ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

6 2018 (268)

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

Олександр Бігняк
Правова природа та класифікація форм захисту корпоративних прав 6

Марина Великанова
Загальна характеристика цивільно-правових способів впливу на ризик 11

Наталія Грущинська
Відповідальність сторін за договором про надання ріелторських послуг 17

Наталія Давидова
Академічна свобода та автономія закладу освіти: межі здійснення 21

Сергій Дронов
Методологія дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства 25

Юрій Жорнокуй
Викуп акцій мажоритарним акціонером: за та проти 30

Альона Мамушкіна
Визначення розміру відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок вчинення терористичного акту 35

Анна Мисишин
Джерела правового регулювання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів в Україні 41

Ілля Наставний
Нормативно-правове регулювання відносин у сфері професійного спорту в Україні 46

Андрій Недошовенко
Судовий порядок укладання договору будівельного підряду 52

Артем Самусь
Класифікація торговельних марок у праві США та України: порівняльно-правовий аналіз 61

Ірина Сенюта
Правочин як підстава виникнення цивільних правовідносин у сфері надання медичної допомоги 66

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ольга Бакалінська, Сергій Чаплян
Суспільний договір як основа для виникнення та розвитку криптовалют 71

Анна Бучинська, Діана Машевська
Оперативно-господарські санкції у сфері електропостачання.....76

Олена Гончаренко
Види обмежень саморегулювання господарської діяльності.....82

Юлія Кабенок
Загальна характеристика відносин арбітражного управління
у процедурі банкрутства.....87

Наталія Лещенко
Господарсько-правові санкції за порушення договору підряду
на проведення проектних і дослідних робіт: проблеми теорії
та правозастосування.....96

Костянтин Оверковський
Правові аспекти внесення прав промислової власності
до статутного капіталу товариства.....102

Ярослав Петруненко
Поняття державної підтримки суб'єктів господарювання
як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів.....110

ТРУДОВЕ ПРАВО

Людмила Вакарюк
Фактори, що зумовлюють соціальну сутність правового режиму
в трудовому праві України.....116

Іванна Волошин
Щодо проблеми соціального захисту малозабезпечених громадян
соціальними гуртожитками в Україні.....122

Олена Коваленко, Роман Шабанов
Дискримінація чи єдність та диференціація правового регулювання
трудових відносин: що нівелюється МОЗ на шляху досягнення
гендерної рівності в Україні.....128

АГРАРНЕ ПРАВО

Тетяна Оверковська
Правові засади екологізації сільськогосподарського виробництва.....136

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Вікторія Сидор
Оцінка впливу на довкілля: закон працює, проблеми залишаються.....142

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Андрій Благодарний
Методологія дослідження правової регламентації
адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів.....147

Ярослав Буряк
Процедура громадської експертизи діяльності органів публічного управління:
на прикладі Львівської обласної державної адміністрації.....152

Євгенія Гусєва
Про розвиток нових форм участі громадян у забезпеченні
безпеки дорожнього руху: до питання становлення та розвитку.....156

Владислав Карелін
Щодо координації діяльності суб'єктів застосування
адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань.....162

Олена Карнаух
Промислові відходи як предмет адміністративно-правового регулювання:
вітчизняний та зарубіжний досвід.....168

Наталія Коломоєць
Повноваження освітнього омбудсмена у сфері захисту прав дитини.....173

Віталій Кондратенко
Сучасна модель системи адміністративно-правових засобів
соціального забезпечення осіб з інвалідністю.....177

Богдан Остропільський
Організаційно-правове забезпечення реєстрації прав власності на нерухомість
у державах-членах ЄС континентальної (наполеонівської) групи.....182

Олександр Падалка
Становлення та розвиток діяльності органів поліції Польської Республіки.....187

Євгеній Паніотов
Правовий статус Національного центрального бюро Інтерполу
в структурі Національної поліції України.....191

Ярослав Сідей
Розмежування адміністративної юрисдикції з іншими видами
юрисдикції у сфері судової компетенції.....196

Олександр Сливка
Постаудит як форма митного контролю в Україні та його перспективи.....201

В'ячеслав Турчин
Закордонний досвід створення єдиного реєстру нерухомості.....204

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Яна Троян
Інститут забезпечення конституційних прав і свобод:
поняття, основні ознаки.....210

Олена Чернеженко
Розвиток процесу децентралізації в Румунії.....216

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Микола Караман
Співвідношення ритуалу та судового ритуалу в соціальному регулюванні.....223

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Олена Калашнікова
Сутність і зміст поняття інформаційних технологій у державній митній справі.....226

Дарія Маріц
Правове регулювання порядку фіксації юридичних фактів в інформаційній сфері.....231

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Олексій Артикуленко
Правосуб'єктність юридичної особи: сучасні виклики та невирішені питання.....238

Іванна Полонка
Механізм неправомірної поведінки в теорії права : авторський підхід.....243

Олександр Пучков
Поняття та ознаки сучасного правопорядку у сфері національної безпеки.....248

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Андрій Боровик
Про деякі змістові елементи комплексного та індивідуального планування заходів
із запобігання злочинам в установах виконання покарань.....253

Наталія Грищенко
Соціальна зумовленість кримінальної відповідальності
за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації..... 258

Михайло Кондра
Вплив принципу рівності на форми реалізації кримінальної відповідальності..... 263

Ірина Медведєва
Відповідальність за ухилення
від військової служби..... 269

Антон Монаєнко
Законне затримання та арешт особи за порушення митних правил
і контрабанду з урахуванням практики Європейського суду з прав людини..... 276

Володимир Тертишник, Олександр Кошовий
Доктринальні проблеми відповідальності за зловживання на фондовому ринку 283

Віталій Топольник
Психологічна характеристика особливостей проведення слідчих дій
під час розслідування крадіжки..... 289

КРИМІНОЛОГІЯ

Олена Бугера
Інтернет речей та запобігання злочинності..... 295

Марина Гричанюк
Історичні передумови протидії злочинності неповнолітніх..... 299

Віталій Топольник
Соціально-психологічна характеристика особистості крадія..... 303

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Asif oglu Gadirov Khanoglan
Evolution way and development history of criminal procedure law in Azerbaijan..... 308

Сергій Лисаченко
Окремі примусові засоби отримання відомостей від особи
у кримінальному досудовому провадженні у контексті свободи від самовикриття
та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї..... 316

КРИМІНАЛІСТИКА

Володимир Гірук
Тактичні ризики під час допиту малолітніх потерпілих
від насильницьких злочинів..... 322

Олександр Павлюк
Тактичні особливості отримання показань у кримінальних провадженнях
про вбивства осіб похилого віку та одиноких осіб, пов'язаних
із заволодінням їхнім майном..... 328

СУДОУСТРІЙ

Максим Гетманцев
Правова природа висновку експерта в галузі права..... 333

ПРОКУРАТУРА

Катерина Сляднєва
Зміна обвинувачення прокурором як форма реалізації диспозитивності..... 338

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

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Фидан Худиева
Содержание самообороны государств в современном международном праве..... **343**

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 № 6 від 27.06.2018 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 02.07.2018. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 40,46. Обл.-вид. арк. 36,20
Тираж – 255. Замовлення № 0718/73
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 347.721.036(477)

Олександр Бігняк,
канд. юрид. наук, доцент кафедри
права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВА ПРИРОДА ТА КЛАСИФІКАЦІЯ ФОРМ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

Стаття присвячена аналізу визначення правової природи та класифікації форм захисту корпоративних прав. Аналізується законодавство і судова практика з урахування змін до процесуального законодавства, обґрунтовуються пропозиції в частині удосконалення національного законодавства.

Ключові слова: корпоративні права, захист корпоративних прав, форми захисту корпоративних прав, способи захисту корпоративних прав, засоби захисту корпоративних прав, порядок захисту корпоративних прав

Постановка проблеми. З розвитком корпоративних відносин актуальною стає проблема захисту корпоративних прав, вибору ефективного механізму попередження порушень у даній сфері за допомогою форм, способів та засобів захисту, що притаманні саме корпоративним правовідносинам. Питання захисту корпоративних прав потребує наукового переосмислення теоретичних аспектів у зв'язку з тим, що відбувається зближення різних галузевих засобів, способів та форм захисту корпоративних прав та інтересів. Крім цього, актуальність дослідження складників захисту корпоративного права пов'язана з необхідністю забезпечення ефективних не тільки форм, але й способів захисту прав, неправильність вибору яких має наслідком втрату часу та, як правило, утруднює відновлення порушених прав. Поряд із тим, що захист включає в себе елементи як матеріального, так і процесуального порядку, вони взаємопов'язані та доповнюють один одного. Прийнято під формою захисту розглядати судовий або адміністративний порядок. У ст. 124 Конституції України зафіксовано, що правосуддя здійснюється виключно судами. Вона гарантує усім фізичним та юридичним особам захист їхніх прав. Ця форма захисту певною мірою стосується й корпоративних правовідносин. Стаття 4 ЦПК України фіксує, що будь-яка зацікавлена особа вправі звернутися до суду за захистом порушеного або оспорюваного права. Відповідно до пп. 1 і 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. № 7 «Про посилення судового захисту прав і свобод людини та громадянина», вся діяльність судів повинна підпорядковуватися захисту прав та свобод [1, с. 2-4]. Оскільки повноваження судів поширюються на всі правовідносини, що виникають у державі, суди не можуть відмовляти фізичним чи юридичним особам у прийнятті до судового розгляду заяв та звернень. Суди також не мають права відмовити в судовому захисті прав і свобод людини та громадянина, у прийнятті скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб із підстав, не передбачених Конституцією чи законом. У ст. 55 Конституції України зазначено, що права і свободи людини та громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження у суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [2, с. 28].

Отже, форми (юрисдикційні, неюрисдикційні), способи (визнання права, стягнення заборгованості, заборона вчиняти певні дії і т. д.), засоби (скарга, позовна заява і т. д.), через які відбувається дослідження категорії захисту, по-перше є складниками інституту правового захисту, та для повного розуміння його варто мати уніфіковане уявлення про всі складові елементи даного інституту. Саме такий підхід та проведення системної наукової розробки всіх елементів інституту захисту прав, у тому числі корпоративних прав, стане підставою для оптимізації корпоративного законодавства України.

Аналіз останніх досліджень. Питання захисту прав були предметом багатьох наукових розвідок. Так, В. П. Грибанов зазначав, що за своїм матеріально-правовим змістом захист включає в себе: по-перше, можливість уповноваженої особи використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу на правопорушника, захищати належне йому право власними діями фактичного порядку (самозахист цивільних прав); по-друге, можливість застосування безпосередньо самою уповноваженою особою юридичних заходів оперативного впли-

© О. Бігняк, 2018

ву на правопорушника; по-третє, можливість уповноваженої особи звернутися до компетентних державних чи громадських органів з вимогою спонукання особи до певної поведінки [3, с. 107]. Проблемам визначення форм, способів та засобів захисту прав присвячували свої праці О. А. Беляневич, В. В. Бутнєв, В. В. Дунаєв, П. Є. Недбайло, В.М. Горшеньов, О. А. Ломакіна, М. О. Рожкова, І. М. Злакоман, О. Г. Хрімлі, Г. А. Свердлик, Е. Л. Страунінг, Г. П. Тимченко, М. С. Шакарян, В. П. Воложанін, Г. П.Арефьєв, С. В. Курильов та інші. Безпосередньо формам захисту корпоративних прав присвячені роботи О. М. Вінник, І. В. Спасибо-Фатєєвої, О. Р. Кібенко, О. В. Зудіхіна та ін.

Метою статті є науковий аналіз правової природи форм захисту корпоративних прав та їх класифікація з урахуванням оновленого процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Починаючи дослідження поняття форм захисту корпоративних прав, слід зауважити, що поряд із відсутністю в законодавстві визначення «захист права», неоднозначністю доктринальних підходів, національне законодавство не містить і поняття «форма захисту», навіть не оперує таким терміном, підмінюючи його або використовуючи терміни «порядок захисту», «способи захисту». Однак «засоби», «способи» та «форми» захисту не є тотожними поняттями, всі вони входять до системи захисту прав, є його ключовими елементами але несуть різне смислове навантаження та мають різний зміст.

Перш ніж визначитися з правовою природою поняття «форма захисту», варто зазначити, що форма захисту та процесуальна форма – це нетотожні поняття та їх не можна змішувати. Про необхідність відмежувати категорію «форма захисту суб'єктивного права» від суміжних категорій – «процесуальна форма», «юридичний процес», «механізм захисту права», «спосіб захисту», «форма правового захисту», «форма вирішення спорів» – для того, щоб внести певну ясність і впорядкувати понятійний апарат теорії права у розглянутій сфері, зазначала ще у своїх дослідженнях В. В. Болгова [4].

Поряд із цим у науковій літературі пропонується форму захисту розглядати в матеріальному та процесуальному плані. У матеріальному розумінні форма захисту суб'єктивного права – це характер відновлення порушеного права та/або законного інтересу або запобігання загрозі порушення. При цьому виокремлюють такі форми захисту: повне або повне і часткове відновлення порушеного суб'єктивного права та/або законного інтересу (запобігання загрозі їх порушення).

Стосовно процесуального аспекту форма захисту суб'єктивного права захисту розглядається як порядок, в якому той чи інший уповноважений орган (суб'єкт) здійснює захист як особливий вид правомірної діяльності [4]. Таке розмежування є спірним з огляду на те, що варто згадати й про процедурний аспект, який характерний для неюрисдикційних форм захисту та притаманний матеріальному праву. Крім того, є певне ототожнення такого підходу з формами вирішення спорів, що різняться, незважаючи на певну схожість. Адже форми захисту варто відрізняти від форм вирішення спорів, оскільки ці поняття не тотожні, адже не кожна форма правового захисту застосовується у вирішені спорів і не кожна форма вирішення спорів забезпечує правовий захист. Так, якщо ми звернемося до аналізу форм правового захисту корпоративних прав, то вибір такої форми захисту, як нотаріальна, не можливий через відсутність зв'язку між корпоративним спором та нотаріатом як різновидом альтернативних форм захисту з вибором способу захисту порушеного суб'єктивного регулятивного права, що визначено охоронною нормою права. І не кожна форма вирішення спору забезпечує правовий захист, тут може йтися про претензійний порядок, який має бути і в корпоративних правовідносинах, між тим не виконує мету захисту, хоча належить до неюрисдикційних форм захисту матеріального права. Такий висновок аргументується допоміжним характером претензійної форми захисту, її необов'язковістю та диспозитивністю, а в окремих випадках – недоцільністю використання з позиції відсутності правової традиції та законодавчої регламентації процедурності врегулювання спору про право.

Таким чином, форма правового захисту має охоронно-правову природу, залежить від матеріально-правової вимоги, є елементом інституту захисту, що опосердковується певним процесуальним або процедурним порядком, визначеним нормами матеріального та процесуального права, що спрямовані на відновлювання (визнання) порушених (оспорюваних) прав і законних інтересів.

Стосовно видів форм захисту цивільних прав, слід констатувати що найбільш загальною класифікаційною основою форм захисту корпоративних прав виступає суб'єкт, правомочний здійснювати захист суб'єктивних прав. На користь цього є обґрунтовані твердження Г. А. Свердлика і Е. Л. Страунінга [5, с. 37] про те, що форма захисту вказує на суб'єкта, що здійснює заходи захисту, тим самим визначаючи його як основну, кваліфі-

куючу ознаку однієї форми по відношенню до інших. Так, Г. П. Тимченко, користуючись суб'єктним критерієм, поділяє форми захисту суб'єктивних прав та інтересів на судову, альтернативну, нотаріальну [6, с. 69]. М. С. Шакарян поділяє форми захисту суб'єктивних прав громадян, визначені законодавством, на три категорії: судову, громадську та адміністративну [7]. В. П. Воложанін виділяє безспірну форму захисту права (самостійно здійснювані права управомо ченою особою і примусово здійснювані права в адміністративному порядку) і спірну форму захисту права (судову, громадську, адміністративний розгляд і вирішення цивільних справ) [8].

Сучасна правова доктрина, реформування судочинства в незалежній Україні та уніфікація судових процесів, яка відбулася з прийняттям наприкінці 2017 року оновлених процесуальних кодексів, дозволяють сьогодні підтримати позицію щодо класифікації порядків форм захисту на загальний, спеціальний та виключний, деталізувавши їх. Вибір форми захисту буде залежати як від суб'єкта звернення за захистом, так і від об'єкта захисту і матеріально-правової вимоги. Лише у сукупності таких складників захисту варто говорити про форми захисту корпоративних прав.

Якщо класифікувати форми захисту корпоративних прав, враховуючи сучасні напрацювання з питань теорії права, то форми правового захисту поділяються на юрисдикційні та неюрисдикційні, а порядки форм захисту своєю чергою поділяються на загальний, спеціальний та виключний.

Учасники корпоративних відносин можуть використати як юрисдикційну, так і неюрисдикційну форму захисту своїх корпоративних прав. Юрисдикційна форма захисту корпоративних прав включає порядок захисту господарськими судами та здійснення відповідних дій у межах визначеної законодавством компетенції органом державної влади (йдеться про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку – державний колегіальний орган, що підпорядковується Президенту України та підзвітний Верховній Раді України). І тут очевидним є поділ порядку юрисдикційної форми захисту на загальний та спеціальний.

Загальний порядок форми правового захисту включає в себе процесуальний порядок, що здійснюється виключно господарськими судами із застосування позовного провадження, адже законодавець чітко визначив виключну підвідомчість корпоративних спорів господарським судам, незважаючи на суб'єктний та предметний критерій, віддавши перевагу імперативній нормі закону. Так, відповідно до ст. 20 ГПК України до юрисдикції господарських судів віднесені: 1) справи у спорах, що виникають із корпоративних відносин, у тому числі в спорах між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (засновником, акціонером, членом), у тому числі учасником, який вибув; пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів; 2) справи у спорах, що виникають із правочинів щодо акцій, часток, паїв, інших корпоративних прав у юридичній особі, крім правочинів у сімейних та спадкових правовідносинах; 3) справи у спорах між юридичною особою та її посадовою особою (у тому числі посадовою особою, повноваження якої припинені) про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі діями (бездіяльністю) такої посадової особи, за позовом власника (учасника, акціонера) такої юридичної особи, поданим в її інтересах.

Право на звернення учасника корпоративних відносин за захистом свого порушення корпоративного права або охоронюваного інтересу передбачено ст. 4 ГПК України, якою надано право на звернення до господарського суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав та законних інтересів юридичним особам, фізичним особам-підприємцям, фізичним особам, які не є підприємцями, державним органам, органам місцевого самоврядування. Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, які становлять систему судоустрою в Україні: місцевими судами; апеляційними судами; Верховним Судом. Місцевими господарськими судами є окружні господарські суди, які становлять суд першої інстанції. У складі Верховного Суду діють: Велика Палата Верховного Суду та чотири касаційних судів, серед яких – Касаційний господарський суд, у якому обов'язково створюються палати для розгляду справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів. Варто зазначити, що поділ справ щодо корпоративних спорів та корпоративних прав є науково не виправданим з огляду на те, що справи щодо корпоративних прав і є частиною корпоративних спорів, що, звичайно, не можна зазначити щодо цінних паперів, адже певну категорію справ щодо цінних паперів не можна віднести до корпоративних спорів. Така невизначеність та законодавча неточність ще раз підтверджує необхідність на законодавчому рівні визначитися, що таке корпоративний спір та які категорії справ становлять перелік корпоративних спорів.

Під спеціальним порядком юрисдикційної форми правового захисту корпоративних прав розуміють адміністративний порядок, що здійснюється у процедурному порядку шляхом звернення до вищого органу чи посадової особи для захисту корпоративних прав (йдеться, як зазначалось, про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку) відповідно до Закону України «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30.10.1996 [9] та Правил розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затверджених рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 11.12.2007 [10].

Адміністративний порядок юрисдикційної форми захисту характеризується тим, що конфлікт вирішується органом, який не є учасником спірного правовідношення, але пов'язаний з одним або декількома учасниками спірного правовідношення відповідними правовими організаційними відносинами. Відповідно до Указу Президента України «Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку» від 23.11.2011 в редакції від 07.04.2015, на НКЦПФР покладено завдання щодо захисту прав інвесторів шляхом здійснення заходів щодо запобігання і припинення порушень законодавства на ринку цінних паперів та законодавства про акціонерні товариства, застосування санкцій за порушення законодавства у межах своїх повноважень [11]. О. М. Вінник зазначає, що розв'язання конфлікту компетентними державними органами в межах наданих їм повноважень застосовується в разі, якщо корпоративний конфлікт зачіпає публічні інтереси (на ринку цінних паперів: наприклад, щодо проведеного з порушенням установлених вимог розміщення додаткових акцій, у результаті якого зменшуються частки окремих чи навіть багатьох акціонерів у статутному капіталі АТ; у сфері економічної конкуренції, зокрема, щодо набуття одним акціонером без отримання попереднього дозволу Антимонопольного комітету чи Кабінету Міністрів України значного за розмірами пакета акцій АТ, що призводить до кваліфікованої економічної концентрації), захист яких потребує оперативного втручання держави з метою попередження чи зменшення негативних наслідків таких конфліктів [12]. Прикладом припинення правопорушень у сфері корпоративних правовідносин із застосуванням адміністративного (спеціальний порядок) захисту корпоративних прав є проведення за зверненням акціонера (-ів) нагляду за реєстрацією акціонерів, проведенням загальних зборів, голосуванням та підбиттям його підсумків на загальних зборах акціонерних товариств.

Отже, носії корпоративних прав у разі порушення мають можливість вибору юрисдикційної форми захисту між судовим та адміністративним порядком захисту своїх прав, у разі якщо такий порядок передбачений законом, і рішення, прийняте в адміністративному порядку, може бути оскаржене у суді (ч. 3 ст. 17 ЦК).

Поряд із юрисдикційними формами захисту корпоративних прав існує неюрисдикційна форма захисту, до якого належить, зокрема: медіація, заходи оперативного впливу та самозахист, спрямовані на відновлення порушених елементів правового статусу учасників корпоративних відносин, а також усунення загрози їх порушення без звернення до судових та інших уповноважених органів. Але то вже тема окремого дослідження.

Висновки.

Дослідження правової природи форм захисту корпоративних прав дозволило дійти висновку про те, що форма правового захисту має охоронно-правову природу, залежить від матеріально-правової вимоги, є елементом інституту захисту, що опосередковується певним процесуальним або процедурним порядком, визначеним нормами матеріального та процесуального права, що спрямовані на відновлювання (визнання) порушених (оспорюваних) прав і законних інтересів. Форми правового захисту поділяються на юрисдикційні та неюрисдикційні, а порядки форм захисту своєю чергою поділяються на загальний, спеціальний та виключний. Юрисдикційна форма захисту корпоративних прав включає порядок захисту господарськими судами та здійснення відповідних дій у межах визначеної законодавством компетенції органом державної влади (йдеться про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку – державний колегіальний орган, що підпорядковується Президенту України та підзвітний Верховній Раді України). І тут очевидним є поділ порядку юрисдикційної форми захисту на загальний та спеціальний. Загальний порядок форми правового захисту включає в себе процесуальний порядок, що здійснюється виключно господарськими судами із застосування позовного провадження, адже законодавець чітко визначив виключну підвідомчість корпоративних спорів господарським судам, незважаючи на суб'єктний та предметний критерій, віддавши перевагу імперативній нормі закону. Під спеціальним порядком юрисдикційної форми правового захисту корпоративних прав розуміють адміністративний порядок, що здій-

снюється у процедурному порядку шляхом звернення до вищого органу чи посадової особи для захисту корпоративних прав. Адміністративний порядок юрисдикційної форми захисту характеризується тим, що конфлікт вирішується органом, який не є учасником спірного правовідношення, але пов'язаний з одним або декількома учасниками спірного правовідношення відповідними правовими організаційними відносинами. Відповідно до Указу Президента України «Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку» від 23.11.2011 в редакції від 07.04.2015, на НКЦПФР покладено завдання щодо захисту прав інвесторів шляхом здійснення заходів щодо запобігання і припинення порушень законодавства на ринку цінних паперів та законодавства про акціонерні товариства, застосування санкцій за порушення законодавства у межах своїх повноважень.

До неюрисдикційної форми захисту належать, зокрема: медіація, заходи оперативного впливу та самозахист, спрямовані на відновлення порушених елементів правового статусу учасників корпоративних відносин, а також усунення загрози їх порушення без звернення до судових та інших уповноважених органів.

Список використаних джерел:

1. Про посилення судового захисту прав і свобод людини і громадянина : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 1997 р. Вісник Верховного Суду України. 1997. № 2. С. 2-4.

2. Білозьоров Є.В. Правові гарантії захисту прав і свобод людини в Україні: реалії та проблеми. Адвокат. № 8. 2009. С. 28.

3. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М.: Статут, 2000. 411 с.

4. Болгова В. В. Формы защиты субъективного права: теоретические проблемы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Уфа, 2000. 38 с.

5. Свердлык Г. А., Страунинг Э. Л. Защита и самозащита гражданских прав : учеб. пособие. М., 2002. : Лекс-Книга, 2002. 208 с.

6. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук. Х., 2002. 203 с.

7. Шакарян М.С. Соотношение судебной формы с иными формами защиты субъективных прав граждан. Актуальные проблемы защиты субъективных прав граждан и организаций. М., 1985.

8. Воложанин В.П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974.

9. Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні : Закон України від 30.10.1996 № 448/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 51. – Ст. 292.

10. Правила розгляду справ про порушення вимог законодавства на ринку цінних паперів та застосування санкцій, затв. рішенням Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 11.12.2007 № 2272. Офіційний вісник України. 2008. № 12. Ст. 317.

11. Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку : Указ Президента від 23.11.2011. Урядовий кур'єр. 2011. № 228.

12. Вінник О.М. Корпоративні конфлікти та зловживання корпоративними правами в акціонерних товариствах: традиційні і інноваційні способи попередження і розв'язання. URL: http://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2012/06/%D0%9E.-%D0%9C.-%D0%92%D1%96%D0%BD%D0%BD%D0%B8%D0%BA.pdf.

Статья посвящена анализу определения правовой природы и классификации форм защиты корпоративных прав. Анализируется судебная практика с учётом изменений законодательства об исполнительном производстве, обосновываются предложения по усовершенствованию национального законодательства.

Ключевые слова: корпоративные права, защита корпоративных прав, формы защиты корпоративных прав, средства защиты корпоративных прав, порядок защиты корпоративных прав.

The article is devoted to the analysis of the definition of legal nature and classification of corporate rights protection forms. Legislation and judicial practice are analyzed in view of changes in procedural legislation, as well as proposals on improvement of the national legislation are substantiated.

Key words: corporate rights, corporate rights protection, forms of corporate rights protection, ways of corporate rights protecting, remedies for corporate rights, protection procedure of corporate rights.

УДК 347.132:330.131.7

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

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ СПОСОБІВ ВПЛИВУ НА РИЗИК

Ця стаття присвячена дослідженню способів впливу на ризик. Робиться висновок, що розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик може здійснюватись із застосуванням як диспозитивного, так й імперативного прийомів. Розподіл ризику може реалізуватись у такий спосіб, як покладання ризиків на третю особу, зокрема використання ескроу-рахунку.

Ключові слова: ризик, вплив на ризик, розподіл ризиків, несення ризику, управління ризиком.

Постановка проблеми. За час свого існування людство намагається вплинути на ризик, використовуючи для цього різноманітні засоби та способи. Ускладнення суспільного устрою, промисловий розвиток, досягнення науки та техніки, з одного боку, породжують нові ризики, а з іншого – стимулюють до напрацювання нових підходів до впливу на ризик. Це активізує діяльність економістів, політологів, правників із пошуку нових чи вдосконалення наявних способів впливу на ризик. Тому логічно, що питання способів впливу на ризик сьогодні викликає гостру дискусію як серед науковців, так і серед практиків.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальна проблематика розподілу ризику цікавила багатьох науковців. Зокрема, до цієї проблеми звертались такі вчені-економісти, як Ф. Найт, Г. В. Чернова, А. А. Кудрявцев, Л. І. Донець. Не оминули питання впливу на ризик і правники-цивілісти Д. І. Мейєр, Я. М. Магазинер, Р. А. Майданик, Н. І Майданик, О. Андрєєву, О. Мельник та інші науковці. Серед зарубіжних дослідників-правників зазначене питання викликало зацікавленість у Д. А. Архипова, Ф. О. Вячеславова, А. Г. Мартиросяна та Р. А. Крючкова.

Однак напрацьовані підходи до визначення способів впливу на ризик не є ще повною мірою розробленими і потребують удосконалення. Тому наукові пошуки у цьому напрямі є актуальними.

У зв'язку з цим **метою** даної публікації є загальнотеоретична характеристика способів розподілу ризику.

Виклад основного матеріалу. Методологічні засади впливу на ризик, які досліджувались у попередній публікації [1], реалізуються через способи впливу на ризик, на аналізі яких доцільно детальніше зупинитись.

Розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик викликав найбільшу зацікавленість серед дослідників, результатом якої стала низка публікацій, присвячених як визначенню самого терміна «розподіл ризиків», так і характеристиці цього поняття. Зокрема, розподіл ризику визначається як:

– цивільно-правовий засіб, що являє собою цілеспрямовану вольову діяльність суб'єктів цивільного права зі встановлення особи, яка несе можливі невигідні наслідки відповідної обставини, а також визначення характеру таких наслідків [2, с. 14];

– правовий засіб забезпечення інтересів суб'єктів приватного права, що визначає, хто і якою мірою зазнає тих або інших можливих невигідних наслідків, має той чи інший невигідний результат [3, с. 267];

– самостійний цивільно-правовий засіб забезпечення майнових інтересів учасників цивільного обороту, який являє собою їхню вольову цілеспрямовану дію з визначення особи, на яку покладаються можливі невигідні наслідки, а також характер таких наслідків [4, с. 98].

О. Мельник висловлює думку, що розподіл ризиків і їх обмеження виконують забезпечувальну функцію в цивільно-правовому регулюванні [3, с. 269]. Разом із тим, за твердженням О. Андреєвої, розподіл ризиків не може бути віднесено до традиційних заходів регулятивного та правоохоронного характеру, зокрема до способів забезпечення виконання зобов'язань, цивільно-правової відповідальності, заходів оперативного впливу і самозахисту [4, с. 98].

Разом із тим позиції науковців щодо прийомів, за допомогою яких може здій-

© М. Великанова, 2018

снюватись розподіл ризиків, різняться. Так, Ф. О. Вячеславов стоїть на позиції застосування диспозитивних прийомів під час розподілу ризиків, зазначаючи, що правовою підставою розподілу ризиків у приватному (цивільному) праві є диспозитивний метод приватного права. У межах самостійної цілеспрямованої вольової діяльності суб'єкти цивільного обороту отримують можливість вирішити питання про те, хто з них повинен нести можливі невигідні наслідки певної обставини, а також характер і зміст таких невигідних наслідків [2, с. 13].

Не погоджується із висловленою позицією Д. А. Архипов, на думку якого автор залишив без пояснення той факт, що в договірних відносинах ризики можуть розподілятися не тільки однієї волею сторін, але і волею законодавця, вираженою в імперативних нормах. При цьому в цивільному праві імперативні норми виконують ту саму функцію, що і договір: вони визначають особу, яка несе ризик [5, с. 65]. Тому вчений виділяє два способи розподілу ризику: диспозитивний та імперативний. Диспозитивний спосіб розглядається ним як основний у розподілі ризику, виходячи з особливостей методу цивільного права. Імперативний спосіб полягає в тому, що ризик, прямо поіменований в законі, покладається імперативною нормою на ту чи іншу сторону. Метою застосування такого способу є обмеження обсягу ризиків, які можуть бути покладені на одну зі сторін. Оптимальною сферою його застосування повинні бути відносини, в яких є економічна нерівність сторін (споживчі договори, договори за участю громадян у сфері страхування, договори енергопостачання, перевезення і т. д.), оскільки за відсутності імперативних норм економічно сильна сторона отримує можливість перекладати всі свої ризики на слабку сторону договору [5, с. 62-63].

Остання позиція видається більш виваженою виходячи з такого. Загальновідомо, що диспозитивність, будучи елементом методу цивільного права, є проявом приватноправового характеру відносин, які регулюються. Тому логічним є надання учасникам таких відносин можливості самостійного вибору моделі поведінки. Це дозволяє не тільки змінити правило поведінки, що рекомендоване актами цивільного законодавства, а й врегулювати ті відносини, що не здобули нормативного регулювання. Звідси випливає, що учасники відносин можуть розподілити ризики незалежно від того, чи врегульовані вони диспозитивною нормою чи ні. При цьому таке правило може виступати умовою зобов'язання (тоді це зобов'язання є алеаторним), або становити його зміст. Застосування диспозитивного підходу до регулювання відносин, за твердженням проф. Н. С. Кузнєцової, повною мірою відбиває реалізацію регулятивної функції цивільного права, яка забезпечує виникнення і функціонування «нормальних» відносин між суб'єктами (власності, зобов'язань, інтелектуальної діяльності та інших) [6, с. 12].

