналізації та призвести або до прогалин у криміналізації або до її надмірності. Будь-який із зазначених наслідків спотворює процес криміналізації та суперечить основним принципам кримінально-правової політики.

За наявності прогалин у криміналізації врегульованим правом суспільним відносинам через відсутність відповідної кримінально-правової заборони заподіюється реальна шкода, що підриває авторитет кримінального закону, свідчить про його недієвість. Надмірність у криміналізації призводить до протилежного негативного наслідку, а саме до перенасиченості кримінального закону заборонами, які не відповідають суспільному розвитку.

Загальновизнаним у доктрині кримінального права є й те, що процес визнання діяння злочином є обґрунтованим лише у разі здійснення оцінки діяння на предмет її відповідності принципам криміналізації.

З огляду на те, що Законом України 1533-VII від 19 червня 2014 року «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за фінансування сепаратизму» [1] Кримінальний кодекс України (далі – КК України) [2] був доповнений ст. 110-2 «Фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи

© О. Попович, 2018

повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України» (далі – Фінансування дій), виникає необхідність проаналізувати зазначене діяння на предмет дотримання основних принципів криміналізації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. До числа науковців, які займалися дослідженням проблем кримінально-правової протидії Фінансуванню дій, належать В. О. Гацелюк, Н. М. Парасюк, В. П. Попович, С. Ю. Плецький, Н. В. Невідома, О. В. Шульженко. Разом із тим натепер можемо констатувати відсутність достатньої кількості досліджень більшості питань кримінальної відповідальності за Фінансування дій. Зазначене стосується і з'ясування особливостей дотримання принципів криміналізації при встановленні кримінальної відповідальності за Фінансування дій.

Метою статті є визначення поняття та змісту принципів криміналізації, а також з'ясування особливостей їх дотримання при встановленні кримінальної відповідальності за фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України (ст. 110-2 КК України).

Виклад основного матеріалу. Принципи криміналізації в кримінально-правовій науці визначаються як найбільш абстрактний і загальний рівень забезпечення і обґрунтування кримінальної нормотворчості, ті відправні позиції, урахування яких необхідне у разі будь-якої зміни системи чинного законодавства [3, с. 191]; науково обґрунтовані та свідомо застосовувані загальні правила та критерії оцінки допустимості й доцільності кримінально-правової новели [3, с. 207-208].

Розрізняють дві групи принципів криміналізації: 1) соціальні (соціально-психологічні) принципи криміналізації, тобто принципи, що забезпечують соціальну адекватність криміналізації, її допустимість з точки зору основних характеристик соціальних систем і процесів суспільного розвитку, відповідності кримінально-правової норми рівню, характеру суспільної свідомості та стану суспільної думки; 2) системно-правові принципи криміналізації, тобто принципи, що зумовлені вимогою внутрішньої логічної несуперечливості системи норм кримінального права. Системно-правові принципи поділяються на загальноправові та кримінально-правові системні принципи [3, с. 210-242; 4, с. 20-21].

Соціальні (соціально-психологічні) принципи криміналізації.

Найважливішим соціальним принципом криміналізації діяння є його суспільна небезпечність, оскільки остання є історично мінливою, незалежною від волі законодавця, об'єктивною характеристикою діяння.

У науковій літературі панує позиція, що суспільна небезпечність властива злочину в цілому і визначається всіма його елементами: об'єктом, об'єктивною стороною (характером та розміром заподіяної шкоди, способом вчинення злочину, знаряддями і засобами вчинення злочину, часом, місцем, обстановкою вчинення), суб'єктом та суб'єктивною стороною (формою та ступенем вини, мотивом злочинної діяльності та метою, досягнення якої прагнув винний).

Суспільна небезпека Фінансування дій очевидна та виявляється в тому, що особи, які вчиняють такі діяння, посягають на такі важливі складники держави, як конституційний лад, державна влада та територіальна цілість. Суспільна небезпека зазначеного діяння, яка вимагає його криміналізації, пов'язана з виникненням нового виду суспільно небезпечної діяльності людей – фінансуванням сепаратизму, що має на меті насильницьку зміну меж території або державного кордону України та є головною рушійною силою в розпалюванні конфліктів усередині держави.

Суть принципу відносної поширеності діяння полягає в тому, що кримінальне право регулює форму реакції суспільства і держави на такі суспільно небезпечні вчинки індивідів, які, принаймні, є реально можливими, тобто являють собою прояви деяких загальних тенденцій і закономірностей [3, с. 218]. Зростання рівня загроз вчинення даного злочину зумовлене наявністю збройного конфлікту на території України та проведенням антитерористичної операції на території Луганської та Донецької областей. Так, протягом 9 місяців 2017 року Державною службою фінансового моніторингу України як підрозділом фінансової розвідки України направлено до правоохоронних органів 46 матеріалів (з них 27 узагальнених матеріалів та 19 додаткових узагальнених матеріалів) стосовно фінансових операцій осіб, які за інформацією правоохоронних органів можуть бути пов'язані з фінансуванням тероризму (сепаратизму) та/або проведених за участю осіб, які публічно закликають до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або зміни меж території або державного кордону України. У вказаних матеріалах сума фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з легалізацією коштів та зі скоєнням іншого злочину, визначеного

КК України, становить 766,85 млн. гривень. За весь період проведення розслідувань (березень 2014 – вересень 2017 років) Державною службою фінансового моніторингу України стосовно фінансових операцій, які можуть бути пов'язані з фінансуванням тероризму (сепаратизму), підготовлено та направлено до правоохоронних органів України 198 матеріалів (141 узагальнений матеріал та 57 додаткових узагальнених матеріалів) [5]. Зазначені статистичні показники свідчать про зростання зазначеного виду злочинів у загальній структурі злочинності.

Принцип домірності позитивних і негативних наслідків криміналізації.

Події в Україні 2013-2014 рр. не могли не зумовити коригування кримінально-правових норм. Активізація сепаратистської діяльності спричинила необхідність боротьби з нею, особливо що стосується виявлення фінансових потоків, які спрямовані на підтримку такої діяльності.

Криміналізація будь-якого суспільно небезпечного діяння супроводжується негативними соціальними наслідками, а тому повинна являти собою крайній захід, найсуворіший спосіб охорони тих чи інших відносин, які існують у суспільстві. У зв'язку із цим криміналізація діяння є виправданою лише у разі її соціальної необхідності та якщо позитивний соціальний ефект застосування кримінально-правової норми є більш значним, аніж негативні соціальні наслідки криміналізації. До останніх належать: криміналізація індивідуальної свідомості засуджених, зниження здобутого до засудження рівня професійної кваліфікації, деформація міжособистісних зв'язків, порушення функціонування економіки та інших сфер громадського життя через виключення значного числа громадян із різних сфер життєдіяльності тощо.

На нашу думку, криміналізація Фінансування дій являє собою законодавчу спробу припинити потік фінансової та матеріальної допомоги, яка надається сепаратизму, а тому позитивний соціальний ефект такої криміналізації зумовлений цінністю тих відносин, які поставлені під охорону нормою ст. 110-2 КК України. Значущість захисту конституційних основ державної влади, конституційних основ державного формування та існування основних засад конституційного ладу України, забезпечення територіальної цілісності і недоторканості території України в межах існуючих кордонів важко переоцінити в умовах становлення України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної і правової держави, а отже, можемо констатувати відповідність криміналізації зазначеного діяння принципу домірності позитивних і негативних наслідків криміналізації.

Принцип кримінально-політичної адекватності криміналізації означає відповідність кримінально-правової норми основним тенденціям розвитку суспільства, політики держави, рівню та характеру суспільної свідомості й стану суспільної думки.

Відповідність криміналізації Фінансування дій принципу кримінально-політичної адекватності випливає з положень ст. 1 Конституції України [6]. Існування на території держави сепаратистських організацій, які прагнуть поширити свій вплив на всі сфери громадського життя, створює реальну загрозу для територіальної цілісності України, а їхня діяльність виступає головною рушійною силою у розпалюванні конфліктів усередині держави. У зв'язку із цим встановлення кримінальної відповідальності за Фінансування дій зумовлене необхідністю протидії сепаратистській діяльності, інтенсивність якої з 2014 року значно зросла.

Загальноправові системні принципи криміналізації.

Принцип конституційності адекватності полягає в тому, що законодавчі новели, в тому числі і кримінально-правові, повинні ґрунтуватися на положеннях, що містяться в Конституції України. Так, ст. 2 Конституції України визначає, що суверенітет України поширюється на всю її територію. Україна є унітарною державою. Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною [6]. Стаття 5 Конституції України визначає, що носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові і не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами. Ніхто не може узурпувати державну владу [6].

Із вищезазначеного випливає, що основи реалізації державної влади, основи державного формування та існування конституційного ладу України, територіальна цілісність України закріплені в Основному законі нашої держави, а закріплені у КК України норми, які передбачають відповідальність за посягання на зазначені об'єкти, є конституційно необхідними. Кримінально-правова заборона Фінансування дій не суперечить положенням Конституції України, а навпаки, спрямована на створення у вітчизняній правовій системі відповідних механізмів кримінально-правового регулювання, що

спрямовані на забезпечення конституційних принципів та норм.

Принцип міжнародно-правової необхідності та допустимості криміналізації. У міжнародному праві дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України з порушенням норм Конституції та законів держави, визнають як сепаратизм. Разом із тим міжнародно-правова практика так і не виробила єдиного підходу до розуміння категорії «сепаратизм», що зумовлює відсутність усталеного розуміння і поняття «фінансування сепаратизму». Невизначеність категорії «сепаратизм» на міжнародному рівні призводить до того, що зазначене діяння розглядається поряд із тероризмом або як різновид останнього. Виняток становить Шанхайська конвенція про боротьбу з тероризмом, сепаратизмом та екстремізмом [7], прийнята 15 червня 2001 року, у ст. 1 якої визначено, що сепаратизм – будь-яке діяння, спрямоване на порушення територіальної цілісності держави, у тому числі на відокремлення від неї її частини, або дезінтеграцію держави, вчинене насильницьким шляхом, а рівно планування і підготовка такого діяння, пособництво його вчиненню, підбурювання до нього, і що переслідується у кримінальному порядку відповідно до національного законодавства Сторін.

У зв'язку із цим можемо констатувати, що передбачення фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України, зумовлене не стільки необхідністю виконання зобов'язань за міжнародними договорами, скільки українськими реаліями.

Принцип процесуальної можливості здійснення переслідування зводиться до визначення можливості доказування органами кримінальної юстиції всіх ознак складу злочину, закріплених у ст. 110-2 КК України. Неодмінно в зазначеному контексті виникає питання про допустимі та достатні засоби розслідування зазначеного злочину. Наразі ж маємо констатувати, що із цим імперативом застосування кримінального закону існують чималі труднощі, що пов'язані з недосконалістю конструкції ст. 110-2 КК України, і як наслідок, мінімальну ефективність даної кримінально-правової норми.

Необхідність встановлення несуперечності криміналізації суспільно небезпечного діяння нормам інших галузей права та принципам побудови системи кримінального права становить зміст принципу системно-правової несуперечливості. Очевидно, що криміналізація Фінансування дій не суперечить нормам інших галузей права, тобто не вважає злочином те, що дозволене або не заборонене іншим нормативно-правовим актом. Фінансування дій суперечить принципам побудови демократичної правової держави, а отже, не може бути ні дозволене, ні не заборонене іншими чинними законодавчими актами. Таким чином, криміналізація ст. 110-2 КК України відповідає зазначеному принципу.

Кримінально-правові системні принципи криміналізації.

Принцип безпрогальності та ненадмірності заборони. Суть його проявляється в тому, що встановлена кримінальна відповідальність за те чи інше діяння повинна бути доцільною та необхідною. Проте криміналізація Фінансування дій містить у собі внутрішньогалузеву суперечність. Достатніх підстав для виділення Фінансування дій в окремий склад злочину не було, оскільки самостійним злочином визнається окремий різновид пособництва у вчинені злочинів, передбачених статтями 109 та 110 КК України. Такого роду пособництво є кримінально-караним відповідно до положень ч. 5 ст. 27 КК України і без внесення змін до Особливої частини КК України. За відсутності зазначеної норми Фінансування дій необхідно було б кваліфікувати за ч. 5 ст. 27 і відповідною статтею Особливої частини КК України (ст. ст. 109, 110). Таким чином, зазначена законодавча новела створює надмірність у системі чинного кримінального законодавства, оскільки певною мірою дублює вже криміналізоване діяння, що зумовлює порушення зазначеного принципу криміналізації.

Принцип повноти складу означає, що криміналізоване діяння повинно бути конкретним і визначеним, тобто у кримінально-правовій нормі повинні вказуватися всі ознаки дії або бездіяльності, необхідні для конструювання складу злочину [3, с. 239; 8, с. 226]. Провівши порівняльний аналіз диспозиції ст. 110-2 зі статями 109 та 110 КК України, констатуємо, що останні передбачають, окрім самих дій щодо насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади та дій щодо зміни меж території України або державного кордону України, ще й публічні заклики до вчинення таких дій, а також розповсюдження матеріалів із закликами до вчинення зазначених дій. З огляду на зазначене вважаємо, що законодавець необґрунтовано у статті 110-2 КК України звузив коло діянь, які можуть утворювати даний склад злочину та фінансування яких може заподіяти шкоду

основам національної безпеки України, чим порушив даний принцип.

Принцип визначеності та єдності термінології полягає в тому, що криміналізація суспільно небезпечних діянь повинна здійснюватись за допомогою визначених у законі термінів, єдиних для Загальної та Особливої частин законодавства [3, с. 238]. Аналіз норм кримінального закону вказує ще на один випадок використання терміна «фінансування» в складі злочину «Фінансування тероризму» (ст. 258-5 КК України). Аналогічно до примітки 1 ст. 110-2 КК України у диспозиції ст. 258-5 КК України фінансування визначається як дії, вчиненні з метою фінансування або матеріального забезпечення.