Втім, диспозитивність також має свої межі: сторони не можуть відступити від імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства, на чому й наголошувала проф. Н. С. Кузнєцова, зазначаючи, що у виняткових випадках, з мотивів необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, у цивільно-правових нормах з'являється імператив. Однак імперативність норми повинна прямо фіксуватися (тобто в законі має бути пряме застереження про те, що сторони не мають права відступити від встановлених правил), або випливати зі змісту норми чи суті відносин між сторонами. І, безумовно, загальне співвідношення імперативних і диспозитивних норм має складатися на користь останніх і визначатися насамперед приватноправовою природою відносин, що ними регулюються [6, с. 11-12].

Таким чином, можуть застосовуватись як диспозитивний, так й імперативний прийоми розподілу ризиків. Самі ж способи розподілу можуть і збігатися: реалізуючи диспозитивну модель поведінки, сторони мають право вибирати в тому числі й ті способи розподілу ризику, які були закріплені імперативно для інших відносин.

У науковій літературі висловлюється й інша точка зору. Зокрема, А. Г. Мартиросян, досліджуючи особливості підприємницького ризику та способи його розподілу, зазначає, що ризик у підприємницьких відносинах проявляється в тому, що за загальним правилом підприємець несе відповідальність за випадок, він же сприймається законодавцем як економічно сильніша професійна сторона. У самих комерційних відносинах підприємницький ризик підлягає розподілу, оскільки і між підприємцями має місце фактична нерівність, зумовлена специфікою їхньої діяльності. У зв'язку з такою специфікою ризик розподіляється відповідними способами. Виділення підприємницького ризику дозволяє розглянути інші види цивільно-правових ризиків і дослідити притаманні цим ризикам способи розподілу. Такий підхід, на думку автора, дозволить також встановити різницю способів розподілу

ризику між підприємницькими та іншими видами ризиків. Так, наприклад, за твердженням дослідника, початковим способом розподілу підприємницького ризику є конструкція юридичної особи, оскільки за її допомогою законодавець відмежовує те майно, яке наражається на ризик втрати, від іншого майна, що належить особі. У свою чергу ризик втрати майна також потребує певних способів розподілу [7].

Логічним видається максимально широке застосування диспозитивних прийомів розподілу ризиків, які базуються на засадах справедливості та економічної ефективності. У тому разі, коли цього вимагає захист інтересів слабкої сторони чи забезпечення публічних інтересів, публічного порядку, розподіл ризиків може здійснюватись імперативно, навіть відступаючи від принципу економічної ефективності. Хоча необхідно зазначити, що навіть у разі імперативного методу розподілу ризиків зазначений принцип також може використовуватись.

У спеціальній літературі, окрім розподілу ризиків між сторонами відносин, виділяють ще й такий спосіб впливу, як покладання ризиків *на третю особу* [8, с. 8; 9, с. 490]. Зокрема, О. Андрєєва розглядає покладання ризиків на третю особу як спосіб управління ризиками в договірних зобов'язаннях (які уже виникли на момент покладення таких ризиків), коли ймовірність (можливість) реалізації ризику передається третій особі за певну винагороду. При цьому, як зазначає автор, покладання ризиків на третю особу в окремих випадках є обов'язком однієї зі сторін договірного зобов'язання. І як приклад вона наводить договір іпотеки, в якому закріплюється обов'язок іпотекодавця застрахувати майно, що передається в іпотеку. Покладання ризиків на третю особу має місце також у відносинах зберігання, цесії та факторингу. У будь-якому разі, за твердженням дослідниці, необхідність покладання ризиків на третю особу виникає вже після укладення договору (як підстави виникнення договірного зобов'язання) і виникнення потенційної можливості реалізації ризиків, які пов'язані з конкретним зобов'язанням. Ризики в цьому разі покладаються на третю особу (не учасника договірного зобов'язання) шляхом передачі йому виключно ризиків (договір страхування), предмета виконання зобов'язання разом із супутніми ризиками (договір зберігання), прав і обов'язків кредитора разом із супутніми ризиками (факторинг, цесія) [8, с. 9-10].

Виходячи зі сказаного, можна зробити висновок, що О. Андрєєва відмежовує розподіл ризиків від покладання ризику на третю особу з огляду на таке: 1) розподіл ризику здійснюється між учасниками відносин за їх волевиявленням чи на підставі нормативного припису, тоді як покладання ризику передбачає його передачу третій особі; 2) розподіл ризиків можливий на будь-якій стадії динаміки договірного зобов'язання (як під час укладення договору, так і під час його існування шляхом внесення до нього змін). Покладання ризиків на третю особу має місце вже після укладення договору і виникнення потенційної можливості реалізації ризиків, які пов'язані з конкретним зобов'язанням; 3) розподіл ризиків здійснюється на безоплатній основі – сторони керуються власними інтересами (в тому числі економічною ефективністю), принципами справедливості, добросовісності, розумності та свободи договору. Покладання ризиків на третю особу відбувається за певну винагороду.

Втім, навряд чи можна погодитись із тим, що розподіл ризиків та покладання ризиків на третю особу є різними способами впливу на ризик. У попередніх публікаціях ми вже звертали увагу на те, що окремі науковці розмежовують зазначені категорії [10, с. 23]. Проте дискусія щодо різниці між цими термінами має філологічне значення, і вони є лише мовними зворотами, які вказують на кількість суб'єктів несення ризику: «розподіл» передбачає як мінімум двох суб'єктів несення ризику, а «покладання» – одного. Крім того, суть розподілу і покладання ризику зводиться до одного – визначення особи, яка буде нести негативні наслідки ризику. Тим більше що під час уважнішого аналізу тих відносин, у яких, на думку О. Андрєєвої, має місце покладання ризику, можна побачити, що між цими двома способами немає суттєвої різниці.

Швидше за все, дослідницею просто в окремий спосіб управління ризиками виділено саме покладання ризику на третю особу (курсив наш – М. В.). Але думається, що суттєвих відмінностей у підходах до визначення особи, яка нестиме ризик, немає, а тому і потреби вести мову про інший (крім розподілу) спосіб впливу на ризик також немає. Логічно розглядати розподіл ризику як такий спосіб впливу на ризик, який може проявлятись у покладанні ризику у тому числі й на третю особу, а також інших методах впливу (ескроурахунки, депозити під умову тощо), про які йтиметься далі. Такий підхід, до речі, закріплюється в ДСТУ ISO Guide 73:2013 (ISO Guide 73:2009, IDT) Національний стандарт України. Керування ризиком. Словник термінів [11], де у п.п. 3.8.1.2 –

3.8.1.5 передавання ризику розуміється як одна із форм розподілу ризику.

Ще одним способом розподілу ризиків у літературі називають ескроу-рахунки. Ескроу-рахунки визначаються як депонування у третьої особи, яка користується в суспільстві певним рівнем довіри та поваги, грошових коштів на ім'я другої особи з метою їх передачі тільки після виконання певної умови [8, с. 10].

У чинному ЦК України ці відносини здобули назву «рахунок умовного зберігання» (ескроу). Відповідно до ст. 10761-10762 ЦК України за договором рахунка умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зараховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнту (володільцю рахунка), грошові кошти, отримані від володільця рахунка та/або від третіх осіб, та перераховувати такі кошти особі (особам), вказаній володільцем рахунка (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунка за настання підстав, передбачених договором рахунка умовного зберігання (ескроу). За рахунком умовного зберігання (ескроу) виконуються виключно операції із зарахування банком отриманих від володільця рахунка та/або від третіх осіб грошових коштів, які за настання підстав, визначених договором рахунка умовного зберігання (ескроу), призначені для перерахування бенефіціару, а також операції з перерахування таких коштів бенефіціару або повернення їх володільцю рахунка відповідно до умов договору рахунка умовного зберігання (ескроу).

За твердженням Д. А. Архипова, договір ескроу-рахунка є багатостороннім правочином, що породжує акцесорне зобов'язання, спрямоване на забезпечення виконання основного зобов'язання. У такому договорі закріплюється механізм реалізації зустрічних обов'язків сторін основного зобов'язання, здебільшого договору купівлі-продажу [5, с. 83].

Ескроу-рахунок може виступати способом мінімізації ризиків у разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язання. Зокрема, виконуючи роль засобу здійснення розрахунків, ескроу одночасно виступає й способом забезпечення виконання зобов'язань. І хоча чинний ЦК України у загальних положеннях про забезпечення виконання зобов'язання не містить вказівки на ескроу як вид забезпечення виконання зобов'язання, але у ч. 2 ст. 546 ЦК України зазначається, що договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання. Це дозволяє говорити про таку його подвійну роль.

Відмінною рисою ескроу, на думку П. Олійника, є відповідальність ескроу-агента перед усіма учасниками правочину відразу. Ескроу є гарантією безпеки правочину для всіх його сторін. Автор наводить такий алгоритм ескроу: 1) сторони основного зобов'язання укладають договір ескроу з ескроу-агентом (по суті, посередником між продавцем та покупцем). Як правило, це тристоронній договір, який укладається одночасно з основним зобов'язанням; 2) покупець перераховує на банківський рахунок ескроу-агента (ескроу-рахунок) кошти, що становлять ціну правочину. Ескроу-агент не може жодним чином використовувати такі грошові кошти, окрім як для перерахування їх продавцю або повернення покупцю. Іноді сторони вимагають надання ескроу-агентом періодичної звітності про стан такого рахунку; 3) продавець передає ескроу-агенту документи, що підлягають передачі за основним зобов'язанням (документ про передачу акцій, установчі документи компанії-цілі, правовстановлюючі документи на майно тощо), тобто документи, передача яких є істотною умовою виконання зобов'язання; 4) ескроу-агент перевіряє форму та зміст наданих йому документів на відповідність умовам основного зобов'язання. Якщо документи відповідають таким умовам, він передає їх покупцю і одночасно перераховує ціну правочину продавцю. Якщо документи не відповідають таким вимогам, ескроу-агент повертає їх продавцю, а грошові кошти, що становлять ціну правочину, повертаються покупцю. У такому разі зобов'язання припиняється [12, с. 10-11].

Цей спосіб мінімізації ризиків знайшов широке застосування в зарубіжній діловій практиці через свою зручність і високу рентабельність у використанні під час проведення розрахунків. Адже, як стверджує І. Кидалов, інші способи забезпечення виконання зобов'язань не завжди можуть принести бажаний результат, наприклад: неустойка не злякає шахрая, який заздалегідь планує не виконувати зобов'язання і сховатися; банківська гарантія може містити окремі умови, що дозволяють банку не проводити виплату; заставне майно може стати предметом судових розглядів, за результатами якого може виявитися, що заставодавець втратив право власності на предмет застави і т. д. [13].

Втім, є й інший бік використання ескроу. Сьогодні виконання договору ескроу-рахунка пов'язане з низкою ризиків, які притаманні всім розрахунковим правовідносинам. Д. А. Архипов виділяє два з них: 1) ризик неспроможності/неплатоспромож-

ності банку, в якому у ескроу-агента відкритий розрахунковий рахунок; 2) ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, через який ескроу-агент здійснює платіж для розрахунків за договором. Визначивши сторону договору, на якій лежить ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, в якому у ескроу-агента відкритий розрахунковий рахунок, можна відповісти на питання про те, на кому повинен лежати ризик неспроможності/неплатоспроможності банку, через який здійснюється платіж для розрахунків за договором. На думку автора, такий ризик доцільно покладати на ескроу-агента, оскільки він може з порівняно мінімальними витратами на підшукання надійного контрагента зробити максимум для того, щоб мінімізувати ризик неплатоспроможності. Ескроу-агент повинен краще, ніж продавець і покупець, уявляти собі поточне фінансове становище банку, що визначає ймовірність настання неплатоспроможності. Крім того, має місце також економія на витратах з управління ризиком. Ескроу-агент, постійно діючи на ринку, може застрахувати свою договірну відповідальність за всіма договірними зв'язками, включивши страхову премію в ціну своїх послуг. У результаті цього ризик може бути розподілений серед однорідної групи його контрагентів [5, с. 84-86].

Тобто, як видно, ескроу-рахунок за своєю природою є також покладанням ризику на третю особу, а отже, і різновидом розподілу ризиків. Разом із тим варто зазначити, що досліджені способи впливу на ризик не становлять вичерпний перелік. І практикою, і доктриною можуть напрацьовуватись й інші методи, які відповідатимуть вимогам часу та потребам цивільного обороту.

Висновки.

Отже, розподіл ризиків як спосіб впливу на ризик може здійснюватись із застосуванням як диспозитивного, так й імперативного прийомів. Керуючись диспозитивним підходом, учасники відносин можуть розподілити ризики на власний розсуд, незалежно від того, чи врегульовані вони диспозитивною нормою чи ні. За необхідності реального забезпечення публічних інтересів, публічного порядку ризики можуть розподілятись імперативно. У цьому разі учасники відносин позбавляються можливості самостійно визначити особу, яка нестиме можливі невигідні наслідки, і сам характер таких наслідків. Розподіл ризику може реалізуватись у такий спосіб, як покладання ризиків на третю особу, зокрема використання ескроу-рахунку.

Список використаних джерел:

1. Великанова М. М. Методологічні засади впливу на ризик. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 4. С. 28-33.

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

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

4. Андреєва О. Особливості прояву ризику у договірному праві. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». 2013. № 95. С. 96-99.

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

6. Кузнєцова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України. Українське комерційне право. 2003. № 4. С. 9-16.

7. Мартиросян А. Г. Теория риска в гражданском праве РФ: монография. Москва: Проспект, 2016. 113 с. Електрон. версія. URL: https://books.google.com.ua/books?id=ry7TCgAAQBAJ&pg=PT15&lpg=PT15&dq=%D1%8F.%D0%BC.+%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80+%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&source=bl&ots=cy7dQoqGVE&sig=RfTz5GDhp1O0FHuMJfIweuR1MlQ&hl=uk&sa=X&ved=0ahUKEwjJrMvt09PUAhWoNJoKHctgApQQ6AEIITAA#v=onepage&q=%D1%8F.%D0%BC.%20%D0%BC%D0%B0%D0%B3%D0%B0%D0%B7%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D1%80%20%D1%80%D0%B8%D1%81%D0%BA&f=false (дата звернення 06.07.2017 р.).

8. Андреева Е. Понятие и пособы управления рисками в договорных обязательствах в гражданском праве. Legea si viata. 2014. Ianuare. Nr 1/2 (265) С. 7-10.

9. Майданик Н. И. Управление юридическими рисками в предпринимательской деятельности. Альманах цивилистики: сборник статей. Вып. 6 / под ред. Р.А. Майданика. Київ: Алерта, 2015. С. 483-508.

10. Великанова М. М. Управління ризиком та його стадії: економіко-правовий аналіз. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 12. С. 20-24.

11. Керування ризиком. Методи загального оцінювання ризику (IEC/ISO 31010:2009, IDT). ДСТУ IEC/ISO 31010:2013. К.: Мінекономрозвитку України, 2015. 73 с.

12. Олійник П. За принципом ескроу: запровадження світових стандартів в українському законодавстві. Юридична Газета. 2017. № 16. С. 10-11.

13. Кидалов І. Ескроу – новий інструмент для тих, хто веде бізнес в Україні. URL: http://kydalov-partners.com/uk/%D0%B5%D1%81%D0%BA%D1%80%D0%BE%D1%83-%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0% B8%D0%B9-%D1%96%D0%BD%D1%81%D1%82%D1%80%D1%83%D0%BC% D0%B5%D0%BD%D1%82-%D0%B4%D0%BB%D1%8F-%D1%82%D0%B8%D1%85-%D1%85%D1%82%D0%BE-%D0%B2/ (дата звернення: 23.11.2017).

Эта статья посвящена исследованию способов воздействия на риск. Делается вывод, что распределение рисков как способ воздействия на риск может осуществляться с применением как диспозитивного, так и императивного приемов. Распределение риска может быть реализовано через возложение рисков на третье лицо, в частности использование эскроу-счета.

Ключевые слова: риск, распределение рисков, несение риска, управление риском.

This article is devoted to the study methods of treat the risk. The conclusion is made that the distribution of risks, as a way of treat the risk, can be carried out with the use of both dispositive and imperative methods. The risk distribution can be realized by assigning risks on a third party, in particular, using the escrow account.

Key words: risk, risk distribution, risk taking, risk management.

УДК 347.214.2

Наталія Грущинська,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СТОРІН ЗА ДОГОВОРОМ ПРО НАДАННЯ РІЕЛТОРСЬКИХ ПОСЛУГ

Стаття присвячена відповідальності сторін за договором про надання ріелторських послуг. Розкрито підстави і форми відповідальності ріелтора – суб'єкта господарської діяльності. Також у статті аналізуються договірні і законні підстави відповідальності ріелтора. Розкрито підстави і форми відповідальності замовника – споживача ріелторських послуг. Зазначено, що на практиці також можливі випадки спільної відповідальності сторін за договором про надання ріелторських послуг.

Ключові слова: договір про надання ріелторських послуг, відповідальність ріелтора, відповідальність замовника, договірна відповідальність, форма відповідальності.

Постановка проблеми. Розвиток ринку нерухомого майна зумовлює потребу в наданні кваліфікованими особами послуг щодо пошуку об'єктів житлової та промислової нерухомості. Ці послуги надають кваліфіковані особи, вимоги щодо яких чітко регламентовані в договорах та нормативно-правових актах. Даний ринок натепер є не досить дослідженим, відсутня законодавчо-регулятивна база щодо нього. Відповідальність сторін за договором про надання ріелторських послуг регулюється або конкретним договором, або загальними положеннями законодавства про надання послуг.

Стан дослідження. Питанню відповідальності як ріелтора – виконавця, так і замовника – споживача ріелторської послуги присвячено дуже мало праць. Відомі науковці (О. В. Дзера, В. В. Луць, І. С. Канзафарова, В. М. Коссак, Н. С. Кузнєцова та інші) аналізували загальні положення про відповідальність сторін за договором.

Метою статті є детальний аналіз підстав відповідальності сторін за договором про надання ріелторських послуг.

Виклад основного матеріалу. Ріелторські послуги надаються за договором про надання ріелторських послуг, які є різновидом договору про надання послуг. Натепер немає спеціального законодавства, яке б регулювало ріелторські послуги, тому до них застосовуємо загальні норми цивільного права, зокрема главу 63 Цивільного Кодексу України «Послуги. Загальні положення».

Згідно зі статтею 902 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК) виконавець повинен надати послугу особисто [1, с. 52]. Це означає, що виконавець повинен самостійно вчинити всі дії, які становлять зміст його обов'язку за договором про надання послуг. За ріелторським договором, одна сторона – ріелтор – виконавець зобов'язується за завданням другої сторони – замовника – фізичної або юридичної особи – споживача ріелторських послуг – надати послугу під час здійснення операцій із нерухомістю та/або реалізації ними прав на нерухоме майно, а замовник – споживач ріелторских послуг – зобов'язується сплатити виконавцеві – ріелтору – зазначену суму винагороди, якщо інше не встановлено договором.

Предметом договору про надання ріелторських послуг є вчинення ріелтором певних дій чи вчинення певної діяльності. Таким чином предметом виступає корисний ефект від вчинення дії або діяльності ріелтором – виконавцем, який ніколи не набуває форми нової речі чи зміни (покращення) споживчих властивостей уже наявної. Якість послуги, що надається, є чи не найважливішою характеристикою предмета договору. Законом чи іншими правовими актами можуть бути передбачені обов'язкові вимоги до якості результату, який буде отриманий внаслідок наданої за даним договором послуги [2, с. 696]. Гарантії якості ріелторської послуги можуть бути як договірні, так і такі, що визначені законом. Гарантії якості поширюються на результат наданої послуги в цілому.

Згідно з проектом Закону «Про ріелторську діяльність» ріелтором може бути будь-яка дієздатна фізична особа (громадянин України, іноземець, особа без громадянства), яка має вищу освіту за освітньо-кваліфікаційним рівнем «бакалавр», пройшла професійну підготовку та підвищення кваліфікації ріелторів відповідно до цього законопроекту, склала відповідний кваліфікаційний іспит та за його підсумками отримала відповідні ква-

© Н. Грущинська, 2018

ліфікаційні документи ріелтора і зареєстрована в реєстрі ріелторів України.

Ріелтор має право здійснювати ріелторську діяльність самостійно або в складі агенства нерухомості. За договором про надання ріелторських послуг ріелтором – виконавцем може бути фізична особа-підприємець або юридична особа – агенство нерухомості. Ріелтору забороняється здійснювати ріелторську діяльність у складі двох або більше юридичних осіб – суб'єктів ріелторської діяльності – або працювати у складі юридичної особи – суб'єкта ріелторської діяльності, одночасно здійснюючи ріелторську діяльність як ріелтор-підприємець. Порушення даної вимоги є підставою для анулювання кваліфікаційного свідоцтва ріелтора [3].

Особистий характер ріелторської послуги полягає в тому, що відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору про надання ріелторських послуг несе виконавець, чітко визначений у договорі.

За загальним правилом, покладання виконання обов'язку з надання ріелторських послуг повністю або в певній частині на іншого виконавця – ріелтора не допускається. У такому разі замовник – споживач ріелторських послуг – має право відмовитись від прийняття виконання, запропонованого за виконавця-ріелтора іншою особою. Це ще раз підтверджує загальну позицію законодавця, що дії чи діяльність, які становлять зміст послуги, що надається, тісно пов'язані з конкретним виконавцем [2, с. 701].

Покладання виконання ріелторських послуг на іншу особу-виконавця допускається, якщо це прямо обумовлено в договорі. Саме ця особливість зумовлена свободою договору. Якщо за договором про надання ріелторських послуг надавати послугу буде інший виконавець, це не звільняє виконавця-ріелтора за договором, як сторону зобов'язання, від відповідальності перед замовником. У цьому разі виконавець-ріелтор залишається відповідальним перед замовником – споживачем ріелторських послуг – у повному обсязі за порушення умов договору про надання ріелторських послуг особою, на яку покладено виконання обов'язку з надання послуг.

Згідно із законопроектом «Про ріелторську діяльність» суб'єкти ріелторської діяльності, здійснюючи таку діяльність, повинні неухильно дотримуватись вимог даного закону, вимог чинного законодавства України, стандартів та правил, затверджених Ріелторською палатою України. За недотримання зазначених вимог наступає відповідальність, передбачена чинним законодавством [3].

Суб'єкт ріелторської діяльності – виконавець ріелторських послуг – зобов'язаний не використовувати своїх повноважень на шкоду споживачу даних послуг, в інтересах якого і надаються останні. Це передбачено проектом Закону «Про ріелторську діяльність» та Законом України «Про захист персональних даних», згідно зі статтею 4 якого володілець персональних даних може доручити обробку персональних даних розпоряднику персональних даних відповідно до договору, укладеного в письмовій формі. Натомість розпорядник персональних даних може обробляти персональні дані лише з метою і в обсязі, визначених у договорі [4].

Ріелтор-виконавець зобов'язаний не розголошувати інформацію щодо особи-замовника та його майнового стану, а також інформацію щодо майна особи, яка є конфіденційною і стала відомою останньому в процесі здійснення ним своєї діяльності. У разі невиконання таких умов договору ріелтор-виконавець зобов'язаний відшкодувати завдані збитки в повному розмірі та моральну шкоду особі-замовнику – споживачу ріелторських послуг. Згідно з проектом Закону «Про ріелторську діяльність» ріелтором не може бути особа, яка має непогашену судимість за корисливі злочини.

Виконавець на вимогу споживача ріелторських послуг зобов'язаний надати йому для ознайомлення документи, що підтверджують право на здійснення ріелторської діяльності. Такий обов'язок виконавця послуг передбачено в законопроекті «Про ріелторську діяльність» та в Стандартах і правилах ріелторської діяльності [5]. Ця інформація необхідна для захисту прав споживача за даним договором, оскільки замовник – споживач даних послуг – має право на інформацію і конкретна послуга надається виконавцем- ріелтором на платній основі, кваліфікованим суб'єктом ріелторської діяльності, що і підтверджується у відповідних документах.

Ріелтор, як вже було зазначено вище, зобов'язаний забезпечувати конфіденційність інформації, отриманої під час надання ріелторських послуг, не використовувати таку інформацію у своїх інтересах чи в інтересах третіх осіб. Також ріелтор зобов'язаний забезпечувати збереження документів, отриманих від споживача ріелторських послуг. Для реалізації ріелторської послуги виконавець-ріелтор зобов'язаний надати замовнику – споживачу ріелторської послуги – інформацію про об'єкт нерухомості, який відчужується.

Замовник ріелторської послуги – продавець – одночасно з наданням інформації про об'єкт продажу, конкретне нерухоме майно, передає виконавцеві правовстанов-

люючі документи; на практиці, це, як правило, копії документів для ознайомлення та надання повної та достовірної інформації про відчужуваний об'єкт нерухомості іншому споживачеві ріелторських послуг – покупцю.

Збереження документів – це комплекс заходів, спрямований на забезпечення схоронності останніх, недопущення їх знищення або втрати, а також нерозголошення інформації, яка в них міститься [3]. У правовстановлюючих документах міститься інформація, яка належить до конфіденційної, розголошення останньої допустиме лише за згодою власника. У разі невиконання цього пункту в договорі виконавець-ріелтор зобов'язаний відшкодувати збитки споживачу ріелторських послуг у повному розмірі.

Ріелтор-виконавець зобов'язаний повідомити замовника про неможливість надання таких послуг у разі виникнення обставин, які позбавляють суб'єкта ріелторської діяльності можливості надати такі послуги. До суб'єктів ріелторської діяльності застосовують загальні положення про відповідальність, оскільки натепер немає спеціального нормативно-правового акта, який би регламентував питання відповідальності ріелторів. Законопроект «Про ріелторську діяльність» виділяє відповідальність суб'єктів ріелторської діяльності за порушення даного закону та наводить перелік санкцій, які застосовуються за рішенням Ріелторської палати України. До останніх відносять : попередження, штраф, анулювання сертифіката суб'єкта ріелторської діяльності та внесення відповідної позначки до реєстру ріелторів України, а також анулювання кваліфікаційного свідоцтва ріелтора та виключення ріелтора з реєстру ріелторів України. У свою чергу, рішення ріелторської палати України може бути оскаржене в судовому порядку ріелтором [3].

У кожному конкретному випадку суб'єкт ріелторської діяльності укладає договір про надання ріелторських послуг зі споживачем цих послуг. У законопроекті наводиться перелік послуг, які може надавати ріелтор, а саме : посередницька діяльність, управління нерухомим майном, ріелторська експертиза, організація та проведення прилюдних торгів, аукціонів та конкурсів щодо нерухомого майна, інформаційно-консультаційна діяльність суб'єктів ріелторської діяльності. За невиконання або неналежне виконання даних послуг виконавець-ріелтор зобов'язаний відшкодувати замовнику збитки.

Згідно зі статтею 906 ЦК України збитки, завдані замовнику невиконанням або неналежним виконанням договору про надання послуг за плату, підлягають відшкодуванню виконавцем у разі наявності його вини в повному обсязі, якщо інше не встановлено договором [1, с. 53]. Застосувавши загальні положення про послуги до договору про надання ріелторських послуг, можна провести аналогію і щодо цивільно-правової відповідальності за договором про надання ріелторських послуг. Частина 1 статті 906 ЦК України регламентує відповідальність виконавця за платні послуги в повному обсязі. Проаналізувавши договори про надання ріелторських послуг на практиці, можна зробити висновок, що виконавці-ріелтори, суб'єкти підприємницької діяльності, здійснюють таку діяльність на платній основі і в разі заподіяння збитків замовнику – споживачу послуг – зобов'язані відшкодувати збитки в повному розмірі, якщо інше не встановлено договором.

Якщо виходити із загальних принципів відшкодування шкоди, то законодавець презюмує наявність вини виконавця-ріелтора. Згідно зі статтею 614 ЦК України особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Сам ріелтор-виконавець, як особа, яка порушила зобов'язання за договором про надання ріелторських послуг, зобов'язаний довести відсутність своєї вини. Збитки за даним договором підлягають відшкодуванню у повному розмірі, тобто відшкодовується реальна шкода та упущена вигода. Однак для сфери підприємницької діяльності закріплена підвищена відповідальність – відповідальність без вини. За договором про надання ріелторських послуг ріелтор-виконавець – це суб'єкт підприємницької діяльності або найманий працівник агенства нерухомості, яке є юридичною особою у сфері надання ріелторських послуг, тому в цьому разі виконавець несе підвищену відповідальність. Звільнити підприємця-виконавця від відповідальності може тільки непереборна сила. При цьому обов'язок доведення невідворотності обставин лежить на стороні – підприємцеві.

Необхідно розглянути і такий варіант, коли неможливість виконання договору про надання ріелторських послуг виникає з вини замовника – споживача ріелторських послуг, тоді законодавець покладає на нього всі негативні наслідки такої неможливості виконання, які полягають у зобов'язанні замовника оплатити послуги в повному обсязі. Дана санкція передбачена в частині 2 статті 903 ЦК України, в загальних положеннях про надання послуг, які і застосовуються до вищевказаного договору. До вини замовника, яка призвела до неможливості виконання даного договору, можна віднести невчинення дій щодо огляду об'єкта нерухомого

майна, запропонованого виконавцем, подання завідомо неправдивих даних щодо фінансового стану замовника, подання неправдивої інформації щодо особи замовника тощо. Такий обов'язок є формою відповідальності за порушення зобов'язання. Треба зазначити, що замовник ріелторських послуг за даним договором має право на одностороннє розірвання договору про надання ріелторських послуг шляхом відмови від виконання. У такому разі замовник – споживач ріелторських послуг – повинен повністю відшкодувати виконавцю понесені ним витрати.

На практиці можливі випадки змішаної вини обох сторін. Якщо відсутні підстави для покладення відповідальності на одну зі сторін, негативні наслідки неможливості виконання договору про надання ріелторських послуг розподіляються між сторонами пропорційно. В таких випадках суд може зобов'язати замовника лише до часткової оплати послуг, а виконавець-ріелтор може вимагати відшкодування лише понесених витрат. Сторони в договорі про надання ріелторских послуг самі можуть розподілити ризики неналежного виконання або невиконання договору.

Висновки.

Результат ріелторської послуги, що надається за договором, повинен у момент її завершення мати властивості, які зазначені в договорі чи відповідають вимогам, які зазвичай ставляться. Тому з поняттям належного виконання тісно пов'язані вимоги щодо якості послуги. Сторони в договорі про надання ріелторських послуг повинні детально передбачити положення щодо їх відповідальності. Однак, якщо інше не передбачено в договорі, замовник ріелторських послуг за невиконання даного договору повинен виплатити виконавцю ціну даної послуги або відшкодувати понесені витрати. А ріелтор – виконавець послуги за вищевказаним договором, в свою чергу, повинен відшкодувати збитки замовнику в повному обсязі і моральну шкоду.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. ВВР. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. К. : Істина, 2008.
3. Проект Закону України " Про ріелторську діяльність". URL: w.1 c.1 rada. gov. ua.
4. Про захист персональних даних : Закон України 01.06.2010 № 2297-VI. ВВР. 2010. № 34. Ст. 481.
5. Принципи та стандарти практики фахівців з нерухомості України, які створені учасниками асоціації фахівців з ринку нерухомості України. URL: www.google.com.ua.

Статья посвящена ответственности сторон по договору о предоставлении риелторских услуг. Раскрыты основания и формы ответственности риелтора – субъекта хозяйственной деятельности. Также в статье анализируются договорные и законные основания ответственности риелтора. Раскрыты основания и формы ответственности заказчика – потребителя риелторских услуг. На практике также возможны случаи совместной ответственности сторон по договор о предоставлении риелторских услуг.

Ключевые слова: договор о предоставлении риелторских услуг, ответственность риелтора, ответственность заказчика, договорная ответственность, форма ответственности.

Article is dedicated to the responsibility of parties of the contract for real estate services. Author analyze grounds and forms of realtors responsibility. Also there are analyze responsibility for contractual obligations of realtor and responsibility for obligations that determined in law. There are also explored customer responsibility of the contract of real estate services. In real estate practice can be cases of joint responsibility that also mentioned in the article.

Key words: responsibility of parties of the contract, grounds and forms of responsibility, realtor responsibility, customer responsibility, the contract for real estate services.

УДК 347.12

Наталія Давидова,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету

АКАДЕМІЧНА СВОБОДА ТА АВТОНОМІЯ ЗАКЛАДУ ОСВІТИ: МЕЖІ ЗДІЙСНЕННЯ

У статті розглядаються такі базові засади освітньої реформи, як принцип інституційної автономії закладу освіти та академічної свободи учасника освітнього процесу. Робиться висновок, що між інституційною свободою закладу освіти та академічною свободою викладача може виникати конфронтація як конфлікт між колективним та індивідуальним інтересом. Необхідний пошук демаркаційної межі між приватним і публічним началом у сфері освіти.

Ключові слова: свобода, автономія, приватне право, публічне право, конфлікт інтересів, освітня інституція, заклад освіти, викладач.

Постановка проблеми. Закон України «Про освіту» від 05.09.2017 та Закон України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 закріпили два прогресивні положення в освітній сфері: право учасників освітнього процесу на академічну свободу та право закладу освіти на інституційну автономію, кожне з яких має межі. Питанням, що становить предмет наукового інтересу, є випадки конфлікту між такими двома принципами.

Стан наукової розробки. Аналізу правових аспектів автономії закладу освіти та академічної свободи викладача/вчителя присвятили свої роботи такі вчені, як Е. Барендт, Д. Герцюк, В. Каплін, Б. Лі, Н. Маслова, С. Посканзер та ін.

Метою є аналіз приватноправових меж права на свободу та автономію у сфері освіти, які можна окреслити за допомогою прикладів конфронтації права на інституційну автономію закладу освіти та права на академічну свободу викладача.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Закону України «Про освіту» *автономія* – право суб'єкта освітньої діяльності на самоврядування, яке полягає в його самостійності, незалежності та відповідальності у прийнятті рішень щодо академічних (освітніх), організаційних, фінансових, кадрових та інших питань діяльності, що провадиться в порядку та межах, визначених законом. *Академічна свобода* – самостійність і незалежність учасників освітнього процесу під час провадження педагогічної, науково-педагогічної, наукової та/або інноваційної діяльності, що здійснюється на принципах свободи слова, думки і творчості, поширення знань та інформації, вільного оприлюднення і використання результатів наукових досліджень з урахуванням обмежень, установлених законом. Обидва вказані права (право студента і професора на академічну свободу та право закладу освіти на інституційну автономію) мають об'єктивні та суб'єктивні межі здійснення. Необхідність і важливість визначення меж здійснення суб'єктивних прав було передбачено ще французькою Декларацією прав людини і громадянина 1789 р. (ст. 4): «Свобода полягає у можливості робити все, що не завдає шкоди іншому: таким чином, здійснення природних прав кожної людини обмежене лише тією мірою, яка забезпечує іншим членам суспільства користування тими ж правами. Ці межі може бути визначено тільки Законом» [1]. Згідно зі ст. 29 Загальної декларації прав людини 1948 р. кожна людина, здійснюючи права і свободи, може піддаватися установленим законом обмеженням, зокрема «з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших, задоволення справедливих вимог моралі, громадського порядку та загального добробуту у демократичному суспільстві» [2]. Межі реалізації права на саморозвиток визначено у ст. 23 Конституції України: кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей.

Питання визначення межі між академічною свободою викладача та інституційною автономією освітнього закладу завжди було спірним в освітньому праві не тільки в Україні, але й у США (світовому лідері на ринку послуг вищої освіти). Принципу інституційної автономії та академічної свободи професора в американській вищій освіті надається настільки велике значення, що девізом Університету Стенфорда, одного із провідних дослідницьких університетів світу, є «The Wind of Freedom Blows» (Віє вітер свободи).

© Н. Давидова, 2018

Питання правового статусу освітньої інституції, управління університетом, прийняття на роботу викладача безстроково (tenure), вимога належної правової процедури, компенсаційна дискримінація (прийом на роботу з наданням переваг групам осіб, які традиційно підлягали дискримінації) є похідними від визначення обсягу змісту поняття «академічна свобода».

У результаті намагань об'єднати поняття інституційної автономії та академічної свободи було винайдено термін «освітня свобода» (educational freedom), який має щонайменше чотири значення. Це можуть бути педагогічні методи, що використовуються для навчання; свобода якогось конкретного викладача на висловлення власної позиції в аудиторії; свобода управляти освітнім закладом (інституційна автономія) та свобода вибору закладу для навчання [3, с. 17].

Ідея автономії має подвійне значення: це не тільки ідея персональної (індивідуальної) автономії, а також і право колективної автономії, зокрема соціальної групи, нації, сім'ї, асоціації, об'єднання, церкви, регіону, на визначення правил поведінки та право на вибір дії у межах дозволеного. Інституційна автономія та академічна свобода є взаємозалежними, але не тотожними поняттями. На думку Н. Г. Маслової, ці поняття не розмежовуються, а розглядаються як два підходи до визначення обсягу і змісту академічної свободи. Перший підхід полягає в тому, що академічна свобода вважається індивідуальним правом, яке поєднує декілька проявів свободи самовираження членів академічної спільноти (співробітників і студентів), наприклад свободу думки, свободу асоціацій. Згідно з іншим підходом академічна свобода є певним колективним правом, тобто інституційним правом автономії для вузу в цілому або його структурних підрозділів (факультетів, науково-дослідних лабораторій, кафедр тощо) [4, с. 651]. Ми не можемо погодитися з тим, що інституційна автономія та академічна свобода є «двома підходами до визначення обсягу і змісту академічної свободи», оскільки носіями кожного із наведених прав є різні суб'єкти. Носій права на академічну свободу – фізична особа, яка працює на педагогічній чи науково-педагогічній посаді, а суб'єктом права на інституційну автономію є заклад освіти як юридична особа. На жаль, часто виникає конфлікт інтересів зазначених суб'єктів. З одного боку, кожен викладач – член єдиної команди, а тому повинен керуватися нормами та правилами, що історично склалися в тій чи іншій освітній інституції. З іншого боку, від викладача очікують креативності та запровадження інновацій, що неможливо у разі повного слідування традиціям, звичаям і узвичаєнням. Креативність та інновація цінуються, якщо вони відповідають освітнім очікуванням студентів – головних споживачів освітніх послуг. Між академічною свободою та інституційною автономією може виникати конфлікт, спосіб реалізації права викладача на свободу слова і творчості може суперечити загальноприйнятим канонам, звичаям та узвичаєнням освітньої інституції або навіть держави.

Академічна свобода – це можливість для члена академічного співтовариства думати та діяти самостійно, без впливу з боку адміністрації університету, органів державної влади, третіх осіб. Звісно, академічна свобода обмежена нормами статуту, правилами внутрішнього розпорядку, наприклад розкладом занять, спеціалізацією кафедр тощо. Гарантією права на академічну свободу є заборона здійснювати цензуру творчої діяльності. Цензура (лат. censura) – це перегляд творів, призначених для друкування, постановки в театрі тощо, або будь-якої кореспонденції, здійснюваний органами державної влади, церковної влади і, залежно від змісту цих творів/кореспонденції, їх ухвалення або заборона [5, с. 598]. Метою цензури є недопущення або обмеження поширення ідей і відомостей (свободи інформації, думки), визнаних цією владою небажаними або шкідливими. Статтею 24 Закону України «Про інформацію» [6] прямо заборонено цензуру та втручання у професійну діяльність журналістів і засобів масової інформації.

Норми аналогічного змісту стосовно професорсько-викладацького складу в Законах України «Про освіту», «Про вищу освіту» немає, але заборона цензури випливає зі змісту права на академічну свободу, передбаченого ч. 1 ст. 54 Закону України «Про освіту»: педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники мають право на академічну свободу, включаючи свободу викладання, свободу від втручання в педагогічну, науково-педагогічну та наукову діяльність, вільний вибір форм, методів і засобів навчання, що відповідають освітній програмі.

Питання про можливість розробки загальнотеоретичної моделі свободи та автономії, вживаної незалежно від того, хто буде її суб'єктом – індивід, група, об'єднання людей, держава тощо, давно цікавить юристів. Напрацювання такої моделі потребує не тільки вивчення ідейних витоків концепції автономії, розкриття змісту цього поняття, встановлення його співвідношення з такими основоположними принципами права, як справедливість, свобода, рівність, але й з'ясування способів визначення меж автономії. Законодавством і судовою практикою напрацьовано певні критерії для розмежування академічної свободи викладача та інституційної автономії закладу

освіти. Наприклад, сьогодні держава обмежує зміст промови викладача закладу вищої освіти і вчителя закладу середньої освіти, зокрема, забороняє закликати студентів та учнів до сепаратизму. Враховуючи складну суспільно-політичну ситуацію в країні, спричинену агресією Росії, Міністерство освіти і науки України звернуло увагу працівників освіти на відповідальність педагогічних і науково-педагогічних працівників за виховання високих моральних якостей, формування громадян, здатних до свідомого суспільного вибору, посилення на цій основі інтелектуального, творчого культурного потенціалу народу (лист МОН від 29.07.2014 № 1/9–382 «Про особливу відповідальність педагогічних та науково-педагогічних працівників»). Антидержавні висловлювання педагогічних і науково-педагогічних працівників повинні мати наслідки, передбачені п. 3 ст. 41 Кодексу законів про працю України [7], звільнення за вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, несумісного з продовженням цієї роботи. Звільнення допускається за вчинення аморального проступку як під час виконання трудових обов'язків, так і не пов'язаного з ними (вчинення такого проступку в громадських місцях або у побуті).

Іншим прикладом обмеження права на академічну свободу є п. 3 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939–1945 рр.» від 09.04.2015 [8] – недопущення фальсифікації історії Другої світової війни 1939–1945 рр. у наукових дослідженнях, навчально-методичній літературі, підручниках, засобах масової інформації, публічних виступах представників державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб.

Обмеження академічної свободи професора було відомо протягом усього часу існування університетської освіти на землях України. Наприклад, у 1904 р. одного із приват-доцентів Харківського університету, який у лекції виклав своє бачення російсько-японської війни та її наслідків для Росії, що не збігалося з державною позицією, було позбавлено права викладати в університеті [9, с. 441].

Об'єктивні та суб'єктивні обмеження академічної свободи професорсько-викладацького складу поширені у всіх країнах, оскільки свобода не може бути безмежною. Такого роду обмеження академічної свободи відоме історії країни, яка є світовим взірцем демократії та захисту прав людини. У США впродовж холодної війни з Радянським Союзом поширеними стали спори щодо обмеження академічної свободи викладачів на підставі їх належності до комуністичної партії чи поширення ними комуністичної ідеології. Питання змісту права на академічну свободу набуло особливої актуальності в період маккартизму – руху в суспільному житті США наприкінці 1940-х–1957 р., що супроводжувався посиленням антикомуністичних настроїв і політичними репресіями стосовно прихильників Радянського Союзу. Частими були політично мотивовані, не обґрунтовані фактами звинувачення у нелояльності до американської влади. У 1950–1960-х рр. (період холодної війни) звичайною була практика заборони друку книг, звільнення за підтримку комунізму та соціалізму, примушування дати клятву вірності. У справі Adler v. Board of Education of the City of New York [10] Ірвінгу Адлеру, вчителю математики і члену комуністичної партії, було відмовлено у прийнятті на роботу на підставі Фейнбергського закону штату Нью-Йорк 1949 р., згідно з яким державним закладам, у тому числі школам та університетам штату, заборонялося приймати на роботу осіб, які пропагують повалення влади на федеральному рівні чи рівні штату або закликають до перевороту. Холодна війна минулого століття викликала занепокоєння в американському суспільстві, а причиною прийняття такого Закону послужила необхідність виявлення та відсторонення від роботи прихильників комуністичної партії. Шестеро із дев'яти (тобто необхідна більшість) суддів Верховного Суду США підтримали конституційність Закону, аргументуючи свою позицію так: «Штат має конституційне право захищати незрілі уми дітей у державних школах від підривної пропаганди, поширюваної тими, до кого діти звертаються за порадою як до лідера». Важливість цього рішення полягає в тому, що Уільям Дуглас, один із трьох суддів, які не погодилися з позицією більшості, вперше вжив словосполучення «академічна свобода», пов'язуючи її з базовими цінностями Першої поправки. Справа Adler v. Board of Education of the City of New York не створила прецеденту, в якому було б визнано окреме право професора на академічну свободу, але заклала важливе підґрунтя для подальшого наповнення юридичним змістом цього важливого для освітнього права поняття. Наведена судова справа встановила правило, згідно з яким у разі конфлікту між інституційною свободою закладу освіти та академічною свободою викладача перевага надається першому.

Конфлікт між правом освітнього закладу на інституційну автономію та правом вчителя/викладача на академічну свободу можна порівняти з конфліктом між колективним та індивідуальним правом, між приватним і публічним інтересом. Правознавці як США, так і України упродовж усього часу існування університетської освіти намагалися відшукати оптимальну

межу у захисті приватного та публічного начала, знайти баланс між незалежністю вчителя/викладача закладу освіти від органів державної влади, роботодавця та третіх осіб і державним управлінням та контролем за діяльністю учасників освітнього процесу [11, с. 471]. Ефективне правове регулювання будь-якої сфери, включаючи освітню, передбачає поєднання доброї волі суб'єктів права та державно-владного впливу. Без встановлення точки рівноваги між цими двома складниками неможливо забезпечити стабільність у суспільстві. Вирішення конфлікту між правом закладу освіти на інституційну автономію і правом викладача на академічну свободу залежить від соціально-політичних, економічних факторів, але, як правило, публічний, колективний інтерес превалює. Історично склалося так, що межа між публічним і приватним правом ніколи не була сталою, а змінювалася разом зі зміною соціально-політичного та економічного устрою суспільства. Упродовж одного періоду історії суспільні відносини регулювалися на засадах юридичної децентралізації і належали до приватного права, в інші часи – перебудовувалися за типом централізації і переходили до сфери публічного права [12, с. 40-41]. До сфер суспільного життя, що охоплювалися цією закономірністю, дореволюційний цивіліст Й. О. Покровський відносив і освіту.

Висновки.

1. Базовими засадами сучасної освітньої реформи в Україні є принцип інституційної автономії закладу освіти та академічної свободи учасників освітнього процесу, що можуть перебувати у суперечності. Колізія між інституційною свободою та свободою індивіда є прикладом конфронтації колективного та індивідуального інтересу.

3. Споконвічна проблема виявлення та закріплення демаркаційної межі між приватним та публічним началом має свій специфічний вияв також у сфері освіти, зокрема, у вигляді конфлікту між публічним інтересом у суспільній безпеці та академічною свободою вчителя/викладача, у якому перевага віддається першому.

Список використаних джерел:

1. Мироненко О. Декларація прав людини і громадянина 1789. Політична енциклопедія / редкол.: Ю. Левенець (голова), Ю. Шаповал (заст. голови) та ін. К.: Парламентське видавництво, 2011. С. 185.

2. Всеобщая декларация прав человека. Офіційний вісник України. 2008. № 93. Ст. 3103.

3. Glenn C., Groof J. Finding the Right Balance: Freedom, Autonomy and Accountability in Education. Vol. II. The Netherlands : Lemma Publishers, 2002. 528 p.

4. Маслова Н. Г. Зміст і структура академічної свободи з урахуванням ролі відповідних суб'єктів у науково-освітньому процесі. Форум права. 2012. № 4. С. 646-652.

5. Бибик С. П., Сюта Г. М. Словник іншомовних слів: тлумачення, словотворення та слововживання / за ред. С. Я. Єрмоленко; Худож.- оформлювач Б. П. Бублик. Харків : Фоліо, 2006. 623 с.

6. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.

7. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971. Відомості Верховної Ради УРСР. 1971. Додаток до № 50. Ст. 375.

8. Про увічнення перемоги над нацизмом у Другій світовій війні 1939–1945 рр. : Закон України від 09.04.2015. Відомості Верховної Ради України. 2015. № 25. Ст. 191.

9. Сірополко С. Історія освіти в Україні. К. : Наук. думка, 2001. 912 с.

10. Adler v. Board of Education of the City of New York. United States Reports. 1952. № 342. P. 485–511.

11. Давидова Н. О. Правовий статус учасників відносин у сфері освіти в США і перспективи його імплементації в освітню систему України (цивільно-правовий аспект) : монографія. Київ : Видавництво Ліра-К, 2016. 532 с.

12. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е стереотип. М. : Статут (Классика российской цивилистики), 2001. 354 с.

В статье автор рассматривает такие базовые основы образовательной реформы, как принцип институционной автономии образовательного учреждения и академической свободы преподавателя. Делается вывод, что между институционной свободой и академической свободой преподавателя может возникать конфронтация как конфликт между коллективным и индивидуальным интересом. Необходим поиск демаркационной границы между частным и публичным началом в образовательной сфере.

Ключевые слова: свобода, автономия, частное право, публичное право, конфликт интересов, образовательная институция, образовательное учреждение, преподаватель.

Basic principles of educational reform are reviewed including institutional autonomy and academic freedom of teacher/professor. The conclusion is made that confrontation is possible between institutional freedom and academic freedom of professor as conflict between collective and private interest. The author highlights the necessity to search for delineation between private and public commencement in education sphere.

Key words: freedom, autonomy, private law, public law, conflict of interests, educational institution, professor, teacher.

УДК 347.9

Сергій Дронов,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ України

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ТЕМПОРАЛЬНИХ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

У статті розглядаються основні підходи до визначення поняття методології у загальному її розумінні, а також розкривається поняття методології дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства. Крім того, звертається увага на сукупність найбільш дієвих та ефективних методів наукового пізнання, що дають змогу повною мірою охарактеризувати темпоральні принципи цивільного судочинства на сучасному етапі розвитку.

Ключові слова: цивільний процес, методологія, темпоральні принципи цивільного судочинства.

Постановка проблеми. Сьогодні, коли наука досягла значного розвитку та продовжує стрімко набирати оберти щодо вивчення нових методів дослідження, удосконалення тих, що широко застосовуються нині, її видатні фундаментальні відкриття використовуються в усіх сферах життя людини. З цього приводу зазначимо, що будь-яке наукове дослідження послуговується певною пізнавальною методологією. Важливість методологічного рівня дослідження як наукового інструмента пізнання полягає в тому, що предмет вивчення буде всебічно досліджений і що така діяльність надасть можливість досягти достовірного наукового результату шляхом використання певного обсягу наукових методів дослідження.

Варто зазначити, що реформа цивільного судочинства, що відбулась у 2017 році, оновила процесуальне законодавство, запроваджуючи новітні підходи до провадження цивільних справ, вводячи сучасні інституції, що повинні зумовити швидкий розгляд цивільних справ. Зазначені події заохотили наукове співтовариство до здійснення власних досліджень під новим кутом зору, у тому числі це стосується й дослідження методології темпоральних принципів цивільного судочинства. Оскільки саме процесуальні принципи закладають «дух» закону, зумовлюють подальше спрямування розвитку як науки (шляхом обговорення найбільш проблемних питань), так і практики безпосередньої їх реалізації. При цьому саме темпоральні принципи окреслюють динамізм та ефективність цивільного судочинства загалом.

Слід зазначити, що методологія темпоральних принципів цивільного судочинства вибудовується таким чином, що комплексність дослідження закладається за рахунок вивчення досягнень минулого, у тому числі позицій, що були помилковими, задля їх відкидання, з одного боку, та вивчення такого досвіду – з іншого.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що натепер вивчення темпоральних принципів цивільного судочинства перебуває на недостатньому рівні, оскільки науковці у наявних працях лише побічно торкались їх проблематики, не даючи всебічної та ґрунтовної їх характеристики. Саме за рахунок методології стане можливим встановити місце темпоральних принципів цивільного судочинства у загальний системі принципів, підійти до окреслення їх функціонального призначення та забезпечити розкриття їх сутності.

Стан наукового дослідження. Питання методології цивільного процесуального права у своїх працях висвітлювали, зокрема, О. О. Алешкін, Н. Л. Бондаренко, С. О. Короєд, М. П. Курило, К. Г. Некіт, Д. Я. Малешин, О. В. Степаненко, Г. П. Тимченко та ін. Саме зазначені науковці описували та певною мірою формували науковий базис, присвячуючи свої роботи окремим аспектам методології наукового дослідження, що стане основою теоретичного вивчення в зазначеній сфері.

Мета дослідження – здійснити узагальнююче дослідження наукової методології задля встановлення її функціональних можливостей шляхом представлення загальнонаукових підходів до розкриття її змісту, а також виведення на основі сформованого базису поняття методологій темпоральних принципів цивільного судочинства.

Виклад основного матеріалу. Початковим етапом будь-якого наукового дослідження слід вважати пошук найбільш ефектив-

© С. Дронов, 2018

них та дієвих способів, засобів, які дозволять дати повну інформацію про об єкт дослідження. Тут у нагоді стануть саме методологічні джерела дослідження, що дозволять провести ґрунтовне вивчення темпоральних принципів цивільного судочинства, у зв язку з чим вважаємо за необхідне розпочати з аналізу наявних натепер загальнотеоретичних підходів до визначення поняття «методологія», а також сукупності методів, що її утворюють та які можуть бути застосовані під час здійснення всебічної характеристики темпоральних принципів цивільного судочинства. При цьому обумовимо, що до трактування вказаного поняття звертались представники різних сфер наукових знань, як-то філософи, соціологи, а також теоретики права. Разом із тим треба зазначити, що під час визначення основних напрямів пізнання права постає завдання віднайти відповідь на три основних питання гносеології права: 1) що пізнається в праві? 2) як пізнається право? 3) для чого пізнається право? [1, с. 26]. Як бачимо, методологія має ключове значення під час будь-якого пізнавального процесу, оскільки саме завдяки їй стає можливим віднайти сукупність тих методів, що найповнішою мірою розкриють суть досліджуваної категорії, дозволять виокремити як позитивні характеристики об єкта дослідження, так і ті, що потребують уточнення та вдосконалення. Водночас метод дослідження є тим механізмом, що визначає, за допомогою чого та яким чином відбувається дослідження того чи іншого правового явища, та є тим засобом, що дозволяє розкрити його зміст. При цьому варто зазначити, що вивчення самостійного предмета дослідження потребує виокремлення та застосування для його дослідження певної оптимальної сукупності методів, від яких надалі й залежить успіх здійснення такої діяльності.

Водночас Д. Я. Малешин вказує на те, що способи аналізу не можуть залишатися незмінними. Успіх дослідження багато в чому залежить від правильності вибраного методу, від його актуальності та відповідності сучасному стану розвитку науки і суспільства. Метод дослідження завжди повинен відповідати рівню розвитку суспільних відносин, інакше він може привести до неправильних результатів і негативних наслідків. Пошук нових, ефективних у сучасних умовах методів у поєднанні з правильним застосуванням традиційних способів наукового аналізу – одне з важливих завдань сучасної науки [2, с. 50].

Варто зазначити, що класичним слід вважати визначення, надане Е. Г. Юдіним, який розглядає методологію як вчення про структуру, логічну організацію, методи та засоби діяльності [2, с. 51]. У свою чергу соціолог Т. Парсонс називає сукупність деяких методів емпіричного аналізу технікою дослідження, а під методологією він розуміє загальні підстави достовірності наукових положень [3, с. 31]. Таким чином, вбачаємо у методології, в її загальному значенні, концептуальну, ґрунтовну категорію, основна мета, якої – структуроване узагальнення способів та засобів, завдяки яким стає можливим розкрити зміст досліджуваного явища та підтвердити достовірність здійснених умовиводів.

Переходячи до безпосереднього вивчення методології дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства, представимо низку наявних позицій представників наукового середовища, які у своїх роботах визначають поняття «методологія» таким чином. Д. Я. Малешин окреслює зазначене поняття як вчення про методи пізнання і перетворення дійсності [4, с. 5-6]. О. Ф. Черданцев говорить, що методологією слід вважати вчення про метод, теоретичне обґрунтування використовуваних у науці методів пізнання матеріального світу [5, с. 27]. Наведені положення можна об єднати у напрям, прихильники якого розглядають методологію як вчення про методи, звужуючи тим самим сферу застосування даної категорії пізнання.

Разом із тим М. М. Марченко наводить більш широке визначення, а саме розглядає методологію не лише як сукупність прийомів, способів і засобів дослідження відповідних явищ та процесів, а й як особливу науку, яка вивчає вказані засоби, прийоми і способи дослідження, виробляє технології та методики їх застосування, характеризує можливості їх поєднання у здійсненні дослідження й забезпечує формування єдиних підходів і правил застосування прийомів, способів і засобів у вивченні тих або інших явищ соціальної та правової дійсності [6, с. 27]. На підтримку зазначеного підходу наведемо позицію А. Д. Машкова, який визначає, що методологія не є простим механічним поєднанням методів, прийомів, методик тощо пізнання, а є певним чином упорядкована логічною системою взаємозв'язку та взаємодії феноменів, що її формують [7, с. 80].

Між тим, на противагу представленим вище твердженням Д. А. Керімов дає ємне визначення, зазначаючи, що методологія – це інтегральне явище, що об'єднує в собі низку компонентів: світогляд і фундаментальні загальнотеоретичні концепції, загальні філософські закони і категорії, загально- і приватнонаукові методи. Тому методологію не можна зводити до одного з названих компонентів, зокрема до методу або вчення

про методи, оскільки за її межами залишаться інші компоненти [8, с. 46]. Саме у цьому контексті підтримуємо наведене поняття методології. Між тим С. О. Лебедєв зазначає, що методологічне знання існує в двох основних формах: у вигляді методологічних концепцій, теорій та у вигляді окремих методів, принципів, що безпосередньо входять у саму структуру конкретно-наукових теорій [9, с. 87].

Важливим положенням для формування власного бачення поняття «методологія» є позиція, висловлена О. М. Новіковим, який стверджує, що методологія являє собою вчення про організацію діяльності, тобто про організацію ефективної діяльності, що сприяє отриманню нового результату [10, с. 20-21]. Зазначена позиція виокремлює суттєву характеристику методології, вказуючи на те, що наукова діяльність повинна бути ефективною та такою, що реалізовується у практичній користі.

Досить інформативним під час формування поняття «методології» є розкриття її ознак, до яких В. М. Карташов відносить такі, які насамперед можуть бути покладені в основу розробки методології дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства: 1) методологія – це, насамперед, певний теоретичний і емпіричний інструментарій (техніка), тобто сукупність засобів (загальносоціальних, технічних, спеціально-юридичних) пізнання правових явищ, процесів і станів; 2) методологія включає відповідні предмету її дослідження прийоми, способи, правила і методи вмілого та грамотного використання відповідного базового (емпіричного та теоретичного) матеріалу, а також засобів пізнання (тактику); 3) юридична політика, наукові та емпіричні принципи, способи довгострокового планування і прогнозування досліджень, що визначають перспективу розвитку фундаментальної та інших юридичних наук, утворюють у методології її стратегічний компонент; 4) до методології входять методика узагальнення, систематизації і обробки отриманих знань, формулювання наукових висновків і рекомендацій, процедури їх впровадження у різноманітні юридичні науки, навчальні та виховні процеси, практики перетворення відповідних сфер життєдіяльності суспільства; 5) важливим компонентом методології є світоглядна основа науки – система певних життєвих позицій вчених-юристів, їхні ідеали і переконання, ціннісні орієнтири та установки, які відіграють суттєву роль у науковому дослідженні та практичній діяльності; 6) методологія представляє саме вчення про техніку, тактику, стратегію, методику пізнання реальної дійсності, про будову наукового знання і найбільш перспективні шляхи й напрями наукового пошуку [11, с. 10–12].

Враховуючи вищезазначене та беручи за основу надане О. В. Гетманцевим поняття методології науки цивільного процесуального права, під яким науковець розуміє сукупність самостійних за своїм змістом і межами застосування, об'єктивно зумовлених і взаємодіючих методів наукового пізнання, які використовуються для дослідження об'єктів, які входять у предмет науки цивільного процесуального права, для отримання нових знань, удосконалення і доповнення наявних з метою підвищення ефективності та значення науки в цілому [12, с. 78], визначимо, що методологією дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства є взаємопов'язана сукупність ефективних прийомів, способів і засобів, що використовуються для комплексного наукового пізнання темпоральних принципів цивільного судочинства та дозволяють розкрити їх зміст, а також підтвердити достовірність здійснених висновків під час їх дослідження.

Крім того, заслуговує на увагу висвітлення функцій, що виконує методологія, та мети, якою вона наділяється. Так, загальне призначення методології полягає у виконанні нормативної функції. На думку І. В. Блауберга та Е. Г. Юдіна, методологічне знання виступає або у прескриптивній (нормативній), або в дескриптивній (описовій) формі, до того ж на практиці ці типи знання межують один з одним. Так, нормативна (прескриптивна) функція методології сприяє регуляції діяльності, дескриптивна – виступає орієнтиром у процесі дослідження, головним завданням якої можна вважати вивчення тенденцій і форм розвитку пізнання за допомогою категоріально-понятійного апарату [13, с. 67-68].

Для цього дослідження ключовим слід також вважати те, що основоположною метою методології є вивчення та застосування підходів, методів, принципів тощо, за допомогою яких можна здобути нові знання (теоретичний рівень) та практично змінити дійсність (емпіричний рівень). Змістове розуміння методології виходить з того, що у ній реалізується інструментальна, пошукова функція [14, с. 41]. Вважаємо за необхідне акцентувати увагу на тому, що будь-яка діяльність повинна мати свою наперед визначену мету, у тому числі наукова діяльність, у зв язку з чим під час методологічного дослідження темпораль-

них принципів цивільного судочинства визначаємо для себе, що дане дослідження не тільки матиме теоретичні здобутки, зокрема, в частині представлення власних наукових понять, а й дозволить сформувати пропозиції щодо змін у чинному процесуальному законодавстві, що забезпечить заняття темпоральними принципами самостійної ніші у цивільно-процесуальному законодавстві України, а також стануть однією з основних керівних засад у практичній площині.

Висновки.

Отже, слід констатувати, що методологія не зводиться лише до методів наукового пізнання, а має власні інтегративні закономірності розвитку, взаємопов'язані між собою елементи, що виконують лише їм притаманні функції та реалізовують поставлені процесуальні завдання.

Разом із тим, саме завдяки окремо взятому методу, стає можливим розв язати конкретне завдання, що ставить перед собою вчений, здійснюючи наукове дослідження, а також, з одного боку, якісно поліпшити наявне знання, а з іншого – визначити коло проблем, вирішення яких вимагає подальшого наукового пошуку. Варто зазначити, що під час вивчення темпоральних принципів цивільного судочинства в нагоді стануть як загальнофілософські методи, так і засоби приватних неюридичних наук, загальні прийоми, способи інших (не цивільно-процесуальних) юридичних наук, спеціальні методи дослідження громадянського процесуального права.

Так, загальнофілософські підходи є універсальними методологічними засобами пізнання для методології дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства, завдяки яким стає можливим здійснити загальний аналіз досліджуваної категорії, а також створюються передумови для формування теоретичної та практичної діяльності. Отже, саме вони дають можливість сформувати загальний напрям та базис для вибору методів галузевої науки, які, у свою чергу, є тим засобом, що дозволить конкретизувати, деталізувати та диференціювати об єкт пізнання. У свою чергу, спеціальні (конкретнонаукові) методи дозволяють конкретизувати проблему з точки зору певної науки, сформулювати принципи і виділити методи дослідження, характерні для певної наукової сфери.

До того ж зазначимо, що кожен метод наукового пізнання уособлює у собі якісно новий спосіб вивчення темпоральних принципів цивільного судочинства, що зумовлює необхідність застосування сукупності методологічних підходів, що забезпечують отримання об'єктивної, достовірної інформації у досліджуваній сфері.

Враховуючи наведене вище, констатуємо, що методологія займає власне ключове місце під час дослідження темпоральних принципів цивільного судочинства, являючи собою досить інформативний складник досліджуваного явища. Саме завдяки методології можливо розкрити всебічний зміст даної процесуальної категорії, що повною мірою дозволяє за допомогою спектру різних способів та засобів дослідити його окремі аспекти.