Принцип домірності санкції та економії кримінально-правової репресії. Кримінально-правова санкція являє собою унікальний феномен, який фактично забезпечує як функціонування правової системи в цілому, так і виконання соціального призначення кримінального права. Конструювання кримінально-правових санкцій є одним із найважливіших теоретичних та прикладних питань кримінального права, а домірність санкції тяжкості кримінально-караного діяння є одним із аспектів справедливості кримінального права.

У зв'язку з тим, що в ст. 110-2 КК України встановлена кримінальна відповідальність за два самостійні склади злочину, які по відношенню до складів злочинів, що передбачені ст.ст. 109 та 110 КК України, є спеціальними, для визначення домірності санкції необхідно здійснити порівняльний аналіз санкції ч. 1 ст. 110-2 КК України із санкцією ч. 1 ст. 109 КК України, а санкції ч. 2 ст. 110-2 КК України – із санкцією ч. 1 ст. 110 КК України.

З огляду на санкції ч. 1 ст. 109 та ч. 1 ст. 110-2 КК України, можемо констатувати посилення покарання за Фінансування дій порівняно з основним складом злочину шляхом передбачення додаткового обов'язкового покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскації майна. Разом із тим доцільність такого посилення викликає сумніви, оскільки тяжкість зазначеного злочинного діяння та можливість його вчинення за відсутності корисливого мотиву виключає необхідність застосування конфіскації майна як виду покарання згідно з положеннями ст. 59 Загальної частини КК України.

Порівнюючи санкції ч. 1 ст. 110 і ч. 2 ст. 110-2 КК України, можемо також відзначити порушення принципу домірності санкцій, адже спеціальний склад злочину встановлює більший строк основного покарання – позбавлення волі на строк від п'яти до семи років. Крім того, санкція ч. 2 ст. 110-2 КК України передбачає додаткове обов'язкове покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю та конфіскації майна.

Принагідно зауважимо, що проблема застосування позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового обов'язкового покарання у санкціях ч. 1 та ч. 2 ст. 110-2 КК України вимагає проведення подальших досліджень. Найнадійнішим способом вибору оптимальних розмірів санкції нової норми є емпіричне дослідження. Зокрема, необхідним є використання такого емпіричного методу, як аналіз статистичних показників на основі кореляційно-факторного аналізу. Такий аналіз дасть відносне уявлення про розміри санкцій, тією чи іншою мірою прийнятних з погляду спеціального попередження й ресоціалізації засуджених за злочини. Проте ці розміри повинні підлягати коригуванню з урахуванням завдань загального попередження. Експеримент у такій ситуації є неможливим.

Висновки.

Проведене дослідження свідчить про те, що процес криміналізації фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України, характеризується недотриманням таких основних принципів криміналізації: ненадмірності заборони, процесуальної можливості здійснення переслідування, повноти складу злочину, домірності санкції та економії кримінально-правової репресії. З огляду на це, конструкція ст. 110-2 КК України потребує подальшого удосконалення, що є неодмінною умовою підвищення ефективності кримінально-правового регулювання суспільних відносин у сфері основ національної безпеки України.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за фінансування сепаратизму : Закон України 1533-VII від 19 червня 2014 року // Відомості Верховної Ради України. – 2014. – № 32. – Ст. 1125.

2. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III // Відомості Верховної Ради. – 2001. – № 25. – Ст. 131.

3. Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / [В. Н. Кудрявцев, П. С. Дагель, Г. А. Злобин и др.]; отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. – Москва, 1982. – 304 с.

4. Семикін М. В. Створення терористичної групи чи терористичної організації: кримінально-правове дослідження / за заг. ред. проф.

В.П. Ємельянова. – Харків: Національний університет внутрішніх справ, 2003. – 145 с.

5. Інформування Державної служби фінансового моніторингу України про результати роботи за 9 місяців 2017 року. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sdfm.gov.ua/news.php?news_id=3388&lang=uk (дата звернення: 31.03.2018).

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Верховна Рада України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

7. Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом : от 15 июня 2001 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1070 (дата звернення: 31.03.2018).

8. Біла І. Нормотворча техніка: поняття і загальна характеристика / І. Біла // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 1 (28). – С. 217–226.

Статья посвящена выяснению особенностей соблюдения принципов криминализации при установлении уголовной ответственности за финансирование действий, совершенных с целью насильственного изменения или свержения конституционного строя или захвата государственной власти, изменения границ территории или государственной границы Украины. Обосновано, что в процессе криминализации такого общественно опасного деяния, о чем свидетельствуют и конструктивные особенности состава преступления, предусмотренного ст. 110-2 УК Украины, не были соблюдены такие принципы: нечрезмерности запрета, процессуальной возможности осуществления преследования, полноты состава преступления, соразмерности санкции и экономии криминально-правовой репрессии.

Ключевые слова: криминализация, принципы криминализации, финансирование действий, насильственная смена, свержение, захват, конституционный строй, государственная власть, государственная граница, территория.

The article deals with clarifying the peculiarities of abidance to the principles of criminalization while determining the criminal responsibility for financing activities committed with the purpose of forceful change or overthrow of the constitutionalism or seizure of the state authority, changing the territorial limits or state borders of Ukraine. It has been proven that in the process of criminalization of such socially dangerous acts the following principles such as non-excessiveness of prohibition, procedural possibility to exercise persecution, exhaustiveness of corpus delicti, adequacy of a sanction and economy of the criminal repression have not abided to which is also confirmed by the construction of corpus delicti stipulated by the article 110-2 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: criminalization, principles of criminalization, financing activities, forceful change, overthrow, seizure, constitutionalism, state authority, state borders, territorial limits.

УДК 343.13

Олександр Андрушко,
канд. юрид. наук, доцент,
начальник кафедри кримінального права та процесу
Національної академії
Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

ПРИМУС У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ: ПИТАННЯ ДЕНОТАЦІЇ І КОНОТАЦІЇ

Метою статті є вивчення питань денотації та конотації примусу у кримінальному процесі та формулювання власної наукової позиції щодо розуміння заявленої проблеми. Зроблено висновки, що розуміння примусу у кримінальному процесі насамперед детерміноване різними методологічними підходами, що використовуються дослідниками, що й пояснює різноманітність конотативних значень цього концепту. Здійснено спробу виявити денотацію примусу у кримінальному процесі на теоретичному, законодавчому та практичному рівнях його розуміння.

Ключові слова: державно-правовий примус, примус у кримінальному процесі, кримінальний процесуальний примус, заходи кримінального процесуального примусу, заходи забезпечення кримінального провадження.

Постановка проблеми. Примус у кримінальному процесі – завжди головна тема в науці кримінального процесу, вона тісно пов'язана з низкою інших тем. Примус як реальне правове явище має вплив на доктринальні підходи до визначення форми кримінального процесу, способів його здійснення та забезпечення, практика реалізації примусових заходів свідчить про ступінь дотримання прав і свобод людини у державі. На теоретичному рівні тема примусу у кримінальному процесі досліджена досить широко, але серед науковців немає єдності щодо денотації цього концепту, і, як наслідок, йому часто приписуються різні смислові значення. Наведене й зумовлює актуальність виявлення закономірностей денотативного та конотативного значення концепту «примус» у кримінальному процесі.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Денотативний та конотативний аспекти концепту «примус» у кримінальному процесі у юридичній науці остаточно не виявлені. Теоретичну базу публікації склали праці Б. Б. Булатова, С. І. Вершиніної, І. В. Гловюк, О. М. Гуміна, З. З. Зінатулліна, З. Ф. Ковриги, В. М. Корнукова, Ф. М. Кудіна, Л. М. Лобойка, О. В. Маркіна, М. М. Петренка, В. В. Рожнової, С. М. Смокова, О. Г. Шило та ін.

Метою статті є вивчення питань денотації та конотації примусу в кримінальному процесі та формулювання власної наукової позиції щодо розуміння заявленої проблеми.

Виклад основного матеріалу дослідження. Денотація найчастіше визначається як основне значення слова або виразу в мові, протилежним значенням денотації є конотація, що містить додаткові смислові значення слова, які виникають у мовній практиці. Конотативне значення завжди вторинне, первинне ж значення – денотативне. Співвідношення конотації та денотації є одним із чинників виникнення конотативного значення. На відміну від денотації, конотація містить ставлення об'єкта до позначуваного. Денотація як предметно-логічний аспект значення визначає синтагматичну модель функціонування слова в мовленні. Конотація, відображаючи оцінку, почуття, настрій, визначає прагматичну спрямованість мовного знака. Денотація – об'єктивне значення, а конотація – суб'єктивне [4, с. 78].

Проблема державно-правового примусу є вихідною у дослідженні примусу в кримінальному процесі. У літературі такий примус іменують ще й правовим чи державно-правовим, але однозначно, що державний примус для його легітимності повинен базуватися на праві. Зокрема, В. В. Рожнова визначає, «що державно-правовий примус – це нормативно закріплений вплив держави на суб'єктів суспільного життя з метою забезпечення їх належної поведінки, який у вигляді встановлених законом правообмежень здійснюється компетентними органами під час правозастосовної діяльності» [20, с. 9]. Окремо зазначається, що це «метод впливу держави на свідомість і поведінку, на особу і майно суб'єктів правових відносин, який застосовується державними органами відповідно до їхньої компетенції незалежно від волі та бажання юридично зобов'язаних суб'єктів з метою забезпечення належної реалізації права,

© О. Андрушко, 2018

попередження правопорушень, покарання та виправлення правопорушників, поновлення порушених прав» [22, с. 12].

Слід визнати, що сутнісними ознаками державно-правового примусу як форми реалізації державної влади (поряд із силовою формою реалізації державної влади) є, по-перше, виступ на стороні владного суб'єкта посадових осіб та державних органів, що представляють суспільство, у свою чергу, легітимізують цю державу; по-друге, опосередкованість правом державного примусу, у тому числі процедур використання суб'єктами примусу наданих їм ресурсів [19, с. 9].

Сучасні інтегральні підходи до розуміння права природного та позитивного породжують й «новітні ідеї» наукового розуміння примусу в праві. Для цього слугують такі пролегомени, сформульовані О. В. Маркіним: «Позитивне право у своїй природі містить примус, заради якого воно створене. Смисл позитивного права – нормативний тиск на суспільні відносини, на їх суб'єктів з метою приведення суспільних відносин до стану відповідності з моделлю, що визнана цінністю засновником позитивного права» [23, с. 179]. Слід зазначити, що примус як атрибутивна ознака державної влади чи права ще на початку XX століття сформулювалася в працях відомих учених. Принаймні, М. М .Коркунов зазначав, «що державна влада, озброєна силою примусу, покликана турбуватися про дотримання юридичних обов'язків, і тільки їх одних», далі: «тому юридичні норми регулюють тільки одну зовнішню сторону людських дій і спираються у своїй реалізації на примус» [10, с. 42].

Законодавчих визначень державно-правового примусу та його галузевих видів не існує, а такі насамперед у теорії виводяться з аналізу норм та інститутів тої чи іншої галузі права. Однозначно, що будь-який прояв державної влади – це прояв примусу цієї влади, який може містити позитивне чи негативне насилля. Насилля, його ступінь, якісні характеристики та мета застосування – індикатори демократичності цієї влади.

Із запровадженням у 2012 році нового кримінального процесуального інституту під назвою «заходи забезпечення кримінального провадження» відбулася реалізація «доктрини застосування заходів забезпечення кримінального провадження і обмеження конституційних і конвенційних прав громадян лише в ситуаціях, коли іншими засобами неможливо досягти цілей процесу в цілому або цілей окремих процесуальних дій та рішень» [16, с. 10]. По-новому сформульовано мету застосування цих заходів: «Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою дієвості цього провадження» (ст. 131 КПК). Безумовно, дієвість провадження досягається належним виконанням усіма суб'єктами кримінального процесу своїх процесуальних обов'язків, з одного боку, з іншого – практичною реалізацією цих заходів [3, с. 88]. Також визначено новий перелік цих заходів, запроваджено додаткову регламентацію попередніх, виключені ті, що не відповідають сучасній парадигмі кримінального процесу.

Внаслідок запровадження цього інституту українськими ученими О. М. Гуміним та Г. К. Кожевніковим одразу було поставлено питання: чи правильним є ототожнення заходів кримінального процесуального примусу, можливість застосування яких була передбачена відповідними статтями КПК 1960 року, та заходів забезпечення кримінального провадження, визначених у розділі 2 КПК 2012 року? [6, с. 229; 9, с. 68]. При цьому вони висловлюють сумніви щодо правильності ототожнення цих заходів, як це зроблено С. М. Смоковим, який указує на ідентичність заходів забезпечення кримінального провадження та заходів кримінального процесуального примусу [21, с. 629].

Л. М. Лобойко та О. А. Банчук на основі законодавчого досвіду європейських країн узагалі заперечують тотожність примусу і заходів забезпечення кримінального провадження. На їхню думку, примус є там, де є застосування фізичної сили, тобто «заходами примусу доцільно визнавати лише привід, затримання особи, вилучення майна чи документів, під час яких застосовується фізична сила» [16, с. 133]. Також у своїй праці вони відходять від загальноприйнятої думки про застосування санкцій під час реалізації заходів забезпечення кримінального провадження: «заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачені законом заходи обмеження прав і свобод учасників кримінального провадження, які мають самостійне значення та не мають характеру юридичних санкцій і застосовуються з метою забезпечення виконання учасниками своїх обов'язків або отримання необхідних доказів у справі» [16, с. 131].

Слід зазначити, що серед специфічних ознак заходів забезпечення кримінального провадження О. Г. Шило правильно вказує, що ці заходи «мають виражений примусовий характер, який залежить не від порядку реалізації цих заходів, а від їх законодавчої моделі. Навіть коли особа не заперечує проти обмеження її прав і свобод, що пов'язане із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження, вони все одно мають примусовий характер, оскільки сама мож-

ливість застосування примусу передбачена законом» [14, с. 256].