Список використаних джерел:

1. Козловський А. А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. Чернівці : Рута, 1999. 295 с.
2. Малешин Д. Я. Методология гражданского процессуального права. Правоведение. 2010. № 1 (288). С. 49-70.
3. Парсонс Т. О структуре социального действия. М. : Академический Проект, 2000. 880 с.
4. Малешин Д. Я. Некоторые вопросы методологии исследования гражданского процессуального права. Гражданский процесс: наука и преподавание / под ред. М. К. Треушникова, Е. А. Борисовой. М. : Городец, 2005. С. 47-52.
5. Черданцев А. Ф. Теория государства и права : учебник для вузов. М. : Юрайт, 2002. 432 с.
6. Марченко М. Н. Общая теория государства и права. Академический курс. М., 1988. Т. 1. 432 с.
7. Хопта О. С. Методологічні основи наукового дослідження принципів судочинства. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2015. Випуск 1. Том 1. С. 79-82.
8. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М. : Аванта+, 2001. 560 с.
9. Лебедев С. А. Роль индукции в процессе функционирования современного научного знания. Вопросы философии. 1980. № 6. С. 79-88.
10. Новиков А. М., Новиков Д. А. Методология. М. : СИНТЕГ, 2007. 668 с.
11. Карташов В. Н. Теория государства и права : учеб. пособ. для бакалав. Ярославль : ЯрГУ, 2012. 274 с.
12. Гетманцев О. В. Методологія науки цивільного процесуального права. Науковий вісник Чернівецького університету : збірник наук. праць. 2011. Вип. 435 (Правознавство). С. 76-79.
13. Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода. М. : Наука, 1973. 270 с.
14. Проблеми сучасної конституціоналістики : навч. посібник /
М. П. Орзіх, М. В. Афанасьева, В. Р. Барський та ін. / за ред. М. П. Орзіха. К. : Юрінком Інтер, 2010. 272 с.

В статье рассматриваются основные подходы к определению понятия методологии в общем ее понимании, а также раскрывается понятие методологии исследования темпоральных принципов гражданского судопроизводства. Кроме того, обращается внимание на совокупность наиболее действенных и эффективных методов научного познания, позволяющих в полной мере охарактеризовать темпоральные принципы гражданского судопроизводства на современном этапе развития.

Ключевые слова: гражданский процесс, методология, темпоральные принципы гражданского судопроизводства.

The article deals with the main approaches to the definition of the concept of methodology in its general understanding, as well as the concept of the methodology of the study of temporal principles of civil justice. In addition, attention is drawn to a set of the most effective and effective methods of scientific knowledge, which allow to fully characterize the temporal principles of civil justice at the present stage of development.

Key words: civil process, methodology, temporal principles of civil justice.

УДК [347.19+347.7] (477)

Юрій Жорнокуй,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ВИКУП АКЦІЙ МАЖОРИТАРНИМ АКЦІОНЕРОМ: ЗА ТА ПРОТИ

Стаття присвячена аналізу положень законодавства та правової доктрини України і країн Європейського Союзу щодо розуміння змісту процедури викупу мажоритарним акціонером акцій міноритарних акціонерів відповідно до механізму squeeze out та sell out. Зазначено, що відповідна процедура не має одностайної підтримки в юридичній літературі в контексті порушення суб'єктивних прав міноритарних акціонерів у розрізі примусового позбавлення права власності на акції, які є об'єктом власності, що закріплено Конституцією та Цивільним кодексом України. Увага акцентована на трьох окремих процедурах викупу акцій міноритарних акціонерів: а) за результатами придбання значного пакета акцій товариства; б) придбання акцій приватного акціонерного товариства за наслідками придбання контрольного пакета акцій та в) придбання акцій публічного акціонерного товариства за наслідками придбання контрольного пакета акцій або значного контрольного пакета акцій.

Ключові слова: акціонерне товариство, акціонер, акція, викуп акцій, примусовий викуп акцій.

Законодавство низки країн передбачає можливість застосування процедури примусового викупу акцій мажоритарним акціонером та його афілійованими особами у міноритаріїв. Зокрема, така конструкція присутня в англійському, бельгійському, французькому, голландському, німецькому, датському, шведському та польському праві [1, с. 32–38], тобто поширена в країнах ЄС (тринадцята директива) та у багатьох країнах з економікою, що розвивається (наприклад, ст. 80 Закону Російської Федерації «Про акціонерні товариства»).

З прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» відповідна процедура отримала законодавче закріплення й у правовій дійсності України. Однак чи вирішив відповідний нормативний акт всі проблемні питання, пов'язані з викупом акцій у міноритарних акціонерів? Питання, скоріше, риторичне. Навряд чи у найближчому майбутньому будуть вирішені всі питання, що стосуються відповідної процедури, але деяким із них варто приділити увагу.

Метою статті є виявлення позитивних та негативних аспектів процедури викупу акцій мажоритарними акціонерами у міноритарних акціонерів.

Примусовий викуп акцій (від англ. squeeze out – «витиснення», «видавлювання») породжує обов'язковість їх продажу міноритарними акціонерами (без їхньої згоди) мажоритарному акціонеру як завершального етапу придбання ним акцій акціонерного товариства (далі – АТ) за допомогою процедури добровільної або обов'язкової пропозиції, у результаті якої таким мажоритарним акціонером п ридбано домінуючий пакет акцій (як правило, не менше 90–95% величини статутного капіталу залежно від законодавства конкретної країни).

З прийняттям Закону України «Про акціонерні товариства» відповідна процедура отримала законодавче закріплення і у правовій дійсності України, зокрема, вона передбачається ст. 64–655 вказаного Закону. У ЄС відповідна процедура передбачається Директивою Європарламенту та Ради Європи від 21.04.2004 про пропозиції поглинання. Вказаною Директивою закріплені такі механізми захисту інтересів акціонерів, як:

1) процедура squeeze out – право акціонера – власника не менше 90 % акціонерного капіталу товариства – вимагати від інших акціонерів товариства продати йому свої акції за справедливою ціною[1];

2) процедура sell out – право акціонера, якому належить решта акцій, вимагати від акціонера-власника не менше 90 % акцій такого АТ викупити решту акцій за справедливою ціною.

Дія процедури викупу мажоритарним акціонером акцій міноритарних акціонерів є доволі складною, оскільки передбачає не одностороннє волевиявлення особи, а гармонізацію інтересів учасників відповідного процесу.

[1]На думку А. Жиманськи істотною роллю інституту squeeze out, крім нормування його допустимості, є захист майнових інтересів міноритарних акціонерів [2, с. 1–10].

© Ю. Жорнокуй, 2018

Можливість примусового викупу акцій викликає дискусію як серед практиків, так і серед теоретиків. І для цього є підстави, оскільки позбавлення права власності зачіпає основні права та свободи людини: встановлюється право мажоритарного акціонера в односторонньому позасудовому порядку позбавити міноритарного акціонера належних йому акцій, а також передбачається формальна позасудова процедура позбавлення міноритарного акціонера належних йому акцій без будь-якого врахування його інтересів і без ефективного судового контролю.

Отже, постає питання про захист корпоративних прав та/або інтересів міноритарного акціонера. Видається, що сам правовий механізм примусового викупу акцій спрямований на попередження корпоративного конфлікту та на захист його прав, які внаслідок придбання мажоритарієм значного пакету акцій опиняються під загрозою порушення (і насамперед, право брати участь у розподілі прибутку товариства).

У свою чергу, проблемним є захист прав у разі їх припинення. Вважаємо, що є сенс у такій правовій конструкції, оскільки припинення має свої наслідки. За наведених обставин має місце задоволення майнового інтересу міноритарного акціонера так само, як і під час його вступу до корпоративних правовідносин. Адже інтерес акціонера полягає також у безпеці та збереженні власних інвестицій [3, с. 43].

Закон України «Про акціонерні товариства» закріплює три окремі процедури викупу акцій міноритарних акціонерів: а) за результатами придбання значного пакета акцій товариства (ст. 64); 2) придбання акцій приватного акціонерного товариства за наслідками придбання контрольного пакета акцій (ст. 65) та 3) придбання акцій публічного акціонерного товариства за наслідками придбання контрольного пакета акцій або значного контрольного пакета акцій (ст. 651).

Висловлено думку, що застосування зазначеної процедури не може повністю задовольнити інтереси міноритарних акціонерів та, як наслідок, не відповідає публічним інтересам, оскільки міноритарії взагалі залишаються без розміщеного капіталу і натомість отримують готівкові кошти, що не є капіталом [4, с. 126]. Вважається, що примусовий викуп акцій міноритарного акціонера не відповідає нормам Конституції і навіть порушує баланс інтересів, що склався між акціонерами товариства.

Загроза немотивованого позбавлення права власності міноритаріїв із переходом їхніх акцій до мажоритарних акціонерів призводить до незахищеності інвестицій перших. Позбавлення фізичної особи власності, навіть якщо це здійснюється на підставі закону, зачіпає основні права і свободи людини та громадянина і тому спонукає до встановлення обставин, за умови яких це може бути здійснено. У зв'язку з цим постала проблема аналізу положень ст. 41 Конституції України, за якою кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю і ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, оскільки воно є непорушним (ч. 4). Щодо останнього аспекту ч. 5 ст. 41 Конституції України містить положення про те, що примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі та в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану.

Отже, потребує відповіді питання про можливість розгляду примусового викупу акцій мажоритарним акціонером «як винятку з мотивів суспільної необхідності». Зрозуміло, що застосування компенсаційних заходів («за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості») дещо згладжує конфлікт, який може виникнути в процесі діяльності АТ.

Проте решта аспектів залишаються спірними, зокрема щодо:

1) права законодавця закріпити норми про примусовий викуп акцій міноритарних акціонерів, якщо Конституцією України охороняється право приватної власності та не здійснено жодних протиправних дій власником акцій відповідного АТ;

2) розуміння «мотивів суспільної необхідності»;

3) ціни викупу акцій.

Зауважимо, що щодо деяких категорій суб'єктів (зокрема, корпоративний інвестиційний фонд) такі правила встановлені у спеціальному законодавстві (у нашому прикладі Закон України «Про інститути спільного інвестування»). Однак, наведений приклад має спеціальний (виключний) характер і стосується вузького (спеціалізованого) кола осіб, а проблема існує щодо закріплення загальної норми, яка поширювалась б на всі АТ.

Акти органів судової влади України пояснень із цього приводу не містять, а от Конституційний Суд РФ роз'яснив, що процедура примусового викупу акцій не порушує права акціонерів, гарантовані Конституцією, оскільки право, надане переважаючому акціонеру, забезпечує не лише його приватний інтерес, але й одночасно і публічний інтерес в розвитку АТ в цілому [5].

З позицій Європейської комісії з прав людини примусовий викуп акцій: а) не суперечить положенням Конвенції про захист прав людини і основних свобод; б) під час прийняття нормативних актів такого типу законодавча влада ставить загальну мету – формування системи регулювання, сприятливої для тих інтересів, які потребують, на її думку, найбільшого захисту, що ніяк не пов'язано з розумінням суспільного «інтересу» в його звичайному розумінні у сфері «експропріації» [6, с. 93].

Фактично інститут примусового викупу акцій у вказаному міжнародному акті був виведений за межі поняття «обмеження права власності в публічних інтересах». Це призвело до проголошення права кожної країни встановлювати відповідні правила виходячи з потреб правової політики, без необхідності їх обґрунтування вимогами публічних інтересів, що, звичайно, не надає права державі приймати норми, результатом дії яких є несправедливий і довільний перехід права власності від однієї особи до іншої.

Правовий режим примусового викупу акцій передбачений в актах ЄС, безпосередньо в Директиві Європейського парламенту і Ради від 21 квітня 2004 року № 2004/25/СЄ, яка уніфікувала для країн-учасниць ЄС правила про витіснення міноритарних акціонерів, встановивши визначене граничне значення, досягнення якого може призвести до процедури примусового викупу акцій, передбачивши строки здійснення викупу акцій, а також принципи забезпечення справедливої ціни викупу (ст. 15 та 16 Директиви). Зокрема, примусовий викуп акцій здійснюється як на вимогу мажоритарного акціонера (оферента), так і на вимогу міноритарних акціонерів. Можливість оферента застосувати процедуру примусового викупу акцій обмежена строком три місяці після закінчення періоду прийняття оферти. Проте особливою є та обставина, що які-небудь строки для здійснення міноритарними акціонерами права вимоги викупу акцій Директивою не передбачені.

Відповідно до законодавства ЄС право мажоритарного акціонера на викуп акцій, а також право вимоги викупу власниками решти цінних паперів виникає в двох випадках: коли оферент досягає граничної межі в розмірі не менше 90 % капіталу, який надає йому права голосу, або коли внаслідок оферти він придбав або твердо прийняв на себе зобов'язання за договором про придбання цінних паперів у розмірі не менше 90 % капіталу, що надає право голосу. Директива дає право державам-учасницям самостійно визначити і закріпити в національному законодавстві граничне значення, але при цьому воно не має перевищувати 95 % капіталу, що надає право голосу[2].

Є значна кількість публікацій, автори яких виправдовують доцільність уведення процедури примусового викупу акцій у міноритарних акціонерів [7, с. 36-43; 8, с. 11; 9, с. 3-18]. При цьому, як правило, використовується два основні аргументи на підтвердження правильності такого підходу. Перший полягає у констатації факту принципової можливості примусового припинення суб'єктивних цивільних прав. Другим є посилання на норми законодавства інших країн, які в тому чи іншому вигляді допускають можливість примусового викупу акцій у міноритарних акціонерів.

Наведені підходи піддані критиці [10, с. 64-70]. Видається, що спроби довести очевидні речі, як-то можливість примусового припинення суб'єктивних цивільних прав або доцільність використання позитивного закордонного досвіду, позбавлені якої-небудь цінності. Сутність проблеми полягає в тому, наскільки необхідним вітчизняному акціонерному законодавству є інститут примусового викупу акцій у міноритарних акціонерів і яким чином у процесі реалізації його норм будуть захищені суб'єктивні корпоративні права міноритарного акціонера та як це вплине на процедуру попередження можливості виникнення конфліктних ситуацій між мажоритарним та міноритарними акціонерами. Тобто відповідний інститут викликаний до життя необхідністю побудови ефективного корпоративного управління; тоді як системних суперечностей, зумовлених його природою, на рівні основоположних принципів не виявлено [11, с. 117].

У зв'язку із зазначеним головний пріоритет у сфері корпоративних відносин має бути наданий захисту саме приватної власності.

[2]Наприклад, відповідно до §§ 327a, 327b Закону Німеччини про АТ загальні збори АТ можуть за вимогою акціонера, якому належать акції товариства в розмірі 95% статутного капіталу (головний акціонер), прийняти рішення про передачу головному акціонеру акцій інших акціонерів (міноритарних акціонерів) в обмін на надання відповідного відшкодування готівкою. Головний акціонер визначає розмір відшкодування готівкою; воно має відповідати майновому стану товариства і рівню його доходів на момент прийняття рішення загальними зборами. Правління зобов'язане надати в розпорядження головного акціонера всі необхідні для цього документи та інформацію. У свою чергу, § 1 Кодексу торгівельних товариств Польщі закріплює, що інститут squeeze out застосовується в тому разі, коли мажоритарні акціонери є власниками не менше ніж 95 % акцій у статутному капіталі АТ та цих акціонерів є не більше ніж 5. При цьому кожен із цих акціонерів має окремо бути власником не менше ніж 5 % акцій у статутному капіталі АТ.

Вільний викуп акцій у фізичних та юридичних осіб у примусовому порядку значно обмежує їхню свободу здійснення економічної діяльності і свободу вибору способів та форм розміщення інвестицій. Публічне значення інтересів інвесторів не залежить від розміру їхнього внеску до капіталу товариства і їхньої можливості впливати на прийняття управлінських рішень, оскільки інтерес акціонера вже ґрунтується на розміщених інвестиціях у капітал. Участь в управлінні товариством, як наслідок, є правом, а не обов'язком акціонера. Проте не треба наперед все драматизувати, в контексті відповідного викупу акцій ідеться про обов'язок здійснити пропозицію щодо такого викупу, а аж ніяк не про обов'язок продавати (чи в інший спосіб відчужувати) цінні папери, що підтверджують право на участь в управлінні АТ.

За великим рахунком примусовий викуп акцій не суперечить Конституції України, оскільки має суспільну мету у вигляді загальних для АТ благ, що полягають у забезпеченні балансу законних інтересів міноритарних та мажоритарних акціонерів, зменшенні адміністративних витрат товариства, попередженні неправомірного використання акцій міноритаріїв та створенні цивілізованих і законних механізмів витіснення міноритарних акціонерів з повною та справедливою компенсацією вартості їхніх акцій. Водночас позбавлення прав власності на акції без волевиявлення міноритарних акціонерів навіть за умови справедливої компенсації має бути крайнім заходом, коли вичерпані інші способи для усунення конфлікту інтересів та попередження корпоративного конфлікту. Саме механізм викупу мажоритарним акціонером акцій міноритарних акціонерів дозволяє досягнути рівноваги у правовому захисті інтересів вказаних категорій і, найголовніше, попередити можливість виникнення корпоративних конфліктів через стабілізацію функціонування товариства.

Впровадження права акціонерів (-а), які набули переважну кількість акцій, на придбання решти акцій (squeeze out), безумовно, є корисною ініціативою, що спрямована на вдосконалення корпоративного управління та попередження виникнення корпоративних конфліктів в АТ. Логіка при цьому полягає в тому, що, з одного боку, у великих АТ у особи, яка прагне здійснити придбання контролю над товариством за допомогою консолідації його акцій, практично немає шансів викупити всі акції, навіть у разі пропозиції вигідної ціни (хоча б просто через наявність «мертвих душ» у реєстрі). З іншого боку, у разі зосередження в руках одного акціонера великого пакета акцій, ліквідність таких акцій значно знижується і міноритаріям практично неможливо реалізувати свої акції за вигідною ціною на фондовому ринку.

Список використаних джерел:

1. Warchol J. The squeeze-out and reverse squeeze-out regulation in European Union. Przeglad Prava Handlowego. 2002. nr. 12. P. 32–38.

2. Szumanski A. Squeeze out of minority shareholders. Przeglad Prava Handlowego. 2001. nr. 11. P. 1–10.

3. Leyens P. Framework for Adequate Shareholder Protection. European Business Law Review. 2001. Vol. 12. P. 42–66.

4. Дедов Д. И. Конфликт интересов. М. : Волтерс Клувер, 2004. 288 с.

5. О проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах : Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24 февраля 2004 года № 3-П. Собрание законодательства. 2004. № 9. Ст. 830.

6. Бегаева А. А. Корпоративные слияния и поглощения: проблемы и перспективы правового регулирования / А. А. Бегаева ; отв. ред. Н. И. Михайлов. М. : Инфотропик Медиа, 2010. 256 с.

7. Белов В. А. Вытеснение миноритарных акционеров: произвол «мажоров» или новый институт российского акционерного права? Законодательство. 2005. № 2. С. 36–43.

8. Даниленко Є. М. Цивільно-правове регулювання викупу акцій акціонерним товариством в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2015. 20 с.

9. Степанов Д. Поглощение, осуществляемое путем приобретения крупного пакета акций, и вытеснение миноритарных акционеров. Хозяйство и право. 2006. № 4. С. 3–18.

10. Есекеев А. С. К вопросу об институте произвола «мажоров». Законодательство. 2005. № 10. С. 64–70.

11. Архипов Д. А. Принудительный выкуп голосующих акций – инструмент непропорционального ограничения прав миноритарных акционеров. Так ли это на самом деле? Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2005. № 12. С. 111–130.

Статья посвящена анализу положений законодательства и правовой доктрины Украины и стран Европейского Союза относительно понимания содержания процедуры выкупа мажоритарным акционером акций миноритарных акционеров в соответствии с механизмом squeeze out и sell out. Указано, что соответствующая процедура не имеет единогласной поддержки в юридической литературе в контексте нарушения субъективных прав миноритарных акционеров в разрезе принудительного лишения права собственности на акции, являющиеся объектом собственности, что закреплено Конституцией и Гражданским кодексом Украины. Внимание акцентировано на трех отдельных процедурах выкупа акций миноритарных акционеров: а) по результатам приобретения значительного пакета акций общества; б) приобретение акций частного акционерного общества по результатам приобретения контрольного пакета акций и в) приобретение акций публичного акционерного общества по результатам приобретения контрольного пакета акций либо значительного контрольного пакета акций.

Ключевые слова: акционерное общество, акционер, акция, выкуп акций, принудительный выкуп акций.

The article is focused on the analysis of legislation provisions and legal doctrine of Ukraine and the European Union countries regarding the understanding of the content of the procedure for purchasing shares of a minority shareholder by a majority shareholder in accordance with the squeeze out and sell out mechanism. It has been specified that the relevant procedure does not have unanimous support in legal literature in the context of violation of the subjective rights of minority shareholders in terms of forcible deprivation of ownership for shares that are the object of property, which is enshrined in the Constitution and the Civil Code of Ukraine. Special attention is emphasized on three separate procedures for purchasing minority shareholder's shares: a) according to the results of the acquisition of a significant stake of the company; b) acquisition of shares of a private joint-stock company according to the results of the acquisition of controlling share; and c) acquisition of shares of a public joint-stock company according to the results of the acquisition of controlling share or a significant controlling share.

Key words: joint-stock company, shareholder, share, purchase of shares, forced purchase of shares.

УДК 347.51:343.326

Альона Мамушкіна,
здобувач Національної академії прокуратури України

ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАПОДІЯНОЇ ВНАСЛІДОК ВЧИНЕННЯ ТЕРОРИСТИЧНОГО АКТУ

Стаття присвячена розкриттю питання щодо визначення розміру відшкодування шкоди, завданої внаслідок вчинення терористичного акту. Досліджується, зокрема, порядок відшкодування шкоди, пов'язаної з втратою потерпілим внаслідок вчинення акту тероризму заробітної плати та інших доходів від його трудової діяльності, а також відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я, а також смертю годувальника. Окрема увага приділена висвітленню досвіду європейських країн щодо встановлення способів і форм виплати грошової компенсації особам, які постраждали від злочинів.

Ключові слова: терористичний акт, відшкодування шкоди, каліцтво, ушкодження здоров'я, смерть годувальника, моральна шкода.

Постановка проблеми. Тероризм є невід'ємною частиною політичних і економічних процесів та являє собою серйозну загрозу громадській і національній безпеці. У сучасних умовах спостерігається активізація терористичної діяльності не тільки екстремістських організацій, окремих осіб, а й цілих держав. Проблема, яка неминуче виникає у зв'язку з вчиненням терористичних злочинів, полягає в захисті потерпілих від їх наслідків, зокрема у відшкодуванні заподіяної їм матеріальної шкоди. Для того, щоб визначити розмір компенсації, необхідно встановити насамперед обсяг і розмір шкоди, заподіяної потерпілому актом тероризму.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. У межах цієї статті видається актуальним дослідити деякі нюанси визначення розміру відшкодування шкоди, заподіяної в результаті вчинення терористичного акту. Це питання є предметом дослідження багатьох учених, однак у науці відсутня єдина точка зору з приводу визначення розміру заподіяної тероризмом шкоди. Вивченням цієї проблематики займалися, зокрема, такі вітчизняні науковці, як В. Крутов, В. Антипенко, А. Дорошенко, В. Ліпкан, Л. Мошкова, І. Шкурат.

Мета даної статті полягає у розкритті різних підходів до визначення розміру шкоди, заподіяної внаслідок вчинення терористичного акту.

Виклад основного матеріалу. У теорії цивільного права під обсягом відшкодування шкоди прийнято розуміти певну величину заподіяної шкоди, виражену в конкретних якісно еквівалентних формах, яку відповідно до закону заподіювач шкоди зобов'язаний надати потерпілому, щоб усунути негативні наслідки, які настали в результаті заподіяння шкоди матеріальним або нематеріальним благам останнього [1, с. 36].

Стосовно того, відшкодовується шкода в обсязі або розмірі, в літературі відсутня єдність думок. Так, деякі вчені вважають, що ці поняття мають однакове значення, відображаючи одну і ту ж сутність явища – певну величину тієї компенсації (в натуральній або грошовій формі), яку завдавач шкоди зобов'язаний надати потерпілому для усунення шкоди. Інші автори вважають, що категорії обсягу і розміру відшкодування шкоди мають самостійне значення і не є тотожними за своїм змістом [2, с. 99].

На нашу думку, обсяг і розмір відшкодування шкоди – це самостійні категорії, оскільки стаття 1166 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) закріплює базовий принцип цивільного права про те, що шкода, заподіяна потерпілому, підлягає відшкодуванню в повному обсязі, тобто йдеться про те, що потерпілий має право на відшкодування завданих йому всіх видів ймовірної шкоди, а саме майнової та немайнової (моральної) [3]. У зв'язку із цим можна зробити припущення, що обсяг відшкодування являє собою величину, яка об'єднує в собі види тієї шкоди, яку може бути заподіяно суб'єкту. Розмір відшкодування шкоди тісно пов'язаний з обсягом, але не збігається з ним, оскільки повинен визначатися в грошовій або іншій формі, тобто він є кількісною характеристикою виду заподіяної шкоди.

Розглянемо порядок відшкодування шкоди, пов'язаної з втратою потерпілим

© А. Мамушкіна, 2018

внаслідок вчинення акту тероризму заробітної плати та інших доходів від його трудової діяльності. У разі відшкодування особі заробітку та інших доходів, які є основним джерелом засобів до її існування, яких вона позбавилася в результаті дій терористів, що призвели до тимчасової або стійкої втрати працездатності, необхідно враховувати такі моменти [4]. У сучасних соціально-економічних умовах під іншими трудовими доходами, які є основним джерелом засобів до існування, логічно розуміти всі легальні доходи, які отримував позивач, в тому числі і доходи, законно отримані в результаті підприємницької діяльності. Крім того, при цьому діє принцип відшкодування шкоди в повному обсязі, тобто допускається відшкодування як реальної шкоди, так і упущеної вигоди.

Для визначення розміру відшкодування заробітку чи іншого доходу потерпілого від акту тероризму повинні застосовуватися положення ЦК України. Порядок визначення розміру втраченого заробітку такий. По-перше, відповідно до частини 3 статті 1197 ЦК України до втраченого заробітку (доходу) включаються всі види оплати праці за трудовим договором за місцем основної роботи і за сумісництвом, з яких сплачується податок на доходи громадян, у сумах, нарахованих до вирахування податку [3]. До втраченого заробітку (доходу) не включаються одноразові виплати, компенсація за невикористану відпустку, вихідна допомога, допомога по вагітності та пологах тощо. По-друге, середньомісячний заробіток (дохід) обчислюється за бажанням потерпілого за дванадцять або за три останні календарні місяці роботи, що передували ушкодженню здоров'я або втраті працездатності внаслідок каліцтва або іншого ушкодження здоров'я [3].

Відповідно до статті 1195 ЦК України фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому заробіток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо [3].

Відповідно до ЦК України під час визначення розміру втраченого потерпілим заробітку повинні бути з'ясовані такі обставини: 1) середній місячний заробіток (дохід) потерпілого до каліцтва чи іншого ушкодження; 2) ступінь втрати потерпілим професійної працездатності, а за її відсутності – ступінь втрати загальної працездатності. Ступінь втрати потерпілим професійної працездатності встановлюється установою медико-соціальної експертизи. Розмір заробітку, що підлягає відшкодуванню, визначається у відсотковому відношенні до середнього місячного заробітку потерпілого до каліцтва або іншого ушкодження його здоров'я, відповідного ступеня втрати ним професійної працездатності [3].

Згідно з частиною 1 статті 1208 ЦК України за заявою потерпілого у разі підвищення вартості життя розмір відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, підлягає індексації на підставі рішення суду [3]. Щодо питання індексації в літературі була висловлена думка про те, що законодавець використав термін «підвищення рівня життя» невдало, оскільки індексація повинна проводитися і у разі зменшення вартості життя [5].

Стосовно додаткових витрат, які підлягають відшкодуванню відповідно до цивільного законодавства України, треба зазначити таке. Потерпілий від тероризму, здоров'ю якого заподіяно шкоду, набуває право на задоволення своїх вимог про відшкодування додаткових витрат за наявності двох умов: якщо він потребує їх і не має права на їх безкоштовне отримання. У зв'язку з цим вимога потерпілого про відшкодування додатково понесених витрат (у тому числі тих, які будуть понесені в майбутньому) підлягає задоволенню лише за умови, якщо буде встановлено, що особа потребує з об'єктивних причин (у зв'язку з особливим станом здоров'я) додаткових видів допомоги та догляду.

Розмір додаткових витрат слід визначати щодо вартості кожного виду цих витрат (лікування, додаткове харчування, придбання ліків, протезування, сторонній догляд, санаторно-курортне лікування, придбання спеціальних транспортних засобів, підготовка до іншої професії).

Знищення речі та її пошкодження являють собою різні форми зменшення майнової сфери потерпілого. Однак відмінність між ними лежить все ж в одній площині – у протиправності діяння. Так, якщо в результаті протиправної дії заподіювача річ втрачає лише окремі властивості, але в цілому може використовуватися, як і раніше, за призначенням, має місце пошкодження цієї речі; якщо ж річ втрачає всі свої властивості і, по суті, перестає служити колишнім господарським цілям, йдеться про її знищення [6, с. 406].

З урахуванням способів відшкодування шкоди, зазначених в ЦК України, це означає, що особа, яка завдала шкоди майну шляхом його пошкодження, зобов'язана привести

його в такий стан, в якому воно було до пошкодження: за свій рахунок провести необхідний ремонт речі або (якщо це можливо) відновити її своїми силами. Якщо ж майно потерпілого від акту тероризму знищено або не може бути відновлено в колишньому вигляді, а потерпілий не згоден прийняти замість зіпсованого або знищеного майна річ такого ж роду і якості, особа, відповідальна за заподіяння шкоди, зобов'язана компенсувати в грошовій формі завдані потерпілому у зв'язку з цим збитки.

При цьому відповідно до частини 3 статті 623 ЦК України збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом [3]. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення.

Незважаючи на позитивність правового регулювання досліджуваного питання, не можна не відзначити і його недосконалість. Так, законодавець не відносить членів сім'ї інваліда-потерпілого до осіб, які мають право на відшкодування шкоди, що навряд чи, на нашу думку, можна вважати позитивним кроком у процесі становлення правової держави. Проте ця обставина не означає, що чоловік (дружина) не належить до зацікавлених осіб. Із цілком зрозумілих причин очевидно, що в результаті інвалідності незворотні обмеження як особистих немайнових, так і майнових прав відчуває не тільки потерпілий, але й члени його сім'ї в частині неможливості збільшення загального сімейного доходу, майна.

Вважаємо за доцільне включити в ЦК України норму такого змісту: «У разі визнання потерпілого інвалідом право на відшкодування шкоди мають: один із батьків, чоловік (дружина) або інший член сім'ї, незалежно від його працездатності, який не працює і зайнятий доглядом за перебуваючими на утриманні потерпілого його дітьми, онуками, братами і сестрами, які не досягли чотирнадцяти років, або хоч і досягли вказаного віку, але за висновком медичних органів визнані такими, які потребують за станом здоров'я стороннього догляду. Шкода відшкодовується зазначеним особам на термін інвалідності».

У визначенні розміру відшкодування пенсія по інвалідності, призначена потерпілому у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, а також інші пенсії, допомоги та інші подібні виплати, призначені як до, так і після заподіяння шкоди здоров'ю, не враховуються і не тягнуть за собою зменшення розміру відшкодування шкоди. У розмір відшкодування шкоди не враховується також і заробіток (дохід), одержуваний потерпілим після ушкодження здоров'я.

Необхідно зазначити, що призначений у зв'язку з втраченим заробітком (доходом) розмір відшкодування не є величиною незмінною. У випадках, зазначених у законі, його розмір може змінюватися. Так, потерпілий має право на збільшення розміру відшкодування шкоди, якщо його працездатність знизилася порівняно з тією, яка була у нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди (стаття 1203 ЦК України); особа, на яку покладено обов'язок відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я потерпілого, має право вимагати зменшення розміру відшкодування шкоди, якщо працездатність потерпілого зросла порівняно з тією, яка була в нього на момент вирішення питання про відшкодування шкоди (стаття 1204 ЦК України); за заявою потерпілого у разі збільшення розміру мінімальної заробітної плати розмір відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, підлягає відповідному збільшенню на підставі рішення суду (стаття 1208 ЦК України) [3].

Особливий випадок деліктного зобов'язання пов'язаний з ситуацією, коли виникає обов'язок із відшкодування шкоди тим особам, які в результаті смерті загиблого від акту тероризму позбулися засобів до існування. У цьому випадку встановлене законом коло суб'єктів має право на відшкодування шкоди, заподіяної в результаті смерті годувальника, розмір же відшкодування дорівнює розміру тієї частки заробітку (доходу) померлого, визначеного за правилами ЦК України, яку вони отримували або мали право отримувати на своє утримання за життя годувальника (стаття 1200 ЦК України) [3].

У разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди мають непрацездатні особи, які були на його утриманні або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті. Шкода відшкодовується у розмірі середньомісячного заробітку (доходу) потерпілого з вирахуванням частки, яка припадала на нього самого та працездатних осіб, які перебували на його утриманні, але не мають права на відшкодування шкоди. До складу доходів потерпілого також включаються пенсія, суми, що належа-

ли йому за договором довічного утримання (догляду), та інші аналогічні виплати, які він одержував. Особам, які втратили годувальника, шкода відшкодовується в повному обсязі без урахування пенсії, призначеної їм внаслідок втрати годувальника, та інших доходів [3].

Необхідно зазначити, що розмір відшкодування, обчислений для кожного з осіб, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю годувальника, не підлягає подальшому перерахункові, крім таких випадків: народження дитини, зачатої за життя і народженої після смерті годувальника; призначення (припинення) виплати відшкодування особам, що здійснюють догляд за дітьми, братами, сестрами, внуками померлого [7, с. 9].

Заподіювач шкоди – терорист, який призвів своїми діями до загибелі потерпілого від теракту, також зобов'язується відшкодувати витрати і на поховання. При цьому такою особою може бути не тільки той, хто має право на відшкодування шкоди, заподіяної смертю годувальника, а й будь-яка особа, в тому числі організація, підприємство чи установа, що прийняли на себе в добровільному порядку ці витрати. До числа витрат можна віднести організаційні заходи на придбання і замовлення різних аксесуарів для поховання: транспорту, звичайних ритуальних послуг тощо. Оскільки закон не дає відповіді на питання про вартість витрат на поховання, останні, вважаємо, повинні відшкодовуватися з урахуванням фактичної вартості необхідних зроблених витрат [8, с. 87].

Протягом останнього десятиліття в ряді європейських країн розроблені і прийняті закони, що визначають способи і форми виплати матеріальної компенсації особам, які постраждали від злочинів. Із цього питання цікавим є досвід Італії. У цій країні розмір грошової компенсації потерпілим від акту тероризму виріс зі 100 млн лір до 150 млн лір. Право на компенсацію має будь-яка особа, яка не є співучасником або виконавцем злочину, яка стала інвалідом і втратила працездатність не менше ніж на чверть внаслідок вчинення актів тероризму на території Італії. Ступінь інвалідності визначається у відсотках втрати загальної працездатності. Розмір грошової компенсації залежить від ступеня інвалідності. Громадянин Італії, який отримав постійну інвалідність з втратою працездатності в розмірі 2/3 від загальної працездатності, має право вибрати замість разової компенсації, розмір якої може становити 150 млн. лір, довічне забезпечення в розмірі 12 тис. лір на місяць за кожен відсоток втраченої працездатності. У разі смерті або неможливості отримання грошової компенсації потерпілим від акту тероризму право на її отримання переходить до родичів, які є спадкоємцями жертви [9].

В Іспанії матеріальна компенсація виплачується у разі, якщо особа отримала травму в результаті вчинення терористичних актів. Якщо в результаті вчинених дій настала смерть, право на матеріальну компенсацію мають чоловік, діти жертви або будь-яка інша особа, що перебуває в родинних стосунках з жертвою. Якщо у жертви після смерті залишилися чоловік, діти і батьки, то матеріальна компенсація ділиться на дві частини, одна з яких передається дружині, інша розподіляється між дітьми і батьками жертви. У разі відсутності чоловіка, дітей або батьків компенсацію отримують брати або сестри, які жили разом із жертвою, економічно залежали від неї і не володіють достатніми засобами для існування. При цьому загальна сума матеріальної компенсації співвідноситься з мінімальною заробітною платою і залежить від тяжкості отриманого тілесного ушкодження. У всіх випадках, що закінчилися летальним результатом, компенсація становить 107 місячних окладів. Розмір матеріальної компенсації збільшується на 20 мінімальних розмірів оплати праці, якщо у потерпілого є неповнолітні або повнолітні, але недієздатні діти. Крім того, з урахуванням особливих професійних і сімейних обставин розмір виплати може бути збільшений в 30-100 разів [10].

Законодавство України і міжнародне право проголошують людину, її права і свободи вищою соціальною цінністю. Конституція України встановлює обов'язок держави дотримуватися і захищати недоторканність особи, охороняти життя, здоров'я і гідність людини. Проте на практиці ці найважливіші вимоги реалізуються далеко не завжди і не в повному обсязі. Держава поклала на себе обов'язок надавати матеріальну, моральну, соціально-психологічну, медичну та інші види допомоги, а також відшкодування шкоди, заподіяної жертвам терору.

Позитивний досвід, механізми захисту прав потерпілих у розвинених країнах у сфері захисту жертв тероризму є надзвичайно важливим для нашої держави. Боротьба з тероризмом не може вестися без адекватної компенсації шкоди жертвам з боку держави, про що свідчать міжнародні та внутрішньодержавні законодавчі акти. Європейська конвенція про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів зобов'язує держави брати на себе відшкодування збитків. Кожна людина має право

на ефективне поновлення в правах компетентними національними судами в разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією країни і Декларацією прав і свобод людини. Вважаємо, що слід надати потерпілому від актів тероризму можливість вимагати в законодавчому порядку розумного задоволення основних життєвих потреб. Обсяг відшкодування шкоди повинен бути повним і включати в себе як реальний збиток, так і неодержані доходи, упущену вигоду.

Зупинимося детальніше на розмірі компенсаційних виплат, передбачених Законом України «Про боротьбу з тероризмом» [11]. Так, якщо особа, яка брала участь у боротьбі з тероризмом, загинула під час проведення антитерористичної операції, членам її сім'ї та особам, що перебували на її утриманні, виплачується за рахунок коштів Державного бюджету України одноразова допомога в розмірі двадцяти прожиткових мінімумів, відшкодовуються витрати на поховання загиблого, призначається пенсія у зв'язку з втратою годувальника, а також зберігаються пільги, які мав загиблий, на отримання житла, оплату житлово-комунальних послуг тощо.

У разі, коли особа, яка брала участь у боротьбі з тероризмом, стала інвалідом внаслідок каліцтва, одержаного під час проведення антитерористичної операції, цій особі за рахунок коштів Державного бюджету України виплачується одноразова допомога в розмірі десяти прожиткових мінімумів і призначається пенсія відповідно до законодавства України [11].

У разі, коли особа, яка брала участь у боротьбі з тероризмом, під час проведення антитерористичної операції зазнала поранення, яке не потягло за собою настання інвалідності, цій особі виплачується одноразова допомога в розмірі п'яти прожиткових мінімумів [11].

У разі загибелі (смерті), інвалідності або часткової втрати працездатності без встановлення інвалідності військовослужбовців, військовозобов'язаних та резервістів, призваних на навчальні (або перевірочні) та спеціальні збори чи для проходження служби у військовому резерві, працівників поліції під час безпосередньої участі в антитерористичній операції одноразова грошова допомога призначається і виплачується у розмірі та порядку, визначених Законами України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» та «Про Національну поліцію» [11].

Висновки.

Таким чином, позитивним моментом Закону України «Про боротьбу з тероризмом» можна вважати законодавче визначення, що держава здійснює компенсаційні виплати потерпілим від акту тероризму. Проте простежується недоопрацювання питання відшкодування моральної шкоди. У зв'язку з викладеним вважаємо корисним розробити і затвердити на законодавчому рівні методику відшкодування шкоди потерпілим від терористичних актів, яка дозволила би забезпечити безумовне виконання вимог законодавчих актів при визначенні розміру компенсації про повне відшкодування шкоди потерпілим від актів тероризму, а також вирішити проблему з компенсацією моральної шкоди, яка сьогодні часто призводить до оскаржень рішень судів першої та наступних інстанцій і негативного ставлення до цього в суспільстві.

Список використаних джерел:

1. Ківалова Т.С. Щодо характеристики шкоди як підстави виникнення недоговірних зобов'язань. Актуальні проблеми держави і права. 2008. Вип. 41. С. 34-42.

2. Федорчук Н.Б. Захист прав потерпілих від злочину в англо-американській правовій системі та кримінальному судочинстві України: монографія. К.: Правова єдність, 2009. 192 с.

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

4. Дрішлюк К.В. Відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням як завдання кримінального судочинства України. URL: http://pap.in.ua/3_2017/66.pdf.

5. Стєбєлєв А.М. Проблеми відшкодування (компенсації) шкоди, завданої злочином, у кримінальному провадженні. URL: http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc16/part_2/25.pdf.

6. Цивільне право України: Академічний курс : підручник : у 2 т. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Вид. 2-ге, доп. і перероб. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. Т. 1. Загальна частина. 696 с.

7. Трунов И.Л. Возмещение вреда, причиненного в результате террористического акта. Профессионал. 2003. № 1. С. 8-10.

8. Кокоева Л.Т., Рыбаков В.А., Соловьев В.Н. Гражданско-правовой механизм возмещения вреда, причиненного актом терроризма : монография. М.: Юрист, 2009. 179 с.

9. Compensation to crime victims – Italy. URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/comp_crime_victim_ita_en.htm.

10. Comprehensive care of victims of terrorism in Spain. URL: http://eucpn.org/document/comprehensive-care-victims-terrorism-spain.

11. Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 20 березня 2003 року. URL: https://zakon.help/law/638-IV/edition24.02.2018/page2.

Статья посвящена раскрытию вопроса об определении размера возмещения вреда, причиненного в результате совершения террористического акта. Исследуется, в частности, порядок возмещения вреда, связанного с потерей потерпевшим в результате совершения акта терроризма заработной платы и других доходов от его трудовой деятельности, а также возмещение вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья, а также смертью кормильца. Отдельное внимание уделено освещению опыта европейских стран по установлению способов и форм выплаты денежной компенсации лицам, пострадавшим от преступлений.

Ключевые слова: террористический акт, возмещения вреда, увечье, повреждение здоровья, смерть кормильца, моральный вред.

The article is devoted to the disclosure of the issue of determining the quantum of compensation for harm caused as a result of a terrorist act. There is studied in particular the procedure for compensation for harm caused by the loss by victim of salary and other incomes from his labor activity as a result of the commission of a terrorist act, as well as compensation for damage caused by injury, other injury to health and death of the breadwinner. Particular attention is paid to the coverage of the experience of European countries in establishing methods and forms of payment of pecuniary compensation to persons who have suffered from crimes.

Key words: terrorist act, compensation for harm, injury, damage to health, death of the breadwinner, moral harm.

УДК 342.56

Анна Мисишин,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

ДЖЕРЕЛА ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ ЮРИСДИКЦІЙНИХ ОРГАНІВ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу джерел правового регулювання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів. Зокрема, здійснено теоретичний аналіз національного законодавства України та міжнародних договорів у сфері визнання та виконання таких рішень.

Ключові слова: визнання рішень іноземних юрисдикційних органів, виконання рішень іноземних комерційних арбітражів, виконання рішень іноземних судів, підстави для відмови у визнанні та виконанні рішень.

Постановка проблеми. В умовах інтеграції України у європейську та світову спільноту, після підписання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом актуальним залишається питання гармонізації українського законодавства з правом ЄС. У цьому контексті вагоме значення має аналіз джерел правового регулювання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів в Україні.

Сьогодні значна кількість спорів розглядається в юрисдикційних органах іноземних держав. Цим зумовлена необхідність удосконалення правового механізму визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів в Україні.

Актуальність дослідження проблем визнання і виконання рішень іноземних юрисдикційних органів пов'язане також із внесенням змін до Цивільного процесуального кодексу України у 2017 році, зокрема, які стосуються регулювання питань визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів досліджувалися в працях таких вчених: Л. Ануфрієвої, М. Бірюкової, Ю. Білоусова, М. Брагіна, Н. Горонкова, О. Євтушенка, О. Київця, В. Кисіля, В. Коссака, Л. Лунца, Р. Ляшенко, М. Мальського, М. Михайлів, В. Нагнибіди, Ю. Притики, М. Селіванова, Л. Фединяк, С. Фурси, Г. Цірата та інших.

Мета статті – проаналізувати джерела правового регулювання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів.

Джерелами правового регулювання відносин у сфері визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів є національне законодавство та міжнародні договори.

Правове регулювання визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні здійснюється, зокрема, такими нормативно-правовими актами, як: Законом України від 23.06.2005 «Про міжнародне приватне право», Законом України від 02.06.2016 «Про виконавче провадження», Законом України від 22.05.2003 «Про міжнародний комерційний арбітраж», Цивільним процесуальним кодексом України.

Так, статтею 81 Закону України «Про міжнародне приватне право» передбачено, що в Україні можуть бути визнані та виконані рішення іноземних судів у справах, що виникають із цивільних, трудових, сімейних та господарських правовідносин, вироки іноземних судів у кримінальних провадженнях у частині, що стосується відшкодування шкоди та заподіяних збитків, а також рішення іноземних арбітражів та інших органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних і господарських справ, що набрали законної сили [1].

Відповідно до статті 3 Закону України «Про виконавче провадження» рішення іноземних судів підлягають примусовому виконанню. У статті 78 даного Закону зазначено, що рішення іноземних судів (судів іноземної держави, інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних чи господарських справ, іноземних чи міжн ародних арбітражів) визнаються та виконуються в Україні відповідно до міжнародних договорів Укра-

© А. Мисишин, 2018

їни, цього та інших законів України, якщо визнання та виконання таких рішень передбачено міжнародними договорами України або за принципом взаємності [2].

Стаття 35 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що арбітражне рішення, незалежно від того, у якій країні воно було винесено, визнається обов'язковим і, коли подається до компетентного суду письмове клопотання, виконується з урахуванням положень цієї статті та статті 36, яка передбачає підстави відмови у визнанні або виконанні арбітражного рішення. Стаття містить лише загальне правило визнання та виконання арбітражного рішення на території України і не встановлює їх чіткого порядку. Раніше цю процедуру регулював Закон України «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів» [3].

Норми щодо визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів містяться в розділі IX Цивільного процесуального кодексу України «Визнання та виконання рішень іноземних судів, міжнародних комерційних арбітражів в Україні, надання дозволу на примусове виконання рішень третейських судів».

Статтею 462 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що рішення іноземного суду (суду іноземної держави; інших компетентних органів іноземних держав, до компетенції яких належить розгляд цивільних справ) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачено міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, або за принципом взаємності [4].

Таке рішення іноземного суду може бути пред'явлено до примусового виконання в Україні протягом трьох років з дня набрання ним законної сили, за винятком рішення про стягнення періодичних платежів, яке може бути пред'явлено до примусового виконання протягом усього строку проведення стягнення з погашенням заборгованості за останні три роки.

Велике значення для регулювання питання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів мають міжнародні договори, учасником яких є Україна. Аналізуючи порядок визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів через призму положень міжнародних договорів, можна виокремити такі міжнародні договори: Нью-Йоркська конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, 10 червня 1958 р., Європейська конвенція про зовнішньоторговельний арбітраж, 21 квітня 1961р., Конвенція про вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами (Вашингтонська конвенція). Варто зазначити, що Нью-Йоркська конвенція 1958 р. встановлює загальний порядок визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень. У ній підкреслюється, що кожна країна-учасниця визнає арбітражні рішення як обов'язкові та приводить їх до виконання відповідно до процесуальних норм тієї території, де вимагається визнання та приведення цих рішень до виконання [5].

Так, Нью-Йоркською конвенцією визначено, що вона застосовується щодо визнання й виконання арбітражних рішень, постановлених на території іншої держави, ніж держава, де запитуються їх визнання й виконання, за спорами, сторонами в яких можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Конвенція застосовується також щодо арбітражних рішень, які не вважаються внутрішніми рішеннями у тій державі, де запитуються їх визнання й виконання. У ст. 1 йдеться про арбітражні рішення, постановлені як арбітрами, призначеними в кожній конкретній справі, так і постійними арбітражними органами, до яких сторони звернулись відповідно до їх письмової угоди про зобов'язання передавати в арбітраж усі або які-небудь спори, що виникли або можуть виникати між ними у зв'язку з будь-якими конкретними договірними чи іншими правовідносинами, об'єкт яких може бути предметом арбітражного розгляду.

Питання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів регулюється двосторонніми договорами за участю України. Зокрема, Листом Міністерства юстиції України від 29.11.2012 № 11891-0-4-12/12.2 передбачено перелік міжнародних договорів про правову допомогу з цивільних та комерційних справ [6]. Натепер таких договорів укладено більше двадцяти.

Для прикладу, у Розділі II Договору між Україною та Естонською Республікою «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах» від 22.11.1995 регулюються питання визнання та виконання рішень.

Так, стаття 42 Договору встановлює порядок виконання, яке регулюється законодавством Договірної Сторони, на території якої повинно бути здійснене виконання. Стосовно судових витрат, пов'язаних з виконанням, застосовується законодавство Договірної Сторони, на території якої рішення повинно бути приведене до виконання [7].

Відповідно до ст. 43 Договору, однією із причин відмови у визнанні судового рішення або у дозволі виконання є порушення особою

клопотання, або якщо відповідач у справі не брав участі у процесі внаслідок того, що йому або його уповноваженому не був своєчасно та належним чином вручений виклик до суду [7].

Особливістю Угоди між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 02.07.2002 є норма ст. 20, яка передбачає, що при визнанні та виконанні рішень арбітражних судів як на території України, так і на території Грецької республіки застосовується Нью-Йоркська конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень від 10 червня 1958 р. [8, ст. 20].

Особливу увагу варто приділити Договору між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 04.02.1994 року. Відповідно до ст. 50 цього договору рішення суду України підлягають визнанню та виконанню в Польщі, якщо: воно набрало законної сили і підлягає виконанню; суд України мав компетенцію розглядати справу згідно з міжнародним договором або законодавством Польщі; сторона не була позбавлена можливості захисту своїх прав, а у разі обмеженої процесуальної здатності – належного представництва; сторона, яка не взяла участі в розгляді справи, отримала виклик у судове засідання своєчасно і належним чином; справа між тими самими сторонами не була вже вирішена з винесенням рішення судом Польщі і якщо між тими самими сторонами не була раніше порушена справа в суді Польщі; рішення органу третьої держави між тими самими сторонами і в тій самій справі не було вже визнане або виконане на території Польщі; при винесенні рішення застосовано законодавство відповідно з цим Договором, а у разі відсутності такого врегулювання у Договорі – на підставі законодавства Польщі [9].

На підставі аналізу національного законодавства та міжнародних договорів з питань визнання і виконання рішень іноземних судів та арбітражів вважаємо за доцільне запропонувати класифікацію джерел правового регулювання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів. За територією, на яку поширюється дія джерел правового регулювання питань визнання і виконання рішень іноземних юрисдикційних органів, їх можна поділити на: національні та міжнародні. За видом юрисдикційних органів джерела правового регулювання можна поділити на: 1) ті, які застосовуються до питань правового регулювання визнання і виконання іноземних судових рішень; 2) ті, які застосовують до питань правового регулювання визнання і виконання арбітражних рішень.

Неабиякий вплив на питання визнання і виконання рішень іноземних юрисдикційних органів має і судова практика. Так, аналізуючи судову практику, варто звернути увагу на Постанову Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України», Постанову Пленуму Вищого Спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.12.2014 № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя».

Варто зазначити, що 11 грудня 2015 року на засіданні пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ було обговорено та взято до відома інформацію про узагальнення судової практики розгляду справ про оспорювання рішень міжнародного комерційного арбітражу та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів. Зокрема, в Інформаційному листі «Про практику розгляду судами справ про оспорювання рішень Міжнародного комерційного арбітражного суду України при Торгово-промисловій палаті України та про визнання та виконання рішень міжнародних та іноземних арбітражів» визначено порядок звернення сторін у відповідні органи щодо виконання арбітражного рішення та зазначено перелік необхідних документів для подання в такі органи [10].

Чинна редакція Закону України «Про виконавче провадження» містить вичерпний перелік документів, на підставі яких органи державної виконавчої служби уповноважені відкривати виконавче провадження та здійснювати примусове виконання. Будь-які рішення чи постанови арбітражних судів до цього переліку не входять.

У зв'язку з необхідністю забезпечення однакового вирішення питань визнання і виконання рішень іноземних судів та комерційного арбітражу і неухильного додержання положень нормативних актів, які його регулюють та положення яких роз'яснює судам процедуру вирішення даного питання, 24 грудня 1999 року було прийнято Постанову Пленуму Верховного суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» [11].

Аналізуючи дане питання, варто звернути увагу на практику іноземних держав. Для прикладу, основними джерелами, які

регулюють питання визнання та виконання рішень іноземних юрисдикційних органів Швеції, вважається Нью-Йоркська конвенція, Закон про Арбітраж (Arbitration Act) та Регламент Арбітражного Інституту Стокгольмської Торгової палати. Так, положення Нью-Йоркської конвенції про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень були включені у ст. 54 Закону про Арбітраж, в якій зазначено, що іноземне арбітражне рішення не підлягає визнанню та виконанню, якщо сторона, проти якої винесено таке рішення, доведе порушення арбітражного процесу, недійсність арбітражної угоди чи вкаже на інші підстави, які слугуватимуть відмовою у визнанні та виконанні таких рішень [12, с. 107].

Серед національних джерел права Республіки Польща щодо визнання та виконання рішень іноземних судів слід виокремити Цивільний процесуальний кодекс. Варто зазначити, що положення ст. 5 Нью-Йоркської конвенції щодо причин відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення були включені у статті 1212-1217 Цивільного процесуального кодексу Польщі [13].

Висновки.

Аналіз джерел правового регулювання питань визнання і виконання рішень іноземних юрисдикційних органів в Україні свідчить про наявність особливостей, пов'язаних із суб'єктним складом даних правовідносин. Зокрема, особливості процедури визнання і виконання рішень залежить від виду іноземного юрисдикційного органу, наявності відповідних національних актів та міжнародних договорів за участю України. Для упорядкування механізму визнання та виконання рішень іноземних судів необхідно розширити перелік двосторонніх договорів про правові відносини та правову допомогу з іншими країнами, оскільки основним принципом у цій сфері є засада взаємності. Джерела правового регулювання можна диференціювати за такими видами: 1) національне законодавство; 2) міжнародні договори: а) двосторонні договори; б) багатосторонні договори.

За територією, на яку поширюється дія джерел правового регулювання питань визнання і виконання рішень іноземних юрисдикційних органів, їх можна поділити на національні та міжнародні. За видом юрисдикційних органів джерела правового регулювання можна поділити на: 1) ті, які застосовуються до питань правового регулювання визнання і виконання іноземних судових рішень; 2) ті, які застосовують до питань правового регулювання визнання і виконання арбітражних рішень.

Список використаних джерел:

1. Закон України від 23.06.2005 № 2709 «Про міжнародне приватне право». Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

2. Закон України від 02.06.2016 № 1404 «Про виконавче провадження». Відомості Верховної Ради України. 2016. № 30. Ст. 542.

3. Закон України від 22.05.2003 № 852. «Про міжнародний комерційний арбітраж». Відомості Верховної Ради України. 2003. № 25. Ст. 198.

4. Цивільний процесуальний кодекс України 18 березня 2004 року № 1618-IV (в редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017). Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40-42. Ст. 492.

5. Конвенція про визнання та приведення до виконання іноземних арбітражних рішень / Верховна Рада України : офіційний веб-сайт. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_070.

6. Лист Міністерства Юстиції України від 29.11.2012 № 11891-0-4-12/12.2.

7. Договір між Україною та Естонською Республікою «Про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах» № 450/95-ВР від 22.11.1995. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/233_659.

8. Угода між Україною та Грецькою Республікою про правову допомогу в цивільних справах № 244-IV від 22.11.2002. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/300_013.

9. Договір між Україною і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах № 3941-XII від 04.02.1994. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/616_174.

10. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» № 12 від 24.12.1999. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99.

11. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» № 12 від 24.12.1999. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-99.

12. Mannheimer Swartling`s "Concise Guide to Arbitration in Sweden. - Stockholm, 2014. P. 261.

13. Polish Procedural Code, Part V. URL : https://www.sakig.pl/uploads/upfiles/pdf/kpc-ang.pdf.

Статья посвящена анализу источников правового регулирования признания и исполнения решений иностранных юрисдикционных органов. В частности, осуществлен теоретический анализ национального законодательства Украины и международных договоров в сфере признания и исполнения таких решений.

Ключевые слова: признание решений иностранных юрисдикционных органов, исполнение решений иностранных коммерческих арбитражей, исполнение решений иностранных судов, основания для отказа в признании и исполнении решений.

The article is devoted analysis of sources of legal regulation of the recognition and enforcement of foreign judgments. In particular, the theoretical analysis of the national legislation of Ukraine and international treaties on the recognition and enforcement of foreign judgments.

Key words: recognition of foreign judgment, enforcement of awards of international commercial arbitration, enforcement of foreign courts decisions, grounds for the refusal in recognition and enforcement of such decisions.

УДК 341.232.7

Ілля Наставний,
аспірант
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ПРОФЕСІЙНОГО СПОРТУ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних із законодавчим регулюванням професійних спортивних відносин. Акцентується увага на співвідношенні положень міжнародного договору із положеннями ЦК України та спеціальними законодавчими актами, що регулюють відносини у сфері професійного спорту. Обґрунтовано важливе значення норм цивільного права, положення яких застосовуються як до договірних, так і деліктних правовідносин у зазначеній сфері спортивних відносин. Встановлено декларативний характер законодавчого положення, присвяченого регулюванню професійних спортивних відносин, оскільки зазначене положення не містить конкретних правових механізмів регулювання відносин у сфері професійного спорту. Доведено недоцільність прийняття окремого кодифікованого акту в сфері спорту.

Ключові слова: правове регулювання, нормативно-правовий акт, міжнародний договір, спортивне законодавство, відносини у сфері професійного спорту, регулювання професійних спортивних відносин, цивільно-правові договори в сфері професійного спорту.

Постановка проблеми. Акцентуючи увагу на питаннях законодавчого регулювання професійних спортивних відносин, насамперед зазначимо, що під нормативно-правовим актом будемо розуміти офіційний документ, прийнятий (виданий) уповноваженим на це суб'єктом у визначеній законом формі та порядку, який встановлює норми права для неозначеного кола осіб і розрахований на неодноразове застосування. Виходячи з того, що цивільне законодавство складається із законів, актів Президента України; Кабінету Міністрів України; актів інших органів державної влади України; органів влади Автономної Республіки Крим; чинних міжнародних договорів, які регулюють цивільні відносини, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, насамперед акцентуємо увагу на аналізі Основного законодавчого акту держави – Конституції України, в ст. 49 якої закріплено обов'язок держави забезпечити належні умови охорони здоров'я, оскільки центральне місце в спорті займає здоров'я людини, визначене ст. 3 Конституції України найвищою соціальною цінністю.

Відповідно до ч. 1 ст. 4 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) основу національного цивільного законодавства становить Конституція України, яка проголошує загальні засади діяльності у цивільно-правовій сфері шляхом визнання приватної власності та свободи підприємницької діяльності і закріплення пріоритетності принципу верховенства права, відповідно до яких і розглянемо загальнотеоретичні положення із врахуванням особливостей професійних спортивних відносин. До того ж, як вбачається зі змісту вищенаведеної ст. 49 Конституції України, її положення не регулюють безпосередньо відносини у сфері професійного спорту, а, натомість, визначають засади політико-правового статусу особи та основні принципи функціонування державної влади, тим самим створюючи основу для правового регулювання таких відносин в актах законодавства України [1, с. 8]. Тобто загальне положення ст. 49 Конституції України не формулює правило поведінки, а слугує правовою базою для спортивного законодавства і правозастосовної практики в цій сфері. Однак Конституція України відіграє особливу роль у правовому регулюванні досліджуваних правовідносин. Так, вища юридична сила приписів Конституції України створює передумови існування єдиного правового порядку на всій території держави. Конституційні норми, переважно будучи нормами узагальнюючого характеру, деталізуються у поточному законодавстві [2, с. 9–10].

Мета статті. Дослідити питання, пов'язані із законодавчим регулюванням професійних спортивних відносин, акцентуючи увагу на співвідношенні положень міжнародного договору із положеннями ЦК України та спеціальними законодавчими актами, що регулюють відносини у сфері професійного спорту. Обґрунтувати важливе

© І. Наставний, 2018

значення норм цивільного права, положення яких застосовуються як до договірних, так і деліктних правовідносин у зазначеній сфері спортивних відносин. Встановити декларативний характер законодавчого положення, присвяченого регулюванню професійних спортивних відносин. Довести недоцільність прийняття окремого кодифікованого акту в сфері спорту.

Виклад основного матеріалу. Складовою частиною законодавства, що регулює відносини у сфері професійного спорту, є загальновизнані принципи і норми міжнародного права, що містяться у статуті ООН, деклараціях та резолюціях Генеральної асамблеї ООН, багатосторонніх угодах, рішеннях міжнародних судів, документах міжнародних організацій із загальних питань міжнародного права та чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Законом України «Про дію міжнародних договорів на території України» від 11.12.1991 р. встановлено, що укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються в порядку, передбаченому для норм національного законодавства. В ЦК України (ст. 10) вперше вирішено питання про співвідношення міжнародного і внутрішнього правового регулювання в цивільному праві і встановлено перевагу положень міжнародного договору над актами цивільного законодавства України. Інакше кажучи, пріоритет міжнародних норм визначається загальними принципами правової держави. За таких обставин ЦК України встановлює пріоритет дії міжнародного договору, що відповідає вимогам законів України «Про дію міжнародних договорів на території України», «Про міжнародні договори України» та ст. 9 Конституції України. Найважливішими серед міжнародних договорів є багатосторонні міжнародні договори – конвенції [3, с. 74].

Водночас в юридичній літературі свого часу наголошувалося, що принципове визнання пріоритету міжнародного права ще не завжди призводить до його послідовної реалізації в правовій системі країни [4, с. 140], з чим не можемо однозначно погодитися, оскільки наразі як на законодавчому, так і на правозастосовному рівнях стандартне положення про пріоритет застосування правил міжнародного договору сприймається як аксіома.

До міжнародних договорів за участю України, які мають відношення до регулювання відносин у сфері професійного спорту, застосовують загальноприйняті принципи міжнародного права, у тому числі принципи, зазначені у нормах Віденської конвенції про право міжнародних договорів від 23 травня 1969 р. (чинна для України з 13 червня 1986 р.), Віденської конвенції про правонаступництво держав стосовно договорів від 23 серпня 1978 р. (чинна для України з 26 листопада 1992 р.). Зазначені конвенційні норми за загальним правилом застосовуються до досліджуваних нами правовідносин безпосередньо. Прикладом чого є: Міжнародна конвенція проти апартеїду в спорті (Нью-Йорк, 16.05.1986 р.), ратифікована Україною 08.05.1987 р.; Конвенція проти допінгу ETS № 135 (Страсбург, 16.11.1989), ратифікована Україною 15.03.2001 р.; Європейська конвенція про насильство та неналежну поведінку з боку глядачів під час спортивних заходів, і, зокрема, футбольних матчів ETS № 120 (Страсбург, 19.08.1985 р.), ратифікована Україною 15.11.2001 р.; Угода про співробітництво в галузі фізичної культури і спорту держав-учасниць Співдружності Незалежних Держав 25.05.2007 р. тощо.

Ратифікація Україною основних міжнародних конвенцій з питань спорту свідчить про значну роботу щодо імплементації міжнародних стандартів в сфері світового спортивного права у вітчизняне спортивне законодавство, в результаті чого практично всі їх принципи і норми стали складовою частиною спортивного законодавства України.

Прикладом міжнародних двосторонніх договорів у сфері професійного спорту слугують:

1) Угода про співробітництво у галузі фізичної культури і спорту між Міністерством України у справах молоді і спорту та Державним комітетом Китайської Народної республіки з питань фізичної культури і спорту;

2) Угода між Державним комітетом України з питань фізичної культури і спорту та Міністерством освіти і науки Латвійської Республіки про співробітництво в галузі фізичної культури і спорту;

3) Угода про співробітництво між Міністерством оборони України та Федеральним Департаментом оборони, захисту населення та спорту Швейцарської Конфедерації;

4) Угода між Державним комітетом України з фізичної культури і спорту та Державною адміністрацією у справах фізичної культури і туризму Республіки Польща про співробітництво та обміни в галузі фізичної культури і спорту тощо.

Отже, як вбачається із наведеного, доцільно підтримати зроблений у вітчизняній періодиці висновок, що Європейське співто-

вариство серйозно сприймає міжнародний спортивний рух, опікується питанням нормотворчості в цій галузі та забезпеченням виконання зазначених нормативних актів на території всієї об'єднаної Європи [5]. Відповідно, зважаючи на прагнення України вступити у Європейське співтовариство, можемо констатувати, що, виходячи із положень ст. 10 ЦК України та Закону України «Про міжнародне приватне право», питання про співвідношення міжнародного і внутрішнього правового регулювання відносин у сфері професійного спорту вирішується на користь превалювання положень міжнародних договорів України над актами цивільного законодавства України. Інакше кажучи, за таких обставин законодавець встановлює пріоритет дії міжнародного договору над положеннями ЦК України та спеціальними законодавчими актами, що регулюють відносини у сфері професійного спорту.