Наведене цитування наштовхує нас на два висновки: 1) ці заходи однозначно є примусовими за правовою природою. Хоча, на думку деяких учених, добровільність виконання примусових заходів виключає їх примусовість, тому що непов'язані з тимчасовим обмеженням прав і свобод учасників кримінальних процесуальних правовідносин [18, с. 82]; останнє не до кінця є обґрунтованим, оскільки, як наслідок першого, випливає такий висновок: 2) здійснено розмежування теоретичного, законодавчого (нормативно-правового) та практичного (емпіричного) рівнів розуміння цих заходів, що, у свою чергу, пояснює їх як багатоаспектне та різнорівневе правове явище, але однозначно з ознакою примусу, застосування якого потенційно передбачено законом.

Вважаємо, що заходи забезпечення кримінального провадження завжди пов'язані із застосуванням примусу у кримінальному процесі. Саме примус є запорукою того, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження досягне мети – дієвості (ефективності) провадження [12, с. 118-119]. Але й ототожнювати поняття «заходи забезпечення кримінального провадження» та «заходи кримінального процесуального примусу» [13, с. 163] за результатами буквального тлумачення закону видається не зовсім коректним, тому що останнє, безумовно, є ширшим поняттям.

У КПК 1960 року глава 13 мала назву «запобіжні заходи», відповідно, у чинному КПК глава 18 має однойменну назву, але ця глава є складовою частиною розділу 2 КПК 2012 року «Заходи забезпечення кримінального провадження». Формулювання «заходи кримінального процесуального примусу» ні у попередньому, ні в чинному КПК не використано, але концепт «примус» широко вживається в різних значеннях у чинному КПК: «необґрунтований процесуальний примус» (ст. 2), «примусові заходи виховного характеру» (параграф 2 глави 38), «примусові заходи медичного характеру» (глава 39), «примусове супроводження особи» (ч. 1 ст. 140), «освідування проводиться примусово» (ч. 3 ст. 241), «примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи» (ч. 3 ст. 242), «відбирання біологічних зразків примусово» (ч. 2 ст. 245), «приміщення з примусового утримання осіб» (ч. 3 ст. 267) та інше.

З наведеного також випливає давня наукова проблема співвідношення концептів «примус у кримінальному процесі» та «кримінальний процесуальний примус», актуалізована ще Ф. М. Кудіним, який розрізняє їх і співвідносить як ціле та частину [15, с. 41], хоча З. Ф. Коврига, В. М. Корнуков та інші такого розрізнення цих понять не проводили [8, с. 15-16; 11, с. 13-20].

Переконливою з цього дискурсу є позиція Б. Б. Булатова, який у своїй докторській дисертації небезпідставно робить акцент на тому, що сучасна доктрина примусу в кримінальному судочинстві спирається на тезу, відповідно до якої виконання суб'єктами кримінального процесу покладених обов'язків забезпечується не тільки засобами, передбаченими кримінальним процесуальним законом, а й примусовими засобами, регламентованими іншими галузями права (адміністративного, кримінального, цивільного) або комплексними законодавчими актами [1, с. 20].

У свою чергу, повністю не заперечуючи позицію Б. Б. Булатова, С. І. Вершиніна уточнює: «якщо захід примусу має конкретну галузеву належність, то очевидно, що правовідносини по його реалізації будуть виникати в рамках цієї ж галузі права» [2, с. 74]. Вона зазначає, що у «кримінальних процесуальних правовідносинах допускається застосування лише державного примусу, що отримав правове оформлення у кримінальному процесуальному законодавстві, так званого кримінального процесуального примусу» [2, с. 85]. Наголосимо, що під кримінальним процесуальним законодавством розуміється не лише КПК, а й інші нормативно-правові акти, іншої галузевої належності чи комплексні, що містять кримінальні процесуальні норми. Питання виокремлення «вертикальних» та «горизонтальних» зв'язків галузей права та галузей законодавства, їх норм – це окрема наукова проблема. Усі аспекти примусу в кримінальному процесі урегулювати в КПК об'єктивно неможливо, окремі положення містяться й в інших нормативно-правових актах. Наприклад, повноваження на застосування фізичної сили, спеціальних засобів тощо особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, визначаються як КПК (ст. 143), так й іншими законами щодо повноважень цієї особи, наприклад Законом України «Про Національну поліцію».

Таким чином, примус у кримінальному процесі – загальне родове поняття, правова категорія для інших понять, пов'язаних із цим інститутом: заходи забезпечення кримінального провадження, запобіжні заходи, кримінальний процесуальний примус, «непроцесуальний» примус тощо, а тому примус у кримінальному процесі ще й інтегрована (міжгалузева) правова категорія.

Заперечувати примус як метод державно-правового впливу у кримінальному процесі

неможливо, оскільки інший, переконання, якому часто відводиться провідна роль у правовому регулюванні, не завжди забезпечує досягнення завдань кримінального судочинства. Сподіватися лише на добровільне виконання обов'язку без можливості застосування примусу на основі санкції неправильно. Невипадково Л. С. Явич указує: «Якщо у нормі права немає санкції, то вона може діяти в силу відповідності моральним вимогам, але як юридичний припис безглуздий» [24, с. 98], додатково констатуючи тим самим примусову природу позитивного права. У цьому ракурсі С. І. Вершиніна звертає увагу на особливість примусу, його взаємозв'язку з обов'язками учасників кримінального судочинства: «примус допустимий там, де закінчуються права і починаються обов'язки суб'єкта» [2, с. 87].

У свою чергу, поняття кримінального процесуального примусу – загальне поняття, правова категорія для інших понять, зокрема й для поняття «заходи забезпечення кримінального провадження», що є вужчим, ніж примус у кримінальному процесі.

Теоретичних визначень примусу в кримінальному процесі та кримінального процесуального примусу є досить. Але через те, що багатьма ученими вони чітко не розрізнюються, в основу визначень цих понять часто покладаються одній й ті ж ознаки. Простежимо на окремих прикладах.

Так, за визначенням З. З. Зінатулліна, кримінальний процесуальний примус – це метод державного впливу, що виявляється в правових обмеженнях особистісного, майнового та організаційного характеру учасників кримінальної процесуальної діяльності [7, с. 18]. Інші учені доповнюють визначення процесуального примусу метою його застосування: «для усунення наявних та можливих перешкод, що виникають у процесі розслідування та вирішення кримінальних справ, з метою забезпечення успішного виконання завдань кримінального судочинства» [11, с. 20], або: «з метою запобігання і припинення кримінальних процесуальних порушень, відновлення процесуальних правовідносин у сфері судочинства для досягнення його завдань» [17, с. 137], що у комплексі містить вказівку не тільки на мету застосування процесуального примусу, а й на способи його реалізації (превентивні заходи, заходи припинення, правовідновлення та відповідальності), зв'язок із правопорушеннями у кримінальному процесі (пов'язане з правопорушенням, непов'язане з правопорушенням). Окрім цього, виділяються й інші ознаки у понятті процесуального примусу: «це заходи, що спричиняють істотне тимчасове обмеження прав і законних інтересів учасників процесу» [17, с. 137], «здійснюється шляхом фізичного, матеріального, психологічного та морального впливу на учасників» [5, с. 161].

З іншого боку, «під державно-правовим примусом у кримінальному процесуальному праві пропонується розуміти оснований на законодавстві і здійснюваний державою в особі уповноважених органів та посадових осіб вплив психологічного, дослідницько-медичного, майнового характеру на особу, щодо якої застосовується примус. Державно-правовий примус полягає в установленні правообмежень у сфері трудової, службової діяльності, обмеження свободи пересування стосовно фізичних, посадових та юридичних осіб з метою захисту осіб та організацій, потерпілих від злочинів, а також захисту особи від незаконного та необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод за умови відсутності значущості для особи, що здійснює примус, реакції особи, щодо якої застосовується примус» [19, с. 17-18].

Як бачимо, розрізнення між цими видами примусу багато вчених не проводять. Але відмінності між цими поняттями існують, насамперед, залежно від законодавчого джерела їх походження, як уже зазначалося вище. А ознаки, що вживані для позначення примусу на наведених прикладах, здебільшого мають конотативний характер у визначенні примусу взагалі, а щодо конкретного заходу примусу такі ознаки у своїй сукупності, безумовно, можуть набути ознак денотації.

Висновки.

Таким чином, відповідно до предмета дослідження та на основі наведеного сформулюємо як висновки такі думки:

– розуміння примусу в кримінальному процесі насамперед детерміноване різними методологічними підходами, які використовуються дослідниками, що й пояснює різноманітність конотативних значень цього концепту;

– денотація ж примусу в кримінальному процесі на теоретичному рівні можлива у разі розуміння цього примусу як державно-правового методу регулювання поведінки суб'єктів кримінального процесу, який є проявом монополії державної влади на форму здійснення кримінального судочинства, способи досягнення його завдань;

– на законодавчому рівні розуміння найбільше виявляється інтегрованість цієї правової категорії. Вона містить заходи кримінального процесуального примусу, заходи забезпечення кримінального провадження, заходи примусу, визначені іншими галузями права, та юридичної відповідальності, що застосовуються до суб'єктів кримінального процесу. Вони застосовуються здебільшого владними суб'єктами кримінального процесу,

інколи фізичними особами з підстав і в порядку, визначених законом;

– практичний рівень розуміння примусу в кримінальному процесі, як на нашу думку, пов'язаний, перш за все, із розумінням примусу в контексті мети, способів, підстав, умов, практики вибору та застосування конкретних заходів примусу. Внаслідок цього денотацію концепту «примус в кримінальному процесі» на практичному рівні провести важко. Ознаки, що будуть наводитися (чи вже наведені ученими), набудуть (набули) конотативного характеру стосовно самого примусу в кримінальному процесі і якоюсь мірою відображають лише правові особливості того чи іншого заходу примусу. Тому цей аспект і повинен бути в основі подальших наукових розвідок.

Список використаних джерел:

1. Булатов Б. Б. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве : автореф. дисс. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс; Криминалистика и судебная экспертиза; Оперативно-розыскная деятельность». – М., 2003. – 58 с.

2. Вершинина С. И. Государственное принуждение в уголовном судопроизводстве: нормативно-правовая природа и механизм функционирования : дисс. на соискание учен. степени д-ра юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс». – Тольятти, 2017. – 452 с.

3. Гловюк І. В. Загальні правила застосування заходів забезпечення кримінального провадження: питання системності / І. В. Гловюк // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. – 2017. – № 12. – С. 87-92.

4. Горобець І. Види співвідношень конотативного і денотативного мікроелементів у структурі іменників, прикметників і дієслів / І. Горобець // Мандрівець. – 2013. – № 5. – С. 78-80. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : Mandriv_2013_5_17.pdf

5. Гречишникова О. С. Процессуальное принуждение // Уголовный процесс : учебник / под ред. С. А. Колосовича, Е. А. Зайцевой. – Волгоград, 2002. – С. 161.

6. Гумін О. М. Система заходів забезпечення кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України / О. М. Гумін // Науковий вісник Нац. акад. внутрішніх справ. – 2013. – № 1. – С. 226-231.

7. Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность / З. З. Зинатуллин. – Казань, 1981. – 136 с.

8. Коврига З. Ф. Уголовно-процессуальное принуждение. – Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1975. – 174 с.

9. Кожевніков Г. К. Заходи забезпечення кримінального провадження / Г. К. Кожевніков // Вісник Нац. акад. прокуратури України. – 2012. – № 3. – С. 68-70.

10. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов. – С.-Пб, 1908. – 363 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://dspace.lu.lv/dspace/handle/7/1203?locale-attribute=ru.

11. Корнуков В. М. Меры процессуального принуждения в уголовном судопроизводстве / В. М. Корнуков. – Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1978. – 137 с.

12. Кримінальний процес : навч. посібн. у питаннях і відповідях / Л. Д. Удалова, В. В. Рожнова, Д. О. Савицький, О. Ю. Хабло. – 3-є вид. переробл. і доповн. – К.: Видавець, 2012. – 275 с.

13. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. – К.: Центр учбової літератури, 2013. – 544 с.

14. Кримінальний процес : підручник / [Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Тумаянц та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Харків: Право, 2014. – 824 с.

15. Кудин Ф. М. Принуждение в уголовном судопроизводстве / Ф. Кудин/ – Красноярск: Изд-во Красноярского ун-та, 1985. – 136 с.

16. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : навчальний посібник / Л. М. Лобойко, О. А. Банчук. – К.: Ваіте, 2014. – 280 с.

17. Мельников В. Ю. Понятие мер уголовно-процессуального принуждения и его виды / В. Ю. Мельников. – Северо-Кавказкий юридический вестник. – 2006. – № 2. – С. 126-138.

18. Миколенко О. М. Критерії класифікації заходів забезпечення кримінального провадження та їх співвідношення з заходами кримінального процесуального примусу / О. М. Миколенко // Правова держава. – 2014. – № 17. – С. 81-84.

19. Петренко М. Н. Государственно-правовое принуждение: критерии допустимости и теоретические основания : автореф. дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве» / М. Н. Петренко // Калининград, 2018. – 20 с.

20. Рожнова В. В. Застосування заходів процесуального примусу, пов'язаних з ізоляцією особи : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза» / В. В. Рожнова. – К., 2003. – 27 с.

21. Смоков С. М. Види обмежень конституційних прав громадян у новому Кримінальному процесуальному кодексі України / С. М. Смоков // Форум права. – 2012. – № 2. – С. 628-632. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_2_100.

22. Шевчук О. М. Засоби державного примусу у правовій системі України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових вчень» / О. М. Шевчук. – Харків, 2003. – 20 с.

23. Юридическая ответственность: философский, социологический, психологический и меж-

отраслевой аспекты: монография / под общ. ред. Р. Л. Хачатурова. – М.: Юрлитинформ, 2017. – 600 с.

24. Явич Л. С. Общая теория права / Л. С. Явич. – Л.: Изд-во Ленинградск. ун-та, 1976. – 286 с.

Целью статьи является изучение вопросов денотации и коннотации принуждения в уголовном процессе и обозначение собственной научной позиции относительно понимания заявленных проблем. Сделаны выводы, что понимание принуждения в уголовном процессе прежде всего детерминировано различными методологическими подходами, которые используются исследователями, что объясняет разнообразие конотативных значений этого концепта. Предпринята попытка выявить денотацию принуждения в уголовном процессе на теоретическом, законодательном и практическом уровнях его понимания.

Ключевые слова: государственно-правовое принуждение, принуждение в уголовном процессе, уголовно-процессуальное принуждение, меры уголовного процессуального принуждения, меры обеспечения уголовного производства.

The purpose of the article is to study the issues of denotation and the connotation of coercion in criminal proceedings and the designation of one's own scientific position regarding the understanding of the stated problems. It is concluded that the understanding of coercion in the criminal process is primarily determined by various methodological approaches that are used by researchers, and explains the diversity of the connotative meanings of this concept. An attempt has been made to reveal the denunciation of coercion in a criminal trial at the theoretical, legislative and practical levels of its understanding.

Key words: state-legal coercion, coercion in criminal proceedings, criminal procedural coercion, measures of criminal procedural coercion, measures to ensure criminal proceedings.

УДК 347.965

Ярослав Буряк,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

УЧАСТЬ АДВОКАТА У ДІЯЛЬНОСТІ ЦЕНТРІВ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ

Стаття присвячується дослідженню участі адвоката у системі безоплатної вторинної правової допомоги; аналізуються питання оплати праці адвоката; досліджується процедура надання особі центром вторинної правової допомоги адвоката; характеризуються підстави відмови у наданні безоплатної вторинної правової допомоги.

Ключові слова: вторинна правова допомога, адвокат, центри правової допомоги, особа, захисник, бюро правової допомоги.

Постановка проблеми. Натепер у системі безоплатної вторинної правової допомоги діє 550 центрів та бюро правової допомоги, де працює 2000 юристів та 3000 адвокатів.

До центрів та бюро вже звернулося понад 700 тисяч українців, з яких майже 100 тисяч отримали послуги адвоката, інші – консультації та роз'яснення. Система дає змогу усім малозабезпечним громадянам захистити свої інтереси як у кримінальному, так і у цивільному судочинстві. Водночас діяльність адвоката у системі вторинної правової допомоги практично не досліджується.

Під час дослідження даного питання були поставлені такі цілі:

- дослідити діяльність центрів безоплатної вторинної правової допомоги;
- охарактеризувати процедуру участі адвоката як захисника у діяльності системи безоплатної вторинної правової допомоги;
- звернути увагу на оплату послуг адвоката системою безоплатної вторинної правової допомоги.

Виклад основного матеріалу. Робота центрів безоплатної вторинної правової допомоги врегульовується Наказом Міністерства юстиції України від 21 вересня 2011 року № 3047/5 «Про затвердження Порядку роботи громадської приймальні з надання безоплатної первинної правової допомоги» [1].

Відповідно до Положення про Координаційний центр з надання правової допомоги, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 06.06.2012 № 504, Координаційний центр утворюється з метою формування в Україні ефективної системи безоплатної правової допомоги, забезпечення її доступності та якості [2].

Наказом Міністерства юстиції України від 02.07.2012 № 968/5 було створено 27 центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі [3].

Відповідно до пункту 3 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу» з 1 січня 2013 року центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги забезпечили надання вторинної правової допомоги таким категоріям осіб: особам, до яких застосовано адміністративне затримання чи адміністративний арешт; підозрюваним у вчиненні злочину особам, які затримані органами дізнання та слідства; особам, до яких як запобіжний захід обрано взяття під варту; особам, у справах яких відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу України участь захисника є обов'язковою [4].

Повідомлення про необхідність залучення захисника для надання безоплатної вторинної правової допомоги відбувається відповідно до Порядку інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання осіб, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.2011 № 1363. Це відбувається негайно після фактичного затримання особи.

Уповноважена службова особа центру з надання допомоги негайно перед передачею копії доручення суб'єкту подання інформації повідомляє призначеному адвокатові реквізити виданого доручення, на підставі якого таким адвокатом видається ордер, з яким він прибуває до затриманої особи.

© Я. Буряк, 2018

Призначений центром з надання допомоги адвокат повинен прибути протягом години з моменту видання йому доручення, а у виняткових випадках – не пізніше ніж протягом шести годин з моменту видання йому доручення до затриманої особи для надання безоплатної вторинної правової допомоги [5].

Відмова затриманої особи від адвоката, призначеного центром з надання допомоги, повинна бути здійснена такою особою в присутності цього адвоката у формі письмової заяви, копія якої надсилається адвокатом до центру з надання допомоги.

Забезпечення здійснення представництва інтересів суб'єктів права на безоплатну вторинну правову допомогу здійснюватиметься центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Самі правові послуги безоплатної вторинної правової допомоги надають адвокати, відібрані за результатами конкурсу. Тобто після прийняття рішення про надання безоплатної вторинної правової допомоги центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначає адвоката, який надає безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом.

У разі неможливості надання безоплатної вторинної правової таким адвокатом, центр укладає договір з адвокатом, включеним до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору про її надання.

У разі неможливості надання безоплатної вторинної правової допомоги адвокатом, який надає безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі за контрактом, Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги укладає договір з адвокатом, включеним до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі на підставі договору про її надання [5].

У договорі про надання безоплатної вторинної правової допомоги зазначаються обсяг правової допомоги, строк, протягом якого така допомога надаватиметься, та розмір плати.

Повноваження адвоката, з яким укладено договір про надання безоплатної вторинної правової допомоги, підтверджуються в такому ж порядку, як і адвокатів, які залучаються на постійній основі.

Протягом останніх років Міністерством юстиції проводяться конкурси для відбору адвокатів, які відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» залучаються державою до надання безоплатної вторинної правової допомоги. Механізм проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної правової допомоги, передбачений Порядком і умовами проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної правової допомоги, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.12 № 915 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2011 р. № 1362» [6].

Контракти (договори) з адвокатами укладаються в установленому порядку, а саме відповідно до Порядку і умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 19 грудня 2012 р. № 1214 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 11 січня 2012 р. № 8» [7].

Відповідно до наказу Міністерства юстиції України від 13.11.2017 № 4300/7 «Про проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги» Координаційним центром з надання правової допомоги було повідомлено про проведення з 18 листопада 2017 року по 23 січня 2018 року конкурсу з відбору адвокатів, які залучались для надання безоплатної вторинної правової допомоги [8].

Законодавство України також передбачає припинення надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Якщо надання безоплатної вторинної правової допомоги припиняється внаслідок встановлення факту подання особою завідомо неправдивих відомостей або фальшивих документів, що стали підставою для віднесення їх до категорій осіб, які мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, такі особи несуть відповідальність у порядку, встановленому законом [2].

Оплата послуг адвоката у таких випадках здійснюватиметься відповідно до Порядку оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 року № 465 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 21 грудня 2016 р. № 1048) [9].

У разі якщо особа, захист якої за призначенням у кримінальному провадженні здійснюється призначеним регіональним центром адвокатом, потребує представництва інтересів як свідок або потерпілий в іншому кримінальному провадженні, таке представництво забезпечується цим же адвокатом на підставі вже виданого доручення про залучення захисника за призначенням.

Оплата послуг адвоката за представництво у цьому разі здійснюватиметься відповідно до пункту 2 Порядку оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 року № 465, а саме: розмір оплати за годину роботи адвоката за надання правової допомоги становить 2,5 відсотка, а з 1 січня 2018 р. – 5 відсотків від розміру прожиткового мінімуму, встановленого для працездатних осіб на момент подання адвокатом акта надання безоплатної вторинної правової допомоги з відповідними додатками до відповідного центру [9].

Оплата послуг адвоката за здійснення захисту за призначенням в основному кримінальному провадженні здійснюватиметься відповідно до пункту 15 Методики обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 року № 465.

Працівник відділу організації надання безоплатної вторинної правової допомоги та роботи з адвокатами місцевого центру забезпечує призначення адвоката, який надаватиме безоплатну вторинну правову допомогу, шляхом видання доручення.

Факт надання адвокатом правових послуг, передбачених частиною другою статті 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», зокрема, у разі здійснення адвокатом представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, підтверджується актами [2].

Відповідно до пункту 6 Порядку оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 року № 465, виплата адвокатам винагороди за надану ними правову допомогу і відшкодування витрат, пов'язаних із наданням такої допомоги, здійснюється на підставі доручення та акта надання безоплатної вторинної правової допомоги з відповідними додатками, складеного за формою, затвердженою Мін'юстом [10].

Адвокат подає складений ним акт до відповідного місцевого центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у строки, визначені у контракті (договорі) (протягом 45 календарних днів після завершення стадії провадження (коли оплата здійснюється за стадіями провадження процесу або виконання доручення).

Форма акта та відповідні додатки до нього (розрахунки розміру винагороди адвоката за надання безоплатної вторинної правової допомоги) затверджені наказом Міністерства юстиції України від 16 жовтня 2014 року № 1702/5 «Про затвердження форми акта надання безоплатної вторинної правової допомоги та додатків до нього», зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 16 жовтня 2014 року за № 1281/26058 [11].

Зокрема, додатком 1 до акта надання безоплатної вторинної правової допомоги, затвердженого зазначеним наказом Мін'юсту, є форма розрахунку розміру винагороди адвоката за надання безоплатної вторинної правової допомоги, передбаченої пунктами 2, 3 частини другої статті 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» (крім випадків надання такої допомоги особам, визначеним пунктами 3, 4 частини першої статті 14 Закону), та відшкодування витрат, пов'язаних з її наданням, де у тому числі адвокат зазначає перелік складених документів процесуального характеру, судових засідань, у яких він брав участь, тощо [11].

Факт надання адвокатом безоплатної вторинної правової допомоги підтверджується копіями відповідних підготовлених та поданих адвокатом процесуальних документів, витягом із журналу судових засідань або відповідною довідкою щодо проведених судових засідань суду у справі, судових рішень або витягів з них, іншими документами. Копії поданих підтвердних документів завіряються адвокатом.

Методичними рекомендаціями передбачено, що у разі відсутності в особи, яка звернулася до місцевого центру за безоплатною вторинною правовою допомогою, довідки про отримання (неотримання) соціальної допомоги як малозабезпеченої особи, такою особою подається, зокрема, довідка про доходи кожного члена сім'ї за останні 6 місяців, що видається, як правило, роботодавцем за основним місцем роботи.

Якщо така особа подає довідку про доходи, отриману від органів державної фіскальної служби за останній квартал, уповноважена службова особа місцевого центру для здійснення обчислення середньомісячного сукупного доходу сім'ї особи, яка звернулася за наданням безоплатної вторинної правової допомоги, використовує формули, визначені Методичними рекомендаціями. При цьому середньомісячний сукупний дохід сім'ї особи, яка звернулася про надання безоплатної вторинної правової допомоги, розраховується шляхом ділення суми сукупного доходу сім'ї, вказаного у відповідних підтвердних документах, на 3 місяці.

Законом передбачається, що разом зі зверненням про надання безоплатної вторинної правової допомоги особа або законний

представник особи повинні подати документи, що підтверджують належність особи або осіб, стосовно яких звертається законний представник, до однієї з вразливих категорій осіб, передбачених частиною першою статті 14 Закону (частина четверта статті 18 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»); у разі звернення особи про надання одного з видів безоплатної вторинної правової допомоги місцевий центр зобов'язаний протягом десяти днів з дня надходження звернення прийняти рішення щодо надання безоплатної вторинної правової допомоги (частина перша статті 19 Закону) [2].

При цьому у талоні про прийняття звернення про надання безоплатної вторинної правової допомоги передбачається, що протягом десяти днів з дня отримання місцевим центром всіх необхідних документів, що підтверджують право на отримання правової допомоги, зазначеним центром буде прийнято рішення про надання або відмову у наданні правової допомоги.

Після прийняття та сканування працівником місцевого центру звернення і документів особи, яка бажає отримати безоплатну вторинну правову допомогу, такій особі видається талон про прийняття звернення про надання безоплатної вторинної правової допомоги, у якому, зокрема, зазначаються перелік отриманих документів, а також (у разі подання неповного комплекту документів) перелік документів, які необхідно подати додатково. Підписаний такою особою талон сканується, після чого повертається клієнту.

Під час видавання талона про надання безоплатної вторинної правової допомоги особі роз'яснюється, що рішення про надання/відмову в наданні безоплатної вторинної правової допомоги приймається місцевим центром протягом 10 днів з дня отримання звернення про надання безоплатної вторинної правової допомоги та всіх необхідних підтвердних документів [2].

Рекомендується повідомляти клієнта про прийняте рішення вже після призначення адвоката та видання йому доручення для надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Таким чином, безоплатна вторинна правова допомога надається центрами вторинної правової допомоги за зверненням особи адвокатами, які включені до Реєстру адвокатів, котрі надають безоплатну вторинну правову допомогу.

Право на отримання безоплатної вторинної правової допомоги мають найбільш соціально незахищені громадяни держави, які через своє матеріальне становище не в змозі самостійно захистити свої порушені права та інтереси.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Порядку роботи громадської приймальні з надання безоплатної первинної правової допомоги : наказ Міністерства юстиції України від 21 вересня 2011 року № 3047/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1114-11.

2. Про утворення Координаційного центру з надання правової допомоги та ліквідацію Центру правової реформи і законопроектних робіт при Міністерстві юстиції : Постанова Кабінету Міністрів України від 06.06.2012 № 504. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/504-2012-%D0%BF

3. Про утворення центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги : наказ Міністерства юстиції України в редакції 30.07.2012 № v0968323-12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0968323-12.

4. Про безоплатну правову допомогу : Закон України в редакції від 15.12.2017 № 3460-XVII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3460-17.

5. Про затвердження Порядку інформування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги про випадки затримання, адміністративного арешту або застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою : Постанова Кабінету Міністрів України в редакції від 25.10.2017 № 1363-2011-п. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1363-2011-п

6. Про затвердження Порядку і умов проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги : Постанова Кабінету Міністрів України в редакції від 17.08.2017 № 1362-2011-п. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1362-2011-%D0%BF

7. Порядок і умови укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі : Постанова Кабінету Міністрів України в редакції від 19.12.2012 № 1214. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1214-2012-%D0%BF.