Водночас закріплене у ст. 49 Конституції України загальне правило щодо загальнодержавного обов'язку розвивати фізичну культуру і спорт отримало своє детальне закріплення на рівні спеціальних нормативно-правових актів. Не секрет, що масове залучення населення до спорту є запорукою здорової нації. Відповідно, конституційно затверджене право кожного громадянина на охорону здоров'я, підвищення особистої фізичної культури може бути повною мірою реалізоване лише за умови впровадження новітніх технологій, інноваційних підходів до залучення молоді, розроблення, прийняття і впровадження управлінських рішень, їх наукового обґрунтування і впровадження в повсякденну діяльність [6, с. 1]. З цього приводу цікавими є пропоновані у проекті Закону України «Про фізичне виховання та спорт» принципи участі людини у сфері фізичного виховання та спорту, а саме:

1) принцип доступності кожного до фізичного виховання та спорту, що обумовлює розвиток особистості;

2) принцип розвитку фізичних, інтелектуальних та розумових здібності через фізичне виховання та спорт;

3) принцип рівного доступу кожного до фізичного виховання, спорту [7].

Виходячи зі змісту ч. 2 ст. 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс. Виходячи з положень глави першої ЦК України, у Кодексі термін «цивільне законодавство» слугує для позначення сукупності усіх формально виражених норм і правил, що регулюють цивільні відносини, а не лише актів цивільного законодавства. Однак першими поміж джерел цивільного законодавства мають бути названі акти цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України) як одна із найважливіших складових частин останнього [8, с. 382], під якими у вітчизняній цивілістиці розуміють правові акти, що містять цивільно-правові норми [9, с. 30].

Водночас, не дивлячись на те, що досліджувані нами відносини у сфері професійного спорту прямо не виокремленні в ЦК України (оскільки значною мірою вони врегульовані на рівні спеціальних нормативно-правових актів) вважаємо недоцільним применшувати значення норм цивільного права, положення яких застосовуються як до договірних, так і деліктних правовідносин у зазначеній сфері. Так, зважаючи на непойменовану природу більшості відносин в спортивній сфері до них застосовуватимуться як загальні положення цивільного законодавства загалом, так і зобов'язального права зокрема. Зазначене підтверджується тезою, що норми цивільного права, що регулюють приватноправові відносини (в тому числі й відносини у сфері професійного спорту), дають їх учасникам широкий спектр повноважень і мають здебільшого диспозитивний характер.

Правове регулювання відносин у сфері професійного спорту знайшло своє закріплення на рівні найбільш базових законів в цій сфері, а саме: Закон України «Про фізичну культуру і спорт», «Про антидопінговий контроль у спорті», «Про підтримку олімпійського, паралімпійського руху та спорту вищих досягнень в Україні», «Про ратифікацію антидопінгової конвенції», «Про ратифікацію Міжнародної конвенції про боротьбу з допінгом у спорті» тощо.

Крім зазначених базових нормативно-правових актів окремі питання правового регулювання професійних спортивних відносин, що відображається у діяльності спортсменів, тренерів та інших фахівців, отримали своє закріплення в інших нормативно-правових актах України, а саме: в Кодексі законів про працю (далі – КЗпП), в законах України «Про громадські об'єднання», «Про ліцензування видів господарської діяльності», «Про страхування», «Про інформацію», «Про рекламу», «Основи законодавства України про охорону здоров'я» тощо.

На підзаконному нормативно-правовому рівні зазначені відносини регулюються указами Президента України («Про державну підтримку розвитку фізичної культури і спорту в Україні», «Про Національну доктрину розвитку фізичної культури і спорту» тощо), постановами та розпорядженнями Кабінету Міністрів України («Про затвердження Державної цільової соціальної програми розвитку фізичної культури і спорту на пері-

од до 2020 року», «Про схвалення Концепції Державної цільової соціальної програми розвитку фізичної культури і спорту на період до 2020 року» тощо).

Аналізуючи закріплені в Законі України «Про фізичну культуру і спорт» підходи до правового регулювання спортивних відносин доцільно зазначити, що у цьому базовому нормативно-правовому акті закріплено основні принципи регулювання фізичної культури та спорту в Україні та сфери і напрямки впровадження цих видів людської діяльності, визначено межі державного регулювання у цій сфері тощо. Навіть більше, в той час розробники, не дивлячись на відсутність Конституції України, уже спробували визначити основоположні принципи самоврядування в сфері фізичної культури та спорту, передавши значні повноваження громадським організаціям фізкультурно-спортивної спрямованості (національним спортивним федераціям, національному олімпійському комітету, різного роду фізкультурно-спортивним товариствам тощо).

Крім того, окремий розділ Закону України «Про фізичну культуру і спорт» (розділ 4) присвячений таким напрямам спортивної діяльності, як: дитячий та дитячо-юнацький спорт; резервний спорт; спорт вищих досягнень; службово-прикладний та військово-прикладний спорт; професійний спорт. Окрема стаття в межах цього підрозділу присвячена правовому регулюванню досліджуваних нами професійних спортивних відносин, в якій передбачено, що діяльність у професійному спорті спортсменів, тренерів та інших фахівців полягає у підготовці та участі у спортивних змаганнях серед спортсменів-професіоналів є основним джерелом їх доходів. Спортсмен набуває статусу спортсмена-професіонала з моменту укладення контракту з відповідними суб'єктами сфери фізичної культури і спорту про участь у змаганнях серед спортсменів-професіоналів.

Треба зазначити, що базовий закон в сфері спортивних відносин, на жаль, не врегулював всю повноту сфери професійних спортивних відносин. Так, редакція ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» дозволяє зробити висновок про її декларативний характер, оскільки зазначене положення не містить конкретних правових механізмів регулювання відносин у сфері професійного спорту. Особливо це викликає подив, зважаючи на той факт, що останні правки у законодавчий акт вносились у 2018 році, виходячи із задекларованого державою пріоритету розвитку культури та спорту. Водночас, на наш погляд, законодавець не ставить за мету в межах одного законодавчого акту врегулювати весь обсяг відносин у сфері спорту. Отже, на нашу думку, буде доцільним закріплення конкретних правових механізмів на рівні підзаконних нормативно-правових актів, а також в інших актах законодавства про фізичну культуру і спорт, систему якого закладає аналізований базовий закон.

І ось тут постає питання про доцільність чи навпаки недоцільність прийняття єдиного кодифікованого акта в цій сфері суспільних відносин. З цього приводу у вітчизняній юридичній літературі наголошується на нагальній потребі внутрішньої систематизації спортивного законодавства шляхом прийняття єдиного Спортивного кодексу України (кодексу спортивного руху тощо), який був би спеціальним актом та регламентував застосування щодо спортивних правовідносин інших нормативних актів (наприклад, господарського та цивільного кодексів, законів) [4, с. 138]. Підкріплюється цей висновок тезою, що відмінністю спортивного права від інших галузей є те, що воно розвивається наразі без будь-якої чіткої спеціальної законодавчої бази. Головні джерела на основі яких формується сучасне спортивне право – це нормативна діяльність міжнародних спортивних організацій, судова та арбітражна практика, доктрина [10, с. 7].

На наш думку, прийняття окремого кодифікованого акту в цій сфері не є доцільним, адже сумнівним є підхід щодо кодифікації всього, що тільки можливо. З цього приводу доцільно навести позицію Н.С. Кузнєцової, «оскільки нині ми зіткнулися з ситуацією, яку можна назвати «кодексоманією», то повинні існувати відповідні «методологічні ліки» від цієї хвороби» [11, с. 14]. Як видається, доцільність прийняття Спортивного кодексу є доволі сумнівною, оскільки це може призвести до дублювань та численних суперечностей між ЦК, Господарським кодексом (далі – ГК), Кодексом законів про працю (далі – КЗпП), Кодексом про адміністративні правопорушення України (далі – КпАП) та окремим спеціальними законами в цій сфері («Про авторські право і суміжні права», «Про ліцензування видів господарської діяльності» тощо). Іншою загрозою виникнення численних суперечностей буде необхідність в межах одного кодифікованого акта гармонізувати між собою норми приватноправового і публічно-правового характеру, якими регулюватимуться відносини, що мають різногалузеву природу.

Висновки.

Таким чином доходимо висновку, що аналіз зазначених нормативних актів, норми яких спрямовані на врегулювання відносин у сфері професійного спорту, вказує на відсутність системного підходу в цьому напрямку. Так, закріплений в ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» підхід до регулювання професійних спортивних відносин дозволяє стверджувати про намір законодавця визначити професійні спортивні відносини як комерційний напрям діяльності у спорті, пов'язаний з отримання прибутку. Водночас зазначені відносини спортсменів, тренерів та інших фахівців, а саме: підготовка та участь у спортивних змаганнях, їх права та обов'язки, особливості здійснення та захисту їх суб'єктивних цивільних прав. Ці відносини регулюються на договірному рівні шляхом укладення цивільно-правових договорів, істотні моменти яких мають бути узгоджені самими сторонами. Отже в цілому такий підхід законодавця є прийнятним, адже в аспекті визначення прав та обов'язків сторін договору договірні відносини можуть функціонувати і на основі цих параметрів, а сторони своїми фактичними діями (виконанням та прийняттям виконання) можуть підтверджувати однозначне розуміння своїх прав та обов'язків, які можуть і не конкретизуватись у договорах у сфері професійного спорту. Однак що стосується переліку істотних умов, прав та обов'язків учасників професійних спортивних правовідносин, особливостей цивільно-правової відповідальності за порушення суб'єктивних цивільних прав, то зазначені питання доцільно було б закріпити на законодавчому рівні у ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт».

Список використаних джерел:

1. Федосова В.А. Эфективность действия норм советского государственного права. Воронеж.: Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. С. 8.

2. Тодика Ю.М. Конституція як соціальна цінність. Право України. 2000. № 12. С. 9–10.

3. Бервено С.М. Проблеми договірного права України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006 С. 74.

4. Бордюгова Г.Ю. Міжнародне спортивне право як основа для формування національної галузі права «Спортивне право України»: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11. Київ: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2009. С. 140, 138.

5. Гаро Г.О., Кушнір О.О. Спортивне право: огляд національного законодавства і міжнародних стандартів. URL: http://protokol.com.ua/ru/sportivne_pravo_oglyad_natsionalnogo_zakonodavstva_i_mignarodnih_standartiv/ (дата звернення 30.10.2017 р.).

6. Гасюк І.Л. Механізми державного управління фізичною культурою та спортом в Україні: автореф. дис. ... докт. наук з держ. управління: 25.00.02. Хмельницький, 2013. С. 1.

7. Проект Закону України «Про фізичне виховання та спорт». URL: http://www.kyshkar.com/zakon-ukrayny-sport-reforma/ (дата звернення 11.03.2018).

8. Харитонов Є.О. Деякі проблеми визначення поняття та сфери дії актів цивільного законодавства України. Сучасні проблеми приватного права: збірник наукових праць, присвячених 80-ій річниці з дня народження Я.М. Шевченко / відп. ред. Н.С. Кузнєцова, Р.О. Стефанчук. Київ: ВГО «Асоціація цивілістів України», Кам'янець-Подільський, ТОВ «Друкарня «Рута», 2012. С. 382.

9. Кузнєцова Н.С. Акти цивільного законодавства. Енциклопедія цивільного права України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України; відп. ред. Я.М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2009. С. 30.

10. Глашев А.А. Спортивное право: учебник для высших учебных заведений права и физической культуры / А.А. Глашев, М.Ю. Минаев, Н.Н. Чабан. Москва: Лигалобрис, 2002. С. 7.

11. Кузнєцова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України // Право України. 2009. № 8. С. 14.

Статья посвящена исследованию вопросов, связанных с законодательным регулированием профессиональных спортивных отношений. Акцентируется внимание на соотношении положений международного договора с положениями ГК Украины и специальными законодательными актами, регулирующими отношения в сфере профессионального спорта. Обоснованно важное значение норм гражданского права, положения которых применяются как к договорным, так и деликтным правоотношениям в указанной сфере. Установлено декларативный характер законодательного положения, посвященного регулированию профессиональных спортивных отношений, поскольку указанное положение не содержит конкретных механизмов регулирования отношений в сфере профессионального спорта. Доказана нецелесообразность принятия отдельного кодифицированного акта в сфере спорта.

Ключевые слова: правовое регулирование, нормативно-правовой акт, международный договор, спортивное законодательство, отношения в сфере профессионального спорта, регулирование профессиональных спортивных отношений, гражданско-правовые договоры в сфере профессионального спорта.

The article is devoted to the research of issues related to the legislative regulation of professional sports relations. Attention is focused on the correlation of the provisions of the international treaty with the provisions of the Civil Code of Ukraine and special legislative acts regulating relations in the sphere of professional sports. The importance of civil legal norms, the provisions of which are applied to both contractual and tort legal relations in this sphere, is justified. The declarative nature of the legislative provision on the regulation of professional sports relations has been established, since this provision does not contain specific mechanisms for regulating relations in the sphere of professional sports. It is proved inexpedient to adopt a separate codified act in the sphere of sports.

Key words: legal regulation, normative legal act, international treaty, sports legislation, relations in the sphere of professional sports, regulation of professional sports relations, civil legal contracts in the sphere of professional sports.

УДК 347.454.3

Андрій Недошовенко,
аспірант юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СУДОВИЙ ПОРЯДОК УКЛАДАННЯ ДОГОВОРУ БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

У статті досліджуються проблеми правового регулювання судового порядку укладання договору будівельного підряду, проаналізовано положення цивільного та господарського законодавства, що регулюють судовий порядок укладання договору будівельного підряду, розглянуто підстави та умови застосування судового порядку укладання договору будівельного підряду.

Ключові слова: судовий порядок укладання договору будівельного підряду, переддоговірні спори, спонукання до укладання договору будівельного підряду.

Постановка проблеми. У процесі укладання договору будівельного підряду між потенційними контрагентами можуть виникати спори, пов'язані з визначенням умов даного договору. За таких обставин потенційні контрагенти досить часто звертаються до суду з метою вирішення спорів, що перешкоджають укладанню договору будівельного підряду. Судовий порядок укладання договору є одним із найменш досліджених та дискусійних у доктрині цивільного права з огляду на відсутність спеціальних норм, які б визначали конкретні етапи та особливості судового порядку укладання договору будівельного підряду.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з теми дослідження. Окремі аспекти судового порядку укладання цивільно-правових та господарсько-правових договорів досліджували С. М. Бервено, Т. В. Боднар, О. А. Беляневич, О. С. Бородовський, М. М. Великанова, М. М. Хоменко та ін. При цьому треба констатувати відсутність ґрунтовних праць, присвячених судовому порядку укладання договорів, унаслідок чого в науці договірного права є низка невирішених питань, пов'язаних із механізмом реалізації даного порядку укладання договорів.

Метою даного дослідження є дослідження правового регулювання судового порядку укладання договору будівельного підряду, формування пропозицій щодо вирішення окремих теоретичних та практичних проблем, пов'язаних із реалізацією судового порядку укладання договору будівельного підряду.

Виклад основного матеріалу. Як зазначає С. М. Бервено, судовий порядок укладання договору є окремою стадією, що регулюється спільно матеріальними і процесуальними нормами законодавства, з тією особливістю, що волевиявлення сторін затверджується судовим рішенням та вступає в дію з моменту набрання чинності самими рішенням суду [1, с. 9].

Наведене визначення судового порядку укладання договору як окремої стадії зумовлює необхідність вирішення питання про співвідношення даної стадії з іншими стадіями укладання договору. Так, цілком зрозуміло, що учасники переддоговірних правовідносин застосовують судовий порядок укладання договору лише у разі виникнення переддоговірного спору під час укладання договору будівельного підряду в загальному або спеціальному порядку.

Отже, необхідно констатувати субсидіарність судового порядку укладання договору будівельного підряду по відношенню до загального та спеціального порядку укладання даного договору, оскільки потенційні контрагенти ініціюють судовий порядок укладання договору будівельного підряду лише в тому разі, якщо між ними існує переддоговірний спір (зокрема, щодо визначення змісту договору), що перешкоджає укладанню даного договору в межах загального та спеціального порядку.

Субсидіарність судового порядку укладання договору проявляється в наявності законодавчих обмежень щодо можливості застосування даного порядку укладання договорів. Так, відповідно до ч. 5 ст. 181 Господарського кодексу України (далі – ГК) сторона, яка одержала протокол розбіжностей до договору, може передати розбіжності, що залишились неврегульованими, до суду лише за наявності на це згоди другої сторони [2]. Аналогічне положення стосовно вирішення розбіжностей між потенційними контрагентами відображене також у ч. 2 ст. 649 Цивільного кодексу України (далі – ЦК) [3].

© А. Недошовенко, 2018

Субсидіарність судового порядку укладення договору будівельного підряду проявляється також стосовно спеціального порядку укладення даного договору. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 183 ГК укладення сторонами договору за державним замовленням (державного контракту) здійснюється в порядку, передбаченому статтею 181 цього Кодексу, з урахуванням особливостей, передбачених законодавством. Ч. 4 ст. 183 ГК передбачено, що спори, пов'язані з укладенням договору за державним замовленням, в тому числі у разі ухилення від укладення договору однієї або обох сторін, вирішуються в судовому порядку [2].

Наедені норми ГК вказують, що, укладаючи договір за державним замовленням, слід керуватися положеннями, що визначають загальний порядок укладання господарських договорів, з урахуванням особливостей, передбачених законодавством (йдеться, зокрема, про законодавство щодо здійснення публічних закупівель). При цьому підставою для судового порядку укладання договору є наявність між виконавцем державного замовлення та державним замовником переддоговірного спору.

Переддоговірні спори, що можуть виникнути під час укладання договорів у спеціальному порядку (при проведенні закритих та відкритих торгів, конкурентного діалогу тощо), можуть зумовлюватися безпідставним відхиленням тендерної пропозиції учасника торгів, неправомірним рішенням тендерного комітету замовника про відміну торгів за процедурою публічної закупівлі, ухиленням від укладання договору протягом строку дії пропозиції переможця торгів тощо.

Субсидіарність судового порядку укладання договору при здійсненні публічних закупівель має велике значення, оскільки не дає змоги суб'єктам обійти обов'язкові процедури укладання такого договору. Показовою є справа № 10пд/5014/576/2012 (6/232пд/2011) від 07.05.2012, що була розглянута Господарським судом Луганської області. Позивач (Публічне акціонерне товариство "Укртелеком" в особі Центру технічної експлуатації № 6 Філії спеціалізованого електрозв'язку) звернувся до господарського суду Луганської області з позовною заявою до відповідача (Управління з питань надзвичайних ситуацій Луганської обласної державної адміністрації) про спонукання до укладення договору на експлуатаційно-технічне обслуговування апаратури та інших технічних засобів оповіщення та зв'язку цивільної оборони на 2011 рік в його редакції, оскільки такий договір заснований на державному замовленні.

Позивач обґрунтував свої вимоги тим, що відповідно до чинного законодавства укладення даного договору є обов'язковим для нього, а тому ним було надіслано відповідачу відповідний проект договору зі строком його дії з 01.01.2011 по 31.12.2011. Однак відповідач проект договору не підписав, але надав відповідь, в якій зазначив, що укладання договору буде проведено після затвердження бюджету на 2011 рік. Також відповідач запропонував позивачу взяти участь у тендері згідно з положеннями Закону України "Про здійснення державних закупівель".

Проаналізувавши усі обставини справи, суд встановив необґрунтованість вимог позивача щодо укладення відповідного договору в обхід Закону України "Про здійснення державних закупівель". Суд підтвердив, що Постановою Кабінету Міністрів України від 15.02.1999 № 192 затверджено Положення про організацію оповіщення і зв'язку у надзвичайних ситуаціях, яким, зокрема, визначено, що відповідальність за експлуатаційно-технічне обслуговування систем оповіщення покладається: загальнодержавної – на генеральну дирекцію Укртелекому; регіональних – на керівництво відповідних дирекцій Укртелекому. Проте судом було вказано, що ч. 4 ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель" встановлена заборона на укладання договорів, які передбачають витрачання державних коштів до/без проведення процедур закупівель, крім випадків, передбачених цим Законом.

Водночас частинами 1, 2, 3 ст. 39 наведеного Закону встановлено, що закупівля в одного учасника – це процедура, відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками та акцепту пропозиції переможця процедури закупівлі в одного учасника.

Процедура закупівлі в одного учасника застосовується замовником як виняток, зокрема, у разі відсутності конкуренції (у тому числі з технічних причин) на товари, роботи чи послуги, які можуть бути поставлені, виконані чи надані тільки певним постачальником (виконавцем), за відсутності при цьому альтернативи. При цьому замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування процедури закупівлі в одного учасника у строк не раніше ніж через 14 днів з дня опублікування у державному офіційному друкованому виданні з питань державних закупівель повідомлення про акцепт пропозиції за результатами застосування процедури закупівлі в одного учасника.

Відповідно, судом було відмовлено у задоволені позову щодо спонукання від-

повідача до укладення договору, оскільки позивач відмовився від участі у торгах та пропозиції провести попередні переговори, висунутої відповідачем, що вказує на недотримання встановленої законом процедури закупівлі товарів та послуг за державні кошти [4].

З наведеним рішенням варто повністю погодитися, оскільки застосування судового порядку укладення договору в обхід обов'язкових етапів спеціального порядку укладення відповідних договорів (зокрема, при проведенні процедур публічних закупівель) може призвести до зловживань з боку виконавців державного замовлення щодо визначення змісту договору (наприклад, завищення ціни договору, неправомірне зменшення обсягу робіт або послуг, що становлять предмет договору тощо) або взагалі необґрунтованого укладення договорів в обхід річних планів закупівель. Вказані зловживання є можливими з огляду на те, що суди, на відміну від уповноважених органів контролю у сфері закупівель та тендерних комітетів, не мають необхідних функцій щодо планування та моніторингу публічних закупівель, а також визначення обґрунтованості окремих умов договорів про закупівлю.

За законодавством деяких держав субсидіарність судового порядку укладання договору проявляється в необхідності застосування альтернативних способів вирішення спорів як обов'язкової передумови звернення до суду. Так, відповідно до ст. 197 Цивільного процесуального кодексу Швейцарії від 19.12.2008 судовому спору повинна передувати спроба примирення в органах примирення [5].

Це правило є загальним і стосується також спорів щодо укладання цивільно-правових договорів. При цьому ст. 198 Цивільного процесуального кодексу Швейцарії передбачено вичерпний перелік винятків, за яких суб'єкти можуть звернутися до суду без попередньої процедури примирення (зокрема, у справах про розлучення, громадянський стан тощо). Якщо між потенційними контрагентами не буде досягнуто домовленості, орган примирення фіксує цей факт і дає дозвіл на судове продовження (ч. 1 ст. 209 Цивільного процесуального кодексу Швейцарії) [5].

На наше переконання, наявність різних обмежень щодо можливості звернення до суду з метою врегулювання розбіжностей стосовно укладання договорів зумовлюється необхідністю уникнення значної кількості судових спорів між потенційними контрагентами. Необмежена можливість звернення до суду з питань вирішення усіх видів переддоговірних спорів за ініціативою лише одного з потенційних контрагентів неодмінно призведе до значного навантаження на судову систему та неврахування інтересів інших потенційних контрагентів, які не заінтересовані у виникненні довготривалих судових спорів.

Крім того, слід враховувати, що сучасні договірні правовідносини ґрунтуються на таких принципах, як вільне волевиявлення, диспозитивність поведінки суб'єктів договірних правовідносин, свобода підприємницької діяльності тощо. Сучасні принципи та засади цивільного права, що відповідають умовам ринкової економіки, заохочують вільне та самостійне погодження змісту договору між потенційними контрагентами, а також можливість вільного припинення процесу укладання договору, що повністю виключає можливість впливу на рішення та дії потенційних контрагентів щодо укладання цивільно-правових договорів з боку інших осіб, крім випадків, визначених законом.

Право потенційних контрагентів вільно відмовитися від укладання договору на етапі ведення переговорів, а також інші питання, пов'язані з переддоговірними відносинами, стають предметом окремого законодавчого регулювання на рівні нормативно-правових актів європейських держав. Так, незважаючи на те, що у Цивільному кодексу Франції довгий час були відсутні будь-які положення щодо регулювання переддоговірних відносин між потенційними контрагентами, з 01.10.2016 цей кодекс було доповнено статтями 1112-1112-2, згідно з якими сторони мають повну свободу ініціювати, проводити та припиняти переговори. Однак передбачено, що ця свобода обмежена вимогою добросовісності [6].

Звернення потенційних контрагентів до судового порядку укладання договору будівельного підряду, як правило, зумовлюється необхідністю вирішення двох категорій переддоговірних спорів: щодо визначення змісту договору будівельного підряду та спонукання до укладання договору будівельного підряду.

Переддоговірні спори щодо визначення змісту договору будівельного підряду можуть виникати у зв'язку з різним тлумаченням потенційними контрагентами положень законодавства щодо переліку істотних умов договору будівельного підряду, наявністю колізій між нормами законодавства щодо окремих умов договору будівельного підряду, відсутністю єдності між потенційними контрагентами щодо визначення інших істотних умов договору будівельного підряду (зокрема, умов щодо яких за заявою одного з потенційних контрагентів має бути досягнуто згоди).

Необхідно звернути увагу на проблему спонукання до укладання договору будівельного підряду в судовому порядку, адже далеко не завжди потенційні контрагенти, які згідно з положеннями цивільного законодавства або умовами попереднього договору зобов'язані укласти відповідний договір, виконують свої обов'язки належним чином. Можливість спонукання до укладання договору будівельного підряду чітко відображена у господарському законодавстві.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 20 ГК одним зі способів захисту прав суб'єктів господарювання та споживачів є установлення господарських правовідносин [2]. Саме вказаний спосіб захисту дає можливість у межах господарських правовідносин вимагати в судовому порядку укладання договору будівельного підряду у тому разі, коли обов'язок укладання такого договору передбачений законом або угодою між потенційними контрагентами.

Згідно з ч. 1 ст. 187 ГК спори, що виникають під час укладання господарських договорів за державним замовленням або договорів, укладання яких є обов'язковим на підставі закону та в інших випадках, встановлених законом, розглядаються судом. Можливість спонукання до укладання договору у судовому порядку передбачається також в інших нормах ГК (ч. 3 ст. 182, ч. 4 ст. 183 тощо) [2]. Ч. 9 ст. 238 Господарського процесуального кодексу передбачено, що у спорі про спонукання укласти договір у резолютивній частині судового рішення вказуються умови, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору [7].

Наведені матеріальні та процесуальні норми створюють належний механізм правового регулювання укладання договору будівельного підряду в судовому порядку. Однак слід визнати, що в цивільному законодавстві відсутні законодавчі положення, які б визначали механізм спонукання до укладання договорів у судовому порядку.

Крім того, є окремі підстави говорити про неможливість застосування такого способу захисту цивільних прав, як спонукання до укладання договору будівельного підряду. Так, ст. 16 ЦК не містить такого способу захисту цивільних прав, як установлення правовідношення. Проблема прийняття судового рішення про спонукання до укладання договору також загострюється тим фактом, що в доктрині цивільного права досить вагоме значення надається принципам диспозитивності та свободи договору.

Як зазначає Н.Ф. Чубоха, диспозитивність у цивільному праві також передбачає юридичну свободу на стадії виникнення будь-яких цивільних правовідносин, адже сама уповноважена особа вибирає та укладає на власний розсуд односторонній правочин та самостійно вибирає вид правочину, його об'єкт, форму, умови тощо. Проте під час укладання договору воля однієї сторони повинна бути узгоджена із зустрічною волею іншої сторони, де абсолютна свобода партнерів у договорі обмежується у взаємних інтересах. За наявності волі суб'єктів укладання договору його можна змінити або припинити. Примус будь-кого із партнерів свідчить про обмеження його волі і є порушенням принципу диспозитивності [8, с. 301].

Норми, що спрямовані на обмеження безпідставного примусу щодо учасників цивільних правовідносин, знаходять своє відображення як у загальній, так і в особливій частині ЦК. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 12 ЦК особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Згідно з ч. 2 ст. 14 ЦК особа не може бути примушена до дій, вчинення яких не є обов'язковим для неї. Сторони є вільними в укладанні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору (ч. 1 ст. 627 ЦК) [4].

Окремо варто звернути увагу на положення ч. 5 ст. 11 ЦК, яка визначає, що у випадках, встановлених актами цивільного законодавства, цивільні права та обов'язки можуть виникати з рішення суду [4]. Наведена норма цілком підтверджує правову природу судового рішення як акта правозастосування і надає суду можливість створювати для учасників цивільних правовідносин відповідні права та обов'язки. Однак, на відміну від господарського законодавства, аналіз цивільного законодавства свідчить про відсутність норм, які б чітко визначали випадки, за яких суд може прийняти судове рішення про спонукання до укладання договору будівельного підряду. Так, ст. 635 ЦК передбачає лише можливість відшкодування збитків, завданих простроченням внаслідок необґрунтованого ухилення від укладання основного договору, передбаченого попереднім договором, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства.

Відсутність належного правового регулювання зумовила виникнення негативної судової практики прийняття рішень про спонукання до укладання договору у тих випадках, коли укладання цивільно-правових договорів було обов'язковим для суб'єктів цивільних правовідносин. Зокрема, постановою Верховного Суду України від 2 вересня 2015 року № 6 закріплена правова позиція, згідно з якою примушування до угоди, яка

ґрунтується на попередньому договорі, чи визнання її укладеною за відсутності згоди зустрічної сторони законом не передбачено, оскільки за порушення умов попереднього договору ч. 2 ст. 635 ЦК передбачені інші правові наслідки – відшкодування збитків [9]. Аналогічна правова позиція відображена в Аналізі практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України № 8 від 2014 [10, с. 33], а також у постанові Верховного Суду України від 10 жовтня 2012 року № 6-110цс12 [11].

Незважаючи на те, що Верховний Суд України у своїх рішеннях поставив під сумнів можливість установлення правовідносин (в тому числі шляхом зобов'язання особи до укладання відповідних договорів), слід зазначити, що у постанові Верховного Суду України від 10 жовтня 2012 року № 6-110цс12 судом було вказано, що, закріпивши принцип свободи договору, ЦК України разом із тим визначив, що свобода договору не є безмежною.

Суд у своєму рішенні наголосив, що, якщо актом цивільного законодавства передбачена обов'язковість положень цього акта для сторін договору, сторони не мають права відступити від їх положень (ч. 3 ст. 6 ЦК). Зокрема, ст. 19, 20 Закону України від 24 червня 2004 року № 1875-IV «Про житлово-комунальні послуги» передбачають обов'язок споживача житлово-комунальних послуг укласти письмовий договір з виконавцем послуг на основі типового договору. Суд зазначив, що у разі відмови споживача послуг від укладання договору відповідно до положень ст. 3, 6, 12-15, 20, 630, 640, 642, 643 ЦК виконавець послуг має право звернутись до суду за захистом свого права, яке підлягає захисту на підставі п. 1 ч. 2 ст. 6 ЦК шляхом визнання договору укладеним на умовах, передбачених нормативним актом, що містить відповідний обов'язок [11].

У даному випадку Верховний суд шляхом розширювального тлумачення п. 1 ч. 2 ст. 6 ЦК вказав на механізм судового вирішення спору щодо укладання цивільно-правових договорів у тих випадках, коли укладання таких договорів є обов'язковим[1].

Слід звернути увагу, що хоча суди цивільної та господарської юрисдикцій апелюють до різних способів захисту, однак за змістом резолютивних частин рішення господарських та загальних судів про вирішення спорів, пов'язаних з ухиленням зобов'язаної особи від укладання договору, є аналогічними. Так, приймаючи рішення про спонукання (зобов'язання) укладання договору, господарські суди у своїх рішеннях також зазначають, що відповідний договір є укладеним.

Даний висновок підтверджується абз. 2 п. 36 інформаційного листа Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 07.04.2008, в якому зазначено, що у спорі про спонукання укласти договір у резолютивній частині вказується рішення з умовами, на яких сторони зобов'язані укласти договір, з посиланням на поданий позивачем проект договору. Суд вправі задовольнити позов про спонукання укласти договір лише в разі, якщо встановить, що існує правовідношення, в силу якого сторони зобов'язані укласти договір, але одна зі сторін ухилилася від цього. Тому в резолютивній частині рішення, яким задовольняється позов про спонукання укласти договір, слід вказувати на те, що спірний договір є укладеним [13]. Аналогічна позиція висловлена в абз. 1 п. 9.9 постанови Пленуму ВГСУ «Про судове рішення» від 23.03.2012 № 6 [14].