8. Про проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги : наказ Міністерства юстиції України від 13.11.2017 № 4300/7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legalaid.gov.ua/ua/holovna/151-lystopad-2017/2138-oholosheno-konkurs-z-vidboru-advokativ-iakizaluchaiutsia-dlia-nadannia-bezoplatnoi-vtorynnoi-pravovoi-dopomohy

9. Методика обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну право-

ву допомогу : Постанова Кабінету Міністрів України в редакції від 21.12.2016 № 1048 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1048-2016-п/paran28#n28.

10. Питання оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу : Постанова Кабінету Міністрів України в редакції від 01.01.2017 № 465-2014-п [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/465-2014-п

11. Про затвердження форми акта надання безоплатної вторинної правової допомоги та додатків до нього : наказ Міністерства юстиції України в редакції від 24.02.2017 № 1281-14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1281-14.

Стаття посвящается исследованию участия адвоката в системе бесплатной вторичной правовой помощи; анализируются вопросы оплаты труда адвоката; исследуется процедура предоставления лицу центром вторичной правовой помощи адвоката; изучаются основания для отказа в предоставлении бесплатной вторичной правовой помощи.

Ключевые слова: вторичная правовая помощь, адвокат, центры правовой помощи, лицо, защитник, бюро правовой помощи.

The article is devoted to the study of the participation of a lawyer in the system of free secondary legal aid, the analysis of the issue of remuneration of a lawyer, the procedure of granting a person a center of secondary legal aid lawyer, describes the grounds for refusal to provide free secondary legal aid.

Key words: secondary legal aid, lawyer, centers of legal aid, person, defender, legal aid bureau.

УДК 341.645

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

ДО ПИТАННЯ ПРО МІСЦЕ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ

Стаття присвячена розкриттю місця рішень Європейського суду з прав людини у національній правовій системі. Зокрема, досліджується питання співвідношення національного і міжнародно-правового регулювання в аспекті впливу практики Європейського суду з прав людини на нормотворчу та правозастосовну діяльність органів держави – учасниці Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Окрема увага приділяється місцю згаданої Конвенції серед національних джерел права.

Ключові слова: прецедент, юридична сила, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

Постановка проблеми. У вітчизняній та зарубіжній літературі протягом останніх років багато уваги приділялося природі рішень Європейського Суду з прав людини (далі – Європейський Суд). Дискусії ведуться переважно з приводу визнання прецедентного характеру рішень, які приймаються у конкретній справі конкретного громадянина проти конкретної держави. Досліджуються, зокрема, питання обов'язковості винесеного рішення для іншої держави, а у разі позитивної відповіді – обов'язковості якої частини рішення – резолютивної чи мотивувальної. Але при цьому не вивчаються фактори, які можуть обґрунтовувати винятки із загальних правил.

По-перше, багато залежить від того, яка правова система функціонує в конкретній державі. Одна річ, якщо це романо-германська правова система, та інша річ – якщо англосаксонська. Зрозуміло, що є особливості сприйняття рішень Європейського Суду як джерела права в мусульманській країні.

По-друге, необхідно враховувати, що конституції різних держав по-різному визначають місце міжнародного права у його співвідношенні з національним. Одна річ, коли якісь норми міжнародного права стають частиною системи законодавства чи системи права в національній державі, та інша – коли вони входять у правову систему і, як наслідок, функціонують у цій державі разом з іншими елементами, які входять у цю систему, паралельно з ними.

По-третє, національний правопорядок може по-різному визначати місце та роль різних органів своєї держави, у зв'язку з чим обов'язковість рішень Європейського Суду для держави в цілому може по-різному конкретизуватися стосовно законодавчої, виконавчої чи судової влади.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. У межах цієї статті видається актуальним дослідити деякі нюанси визначення місця рішень Європейського Суду в національній правовій системі, але насамперед потрібно розглянути деякі загальні питання співвідношення національного і міжнародно-правового регулювання. Ці питання є предметом дослідження багатьох учених, мають велике практичне значення у виборі необхідної правової норми, вирішенні колізій, усуненні протиріч між національними і міжнародними нормами. Діяльність із приводу узгодження правових систем також виступає стимулом для відновлення теоретичних поглядів про джерела права, природу і правовий статус міжнародних органів. У науці відсутня єдина позиція з цих питань. Їх дослідженням займалися, зокрема, такі вітчизняні науковці, як В. В. Костицький, В. Т. Маляренко, В. П. Паліюк, П. М. Рабінович, О. І. Тіунов, С. В. Шевчук та багато інших.

Мета даної статті полягає у розкритті місця та ролі рішень Європейського Суду у національній правовій системі, а також висвітленні впливу практики Європейського Суду на нормотворчу та правозастосовну діяльність органів державної влади країни – учасниці Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Виклад основного матеріалу. У контексті досліджуваної теми виникає запитання: чи не виходять рішення Європейського Суду

© Н. Блажівська, 2018

за межі національної правової сфери. У рамках посилення взаємозалежності держав виділяють три рівні взаємодії правових систем: зближення правових систем; міжнародна взаємодія національних правових систем, коли в одній системі надається юридичне значення нормам іншої; взаємодія національної та міжнародної правових систем.

Правові системи включають у себе не лише власне джерела права, а й інші засоби організації інтеграційних зв'язків держав, зокрема створювані ними міжнародні (міждержавні) організації. Цілі, принципи і методи інтеграції є неоднаковими, що відображається у відмінностях цілей, принципів, функцій і методів діяльності міжнародних організацій. У межах міжнародних організацій створені органи, які мають право виносити обов'язкові для держав – учасниць міжнародної організації – рішення і контролювати їх виконання. Наприклад, Європейський Суд і Комітет міністрів Ради Європи.

Загальновизнаним є той факт, що міжнародні організації виступають тією формою співробітництва держав, яка дозволяє поєднувати повагу їхньої суверенності з обмеженням їхньої відокремленості у певних сферах державного управління і державної діяльності. Спочатку зазначене стосувалось тих сфер державної діяльності, без інтернаціоналізації регулювання яких функціонування механізму світового ринку і формування світового господарства були би ускладнені (пошта, телеграф, метрологія, залізничний транспорт, геодезія, метеорологія тощо). Подальший розвиток науки і техніки, диверсифікація й ускладнення господарських зв'язків зумовили розширення сфери застосування інституту міжнародних організацій. Якщо на початку 90-х років їх було всього 19, то сьогодні налічується близько 500 міжнародних організацій у різних галузях міжнародного співробітництва: політичного, економічного, із соціальних питань, питань науки, культури, освіти, охорони здоров'я [1].

Щороку збільшується обсяг суспільних відносин, які врегульовані не лише нормами внутрішньодержавного, а й міжнародного права. З'являється тенденція пристосування внутрішньодержавних інститутів до виконання вимог міжнародного права, а також посилення ролі міжнародних інститутів і механізмів, що зумовлено об'єктивним ростом взаємозалежності держав, необхідністю підвищення управління міжнародною системою, розвитком регіональної і субрегіональної інтеграції в Європі. Зазначене визначає необхідність урегулювання меж поведінки, узгодження дій та інтересів, ієрархії (співвідношення) національних і міждержавних органів та інститутів, їхньої компетенції, розроблення механізму, що забезпечує розмежування юрисдикції національного та інтеграційного права. При цьому незалежність національних правопорядків, яка є невід'ємною характеристикою державного суверенітету, вимагає, щоб зближення та уніфікація національно-правових норм, як один з основних інтеграційних напрямів, велися на підставі всебічного вивчення національно-правової практики і міжнародного досвіду. Можливо, саме тому в деяких державах загальновизнані норми міжнародного права не включаються як складова частина в національне право і не наділяють жодні норми міжнародного права вищою юридичною силою порівняно з конституцією. Щоправда, є країни, які наділяють Конвенцію більшою юридичною силою, ніж національні закони, включаючи Конституцію, наприклад Нідерланди [2].

Аналіз будь-якого міжнародно-правового документа передбачає, насамперед, встановлення характеру положень, які в ньому містяться: виступають вони деклараціями, рекомендаціями (побажаннями), принципами чи обов'язковими загальновизнаними принципами і нормами. Якщо йдеться про рішення у конкретній справі, то актуальним є питання про відповідність принципам і нормам міжнародного права. Принципи і норми міжнародного права в національній правовій системі не втрачають своєї міжнародно-правової специфіки. Вони узгоджуються з національним правом на основі загальних принципів, притаманних цій системі, на підставі національної конституції і конституційних норм. Крім того, загальні принципи відповідної галузі національного права зумовлюють імплементацію принципів і норм міжнародного права у відповідній сфері суспільних відносин. Так, у конституційному праві загальновизнані принципи і норми міжнародного права про права людини включаються в правову систему навіть у тому разі, якщо вони не зазначені ні в конституції, ні в жодному законі [3].

Усе викладене вище поширюється і на дію Конвенції. Як вже було зазначено, існують міжнародні органи, які виносять рішення на підставі норм міжнародного права, створюють у результаті прецеденти, а також тлумачать норми міжнародного права. У будь-якому разі виникають питання: наскільки обов'язковими є ці прецеденти й акти тлумачення для національної правової системи, яке місце вони займають, а також чи включаються вони у правову систему.

Юридична сила рішення Європейського Суду згідно з принципами міжнародного

публічного права спрямована, насамперед, на державу – учасницю Конвенції. У принципі, Конвенція займає нейтральну позицію стосовно національних правових систем і, на відміну від права наднаціональної організації, не призначена для безпосереднього втручання в національну правову систему. Сама по собі Конвенція не передбачає внутрішніх механізмів забезпечення своєї юридичної сили – їх повинні створювати держави-учасниці. Приписи Конвенції потребують зовнішнього забезпечення. Відповідно, механізми інтеграції положень Конвенції в правові системи різних держав є неоднаковими. Теоретично існує можливість виникнення конфліктів між положеннями Конвенції і нормами внутрішнього права. Проблема перешкоджання Конвенції державам у наданні додаткових прав, не передбачених у Конвенції, може виникнути у тих сферах, де стикаються права різних сторін таким чином, що розширення прав однієї з них зумовлює обмеження прав іншої, або у тому разі, якщо це суперечить нормам національної конституції.

У будь-якій правовій системі, яка надає міжнародному праву статус, нижчий за статус національної конституції, остання матиме пріоритет перед міжнародним правом, якщо їхні норми не узгоджуються. Це – з позиції національного права. З позиції міжнародного права національні суди, які у разі розбіжності між нормами конституції та положеннями міжнародної угоди надають пріоритет конституції, порушують одночасно норми міжнародного права. У разі виникнення конфлікту між нормами Конвенції та національної конституції міжнародне право вимагає, щоб конституція відповідала Конвенції [3]. Інакше виникає конфлікт між двома правопорядками, для якого сьогодні не існує правильного рішення.

Рішення Європейського Суду мають субсидіарний характер, а тому не можна розглядати взаємовідносини Європейського Суду з вищими судовими органами європейських держав як дорогу з одностороннім рухом. Проблема імплементації рішень Європейського Суду в практику судів залишається дискусійною. На думку зарубіжних учених, сучасне європейське поняття «імплементація рішень Європейського Суду» базується на тому, що рішення мають не просто рекомендаційний характер, а виступають формою так званого м'якого права (soft law) [4].

Окремі науковці зазначають, що не зрозуміло, чому рішення Європейського Суду поставлені в один ряд із Конвенцією [5]. Не визначені юридичні наслідки такої кваліфікації рішень Європейського Суду. Заяви про рішення Європейського Суду як джерело права без жодних застережень і уточнень є не досить аргументованими, хоча він є інтерпретатором змісту прав і свобод людини і громадянина, закріплених у Конвенції, і органом правосуддя, що встановлює факти їх порушення державами-відповідачами.

Як зазначають певні дослідники, рішення цієї проблеми може бути знайдене тільки у разі, якщо в Конвенцію будуть внесені зміни або вона буде розтлумачена в тому сенсі, що держави-члени зобов'язані вводити процедури виконання рішень Європейського Суду, якщо буде встановлено порушення положень Конвенції державою або його органами, включаючи суди [5].

Досвід Німеччини переконує, що, віддаючи пріоритет принципам національної правової системи права, необхідно розуміти, що в різних галузях права існують свої принципи, в тому числі щодо втілення і місця норм міжнародного права і рішень, що базуються на них [6]. Не втрачаючи специфіки, міжнародне право діє узгоджено із цілями та принципами національної правової системи, інкорпорованими в цю систему. Не можна стверджувати, що норми міжнародного права займають відокремлене становище в нормативному масиві правової системи.

У юридичній літературі трапляється думка про визнання обов'язковості принципів і норм міжнародного права лише у разі їх імплементації (легітимації в тій чи іншій формі) в національне право [5]. У такому разі юридична сила принципів і норм міжнародного права залежатиме у тому числі від юридичної сили акта, в якому офіційно визнається їх обов'язковість.

Значення і місце прецедентної практики Європейського Суду визначаються статусом Конвенції. На підставі статті 32 Конвенції він має право вирішувати усі питання, які стосуються тлумачення і застосування положень Конвенції і протоколів до неї [7]. Відповідно, у разі визнання факту порушення Конвенції відповідні акти повинні скасовуватися чи офіційно тлумачитися з позицій рішення Європейського Суду; становище, яке існувало до визнаного порушення Конвенції, повинне, якщо можливо, відновлюватися, а порушення, визнане триваючим, – припинятися.

Таким чином, у романо-германській правовій системі мотивувальні позиції Європейського Суду повинні займати місце поруч із законом, в англосаксонській – поруч із прецедентом найвищої сили, а там, де доктрина виступає основним джерелом права, – прирівнюватися до доктрини. Зважаючи на те, що національні правові системи піддаються інтернаціоналізації, рішення Європейського Суду повинні висуватися

на перший план. У сучасних умовах передчасно оголошувати рішення Європейського Суду частиною національного права; правильніше застосовувати формулу «входять у правову систему» [5]. У такому разі не нівелюються особливості систем національного і міжнародного права, а, навпаки, відбувається пошук їх оптимальної взаємодії в національному механізмі правового регулювання. Легітимація рішень Європейського Суду в національній правовій системі залежить від органів, які укладають і ратифікують відповідний договір. Але в тих державах, в яких судові органи у певному розумінні функціонують незалежно від виконавчої та законодавчої влади, дія рішень Європейського Суду визначається судовою владою [5].

Відповідно до Конвенції діяльність Європейського Суду являє собою субсидіарний механізм захисту прав і свобод людини, а основна відповідальність за їх гарантування покладається на національні правові системи. Невипадково стаття 1 Конвенції фокусує увагу на тому, що саме держави-учасниці беруть на себе обов'язок щодо забезпечення кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, прав і свобод, передбачених цією Конвенцією [7]. Відповідно (і ця обставина неодноразово підкреслювалася самим Європейським Судом), держави апріорі володіють широкою «свободою розсуду» у виборі засобів і способів вирішення правових питань, пов'язаних зі здійсненням і захистом прав і свобод, які перебувають під охороною Конвенції. Здійснюючи такий вибір, вони не можуть абстрагуватися від притаманних їм особливостей історичного, економічного, політичного, культурного та іншого розвитку, без адекватного врахування яких реалізація положень Конвенції і рішень Європейського Суду ризикує стикнутися з проблемами захисту прав і свобод людини та громадянина.

Відомо, що Європейський Суд в своїй оцінці конвенційних норм спирається на універсальне правило принципу pacta sunt servanda, згідно з яким держави-учасниці повинні добросовісно виконувати усі вимоги Конвенції та, як результат, визнавати і безумовний обов'язковий характер рішень Європейського Суду у справах проти них [8]. При цьому Європейський Суд вважає, що оскільки Віденська конвенція про право міжнародних договорів (стаття 27) [9] забороняє державам посилатися на своє національне право як обставину, яка звільняє їх від виконання чинних міжнародних договорів, то і положення національних конституцій не можуть розглядатися як такі, що мають порівняно із Конвенцією пріоритетне значення, тому що верховенство і юридична сила конституцій поширюється тільки на національні правові акти. У зв'язку із зазначеним Європейський Суд стверджує, що норми Конвенції охоплюють усі акти і заходи, незалежно від їхньої правової природи, і не обмежують здійснення перевірки якої-небудь частини національних правових систем держав-учасниць, зобов'язаних демонструвати відповідність вимогам Конвенції щодо всієї своєї юрисдикції.

Однак такий підхід не поділяється усіма. Неприйнятність подібної трактовки співвідношення конвенційного і національного правопорядків можна помітити у рішеннях конституційних судів Австрії, Німеччини, Італії, Литви, Туреччини та інших європейських країн [8]. І хоча ніхто з них не заперечує цінності пошуку взаємоприйнятних засобів досягнення розумного компромісу з Європейським Судом, що дає змогу уникати конфліктів між внутрішньодержавним і міжнародним правовим регулюванням, однак щодо виконання рішень Європейського Суду вони, як правило, є солідарними в тому, що такі рішення не можуть мати безумовного пріоритету перед конституційними нормами, а тому їх реалізація вимагає виваженого і досить обережного об'єднання з національним правопорядком. У результаті, всупереч концептуальним посяганням Європейського Суду, ряд європейських країн, не відмовляючись від конвенційних ідеалів захисту прав і свобод людини, все ж вважають, що його рішення не можуть претендувати на абсолютний імунітет стосовно національного конституційного правопорядку [8].

Висновки.

Таким чином, гарантоване громадянам право на судовий захист шляхом звернення в органи наднаціональної юрисдикції, в тому числі в рамках Конвенції, передбачає обов'язок держави докладати максимум зусиль щодо організації виконання рішень Європейського Суду. Відступ від правової обов'язковості рішень Європейського Суду дозволяється лише у виняткових випадках, коли їх виконання суперечитиме основоположним приписам Конституції, що водночас не може бути перешкодою для пошуку спільними зусиллями зацікавлених сторін взаємоприйнятних способів мінімізації конституційно-конвенційних колізій.

Список використаних джерел:

1. Mark E. Villiger. Implementation of the ECHR case-law in the national systems, comparison and experience. – URL: https://www.cak.cz/assets/pro-advokaty/mezinarodni-vztahy/the-european-court-of-human-rights-_-yesterday--today-and-tomorrow_mark-villiger.pdf.
2. Martinico G. Is the European Convention Going to Be "Supreme"? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts. – URL: http://www.ejil.org/pdfs/23/2/2288.pdf.
3. Tobias Lock. Relationship of the Charter to the ECHR and national human rights provisions. – URL: http://www.era-comm.eu/charter_of_fundamental_rights/kiosk/pdf/413DT59_Barcelona/Lock_EU_CHR_EN.pdf.
4. Valentina Colcelli. European Court of Human Rights and national Courts. – URL: http://www.rightsandscience.eu/wp-content/uploads/2017/10/European-Court-of-Human-Rights-and-national-Courts-the-case-of-Nagoya.pdf.
5. Laurence R. Helfer. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime // The European Journal of International Law. – Vol. 19. – No. 1. – URL: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2591&context=faculty_scholarship.
6. Helen Keller, Alec Stone Sweet. Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems. – URL: https://pdfs.semanticscholar.org/3256/63203c2c9e566d08cd6edf7fbb22f5ae3956.pdf.
7. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний документ від 04.11.1950. – URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
8. Leonard F.M. Besselink. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions. – URL: http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=6.
9. Віденська конвенція про право міжнародних договорів : міжнародний документ від 23 травня 1969 року. – URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_118.

Статья посвящена раскрытию места решений Европейского суда по правам человека в национальной правовой системе. В частности, исследуется вопрос соотношения национального и международно-правового регулирования в аспекте влияния практики Европейского суда по правам человека на нормотворческую и правоприменительную деятельность органов государства – участника Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Особое внимание уделяется месту упомянутой Конвенции среди национальных источников права.

Ключевые слова: прецедент, юридическая сила, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека.

The article is devoted to the disclosure of place of the European Court of Human Rights decisions in the national legal system. In particular there is studied the issue of the correlation of national and international legal regulation in the aspect of impact of the European Court of Human Rights practice on the regulatory and law-enforcement activities of the authorities of the State party to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Particular attention is paid to the place of the said Convention among national legal sources.

Key words: precedent, legal force, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights.

УДК 347.9: 340.114 (477)

Олександр Гаврилюк,
канд. юрид. наук, адвокат

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ НАЦІОНАЛЬНИМИ СУДАМИ

Стаття присвячена аналізу проблемних питань, що виникають під час застосування практики Європейського суду з прав людини національними судами. На підставі аналізу наукової літератури та судової практики виокремлюються негативні чинники, що утруднюють ефективне та правильне використання практики Європейського суду з прав людини на рівні національного правопорядку, а також пропонуються шляхи їх усунення.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, рішення Європейського суду з прав людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод.

Постановка проблеми. Ратифікувавши Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція), Україна визнала її дію на своїй території та юрисдикцію Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ) в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції. Зазначене положення кореспондується з низкою національних правових актів, передусім ст. 9 Конституції України, відповідно до якої чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною радою України, є частиною національного законодавства України, а також ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», згідно з якою суди мають застосовувати під час розгляду справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.

Зазначені фундаментальні положення відбиваються і на рівні процесуального законодавства, що було значно реформоване останнім часом. Так, відповідно до ч. 4 ст. 10 ЦПК та ч. 4 ст. 11 ГПК суд застосовує під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Дещо інакше положення міститься в ч. 2 ст. 6 КАС, відповідно до якої суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Як бачимо, нині процесуальне законодавство виходить із визнання Конвенції та практики ЄСПЛ джерелами права та передбачає необхідність їх застосування під час розгляду та вирішення справ у національних судах. Поряд із цим вимога застосування практики ЄСПЛ під час відправлення правосуддя у національних судах ускладнена специфічною природою зазначених рішень як нетрадиційних для національної правової системи джерел права.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженню питань місця та значення практики ЄСПЛ у національних правопорядках загалом та у сфері судочинства зокрема присвячені праці таких вчених, як С. Ф. Афанасьєв, С. В. Васильєв, І. В. Воронцова, Г. А. Гаджиєв, В. В. Комаров, О. В. Константій, М. Н. Кучін, В. Паліюк, Ю, Попов, А. О. Селіванов, А. Р. Султанов та ін. Проте, як свідчить аналіз судової практики судів різних видів юрисдикції, наразі невирішеною залишається низка питань, пов'язаних із практичними аспектами застосування рішень ЄСПЛ під час здійснення судочинства, зокрема: застосовність рішень ЄСПЛ, ухвалених проти інших держав, прецедентний характер таких рішень, обов'язковість їх врахування судами у вирішенні конкретних спорів тощо. Зазначеними обставинами зумовлюється актуальність дослідження окремих аспектів застосування практики ЄСПЛ під час провадження в національних судах.

Метою цієї статті є визначення проблемних питань застосування практики Європейського суду з прав людини під час провадження в національних судах, виокремлення негативних чинників, що утруднюють ефективне та правильне її використання на рівні національного правопорядку, а також вироблення шляхів їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Вихідним пунктом нашого дослідження є питання про правову природу практики ЄСПЛ як джерела права у національному правопорядку.

© О. Гаврилюк, 2018

Варто погодитися із В. А. Тумановим, який зазначає, що давній доктринальний спір про те, чи є судова практика джерелом права, щодо судової практики ЄСПЛ вирішується однозначно позитивно, її правотворча роль не заперечується [1, с. 89]. Поряд із цим у літературі природа зазначеної практики оцінюється по-різному і точаться тривалі дискусії щодо прецедентного характеру рішень ЄСПЛ. Думки вчених із цього питання можна умовно об'єднати у декілька груп.

Так, перша група авторів зауважує на прецедентному характері зазначених рішень [Див.: 2; 3]. Наприклад, Т. Стоянова прямо вказує, що інститут застосування рішень ЄСПЛ є за своєю суттю різновидом судового прецеденту [4, с. 55]. У цьому контексті зазначається, що слід відмовитися від негативного ставлення до судового прецеденту, що зумовлене ідеологічною спадщиною. Сучасний правопорядок презюмує той факт, що міжнародна судова організація створює особливу сукупність правил, що мають назву «Прецедентне право Ради Європи» або «прецедентне право ЄСПЛ» [2, с. 15]. Зазначена точка зору заслуговує на увагу, однак, на нашу думку, слід звернути увагу на те, що авторами, які вдаються до аналізу місця рішень ЄСПЛ в національній правовій системі та вважають їх прецедентами, не досліджуються фактори, які можуть зумовлювати різни висновки, або відхід від загальних правил [5, с. 110], наприклад вид правової системи, що функціонує в державі, а також місце міжнародного права та його співвідношення із національним відповідно до конституції держав [Див.: 6].

Друга група вчених є більш поміркованою та зазначає, що хоча рішення ЄСПЛ і мають прецедентний характер, однак їх неможна прирівнювати до прецедентів у класичному розумінні, яке надається їм у країнах англо-саксонської правової системи. Так, М. Н. Марченко зазначає, що термін та поняття «прецедент» не є одним і тим самим: в англосаксонському та романо-германському праві існує уявлення про прецедент як про рішення вищих судових інстанцій, яке має ознаку обов'язковості, через що суди нижчих інстанцій повинні під час розгляду тотожних справ орієнтуватися на зразок, що існує. Зазвичай саме цей момент викликає дебати. Поряд із цим слід пам'ятати і про форму вираження прецеденту, щодо якої існує плюралізм, що охоплює принаймні три гіпотетичні моделі. Одна з них передбачає окрему аналогію (model of particular analogy), тобто будь-яке судове рішення вважається лише зразком, який корисно використати у вирішенні іншого ідентичного правового конфлікту. Друга, «нормовстановлююча модель» (rule-stating model), навпаки, зобов'язує суди нижчих інстанцій слідувати прецедентним актам. Третій варіант – «модель, що містить принципи, які використовуються» (principle-based model) – спрямована на створення в судових актах певних правових принципів, на які не лише можна спиратися у врегулюванні тотожних колізій, однак і застосовувати для подальшого вдосконалення всієї правової організації [7, с. 12]. Очевидно, що у такому вимірі прецедентність рішень ЄСПЛ з огляду на їх природу та значення найдоцільніше розглядати з точки зору останньої моделі прецеденту, що передбачає можливість їх застосування не виключно у тотожних справах, а під час вирішення будь-яких справ, у яких порушуються ті чи інші права, гарантовані Конвенцією.

Нині можна виокремити і третій підхід, який заснований на ідеї інтернаціоналізації національних правопорядків та намагається примирити своєрідність природи рішень ЄСПЛ із континентально-правовою традицією, розглядаючи феномен прецедентності через більш широке поняття загальнообов'язковості. Так, В. В. Комаров зазначає, що прецедентність рішень ЄСПЛ слід розглядати не лише з точки зору, власне, прецедентного характеру, тобто кваліфікації їх як прецедентів, а з точки зору загальнообов'язковості. Загальнообов'язковість є ширшою за своїм призначенням властивістю рішень ЄСПЛ. Для практики застосування рішень ЄСПЛ цей аспект є найголовнішим та відбиває необхідність застосування у судові практиці різних за своїм характером рішень ЄСПЛ. Крім того, очевидним є той факт, що в сучасній правовій доктрині, яка відбиває реальний стан юридичної практики у країнах романо-германської правової сім'ї, є поширеною концепція «усталеної судової практики». Відповідно до цієї концепції низка прийнятих судових рішень може розглядатися як переконливий доказ правильного тлумачення правової норми. Передумовою цього є постійне застосування в довготривалій судовій практиці вирішення спорів правоположень, які були сформульовані і використовувались судами. Ця концепція стала певним еквівалентом англосаксонської доктрини дії прецедентного права у країнах романо-германської правової сім'ї, і саме у вигляді цієї концепції слід розуміти порядок дії прецедентного права у європейських країнах [8, с. 20].