Водночас слід зазначити, що ВГСУ у постанові від 15.04.2008 № 16/187-07-5319 вказав, що чинне законодавство не передбачає такого способу захисту прав, як визнання договору (правочину) укладеним чи неукладеним за результатами розгляду відповідних позовних вимог. Натомість суд наголосив на тому, що в разі ухилення однієї зі сторін від підписання договору заінтересована сторона може звернутися з позовом про спонукання іншої сторони до укладання договору на умовах проекту, запропонованого позивачем [15].

Отже, ВГСУ наголошує на тому, що в господарському законодавстві окремо не виділяється такий спосіб захисту, як визнання договору (правочину) укладеним. Тому безпосереднє звернення до суду шляхом застосування такого способу захисту є неможливим.

На наше переконання, той факт, що суди цивільної та господарської юрисдикцій, застосовуючи різні способи захисту прав, приймають аналогічні за змістом рішення у спорах про укладання договорів, пояснюється не тотожністю застосовуваних судами способів захисту, а доцільністю саме такого юридичного механізму вирішення спорів,

[1]У теорії права розширювальне тлумачення норм права розглядається як вид тлумачення, за якого дійсний зміст правової норми встановлюється ширшим за його буквальний текстуальний вираз [12, с. 182]. Враховуючи багатогранний зміст поняття «суб'єктивне цивільне право», варто визнати можливість конкретизації визнання права як способу захисту цивільних прав. Прикладами такої конкретизації можуть бути визнання правочину дійсним, визнання відсутності права, визнання наявності правовідносин тощо.

пов'язаних з ухиленням зобов'язаної сторони від укладання договору, враховуючи необхідність досягнення ефективності та дієвості захисту прав суб'єктів переддоговірних правовідносин.

Буквальне застосування такого способу захисту, як спонукання до укладання договору (мається на увазі прийняття судом рішення, за яким особа, яка ухиляється від укладання договору, зобов'язується укласти відповідний договір), є недоцільним та неефективним. Недоцільність прийняття такого рішення пояснюється тим, що воно зумовить виникнення «додаткового» зобов'язання укласти відповідний договір поряд із первинним аналогічним зобов'язанням укласти договір, що не було виконано у зв'язку з ухиленням зобов'язаної особи від його виконання. Отже, прийняття такого рішення призведе до появи нелогічної ситуації, за якої між суб'єктами існуватиме два зобов'язання з аналогічним змістом, які відрізнятимуться лише підставою виникнення. Неефективність такого судового рішення зумовлюється тим, що його прийняття не гарантує того, що недобросовісна сторона й надалі не буде уникати від виконання зобов'язання щодо укладання договору.

Вважаємо, що, попри можливість розширювального тлумачення положення п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК, застосовуваний Верховним Судом України механізм вирішення цивільних спорів, пов'язаних з ухиленням зобов'язаної особи від укладання договору, є дискусійним.

Зокрема, прийняття Верховним Судом України рішень у цивільних справах про визнання договору укладеним за своєю правовою природою є встановленням факту, що має юридичне значення. Даний висновок випливає з того, що Верховний Суд України у рішеннях від 02.09.2015 № 6-226цс14 та від 10.10.2012 № 6-110цс12 вказав на відсутність у цивільному законодавстві такого способу захисту, як установлення правовідношення, однак при цьому суд визнав існування договору шляхом визнання такого договору укладеним. Таким чином, Верховний Суд не встановив нове правовідношення, а визнав факт існування договору як юридичного факту.

Аналогічний висновок щодо правової природи рішень про визнання договору укладеним був зроблений ВГСУ. Так, у рішенні від 15.04.2008 № 16/187-07-5319 ВГСУ вказав, що визнання договору (правочину) укладеним чи неукладеним по суті є встановленням факту, що має юридичне значення, та може мати місце лише під час розгляду спору про право цивільне [15].

Позиція ВГСУ була врахована судами нижчої інстанції у вирішенні спорів, пов'язаних з укладанням договору будівельного підряду. Так, у справі № 924/1209/14 Господарським судом Хмельницької області було встановлено, що позивач просить визнати договір на проведення будівельно-монтажних робіт укладеним. На обґрунтування даної вимоги позивачем було вказано, що, підписавши проектно-кошторисну документацію на проведення додаткових робіт, відповідач фактично уклав договір підряду у спрощений спосіб відповідно до ст. 181 ГК України. Таким чином, позивач у позовній заяві констатує факт укладання договору на виконання будівельно-монтажних робіт та просить його підтвердити у судовому порядку.

Однак суд зазначив, що вибраний позивачем спосіб захисту права шляхом визнання договору укладеним не відповідає способам захисту права, встановленим статтею 16 ЦК України та статтею 20 ГК України, що є підставою для відмови у задоволенні даної позовної вимоги [16].

Проблема вирішення спору, пов'язаного з ухиленням зобов'язаної особи від укладання договору будівельного підряду шляхом визнання даного договору укладеним на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК, полягає в тому, що важливою умовою розгляду справ про встановлення факту, що має юридичне значення, є наявність самого юридичного факту, який, власне, й підлягає встановленню. Однак у разі ухилення зобов'язаної особи від укладання договору будівельного підряду, тобто не надсилання оференту акцепту або будь-якої іншої відповіді стосовно узгодження змісту договору, не можна говорити про виникнення договору будівельного підряду як юридичного факту.

Цей висновок пов'язаний з тим, що за загальним правилом договір вважається укладеним, якщо сторони досягли згоди з усіх істотних умов договору (ч. 1 ст. 638 ЦК). Критеріїв визначення конкретного моменту досягнення згоди може бути декілька, тому з метою уникнення спорів законодавцем у ч. 1 ст. 640 ЦК було чітко вказано, що договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції [4]. Крім того, відповідно до п. 11 Загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668, договір підряду вважається укладеним з моменту його підписання сторонами і скріплення підписів печатками [17].

Враховуючи зазначене, можна зробити висновок, що у разі ухилення зобов'язаної

особи від укладання договору будівельного підряду в особи, яка має право на укладання договору будівельного підряду, відсутні підстави для подання заяви про встановлення факту, що має юридичне значення, оскільки даний факт (тобто договір) ще не відбувся.

Сумнівною є також можливість розгляду таких справ у межах окремого провадження, адже йдеться про невиконання одним із суб'єктів свого юридичного обов'язку щодо укладання договору будівельного підряду, що дає підстави говорити про існування переддоговірного спору. До того ж в межах таких спорів особа, яка ухиляється від укладання договору, досить часто намагається оспорити право іншої сторони на укладання договору і наголошує на відсутності будь-якого обов'язку щодо укладання договору. Факт наявності спору про право виключає можливість розгляду заяви в межах окремого провадження.

Враховуючи потребу у створенні дієвого та належного механізму вирішення спорів, пов'язаних з ухиленням зобов'язаної особи від укладання договору будівельного підряду, постає питання необхідності обґрунтованого вибору способу захисту права суб'єктів цивільних правовідносин на укладання даного договору. Вважаємо, що спонукання до укладання договору будівельного підряду і відповідний механізм реалізації такого способу захисту прав та інтересів цілком може бути застосований й у вирішенні спорів у межах цивільної юрисдикції.

Можливість застосування зазначеного способу захисту обґрунтовується тим, що перелік способів захисту, передбачений ст. 16, не є вичерпним і суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом (абз. 12 ч. 2 ст. 16 ЦК) [4]. У цьому разі сторони можуть, зокрема, передбачити в попередньому договорі такий спосіб захисту, як спонукання до укладання договору, що відповідатиме положенням ст. 16 та ч. 3 ст. 6 ЦК.

Слід також зазначити, що згідно із Законом «Про внесення змін до Господарського процессуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 ч. 2 ст. 16 ЦК була викладена в новій редакції. Так, за новою редакцією ч. 2 ст. 16 ЦК спосіб захисту може бути визначений не лише законом та договором, а й власне судом у визначених законом випадках [18]. Хоча нова редакція ч. 2 ст. 16 ЦК обмежує можливості визначення способів захисту судом лише у встановлених законом випадках, не можна не вказати на позитивний характер цих змін в аспекті можливості застосування ефективних способів захисту цивільних прав та інтересів залежно від конкретних обставин справи.

До того ж слід звернути й на нову редакцію ст. 5 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК). Так, вказану статтю було доповнено частиною другою, відповідно до якої у разі, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону [19].

Висновки.

Необхідно визнати субсидіарність судового порядку укладання договору будівельного підряду по відношенню до загального та спеціального порядку укладання даного договору. Незважаючи на наявність у цивільному законодавстві багатьох норм, які спрямовані на утвердження договірної свободи і нівелюють можливість примусового укладання цивільно-правових договорів у судовому порядку, слід наголосити, що вказані норми спрямовані на обмеження невиправданого та протиправного примусу до укладання договорів.

Однак вказані норми не можна абсолютизувати і застосовувати всупереч положенням статей 525 та 526 ЦК, що вказують на неможливість односторонньої відмови від зобов'язання, а також необхідність виконання зобов'язання належним чином. Одним із різновидів зобов'язань, що можуть виникати з попередніх договорів, актів органу державної влади та органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору та інших підстав, є зобов'язання з укладання договору будівельного підряду, яке також повинно бути виконане належним чином.

Незважаючи на те, що прийняття судами цивільної та господарської юрисдикцій рішень стосовно визнання договорів укладеними відбувається на підставі різних способів захисту, вказані рішення є аналогічними за своїм змістом, що пов'язано з дієвістю такого механізму вирішення спорів про ухилення зобов'язаної особи від укладання відповідного договору. Прийняття рішення щодо визнання договору будівельного підряду укладеним на підставі п. 1 ч. 2 ст. 16 ЦК має ознаки встановлення факту, що має юридичне значення. Однак можливість визнання договору укладеним за таких обставин є сум-

нівною, адже на момент звернення до суду договір як юридичний факт ще не відбувся, що вказує на відсутність підстав для задоволення відповідної заяви.

З метою узгодження судової практики, а також враховуючи нову редакцію ст. 16 ЦК та ст. 5 ЦПК, слід констатувати, що спонукання до укладання договору будівельного підряду і вироблений судовою практикою механізм реалізації такого способу захисту прав та інтересів потенційних контрагентів може бути застосований й у вирішенні спорів у межах цивільної юрисдикції.

Список використаних джерел:

1. Бервено С.М. Цивільно-правова характеристика укладання договору. Підприємництво, господарство і право. 2006. № 4. С. 10-13.

2. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18. Ст. 144.

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

4. Рішення Господарського суду Луганської області від 07.05.2012 № 10пд/5014/576/2012(6/232пд/2011) URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23998929.

5. Цивільний процесуальний кодекс Швейцарії від 19.12.2008 URL: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html#fn-#a198-4.

6. Цивільний кодекс Франції від 21.03.1804 URL: https://www.trans-lex.org/601101/_/french-civil-code-2016/.

7. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 11.02.1992 (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 1992. № 6. Ст. 56.

8. Чубоха Н. Ф. Принцип диспозитивності у цивільному праві України Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право» Ужгород : Гельветика, 2013. Вип. 21. С. 299–302.

9. Постанова Верховного суду України від 2 вересня 2015 року № 6-226цс14 URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/ 7864c99c46598282c2257b4c0037c014/3543f89785c7a334c2257ebc001e5b56/$FILE/6-226цс14.doc.

10. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України (витяг). Вісник Верховного Суду України. 2014. № 8. С. 17-34. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vvsu_2014_8_5.pdf.

11. Постанова Верховного суду України від 10 жовтня 2012 року № 6-110цс12. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/ 81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/75d33493d74c0a55c2257a9c00285a60?OpenDocument.

12. Шестопалова Л.М. Теорія права та держави: навч. посібник. К.: Паливода А. В., 2012. 255 с.

13. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8/211. Вісник господарського судочинства. 2008. № 3. Ст. 45.

14. Про судове рішення: постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 23.03.2012 № 6. Вісник господарського судочинства. 2012. № 3. Ст. 36.

15. Постанова Вищого господарського суду України від 15.04.2008 № 16/187-07-5319. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD081249.html.

16. Рішення Господарського суду Хмельницької області від 16.10.2014 № 924/1209/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41004169.

17. Про затвердження Загальних умов укладання та виконання договорів підряду в капітальному будівництві: Постанова Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 (зі змінами та доповненнями). Офіційний вісник України. 2005. № 31. Ч. 2. Ст. 1867.

18. Про внесення змін до Господарського процессуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 48. Ст. 436.

19. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40. Ст. 492.

В статье исследуются проблемы правового регулирования судебного порядка заключения договора строительного подряда, проанализированы положения гражданского и хозяйственного законодательства, регулирующих судебный порядок заключения договора строительного подряда, рассмотрены основания и условия применения судебного порядка заключения договора строительного подряда.

Ключевые слова: судебный порядок заключения договора строительного подряда, преддоговорные споры, понуждение к заключению договора строительного подряда.

The article explores the problems of legal regulation of the judicial procedure for concluding a construction contract, the provisions of civil and commercial legislation regulating the judicial procedure for concluding a construction contract was analyzed, examined legal basis and conditions for the application of the judicial procedure for concluding a construction contract.

Key words: judicial procedure for concluding a construction contract, pre-contract disputes, compulsion to conclude a construction contract.

УДК 347

Артем Самусь,
студент кафедри інтелектуальної власності
Київського національного університету імені Т. Г. Шевченка

КЛАСИФІКАЦІЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ МАРОК У ПРАВІ США ТА УКРАЇНИ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

У статті проводиться порівняльний аналіз правового регулювання охорони торговельних марок в Україні та США, зазначаються спільні та відмінні риси. Докладно розкривається сутність специфічної для США класифікації Аберкромбі, яка встановлює різний обсяг правової охорони для торговельних марок різних видів.

Ключові слова: торговельні марки, види торговельних марок, захист торговельних марок, класифікація Аберкромбі, Відомство з патентів і товарних знаків США, Ніццька класифікація товарів та послуг, охорона прав на торговельні марки в США, охорона прав на торговельні марки в Україні.

Охорона прав інтелектуальної власності на торговельні марки в Україні здійснюється відповідно до міжнародних підходів, прийнятих у європейських країнах та інших розвинених країнах світу. Однак у США існує принципово інша система поділу торговельних марок на категорії, що зумовлено загальною системою права на противагу континентальній (до якої належить Україна). Аналіз систем правової охорони двох країн видається обґрунтованим з огляду на глобалізаційні процеси та запозичення окремих інституцій для розвитку та удосконалення вітчизняного правового регулювання у зазначеній сфері .

У цілому вітчизняні вчені немало досліджують законодавство України про охорону торговельних марок порівняно із законодавством інших держав та в контексті гармонізації з міжнародно-правовими стандартами. Серед науковців, які досліджували окремі питання щодо охорони торговельних марок, варто згадати Т. М. Вахонєву, М. М. Микієвич, Н. Є. Сороку, О. В. Прилипчук. Однак проведений аналіз лише фрагментарно охоплює питання порівняльної характеристики саме підходів США, оскільки він характеризує українську систему правової охорони з аналогічними системами європейських країн або з міжнародними підходами.

Метою даної статті є здійснення порівняльної характеристики правової охорони прав на торговельні марки за законодавством України та США.

Відомство з патентів і товарних знаків США встановлює, що торговельною маркою є слово, фраза, символ або зображення або комбінація слів, фраз, символів або зображень, які ідентифікують і виділяють походження товару або послуги однієї сторони від інших подібних [6]. Торговельні марки ідентифікують одного продавця товарів або послуг від інших продавців подібних товарів або послуг і підтверджують, що всі товари, що носять таку ж марку, походять із того ж джерела й мають відповідні якості.

Американське законодавство, що визначає поняття торговельної марки, головним чином захищає права споживача. Федеральні закони про охорону торговельних марок існують для того, щоб відгородити споживача від плутанини на ринку. Компанії, що використовують уже наявні або схожі на наявні знаки, порушують права власника торговельної марки тільки тоді, коли це може спричинити змішування за походженням, приєднанням або спонсорством. Змішування як таке може й не відбудеться [7].

Відповідно до стандартної "імовірності змішування", ті самі торгові марки можуть бути використані різними власниками для різних товарів і послуг. Наприклад, торгова марка ABC може бути зареєстрована для косметичної продукції, вивісок, що світяться, і віщальних служб. Незважаючи на те, що всі власники володіють однією й тією ж торговельною маркою, це не призводить до ймовірності змішування на ринку. Практично виключено, що споживач купуватиме косметику ABC, ґрунтуючись на власних асоціаціях із телеведучою новин, що транслюються на телеканалі ABC.

Відомство патентів і торгових марок США розділяло товари й послуги на 42 міжнародних класи, щоб сприяти визначенню меж галузей ексклюзивного володіння марками. Однак ці класи слугували лише як директиви. Імовірність змішування може іс-

© А. Самусь, 2018

нувати між товарами різних класів, і навпаки, можлива повна відсутність імовірності змішання між товарами тих самих класів [1, с. 1673]. Однак зараз ці класи вже не використовуються, а діє Ніццька класифікація товарів та послуг (яка, зокрема, діє і в Україні), отже, зараз у США немає специфічного нормативно-правового акта, який визначав би класи торговельних марок.

Відповідно до федерального законодавства про торговельні марки (передусім це Lanham Act [3]), захисту підлягають не тільки зареєстровані торговельні марки. Права на марку даються її власникові не реєстрацією, а використанням торговельної марки. Однак федеральна реєстрація торговельної марки дає її власникові можливість використовувати її в національному масштабі з моменту реєстрації. Отже, реєстрація торговельної марки повідомляє всіх наступних користувачів про те, що реєстрант має переважні права на цю марку.

У США прийнятою є класифікація, відповідно до якої торговельні марки поділяють на 5 категорій: generic, descriptive, suggestive, arbitrary and fanciful. Кожна з цих категорій має особливий обсяг захисту [4].

Generic trademarks – це, як правило, словесні торговельні марки, які відтворюють назву або основну ознаку товару. Наприклад, «Кришталь» для виробів з кришталю, «Молоко» для продукції молокозаводу, «Хутро» – для виробів із хутра. Такі торгові марки є неохороноздатними, оскільки не мають відмінних властивостей [5].

Descriptive trademarks відтворюють певні ознаки товару або сервісу. Вони можуть бути захищені тільки в тому разі, коли мають ще «другорядне значення», яке пов'язує саме цю назву з товарами саме цього виробника. Наприклад, хлібці «Смачні» можуть існувати, якщо знак із цим словом буде певним чином індивідуалізований, щоб він ідентифіковувався саме як назва цього товару. Так, заклади швидкого харчування «Печена картопля» та «Смажена картопля» у своїй торговельній марці, окрім згаданих слів, ще мають індивідуалізовані зображення.

Suggestive trademarks відтворюють поняття, які можуть певним чином асоціюватись із товаром або послугою, однак вже мають індивідуалізовані ознаки. Наприклад, «ПриватБанк» – банк, що виник як власність приватних осіб, однак це слово не використовується для позначення всіх недержавних банків, воно є індивідуалізованим. Такі марки підлягають беззастережній охороні.

Arbitrary trademark – це торговельна марка, яка, на перший погляд, не має жодного смислового зв'язку з товаром або послугою. Прикладом такої марки є відоме зарубіжне видавництво Penguin, або IT-компанія Apple. Видавництво не виробляє товарів для пінгвінів, з пінгвінів або у формі пінгвінів, а Apple не торгує яблуками. Такі торговельні марки також підлягають захисту, але вони мають довести, що належать саме до цієї категорії, тобто що назва не пов'язана з їхньою діяльністю.

І, нарешті, fanciful trademakrs – торговельні марки, які характеризуються зарубіжними науковцями як такі, що мають найпотужніші охоронні властивості. Це такі торговельні марки, словесна компонента яких являє собою неіснуюче слово [2, с. 20]. Воно може нічого не означати, як Xerox, або викликати певні асоціації, зовсім не пов'язані з тим, що вони представляють, наприклад Beatles, або, навпаки, пояснювати ознаки товару або послуги у такий незвичний спосіб, наприклад, український продукт «Фруктинка» – солодкі перетерті з цукром ягоди (не фрукти, проте потрібні асоціації в споживача виникають).

В Україні розуміння торговельної марки, її значення істотно не відрізняється від такого у США. Також охорона торговельної марки розглядається з позиції споживача: він не повинний бути введений в оману. Подібність до змішування так само є важливою, і так само не є обов'язковим, щоб змішування відбулося, досить, щоб воно було ймовірним, що, як правило, встановлюється експертизою.

В Україні торговельні марки класифікують за формою втілення:

– словесні торгові марки – найпоширеніші у світі завдяки їх легкому відтворенню та простоті для запам'ятовування. Значно зручніше передати іншій людині, що ви купуєте макаронні вироби «Смакотиння», аніж пояснювати, що це такі, на яких курча із задоволенням їсть макаронину. Також їх легше відтворювати самому виробникові при виробленні товару;

– зображувальні – найдавніші. На давніх клеймах, які вибивалися, наприклад, на металевих виробах, простіше було вибити маленький малюнок, аніж напис із кількох букв, до того ж багато майстрів, а ще більше покупців були неписьменними. Також зображувальні торгові марки зручні для експорту товарів до країн, де поширене принципово інше письмо, наприклад, словесна торгова марка, виконана ієрогліфічним письмом, не буде ефективною в країнах з кирилицею або латинкою. Щоб зображувальна торгова марка була ефективною, зображення має бути простим, естетичним та недвозначним: споживач повинен однозначно розуміти, що саме зображено, та легко запам'ятовувати торгову марку;

– об'ємні – найскладніші для відтворення та використання, наприклад, у рекламі. Як правило, відтворюють або сам товар, або якийсь предмет, що асоціативно з ним пов'язаний. Найчастіше використовуються, наприклад, флакони для парфумів особливої форми, або пляшки для напоїв, або інша упаковка товару;

– комбіновані – як правило, комбінуються словесне позначення та зображення. Важливо, щоб таке поєднання виглядало естетично саме як арт-об'єкт, тобто в його створенні має значення, як само розташовані різні елементи, які шрифти для написів використано, тощо. Нерідко словесне позначення «вбудовують» у зображення, наприклад, частина зображення оплітає букви;

– інші (нетрадиційні) – слухові, нюхові тощо [6, с. 144].

Різні види торговельних марок в Україні мають однаковий обсяг охорони, тобто захищаються однаковою мірою відповідно до одного порядку.

Таким чином, можна легко побачити істотні відмінності у розумінні правової охорони торговельних марок в Україні та США. Вони не стосуються базових понять – розуміння того, що є торговельною маркою або як її треба охороняти. Проте в Україні різні режими правової охорони у трьох категорій торговельних марок:

– незареєстровані;

– зареєстровані;

– добре відомі.

Те ж, якою саме є торговельна марка, може вплинути на віднесення її до однієї з вищеназваних категорій, але саме по собі не породжує відмінностей у правовому регулюванні. У праві США досить вказати, до якої категорії належить торговельна марка, описова вона чи вигадана, і це автоматично надає їй певний рівень охорони. На прикладі: якщо торговельна марка generic, то в Україні необхідним є встановлення того, що вона неохороноздатна, в США ж немає необхідності це зазначати: сам факт того, що це торговельна марка generic, означає її неохороноздатність.

Цікаво, що в США охорона торговельної марки тим сильніша, чим менший смисловий зв'язок має торговельна марка із самим товаром. Тобто торговельна марка молока «Біле» матиме менший обсяг охорони, ніж торговельна марка молока «Чебурашка», просто тому, що слово «біле» характеризує молоко, а слово «Чебурашка» не має до нього жодного відношення. Смисл такого правила в тому, що назва для молока «Біле» може прийти в голову різним власникам незалежно один від одного та вони матимуть однакове право на її використання, а от назвати молоко «Чебурашка» навряд чи кілька людей вирішать незалежно один від одного. Тому більшою є ймовірність того, що, назвавши свою торговельну марку «Чебурашка» за наявності на ринку молока «Чебурашка» іншого виробника, особа прагне створити в споживача хибне враження, що товар, який вона виробляє, насправді виробив той виробник.

Варто зазначити, що на практиці в Україні має місце таке саме розуміння, і довести подібність торговельних марок, які за правом США належать до arbitrary або fanciful, і в Україні легше. Проте за правом США для цього не треба щоразу наводити всі вищенаведені аргументи, досить визнати, що торговельна марка належить до цієї групи. Це прискорює процедуру розгляду суперечки та мінімізує ймовірність неодноманітного вирішення подібних суперечок, що є дуже важливим сьогодні, коли в Україні суди надто завантажені справами. Тому, можливо, доцільно було б використати американську класифікацію торговельних марок в Україні. Це питання потребує всебічного вивчення та наукового обґрунтування.

Вважаємо, що могло би бути доцільним визнати, що торговельні марки, які належать до arbitrary або fanciful, підлягають ширшій правовій охороні. Варто закріпити це становище на законодавчому рівні, оскільки воно вже наявне на практиці, але важливо відмежувати справді вигадані торговельні марки від асоціативних слів, яких немає в мові, проте вони несуть певний зміст, чітко зрозумілий споживачеві.

Видається, було б доцільним встановити в чинному українському законодавстві право власника вигаданої неасоціативної торговельної марки на певні привілеї в охороні, відповідно до яких знак, подібний до вигаданої торговельної марки, буде визнаватися подібним до неї до ступеня змішуваності без додаткових аргументів, тобто не буде вимагатися докладно доводити, що Abibas створений для того, щоб споживачі плутали його з Adidas, досить буде експертного висновку про те, що Adidas – вигадана торговельна марка, а Abibas є подібною до неї, без додаткових обґрунтувань. У випадку з Adidas обстоювання прав власника оригінальної торговельної марки полегшується тим, що Adidas є добре відомою торговельною маркою. Однак видається, що у випадку з вигаданими неасоціативними торговельними марками обсяг охорони має бути такий самий, як у добре відомих торговельних марок, незалежно від їх відомості.

Разом із тим вигадані асоціативні торговельні марки не потребують такої беззастережної охорони. Якщо закріплювати особли-

вий правовий режим вигаданих асоціативних торговельних марок на законодавчому рівні, то це також необхідно зазначити.

Можна виокремити такі три правових режими охорони для кожної з груп «вигаданих» марок:

а) торговельні марки, втілені у словах, які насправді не мають жодного сенсу, це просто набір букв, який відповідає хіба що вимозі милозвучності. Як уже зазначалося вище, і щодо них є сумніви, оскільки сучасні дослідження дають підстави стверджувати, що навіть безглузді сполучення букв створюють певне враження та викликають певні асоціації. Однак все ж можна вважати, що такі слова вигадані спеціально для товару, не мають іншого значення, окрім позначення даного товару, та вірогідність створення подібних до них слів іншими людьми невелика. Дійсно, можна стверджувати, що в разі, якщо товар, маркований такою вигаданою торговельною маркою, досить відомий споживачеві та ця вигадана назва асоціюється саме з ним, то поява дуже схожого знаку має на меті асоціації з цим відомим знаком;

б) торговельні марки, які являють собою слова, які вигадав хтось інший, і, таким чином, викликають асоціації з певним, наприклад, твором. Так, у Києві є ресторан «Массаракш», назва якого – це вигадане слово з творів братів Аркадія та Бориса Стругацьких. Така назва складається з вигаданого слова, проте це слово викликає певні асоціації, в даному випадку – з творами Стругацьких, а отже, має певне значення, відоме широкому колу осіб;

в) торговельні марки, які являють собою неіснуючі слова, які, втім, змістовно пов'язані з властивостями товарів або послуг, такі як «Солодкун», «Швидкоруш», «Фруктосмак». Такі торговельні марки, безумовно, є вигаданими словами, однак вони мають смисл, викликають чіткі асоціації і, оскільки утворені вони за досить стандартними принципами словотворення, цілком можуть прийти в голову багатьом різним людям. Тому цілком можливо, що декілька людей одночасно, незалежно один від одного придумали торговельну марку «Липоцвіт», і не можна використовувати презумпцію недобросовісності особи, яка намагається ввести цю торговельну марку в обіг другою. Навряд чи ставлення до цієї категорії вигаданих торговельних марок, подібне до ставлення до попередніх категорій, є виправданим. Скоріше їх варто віднести до особливої категорії suggestive trademarks, які певним, доволі оригінальним та впізнаваним чином описують ознаки товару або послуги.

Ймовірно, до вигаданих торговельних марок третьої категорії треба ставитись як до таких, які описують риси товару або послуги або вихваляють переваги товару або послуги, слугуючи, таким чином, одночасно його рекламою. Не можна порівнювати унікальність торговельних марок «LEXUS» та «Фруктинка», вона принципово різна.

Вважаємо, що такі нововведення у законодавстві закріплять де-юре стан, який існує де-факто: більш потужний захист торговельних марок, які в США класифікуються як arbitrary або fanciful, призведе до певної економії юридичних засобів захисту: не треба буде щоразу доводити обставини, які зумовлюють захисні здатності торговельної марки.

Висновки.

Охорона прав інтелектуальної власності на торговельні марки в США полягає в тому, щоб споживач не був уведений в оману, а також щоб були зменшені ризики порушення прав власника торгової марки. Саме на основі цього і були створенні такі різні категорії торговельних марок, де головним критерієм є саме унікальність торгівельної марки, її оригінальність і здатність вирізнятися з-поміж інших торговельних марок, що й впливає на силу правової охорони прав власника з боку держави.

Водночас охорона прав на торговельні марки в Україні має на меті ті ж самі цілі, а саме захист інтересів споживача і володільця торговельної марки. Але, зважаючи на вітчизняну класифікацію торговельних марок, можна стверджувати, що головним критерієм класифікації такого об'єкта інтелектуальної власності є її зовнішнє втілення, а не вирізняльна здатність. І це підвищує ризики порушення законних прав і інтересів як володільця торговельної марки, так і споживача.

Пропонується внести такі зміни до Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг». Перш за все, необхідно запровадити ступені обсягу правової охорони на торговельні марки, де головним критерієм буде саме оригінальність, неповторність, наявність високого рівня творчості і відсутність тісного смислового зв'язку між торговельною маркою та товаром. Саме ці зміни будуть мотивувати учасників цивільного обороту до створення по-справжньому індивідуалізованої торговельної марки. Це, своєю чергою, сприятиме зменшенню ризику порушення інтересів як прямих споживачів, так і самих власників торговельних марок.

Список використаних джерел:

1. Dogan, S.L. and Lemley, M.A. (2007), "Grounding Trademark Law Through Trademark Use", Iowa Law Review, Vol. 92, pp. 1669-1701.
2. Beebe, B. (2005), "Search and Persuasion in Trademark Law", Michigan Law Review, Vol. 103, pp. 2020– 2072.
3. Lanham Act URL: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-22
4. Linford, J. Are trademarks ever fanciful? // The Georgetown Law Journal. URL: https://www.inta.org/Academics/Documents/2017/Linford_%20Winner.pdf.
5. Olafson, Shane. What's the Big Deal About Trademark Registration // The Lewis Roca Rothgerber's Intellectual Property and Litigation Practice Groups. 2014. December, 20. URL: https://blog.traklight.com/whats-the-big-deal-about-trademark-registration.
6. Trademark Basics. Trademark, Patent, or Copyright? URL: https://www.uspto.gov/trademarks-getting-started/trademark-basics/trademark-patent-or-copyright.
7. Крат В. Торговельна марка як об'єкт права інтелектуальної власності. Мала енциклопедія нотаріуса. 2017. № 5. С. 142-154.
8. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII. Відомості Верховної Ради України. 1994. № 7. Ст. 36.

В статье проводится сравнительный анализ правового регулирования охраны торговых марок в Украине и США, указываются общие и отличительные черты. Подробно раскрывается сущность специфической для США классификации Аберкромби, которая устанавливает различный объем правовой охраны для торговых марок различных видов.

Ключевые слова: торговые марки, виды торговых марок, защита торговых марок, классификация Аберкромби, Ведомство по патентам и товарным знакам США, Ниццкая классификация товаров и услуг, охрана прав на торговые марки в США, охрана прав на торговые марки в Украине.

The article compares the trademark scope of protection in Ukraine and the USA, points out the common and distinctive features. The essence of the specific US Abercrombie classification, which sets different levels of legal protection for trademarks of different types, is disclosed in detail.

Key words: trademarks, types of trademarks, trademark protection, Abercrombie classification, US Patent and Trademark Office, Nice Classification of Goods and Services, Protection of Trademarks Rights in the United States, Protection of Trademarks Rights in Ukraine.