Беручи за основу розуміння прецедентності рішень ЄСПЛ як їх загальнообов'язковості в контексті концепції усталеної судової практики або «модель прецеденту, що містить принципи, які використовуються», які,

на нашу думку, є схожими та прийнятними, слід звернути увагу на неоднорідність практики ЄСПЛ. Зокрема, виникає необхідність розмежування рішень, ухвалених у справах проти України, та рішень, ухвалених у справах проти інших держав. І якщо обов'язковість перших не викликає сумнівів у науковій спільноті, то щодо обов'язковості других тривають дискусії. У літературі склалося загалом дві точки зору з цього питання. Так, прихильники першого підходу наголошують на обов'язковості виключно рішень ЄСПЛ, ухвалених проти України [3, с. 72; 9, с. 62], натомість автори, що дотримуються другого підходу, наполягають на обов'язковості всіх рішень ЄСПЛ безвідносно до того, проти якої держави вони ухвалені [10, с. 6].

Для відповіді на це питання слід передусім звернутися до положень вітчизняного законодавства. Так, відповідно до ст. 17 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Для посилання на рішення та ухвали Суду та на ухвали Комісії суди використовують переклади текстів рішень Суду та ухвал Комісії, надруковані у виданні, передбаченому у ст. 6 цього Закону, а у разі відсутності перекладу суд користується оригінальним текстом. При цьому у разі виникнення мовної розбіжності між перекладом та оригінальним текстом суд користується оригінальним текстом. У разі виявлення мовної розбіжності між оригінальними текстами та/або в разі потреби мовного тлумачення оригінального тексту використовується відповідна практика Суду (ст. 18 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Таким чином, аналіз законодавчих положень дає підстави для висновку про обов'язковість обох видів рішень: як тих, що ухвалені проти України, так і тих, що ухвалені проти інших держав. Слід погодитися із Т. Фулей у тому, що у даній статті йдеться саме про «практику Суду» у значенні, розкритому у статті 1 цього Закону, тобто практику ЄСПЛ та Європейської комісії з прав людини, а не лише про рішення щодо України. Важливо пам'ятати, що у цьому Законі немає положень, які б забороняли застосовувати рішення чи ухвали ЄСПЛ, постановлені щодо інших країн [10, с. 6].

Аргументи щодо того, що всі рішення ЄСПЛ безвідносно до того, проти яких держав вони ухвалювалися, слід вважати джерелом права, були наведені колишнім Головою ЄСПЛ Л. Вільдхабером, який зазначає, що, передусім, не слід забувати про рішення у справі «*Cossey v. United Kingdom*», в якому зазначається, що дотримуватися прецедентного права – означає діяти в інтересах правової визначеності та сприяти регулятивному розвитку конвенційних положень. Крім того, врегулювання ЄСПЛ тотожних справ порізному невідворотно призведе до порушення принципу рівності всіх перед ЄКПЛ, і, як наслідок, можуть не виправдатися сподівання суб'єктів, що шукають транснаціонального захисту [11, с. 6]. Як зазначає сам ЄСПЛ, Конвенція покликана гарантувати не теоретичні або ілюзорні права, а їх практичне та ефективне здійснення [12]. Із цього випливає, що Конвенція покликана забезпечити кожному, хто знаходиться під юрисдикцією ЄСПЛ, ефективний захист прав, а не лише їх декларування. Втіленню зазначеної мети у життя сприяє принцип еволюційного динамічного тлумачення ЄКПЛ, що дозволяє адаптувати механізми захисту прав людини до соціальних умов, що змінюються. Зазначене знаходить своє підтвердження і у практиці самого ЄСПЛ, який, ухвалюючи рішення у конкретній справі, посилається на рішення, ухвалені не виключно щодо держави-відповідача, а й на рішення проти інших держав. Аналогічна позиція щодо обов'язковості застосування правових позицій безвідносно до того, проти яких держав вони ухвалені, притаманна і національним правопорядкам зарубіжних держав, що забезпечує правову визначеність під час застосування положень Конвенції та практики ЄСПЛ в Європі. Варто погодитися із М. В. Кучіним, що застосування виключно свого, заснованого на національному законодавстві та практиці, що склалася, підходу до розуміння положень ЄКПЛ, без урахування тлумачення ЄСПЛ, може призвести до її порушення і, як наслідок, відповідальності держави [13, с. 84].

Як видно, національне законодавство не проводить різниці та не встановлює правил застосування практики ЄСПЛ щодо України та іноземних держав під час розгляду справ судами, тобто обидва види практики мають застосовуватися однаково. Різниця між зазначеними видами рішень полягає в тому, що рішення проти України є обов'язковими для застосування та виконання, натомість рішення проти інших держав є обов'язковими лише для застосування, адже містять правові позиції ЄСПЛ щодо тлумачення положень Конвенції. Разом із тим на практиці виникають очевидні проблеми із застосуванням практики ЄСПЛ проти інших держав, що зумовлені низкою факторів. По-перше, відсутні не тільки офіційні переклади практики ЄСПЛ у справах проти інших держав, а й здебільшого взагалі будь-які переклади рішень, адже ЄСПЛ ухвалює рішення

англійською або французькою мовою, а Україна взяла на себе зобов'язання офіційного перекладу тільки рішень ЄСПЛ, ухвалених проти України, що виключає можливість як учасників судового провадження, так і суддів, що не володіють мовами оригіналів рішень ЄСПЛ, вдало їх застосовувати. По-друге, навіть якщо учасник справи або його представник володіє вказаними мовами та намагається обґрунтувати власну позицію посиланням на таку практику ЄСПЛ, судді часто не беруть до уваги вказану практику, аргументуючи свою позицію саме відсутністю офіційного перекладу таких рішень. По-третє, у багатьох випадках застосування практики ЄСПЛ ускладнене використанням під час вирішення конкретних справ теорій та концептів, що притаманні тій чи іншій правовій системі, зокрема англосаксонській та континентальній, а тому застосування практики ЄСПЛ із штучним перенесенням понять та концептів англосаксонської правової системи, що тлумачяться, наприклад, у справах проти Великобританії, можуть бути абсолютно незастосовними у країнах континентальної правової системи і навпаки. По-четверте, найбільші складнощі, на нашу думку, виникають навіть не через вади перекладу, а через відсутність правової культури щодо застосування ЄКПЛ та рішень ЄСПЛ під час правозастосовної діяльності, адже більшість діючих суддів виховані у традиціях нормативного позитивізму, а не природноправового мислення, на якому базується правотлумачна практика ЄСПЛ. По-п'яте, проблема застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ на рівні національного правопорядку пов'язана з необхідністю не просто знати окремі рішення ЄСПЛ, а й орієнтуватися у конвенційній системі захисту прав, ефективно оперувати понятійним апаратом та бути обізнаним з основними концепціями, принципами тлумачення ЄКПЛ з урахуванням всього масиву практики ЄСПЛ.

Таким чином, ключовою у даному контексті є проблема доступності прецедентної практики ЄСПЛ та виховання культури її застосування, що нині є досить актуальним у нашій державі. Не дивно, що недоступність великого масиву практики ЄСПЛ слугує підставою для думки деяких учених про те, що застосування практики ЄСПЛ, що не містить перекладу мовою, якою відправляється судочинство, може становити порушення прав особи. Так, А. Р. Султанов зазначає, що застосування судами неперекладених рішень ЄСПЛ порушує конституційне право особи знати своє правове становище [14, с. 86], адже лише офіційне опублікування може слугувати гарантією того, що опублікований текст повністю відповідає оригіналу, тобто тексту, що був прийнятий компетентним органом та підписаний компетентною посадовою особою [15, с. 126]. У цьому контексті варто зауважити, що відповідно до принципу субсидіарності саме на державу покладається обов'язок забезпечити ефективну систему захисту передусім на національному рівні перед зверненням до ЄСПЛ. У зв'язку із зазначеним виникає питання про те, як держава може забезпечити та гарантувати мінімальні стандарти, а також ефективний та неілюзорний захист конвенційних прав у національних органах, якщо зазначені стандарти залишаються невідомими навіть судовим органам і відсутні належні засоби опанування зазначеної практики для осіб, що не володіють мовою оригіналів рішень ЄСПЛ? На наш погляд, єдиним виходом із даної ситуації є створення єдиної електронної бази зазначених рішень, що містила б переклади практики ЄСПЛ з метою її доступності та поширення.

Ще одним питанням, що виникає у даному контексті, є питання про те, чи є застосування практики ЄСПЛ правом або обов'язком суду, інакше кажучи, чи зобов'язаний суд посилатися на норми ЄКПЛ у разі, коли сторони не роблять на них посилання.

Суддя ЄСПЛ М. де Сальвіа зазначає, що національний суддя із прийняттям Конвенції зв'язаний завданням проголошення права у якості судді з прав та свобод і, таким чином, він є першим суддею з прав людини. Отже, особа, що звертається до суду, знає, що вона має право посилатися в судах на Конвенцію у тому сенсі, в якому вона тлумачиться Страсбурзьким судом [16, с. 21]. Безперечно, учасники справи та їхні представники мають право посилатися на Конвенцію та весь масив практики ЄСПЛ, і в такому разі суд зобов'язаний розглянути та оцінити такі аргументи, адже ігнорування судом доводів сторін може свідчити про порушення права особи на справедливий судовий розгляд відповідно до п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, однією з гарантій якого є вмотивованість судових рішень. Так, у справі «*Hiro Balani v. Spain*» ЄСПЛ констатував порушення права на справедливий судовий розгляд, встановлене п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, через відмову суду вищої інстанції розглянути в своєму рішенні головні доводи, що були покладені в основу апеляційної скарги [17].

Поряд із цим варто зауважити, що на суд покладається обов'язок щодо застосування Конвенції та практики ЄСПЛ безвідносно до того, чи здійснені були посилання на зазначені джерела права учасниками справи та їх представниками. Інакше кажучи, український

суддя зобов'язаний розглядати справи з урахуванням положень Конвенції та практики ЄСПЛ з питань її тлумачення та застосування. Деякі вчені намагаються окреслити випадки «застосовності» Конвенції та практики ЄСПЛ під час здійснення правосуддя, зауважуючи, що останні мають обов'язково застосовуватися лише за наявності певних умов, а саме: 1) за наявності в українському законодавстві правових «прогалин» щодо прав людини та основних свобод, які водночас визначені в Конвенції та протоколах до неї; 2) для кращого розуміння тих положень українського законодавства, до яких були внесені зміни або доповнення на підставі відповідних рішень ЄСПЛ; 3) для реалізації на практиці таких основних принципів Конвенції, як «верховенство права», «справедливість», «справедливий баланс», «справедлива сатисфакція», оскільки в чинному вітчизняному законодавстві вони є новими категоріями та повністю не досліджені. Тоді як рішення ЄСПЛ певним чином допомагають їх зрозуміти [18, с. 73]. На нашу думку, із зазначеним твердженням погодитися не можна, адже якщо виходити із такої логіки, то Конвенцію та практику ЄСПЛ слід було б визнати допоміжними, додатковими джерелами права, проте це не відповідає природі зазначених рішень як загальнообов'язкових за чинним законодавством. Виходячи із зазначеного, не можемо погодитися також із К. Б. Дрогозюк щодо того, що вирішення національними судами справ має здійснюватися не відповідно до практики ЄСПЛ, а з урахуванням цієї практики, тобто практика ЄСПЛ має рекомендаційний характер, а не обов'язковий [9, с. 62].

Слушною слід визнати позицію із М. В. Вітрука, який зазначає, що у разі віднесення рішень ЄСПЛ до джерел національної правової системи маються на увазі не рішення як правозастосовні акти, що констатують факт порушення Конвенції, та такі, що визначають санкції у вигляді компенсації жертві – постраждалому від правопорушення, а правові позиції ЄСПЛ, що містяться у них та на основі яких були винесені вказані рішення. При цьому зазначені правові позиції не діють автоматично. Необхідне їх глибоке розуміння, розкриття смислу та включення в процес аргументації та ухвалення рішення у конкретній справі [19]. Для правильного застосування рішень ЄСПЛ необхідна наявність у правозастосовувача знань та вмінь щодо виокремлення у структурі прецеденту *ratio decidendi* з метою правильного застосування зазначеного правоположення, адже неправильне застосування положень Конвенції та практики ЄСПЛ може бути підставою для скасування або зміни судових рішень у разі їх перегляду судами вищих інстанцій. Поряд із цим у судовій практиці трапляються випадки неправильного використання практики ЄСПЛ, коли рішення ЄСПЛ застосовуються недоречно, без розуміння особливостей застосовності тієї чи іншої статті Конвенції, або ж коли у рішеннях національних судів замість правоположення *ratio decidendi* цитується позиція Уряду чи заявника у справі, а також коли суд відмовляє у взятті до уваги аргументів сторін, заснованих на положеннях Конвенції та практиці ЄСПЛ, через відсутність офіційного перекладу такої практики українською мовою. У зв'язку із зазначеним, на наш погляд, Вищій кваліфікаційній комісії суддів України слід впровадити такий критерій оцінки суддів на кваліфікаційну спроможність здійснювати свої повноваження, як випадки відмови чи неправильного застосування без належного мотивування Конвенції та правових позицій ЄСПЛ, в яких викладено гарантії захисту конвенційних прав, під час здійснення судочинства.

У юридичній практиці автора мав місце випадок, коли, не бажаючи застосовувати рішення ЄСПЛ у справі «*Stretch v. United Kingdom*», суди апеляційної та касаційної інстанції у справі за позовом прокурора про скасування розпоряджень органу місцевого самоврядування та визнання недійсним договорів оренди земельної ділянки (справа №922/5945/14; №922/4981/13) зазначив, що «наведена практика не стосується даного або тотожного даному предмету спору» [20; 21]. В інших справах господарські суди також вказують, що обставини справ істотно відрізняються, або наводять інші мотиви незастосування ними цього рішення (постанови Верховного Суду України від 11.05.2016 р. у справі № 6-2903цс15 [22], від 03.02.2016 р. у справі № 6-427цс15 [23], постанова Вищого господарського суду України від 10.03.2016 р. у справі № 911/3269/14 [24]).

У вищезазначеному рішенні ЄСПЛ заявник скаржився на порушення права на мирне володіння майном, передбачене ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, через те, що його позбавили можливості отримання вигоди від продовження строку дії договору оренди земельної ділянки з місцевим органом влади, який передбачив таку можливість у цьому договорі. В апеляційній скарзі на рішення суду першої інстанції представник позивача також скаржився на порушення права на мирне володіння майном внаслідок вилучення у нього земельної ділянки, що була надана в оренду, однак суд апеляційної інстанції, замість

того, щоб застосовувати правову позицію *ratio decidendi* щодо тлумачення ст. 1 Першого протоколу Конвенції, висловлену ЄСПЛ у своєму рішенні, почав порівнювати обставини справи та предмет спору, що в принципі не можуть бути тотожними у випадках посилання на рішення у справах, ухвалених проти інших держав. На наш погляд, **національні суди у разі застосування практики ЄСПЛ мають керуватися виключно виробленими ЄСПЛ усталеними критеріями застосовності тієї чи іншої статті Конвенції, а не критеріями тотожності обставин справи.** У вищезазначеній справі, на наш погляд, ключовим у застосуванні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції є автономне тлумачення поняття «майно» у практиці ЄСПЛ, під яким розуміють права, які 1) мають економічну цінність; 2) є цивільними за природою і 3) достатньо визначені для того, або бути забезпеченими можливістю судового захисту [25, с. 212], **а тому національний суд мав проаналізувати справу не з точки зору застосовності чи незастосовності конкретного рішення ЄСПЛ, а з точки зору порушення права на мирне володіння майном як конвенційного права.**

Як бачимо, у наведених справах українські суди відмовлялися застосовувати практику ЄСПЛ, хоча сторони здійснювали посилання на неї. На жаль, такі випадки є непоодинокими. Варто звернути увагу, наприклад, на спрощену та подекуди механістичну практику застосування у національному судочинстві рішень ЄСПЛ щодо тлумачення ст. 5 Конвенції, яка передбачає право на свободу та особисту недоторканність. У цьому контексті окремої уваги заслуговує Збірка Української Гельсінської спілки з прав людини та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, що вийшла друком у 2017 р. під назвою «Дослідження практики національних судів PRECEDENT UA 2016» [26], в якій проаналізована національна судова практика застосування українськими судами рішень ЄСПЛ щодо порушення ст. 5 Конвенції. Вдалою видається використана авторами методологія дослідження застосування національними судами практики ЄСПЛ за допомогою оцінки рішень національних судів з погляду їх релевантності за чотириступеневим тестом. Так, критерій релевантності «1» застосовувався у разі неправильного застосування рішень ЄСПЛ та застосування рішень ЄСПЛ, в яких констатовано порушення ст. 5 Конвенції у видах судочинства, до юрисдикції яких питання реалізації права на свободу не належить апріорі. За критерієм «2» оцінювались судові рішення, якщо посилання на рішення ЄСПЛ містилося у рішенні, пов'язаному із забезпеченням права особи на свободу та особисту недоторканність, проте у таких рішеннях містилася лише згадка про рішення ЄСПЛ або ж частково була відображена позиція ЄСПЛ, яка, однак, не була належним чином інтегрована в судове рішення відповідним мотивуванням. За критерієм «3» оцінювалися судові рішення, в яких відображено вдале та належне застосування практики ЄСПЛ в аналізованій категорії справ. Критерій «4» було використано для оцінки тих випадків, коли судове рішення, пов'язане із реалізацією права на свободу та особисту недоторканність, передбачало застосування практики ЄСПЛ для вирішення питання, яке не врегульоване або неналежним чином урегульоване в національному законодавстві. При цьому рішення з критеріями «1» та «2» були визнані нерелевантними за підсумками дослідження [26, с. 12-13]. У результаті моніторингу було з'ясовано, що судді лише 265 судів із 726 судів України у період з 1 січня 2006 р. по 2 червня 2016 р. послуговувалися рішеннями ЄСПЛ щодо ст. 5 Конвенції релевантно [26, с. 24]. Слушним у цьому контексті є висновок одного із суддів, що були нагороджені відзнакою за найкраще застосування практики ЄСПЛ у національних судах, В. Лашевича, який зазначив, що застосування практики ЄСПЛ гарантує, що в державі буде дотримуватися принцип верховенства права, а не закону. Адже саме про це говорить наша Конституція. Якщо порушуються права людини, то Закон, який їх порушує, має бути або скасований або змінений [26, с. 29]. На нашу думку, нині ми маємо досить нормативно-правових актів для регулювання національних правовідносин, однак застосовувати їх необхідно, враховуючи принципи, покладені в основу Конвенції та практики ЄСПЛ.

Крім того, ратифікація Україною Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції також сприяє гармонізації національного законодавства з європейськими стандартами. Відповідно до ч. 5 ст. 403 ЦПК суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики. На наш погляд, в контексті Протоколу № 16 до Конвенції як випадок наявності виключної правової проблеми доцільно розглядати передусім складні випадки застосування Конвенції та практики ЄСПЛ, що мають виняткове значення для розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики.

Висновки.

Таким чином, проведений аналіз дозволяє зробити висновок, що нині відчутні істотні проблеми у застосуванні практики ЄСПЛ під час розгляду та вирішення справ у національних судах, що пов'язані передусім із недоступністю рішень ЄСПЛ, ухвалених проти інших держав, через відсутність їх перекладів, а також браком загальної культури та навичок застосування практики ЄСПЛ як серед учасників процесу, так і серед суддів, що потребує невідкладних заходів з боку держави, пов'язаних зі створенням відповідних баз даних із доступними перекладами практики ЄСПЛ українською, а також вироблення певних рекомендацій вищих судових інстанцій та надання ними прикладів застосування відповідних джерел права під час відправлення правосуддя, що здатне підвищити загальну культуру застосування практики ЄСПЛ під час відправлення правосуддя в судах нижчих інстанцій.

Список використаних джерел:

1. Туманов В. А. Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности / В. А. Туманов. – М.: НОРМА, 2001. – 304 с.

2. Алкема Е. А. Юридические последствия ратификации Российской Федерацией Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека (включая 11- й протокол) / Е. А. Алкема. – СПб. : Россия-Нева, 1996. – 259 с.

3. Васильєв С. В. Місце практики Європейського суду з прав людини в цивільному судочинстві України / С. В.. Васильєв // Проблеми законності. – 2012. – Вип. 120. – С. 70–82.

4. Стоянова Т. Практика Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України / Т. Стоянова // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – С. 55–58.

5. Лазарев В. В. Место решений Европейского суда по правам человека в национальной правовой системе / В. В. Лазарев, Е. Н. Мурашова // Журнал российского права. – 2007. – № 9. – С. 110–124.

6. Курдюков Г. И. Международный и конституционно-правовой аспекты юридической природы постановлений Европейского суда по правам человека / Г. И. Курдюков, С. В. Александров // Юридический мир. – 2012. – № 6. – С. 46–50.

7. Марченко М. Н. Юридическая природа и характер решений Европейского суда по правам человека / М. Н. Марченко // Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 11–19.

8. Комаров В. В. Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод і практика судочинства / В. В. Комаров // Проблеми теорії та практики цивільного судочинства / за заг. ред. В. В. Комарова. – Х.: Харків юридичний, 2008. – С. 13-38.

9. Дрогозюк К. Б. Процесуально-правовий характер рішень Європейського суду з прав людини в доказуванні в цивільному процесі України / К. Б. Дрогозюк // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2016. – № 2. – С. 58-63.

10. Фулей Т. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів / Т. Фулей. – К., 2015. – 208 с.

11. Вильдхабер Л. Прецедент в Европейском Суде по правам человека / Л. Вильдхабер // Государство и право. – 2001. – № 12. – С. 5–17.

12. «Artico v. Italy», no. 6694/74, 13 March 1980. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424

13. Кучин М. В. Права человека и проблема применения в Российской Федерации прецедентного права Совета Европы / М. В. Кучин // Российский юридический журнал. – 1998. – № 4. – С. 80–87/

14. Султанов А. Р. Влияние на право России Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод» и прецедентов Европейского суда по правам человека, взгляд практика / А. Р. Султанов // Журнал российского права. – 2007. – № 12. – С. 85–92.

15. Абдрашитова В. З. Прецедентный характер решений Европейского суда по правам человека / В. З. Абдрашитова // Журнал российского права. – 2007. – № 9. – С. 125–131.

16. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – 1072 с.

17. «Hiro Balani v. Spain», no. 18064/91, 09 December 1994. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57910

18. Паліюк В. П. Запровадження європейських стандартів у галузі прав людини в українську судову практику / В. П. Паліюк // Юридичний журнал. – 2008. – № 7. – С. 73–81.

19. Витрук Н. В. О некоторых особенностях использования решений Европейского суда по правам человека в практике Конституционного Суда Российской Федерации и иных судов / Н. В. Витрук // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы: сборник докладов. – М., 2006. – С. 183–193.

20. Постанова Харківського апеляційного господарського суду від 01 квітня 2015 р. у справі № 922/4981/13. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43412504.

21. Постанова Вищого господарського суду України від 28 жовтня 2015 р. у справі № 922/5945/14. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53103354.

22. Постанова Верховного Суду України від 11.05.2016 р. у справі № 6-2903цс15.

[Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57899677.

23. Постанова Верховного Суду України від 03.02.2016 р. у справі № 6-427цс15. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57169336.

24. Постанова Вищого господарського суду України від 10.03.2016 р. у справі № 911/3269/14. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56450795.

25. Карнаух Б. П. Поняття майна в контексті ст. 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод / Б. П. Карнаух // Проблеми законності. – 2016. – № 132. – С. 205-214.

26. Precedent- 2016 / В. Лутковська, В. Щепоткіна, В. Капустинський [та ін.]. – К.: КВІЦ, 2017. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2018/01/PrecedentUA_2016_zbirka_.pdf

Статья посвящена анализу проблемных вопросов, которые возникают во время применения практики Европейского суда по правам человека национальными судами. На основе анализа научной литературы и судебной практики выделяются негативные факторы, которые осложняют эффективное и правильное применение практики Европейского суда по правам человека на уровне национального правопорядка, а также предлагаются пути их преодоления.

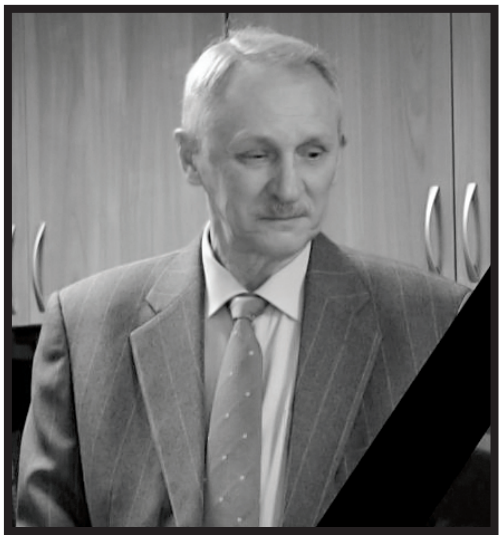
Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, решения европейского суда по правам человека, Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

The article is devoted to the analysis of problem issues that arise during the applying of the practice of the European Court of Human Rights by national courts. The author analyzed negative factors that complicate the effective and correct applying of the practice of the European Court of Human Rights at the level of the national legal order and proposed ways of overcoming them.

Key words: European Court of Human Rights, judgments of the European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.

ПАМ'ЯТІ ПЕТРА ІВАНОВИЧА ЛАПЕЧУКА

Пішов із життя науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України Лапечук Петро Іванович



Лапечук Петро Іванович, канд. с/г наук, старший науковий співробітник. В Інституті працював з 1 лютого 2001 року. З 2016 року керував Центром законопроектної роботи в Інституті.

Постійно працював над такими завданнями:

– методологічне дослідження проблем охорони довкілля;

– аналіз законодавчої бази щодо охорони довкілля в сучасних умовах;

– екологічні проблеми підприємницької діяльності в системі агропромислового комплексу;

– проблеми вдосконалення правового регулювання охорони довкілля, у тому числі за допомогою економічних важелів, екологічного аудиту, страхування тощо.

За час роботи в Інституті П.І. Лапечук опублікував більше 50 наукових статей, опрацював більше 200 законопроектів (надіслав до Верховної Ради України науково-правові висновки щодо них), надавав допомогу Верховному Суду України та Конституційному Суду України з питань застосування земельного й екологічного законодавства, брав участь у розробленні проекту Екологічного кодексу України. Зокрема, вагомим внеском у науку та практику є такі його напрацювання:

1) укладення чотиритомного видання «Екологічне законодавство України» (у співавторстві);

2) проведення постійних семінарів на тему «Методологічні та методичні вимоги до опрацювання законопроектів»;

3) підготовка «Методичних вказівок щодо вибору та попередньої оцінки природоохоронних заходів для фінансування з Державного фонду охорони навколишнього природного середовища»;

4) монографія «Актуальні питання договірних відносин у сфері використання земельних ресурсів» (у співавторстві);

5) розділ «Здійснення та захист цивільних прав громадян на водокористування» в монографії «Особливості здійснення суб'єктивних прав учасниками цивільних відносин»;

6) «Науково-практичний коментар статей 373, 374 Цивільного кодексу України та статей 83, 84 Земельного кодексу України щодо права власності на землю держави та органів місцевого самоврядування» (у співавторстві);

7) розділ «Особливості правового регулювання охорони та захисту майнових прав в сфері охорони довкілля в Україні та ЄС (з додатками у вигляді таблиць)» у монографії «Механізми забезпечення майнових прав та інтересів в Україні та Європейському Союзі в контексті концепції сталого розвитку» (у співавторстві);

8) розділ «Правові аспекти приведення у відповідність до вимог ЄС системи технічного регулювання у сфері господарської діяльності в Україні» у монографії «Забезпечення міжнародної приватноправової інтеграційної стратегії України» (у співавторстві).

П.І. Лапечук тривалий час викладав в Інституті післядипломної освіти Київського національного університету імені Тараса Шевченка та в Академії муніципального управління. Був членом Вченої ради Інституту законодавчих передбачень та правових експертиз.

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.