УДК 34:61

Ірина Сенюта,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри медичного права факультету післядипломної освіти
Львівського національного медичного університету імені Данила Галицького

ПРАВОЧИН ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ НАДАННЯ МЕДИЧНОЇ ДОПОМОГИ

Досліджено правову природу договору про медичне обслуговування за програмою медичних гарантій і декларацію про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, з'ясовано недоліки в регулюванні цих правових конструкцій і запропоновано зміни щодо удосконалення.

Ключові слова: правочин, договір про медичне обслуговування, декларація про вибір лікаря, цивільні правовідносини у сфері надання медичної допомоги.

Постановка проблеми. Однією з найпоширених підстав виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги є правочин. У межах цієї статті досліджено два з них: договір про медичне обслуговування за програмою медичних гарантій і декларацію про вибір лікаря, що надає первинну медичну допомогу. Ці правові інструменти, запроваджені за умов медичної реформи, започатковують нові алгоритми надання медичної допомоги. З'ясування їх правової природи має велике значення як для юридичної, так і для медичної практики і допоможе забезпечити належну реалізацію прав людини у сфері охорони здоров'я та правозастосування у цій царині.

Стан наукового дослідження. Правочин як підстава виникнення цивільних правовідносин був предметом наукових розвідок багатьох науковців, які досліджували його як загальну категорію цивільного права (зокрема, І. В. Венедіктова, М. К. Галянтич, А. Б. Гриняк, В. В. Луць, В. М. Коссак, О. О. Отраднова, З. В. Ромовська, Н. В. Федорченко, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. С. Яворська), а також з урахуванням специфіки сфери охорони здоров'я (зокрема, С. В. Антонов, С. Б. Булеца, А. А. Герц, Р. А. Майданик, В. М. Пашков, В. О. Савченко, Р. О. Стефанчук). Проте правочини, які є об'єктом висвітлення у цій статті, науковці не розглядали, оскільки ці правові явища з'явились у системі права у березні – квітні 2018 р.

Мета статті – з'ясувати правову природу договору про медичне обслуговування за програмою медичних гарантій і декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, особливості їх як підстав виникнення цивільних правовідносин у сфері надання медичної допомоги, а також виокремити недоліки їх нормативно-правового регулювання і на цій основі подати пропозиції щодо вдосконалення нормативних лекал.

Виклад основного матеріалу. Згідно зі ст. 202 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1], правочином визнається дія особи, яка спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Правочини можуть бути односторонніми та дво- чи багатосторонніми (договори).

Договір про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій (далі – договір про медичне обслуговування) є договором про надання медичних послуг, який укладається на користь третіх осіб. Конструкцію цього договору було запроваджено в законодавчу площину Законом України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» [2] і деталізовано в Постанові Кабінету Міністрів України «Про деякі питання договорів про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій» від 25.04.2018 № 410 [3]. Сторонами *договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій* є надавач медичних послуг (заклади охорони здоров'я та фізичні особи – підприємці, які здійснюють господарську діяльність з медичної практики) та Уповноважений орган (центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення – Національна служба здоров'я України). Договір про медичне обслуговування може укладатись або в письмовій, або в електронній формі. До іс-

© І. Сенюта, 2018

тотних умов договору про медичне обслуговування законодавець відносить такі: перелік та обсяг надання пацієнтам медичних послуг і лікарських засобів за програмою медичних гарантій, умови, порядок і строки оплати тарифу, фактичну адресу надання медичних послуг, права та обов'язки сторін, строк дії договору, звітність надавачів медичних послуг і відповідальність сторін.

Пацієнт, який потребує надання медичних послуг або лікарських засобів за програмою медичних гарантій, або його законний представник звертається до надавача медичних послуг і подає декларацію про вибір лікаря. Заклад охорони здоров'я або фізична особа – підприємець, які провадять господарську діяльність з медичної практики, не мають права відмовити пацієнтові у прийнятті декларації на підставі наявності в пацієнта хронічного захворювання, його віку, статі, соціального статусу, матеріального становища, зареєстрованого місця проживання.

Проаналізувавши нормативні акти та доктринальні джерела, доходимо висновку:

1) договір про медичне обслуговування за природою є договором про надання послуг;

2) за принципом дихотомії цей договір складається з двох частин: а) у частині «замовник – надавач» – це договір про надання послуг за державним замовленням; б) у частині надання медичних послуг надавачем пацієнтові – це договір на користь третіх осіб. Ця позиція, зокрема, отримала нормативне підтвердження у ст. 8 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» та п. 11 Типової форми Договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, затвердженої Постановою № 410 (договір про медичне обслуговування населення є договором на користь третіх осіб – пацієнтів у частині надання їм медичних послуг);

3) в аспекті обґрунтування позиції щодо договору про надання послуг за державним замовленням відзначимо:

3.1) у юридичній доктрині точаться палкі дискусії щодо правової природи державного контракту, яка вже стала предметом глибинного дослідження Н. В. Федорченко. Науковець обґрунтовано стверджує, що державний контракт про надання послуг для державних потреб повністю відповідає поняттю цивільно-правового договору, оскільки для відносин із надання послуг, які виникають із досліджуваного договору про надання послуг за державним замовленням, характерні відсутність підпорядкованості учасників, їх рівноправність, незважаючи на те, що одна зі сторін договору – держава чи інше публічно-правове утворення [4, с. 142];

3.2) відповідно до ст. 7 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 та п. 2 ч. 3 Положення про Національну службу здоров'я України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1101, Національна служба здоров'я України є замовником медичних послуг і лікарських засобів за програмою медичних гарантій, що становлять державну потребу, спрямовану на виконання соціально-економічних функцій держави; є публічно-правовим утворенням – центральним органом виконавчої влади, у підпорядкуванні якого не перебувають контрагенти (надавачі медичних послуг);

3.3) на нашу думку, договір про медичне обслуговування є цивільно-правовим за природою та характеризується такими ознаками: а) сторони договору є рівноправними учасниками договірних відносин із нормативно визначеним спектром прав і обов'язків; б) мета вступу в ці договірні відносини – задоволення державних потреб, пов'язаних з медичним обслуговуванням населення, адже одним із національних пріоритетів держави є гарантування конституційних прав і свобод людини і громадянина, зокрема права на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (ст. 49 Конституції України), а з-поміж основних напрямів державної політики з питань національної безпеки – створення ефективної системи соціального захисту людини, охорони та відновлення її фізичного і духовного здоров'я, ліквідації алкоголізму, наркоманії, інших негативних явищ (ст. 6, 8 Закону України «Про основи національної безпеки України» [5]). Державна потреба формується на підставі програми державних гарантій медичного обслуговування населення; в) оплата за надані в межах договору медичні послуги здійснюватиметься за рахунок коштів Державного бюджету України на підставі бюджетного законодавства, що не впливає на цивільно-правовий характер зобов'язань сторін за договором (ч. 4, 5 ст. 18 Основ); г) аби стати контрагентом за договором про медичне обслуговування, суб'єкт господарювання повинен виконати нормативні вимоги, зокрема зареєструватись в електронній системі охорони здоров'я, також зареєструвати своїх медичних працівників, а замовник не має права відмовити в укладенні договору при їх дотриманні та наданні відповідних медичних послуг (у межах програми медичних гарантій).

Привернемо увагу до кількох нормативних дисонансів:

1) у ст. 8 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговуван-

ня населення» предметом договору про медичне обслуговування населення є медичні послуги та лікарські засоби за програмою медичних гарантій, а в Постанові № 410 – лише медичні послуги. Отже, логічно постає запитання: яким нормотворець бачить практичний бік питання закупівлі лікарських засобів у межах програми медичних гарантій. Видається, що треба внести зміни до типової форми договору, адже в Постанові № 410 є згадка про лікарські засоби (для надання медичних послуг використовувати лікарські засоби та медичні вироби, що дозволені до використання в Україні (пп. 6 п. 17 Типової форми Договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій)), а отже, розширювальне формулювання предмета буде проблемним з огляду на характер договору;

2) видається, що положення пп. 10 п. 17 Типової форми Договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій є дискримінаційним, адже закладає нерівність у наданні медичних послуг за ознакою оплати за послуги, що суперечить ст. 1, 2, 4 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації України» [6].

У цьому положенні, незважаючи на публічний характер договору про медичне обслуговування населення, передбачено, що пріоритет у наданні медичних послуг матимуть пацієнти, які були записані на прийом до лікаря / у чергу на отримання медичних послуг цього дня за договором у межах програми медичних гарантій, а платні послуги, які пацієнти оплачують за рахунок власних коштів, повинні надаватись пацієнтам тільки після того, як медичні послуги отримали всі пацієнти за програмою;

3) невиправданим і корупціогенним видається п. 32 Типової форми Договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, в якому передбачено, що в разі скарг пацієнта / його законного представника або іншої заінтересованої особи до замовника послуг про вимагання надавачем (залученою особою) від пацієнта винагороди за медичні послуги в будь-якій формі замовник має право (але чомусь не обов'язок!) поінформувати правоохоронні органи. Навіть за умови набрання законної сили вироком суду про притягнення працівника-надавача (або залученої особи) до кримінальної відповідальності за порушення права на безоплатну медичну допомогу або за наявності інших достатніх підстав вважати, що така вимога мала місце, замовник має право (але чомусь знову не обов'язок!) в односторонньому порядку відмовитись від цього договору.

Підсумовуючи, пропонуємо авторське визначення договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій: це договір про надання медичних послуг, за яким одна сторона (надавач послуг – суб'єкт господарювання, що має ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики), яка здійснює медичне обслуговування населення, зобов'язується у межах програми державних гарантій медичного обслуговування населення за завданням іншої сторони (замовника – Національної служби здоров'я України) надати медичні послуги пацієнтам, а замовник зобов'язується оплатити надавачеві надані послуги з Державного бюджету України.

Відповідно до ч. 8 ст. 18 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», заклади охорони здоров'я встановлюють плату за послуги з медичного обслуговування, що надаються поза договорами про медичне обслуговування населення. Отже, державні та комунальні заклади охорони здоров'я поза межами виконання програми медичних гарантій мають право укладати договори про надання медичних послуг, які матимуть цивільно-правовий характер і породжуватимуть цивільні правовідносини у сфері надання медичної допомоги. Проте законодавець встановив обмеження свободи укладення таких договорів кількісним критерієм, а саме не більше 20 відсотків обсягу всіх наданих послуг, що передбачено в ч. 11 ст. 10 Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення».

Одним із результатів упровадження медичної реформи стало введення нового юридичного факту, що є передумовою виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги: *одностороннього правочину* – Декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, затвердженої Наказом МОЗ України «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19.03.2018 № 503 (далі – Наказ № 503) [7].

Проаналізувавши ст. 202 ЦК України, Закон України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» і Наказ № 503, доходимо низки висновків щодо правової природи декларації:

1) це односторонній правочин, який створює обов'язки не лише для особи, яка його вчинила, тобто фізичної особи, а й для інших осіб, зокрема для надавача медичних послуг, Національної служби здоров'я України. Про-

те, всупереч ст. 202 ЦК України, таке покладення обов'язку здійснюється на підставі підзаконного акта, а не закону (п. 1 ч. 3 р. III Наказ № 503);

2) декларація як односторонній правочин слугує виникненню нового правовідношення з іншої підстави – договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій;

3) видається, що сторона в односторонньому правочині вказана неправильно, а саме як пацієнт. Відповідно до ст. 3 Основ, пацієнт – фізична особа, яка звернулася за медичною допомогою та/або якій надається така допомога. Декларація не породжує правовідносин у сфері надання медичної допомоги: фізична особа, яка звертається до надавача медичних послуг, робить це не з метою отримання медичної допомоги, тому позначення сторони одностороннього правочину як пацієнта неправильно. Аналогічно неправильно сформульовано норму ч. 2 ст. 9 цього Закону. Фізична особа стане пацієнтом лише за умови звернення, приміром, за наданням первинної медичної допомоги до надавача медичних послуг;

4) декларація має подвійне юридичне значення: а) засвідчує реалізацію права на вільний вибір лікаря (хоча фізична особа ще не є пацієнтом); б) є юридичним фактом, що підтверджує виникнення у фізичної особи статусу третьої особи за договором про медичне обслуговування;

5) декларація є елементом (юридичним фактом) юридичного складу, що породжує виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги.

У контексті досліджуваних правовідносин вважаємо за доцільне звернути увагу на змістовий недолік декларації у контексті п. 5 «Збір і обробка персональних даних». Дисонуючими видаються такі положення:

1) згідно з п. 6 ч. 2 ст. 7 Закону України «Про захист персональних даних», обробка персональних даних, у т. ч. медичних, здійснюється відповідно до закону з метою функціонування електронної системи охорони здоров'я нормативно встановленим колом суб'єктів, отже, згоди на таку не потрібно. Дивним видається те, що нормотворець у п. 5 Декларації мотивує свою позицію через ту ж норму закону, але з іншим праворозумінням;

2) відповідно до Закону України «Про захист персональних даних», з метою виконання подання Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 02.06.2014 № 1-1014/14-105 МОЗ України було скасовано форму «Інформована добровільна згода пацієнта на обробку персональних даних» (Наказ від 08.08.2014 № 549) та зазначено, що персональні дані, які містяться у формах первинної облікової документації, затверджених Наказом МОЗ України від 14.02.2012 № 110, обробляються відповідно до вимог Закону України «Про захист персональних даних». Отож, логічно постає запитання: чому МОЗ України знову запроваджує згоду на обробку персональних даних, щоправда фрагментарно, лише для укладення декларації;

3) згода на обробку даних, як видається, має пролонгований ефект, адже, підписавши декларацію, фізична особа надала згоду на доступ до персональних даних: а) лікарю, який надає первинну медичну допомогу; б) лікарям, які надаватимуть медичну допомогу в майбутньому, тобто невизначеному колу суб'єктів, зі встановленням меж: необхідність пов'язана з наданням медичної допомоги пацієнту. Вважаємо таку модель невиправданою та такою, що може спричинити порушення прав людини, зокрема права на таємницю про стан здоров'я (ст. 286 ЦК України, ст. 39-1, 40 Основ). Відновлюючи концепцію згоди на обробку персональних даних, слід внести зміни до Закону України «Про захист персональних даних» і повернути нормативну форму такої згоди. Не може згода фізичної особи, яка ще не пацієнт, покрити волевиявлення пацієнта щодо майбутніх інформаційних правовідносин, які виникатимуть у зв'язку з наданням медичної допомоги. Це право тісно пов'язане з вільним вибором лікаря. Обираючи лікаря, пацієнт довіряє йому й обробку персональних даних (як під час первинної допомоги), проте, приміром, на вторинній ланці вибір нормативно обмежений призначенням лікаря для надання допомоги. Визначений лікар не завжди може корелювати з бажанням пацієнта, зокрема, в аспекті згоди на обробку його даних;

4) дивним видається внутрішній дисонанс Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення», у ст. 7 якого зазначено, що обробка персональних даних пацієнтів здійснюється з дотриманням вимог Закону України «Про захист персональних даних», а вже в ст. 11 цього ж Закону передбачено, що доступ до даних про пацієнта, що містяться в електронній системі охорони здоров'я, можливий лише за умови отримання згоди такого пацієнта (його законного представника). Постає запитання до законодавця: що робити у процесі правореалізації та правозастосуванні, якщо згоди пацієнта (його законного представника) не потрібно за Законом України «Про захист персональних даних», а за Законом України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення»

така згода необхідна. Як видається, для цих правовідносин спеціальним буде саме Закон України «Про захист персональних даних», отож, і алгоритм дій має бути вироблений саме на підставі цього акта;

5) привертають увагу ще два «казуси» Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення»: а) відповідно до ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних», обробка персональних даних включає збирання, отож, некоректно у ст. 7 досліджуваного Закону, як і в п. 5 Декларації, вказувати отримання чи збір поряд з обробкою; б) відповідно до Наказу Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини «Про затвердження документів у сфері захисту персональних даних» від 08.01.2014 № 1/02-14, одним з видів персональних даних є персональні дані про стан здоров'я (медичні дані), отже, розмежування у ст. 7 аналізованого Закону на персональні дані та іншу інформацію про пацієнтів (у тому числі інформацію про стан здоров'я, діагноз, відомості, одержані під час медичного обстеження пацієнтів) є некоректним.

Висновки.

Запровадження нових правових конструкцій вимагає нормопроектної точності, органічного влиття в чинну правову модель, злагодженості механізму функціонування, адже досліджувані правочини безпосередньо впливають на здійснення особистого немайнового права – права на медичну допомогу, в основі якого ключові немайнові блага людини – її життя і здоров'я. Окреслені нормативні контроверзії підтверджують необхідність змін, спрямованих на регулювання новельних правових явищ, проте видається, що перед запровадженням нових правочинів слід було зробити так, аби «ефект головного дзеркала», тобто медичної реформи, не обернувся «дефектом головного дзеркала», що спричиняє законодавчу колізійність, правореалізаційні та правозастосовні труднощі. Для продовження наукового пошуку в цьому напрямі залишається багато незвіданих глибин, кількість яких лише зростатиме з упровадженням правочинів у практику.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України: Закон від 16.01.2003. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

2. Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення»: Закон України від 19.10.2017 № 2168-VIII. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2168-19.

3. Про деякі питання договорів про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій : Постанова Кабінету Міністрів від 25.04.2018 № 410. URL: https://ips.ligazakon.net/document/view/KP180410?an=26&q=.

4. Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики: монографія. К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. 328 с.

5. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 № 964-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 39. Ст. 351.

6. Про засади запобігання та протидії дискримінації України: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI. Відомості Верховної Ради України від 09.08.2013. № 32. Ст. 412.

7. Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу: Наказ МОЗ України від 19.03.2018 № 503. Офіційний вісник України. 2018. № 23. Ст. 847.

Исследованы правовая природа договора о медицинском обслуживании по программе медицинских гарантий, и декларация о выборе врача, оказывающего первичную медицинскую помощь, выяснены недостатки в регулировании данных правовых конструкций и предложены изменения по усовершенствованию.

Ключевые слова: сделка, договор о медицинском обслуживании, право на выбор врача, гражданские правоотношения в сфере оказания медицинской помощи.

The legal nature of a contract of medical services provision to the population under the program of medical guarantees and a declaration on a free choice of a doctor, who provides primary medical care, was researched. The drawbacks of the legal regulation of these legal constructions were clarified and proposals regarding their improvement were made.

Key words: transaction, contract of medical services provision, right to choose a doctor, civil legal relations in the sphere of medical care provision.

УДК 346.12

Ольга Бакалінська,
докт. юрид. наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

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

СУСПІЛЬНИЙ ДОГОВІР ЯК ОСНОВА ДЛЯ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ КРИПТОВАЛЮТ

Стаття присвячена аналізу виникнення та розвитку інституту криптовалют у контексті положень теорії суспільного договору. Дослідження основних положень теорії суспільного договору, а також механізму появи криптовалют внаслідок узгоджених дій учасників цивільно-правового та господарського обороту дозволяють дійти висновку, що суспільний договір є основою для виникнення криптовалют як засобу платежу.

Ключові слова: суспільний договір, криптовалюта, блокчейн.

Постановка проблеми. Криптовалюти як новітній засіб платежу є об'єктом пильної уваги і з боку пересічних учасників цивільно-правового та господарського обороту, які розглядають криптовалюти як перспективну можливість для високоприбуткових інвестицій, і з боку компетентних державних органів, які в умовах відсутності спеціального законодавчого регулювання (як це має місце в Україні) стежать за впливом криптовалют на грошово-кредитну систему держави і намагаються запобігти можливому їх використанню у незаконних операціях, таких як фінансування тероризму та «відмивання» коштів, і з боку науковців, які намагаються визначити правову природу цього інструмента та надати йому правової кваліфікації, що стане основою для розробки спеціальних законодавчих та підзаконних актів, які мають унормувати правовідносини у цій сфері. Разом із тим дослідження передумов і правових підстав появи криптовалют має велике значення для правильного розуміння цього феномену сучасності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правовій кваліфікації криптовалют присвячена низка наукових робіт та публікацій, серед яких виділимо роботи А. Т. Проценка, Д. С. Вахрушева, О. В. Железова, С. Б. Вепрева [1–3] та ін. Разом із тим дослідження виникнення криптовалют саме з позиції теорії суспільного договору є досить новим підходом, який поки що не дістав активного розвитку у наукових роботах. Тим не менш у зарубіжних джерелах останнім часом з'являються поодинокі публікації, в яких криптовалюти та технологія блокчейн розглядаються саме у контексті укладеного вільними, рівними, раціональними та автономними особистостями суспільного договору [4], за яким «всі вони (учасники договору – С. Ч.) беруть на себе зобов'язання на одних і тих самих умовах і всі мають користуватися однаковими правами» [5, с. 223].

Дана публікація спрямована на висвітлення можливостей, які відкриває дослідження криптовалют у контексті теорії суспільного договору.

Метою роботи є вивчення криптовалют як соціальної, економічної та правової категорії, виникнення та розвиток якої є результатом суспільних домовленостей між різними особами та групами осіб – учасників цивільно-правового та господарського обороту.

Теорія суспільного договору – філософсько-правова концепція виникнення держави і права в результаті досягнення домовленості всередині суспільства. Дана концепція спирається на низку постулатів, як-от: 1) ідею природного права, заснованого на іманентній природі людини; 2) ідею держави як гаранту природного права; 3) ідею утво-

© О. Бакалінська, С. Чаплян, 2018

рення права і держави в результаті вільного волевиявлення членів суспільства; 4) ідею народу як суверену влади та держави.

Окремі ідеї щодо договірної основи походження держави та права висловлювалися ще філософами античності, серед яких Епікур (341–270 рр. до н.е.) та Тит Лукрецій Кар (99–55 рр. до н. е.). Проте справжніми засновниками теорії суспільного договору вважаються Томас Гоббс (1588–1679), Джон Локк (1632–1704) та Жан-Жак Руссо (1712–1778).

Т. Гоббс вважав первинним або природним станом людини так звану «війну проти всіх», коли інтересам однієї особи протистоять інтереси всіх інших членів суспільства. Держава натомість розглядалася як результат угоди між людьми, що поклала край зазначеному «стану війни». Суспільний договір, на думку Т. Гоббса, полягає у добровільній відмові людей від частини своїх природних прав на користь створення держави як сили, що здатна захищати людей та їхні інтереси. Головний трактат Т. Гоббса – «Левіафан, або Матерія, форма і влада держави церковної та громадянської» – розвиває ці ідеї. Так, Т. Гоббс вважає, що природний стан та відсутність організації у людському суспільстві мають наслідком зростання напруги через високий рівень невизначеності. Але люди можуть уникнути такого стану речей, уклавши суспільний договір і відчуживши свої права суверену, так званому Левіафану, що уособлює верховну владу. Передавши свої права суверену, люди визнають себе зобов'язаними дотримуватись установлених ним правил.

Теорія суспільного договору набула своєї цілісності завдяки трактату Ж.-Ж. Руссо «Про суспільний договір, або Принципи політичного права». Основним завданням суспільного договору Ж.-Ж. Руссо вбачає «знайти таку форму асоціації, яка захищає всією спільною силою особистість і майно кожного члена асоціації, і завдяки цьому кожен, спільно з усіма, підкоряється, однак, лише самому собі і залишається таким самим вільним, як і раніше» [5, с. 207].

Прихильники теорії суспільного договору визначають центральні уряди як системи, призначені для захисту певних аспектів людського існування: з точки зору Т. Гоббса це життя, а з точки зору Ж.-Ж. Руссо – свобода. Такий захист вважається достатньою умовою для втрати учасниками суспільного договору певних прав і розподілу повноважень серед державних структур. Квінтесенцію теорії суспільного договору можна вивести в таких положеннях: 1) кожна людина є вільною від народження і є господарем сама собі, ніхто не має права підкорити людину без її на те згоди; 2) основою виникнення права можуть бути лише договори та угоди; 3) основою будь-якої законної влади можуть бути лише угоди, оскільки законна влада виникає в результаті добровільної домовленості між вільними людьми; 4) на основі суспільного договору утворюється асоціація рівних і вільних індивідів: свобода і рівність учасників договору забезпечує об'єднання людей в нерозривне ціле (колективну особистість), інтереси якої не можуть суперечити інтересам учасників договору; 5) в результаті укладення суспільного договору народ передає владу державі [6, с. 163].

Теорія суспільного договору не лише дає пояснення, чому люди на певному етапі погоджуються із втратою певної свободи і створюють державний механізм, правові норми і т. ін., але й дозволяє змоделювати ситуацію, за якої люди, колективно укладаючи договори, можуть подолати первинний стан неузгодженості або «війни проти всіх», якщо користуватися термінологією Т. Гоббса.

Не вдаючись до глибокого історичного екскурсу, зауважимо, що можливість виникнення суспільства, держави та права в результаті укладення суспільного договору не сприймається більшістю науковців. Як підкреслював Г. Ф. Шершеневич, прихильники даної теорії «рідко ставали на точку зору історичної дійсності. Суспільний договір для них лише методологічний прийом. Для них неважливо, чи було так в історії, чи ні, для них важливо довести, який вид має прийняти суспільство, якщо допустити, що в його основі лежить договір, обумовлений згодою усіх» [7, с. 110]. Разом із тим, якщо розглядати цей «методологічний прийом» не в контексті виключно державотворення, а ширше, він може бути використаний для дослідження багатьох цілком конкретних історико-правових явищ, коли людські спільності врегульовували внутрішні відносини між собою саме на основі угоди. Зокрема, модель суспільного договору як жодна інша логічно пояснює обставини, за яких люди на певному етапі створили і почали використовувати розрахункові одиниці, що отримали назву криптовалют.

Криптографія для проведення платежів почала використовуватися з 1990 р., але найбільшого поширення набула після появи у 2009 р. платіжної системи Bitcoin. Відтоді криптовалюти набувають все більшої популярності на світових ринках. В Україні (як і в багатьох країнах світу донині або донедавна) наразі відсутнє спеціальне законодавство щодо емісії та обігу криптовалют. Так само відсутнє законодавчо закріплене визначен-

ня криптовалюти, хоча є загальне розуміння, що криптовалюта являє собою одиниці вартості, які зберігаються на електронних пристроях, використовуються як засоби платежу, а транзакції здійснюються за допомогою криптографії. Принцип обігу криптовалют заснований на технології блокчейн, яка дозволяє зберігати записи про транзакції з криптовалютами у вигляді даних (програмного коду), захищених від підробки та переробки. Технологію блокчейн у певному розумінні можна порівняти з цифровим публічним гросбухом, за допомогою якого учасники системи контактують одне з одним, вносять і зберігають інформацію про транзакції тощо. Усі транзакції, зроблені в системі, є доступними для публічної перевірки.

Криптовалюти не мають єдиного емітента, можуть створюватися будь-яким учасником обороту шляхом так званого майнінгу, тобто вирішення певного криптозавдання шляхом повного перебору завданого алгоритму за допомогою апаратних ресурсів комп'ютера для підтвердження транзакцій та забезпечення безпеки мережі [1]. Як зауважує А. Т. Проценко, фінансово-правова сутність криптовалют проявляється в таких ознаках: 1) децентралізованість (у процесі утворення нових одиниць криптовалют задіяні мільйони учасників, об'єднаних у мережі, де немає центрального серверу (кожен комп'ютер у цій мережі сам по собі є сервером), весь обсяг роботи з обліку та зберігання історії транзакцій розподіляється між усіма учасниками); 2) анонімність платників (ідентифікація власників та фіксація факту їх зміни ґрунтуються на сучасних засобах криптографічного захисту); 3) технічно криптовалюти є зашифрованим спеціальною програмою кодом, який фіксується, зберігається на електронному носії та приймається як засіб платежу [1].

Якщо фіатні гроші (гроші, вартість яких гарантується державою) в сучасному світі виникають внаслідок владних дій відповідних державних інституцій, в емісії криптовалют держави до сьогодні жодним чином не задіяні. Криптовалюти виникають, емітуються і використовуються як засіб платежу виключно через те, що певна кількість людей (учасників мережі) визнає за ними властивість бути універсальним засобом обміну та платежу. Певна спільнота людей, об'єднаних мережею Інтернет, які не мають національних, територіальних, державних чи будь-яких інших спільних ознак, але є учасниками цивільного обороту, досягла згоди визнавати певну криптовалюту, приміром Bitcoin, як засіб платежу, за допомогою якого можна придбати товари, роботи, послуги. Виключно внаслідок такої домовленості є можливим не лише саме існування криптовалюти, а її використання для проведення розрахунків: створювати криптоодиниці кожен може за власним бажанням, але для їх використання у розрахунках необхідним є визнання контрагентами таких одиниць як засобу платежу.

Таким чином, поза межами державного апарату і без будь-яких владних розпоряджень виникла інтернаціональна спільнота, що домовилася про використання певних одиниць (у даному випадку криптоодиниць) як засобів розрахунку.

За словами О. Афанасьєва, те, що золото свого часу почало прийматися як засіб платежу, був суспільний договір, і аналогічно натепер вже можна вважати неформально укладеним суспільний договір щодо Bitcoin [8]. Зрозуміло, що про якийсь уніфікований документ у цьому контексті не йдеться. Йдеться, скоріше, про дії осіб, що свідчать про визнання ними певних обставин та правил. Теорія цивільного права використовує термін «конклюдентні дії» для позначення поведінки, що демонструє бажання вступити у певні правовідносини, зокрема, укласти договір. Для використання криптовалюти у розрахунках також необхідно виконати певну послідовність дій (щонайменше, стати учасником системи блокчейн), які цілком можуть розглядатися як конклюдентні. Разом із тим такі дії не слід ототожнювати з конклюдентними діями у разі укладення окремого приватно-правового договору (смарт-контракту), оскільки приватно-правовий договір є підставою для здійснення конкретної транзакції згідно з базовими умовами системи блокчейн, «яка в цілому може бути визначена як «суспільний договір»» [4].

За концепціями Т. Гоббса та Ж.-Ж. Руссо, люди, умовно кажучи, об'єдналися у рамках суспільного договору і створили державу для захисту власних інтересів. Так само у XXI столітті люди об'єдналися за допомогою мережі Інтернет і задля реалізації власних інтересів уклали суспільний договір, створивши систему розрахунків і розрахункову одиницю, не пов'язані з жодним урядом і з жодним центральним банком. Якщо на початковому етапі учасниками цієї системи були одиниці, то натепер їх кількість вимірюється мільйонами, і кожного дня до системи долучається все більше і більше людей. Теоретично учасником може стати кожен, у кого є доступ до мережі Інтернет і немає законодавчих обмежень на використання криптовалюти в даному регіоні. Ця домовленість, досягнута поза державними, територіальними, національними режимами, по суті, має всеохоплюючий характер, її учасники

представлені на всіх континентах. Але не у кількості справа, адже «волю робить спільною не стільки кількість голосів, скільки спільний інтерес, що об'єднує тих, хто голосує, адже за такого роду устрою кожен по мірі необхідності підкоряється умовам, які він робить обов'язковими для інших» [5, с. 222].

Не заглиблюючись в рамках даної статті у дослідження питання, чи можна криптовалюти вважати грошима, зауважимо лише, що їм дійсно притаманні ознаки грошей. Незаперечним фактом є те, що криптовалюти створені і використовуються як засоби платежу. До слова, Європейський суд справедливості (European Court of Justice) у своєму рішенні від 22 жовтня 2015 р. у справі Хедквіст проти Швеції зауважив, що віртуальна валюта Bitcoin *не має іншої мети, окрім тієї, що вона використовується для оплати і приймається з цією метою* деякими операторами [9].

При цьому історія людства знає чимало прикладів, коли ті чи інші засоби платежу з'являлися не внаслідок волевиявлення держави, а шляхом прямої домовленості людей між собою, іншими словами, на підставі суспільної згоди. Криптовалюти у цьому питанні не є унікальними. Перші гроші з'явилися набагато раніше за державу, і їх використання на той час стало можливим завдяки спільній домовленості учасників торгівлі. Одним із найоригінальніших прикладів появи засобу платежу на основі суспільної згоди є так звані камені Раї з островів Яп. Мешканці цих островів здавна вели (і у більшості своїй ведуть до сьогодні) племінний спосіб життя, основні суспільні питання вирішуючи громадою. Але, на відміну від багатьох інших племен, аборигени Яп стали відомими на весь світ завдяки тому, що винайшли власну оригінальну «валюту», яка за матеріальною формою являє собою величезні кам'яні вапнякові диски з отвором посередині. Вапняк доводилося транспортувати на каное або плотах з інших островів. Упродовж шестисот років аборигени островів Яп влаштовували цілі експедиції за камінням, доставка якого коштувала багатьох зусиль, а інколи і людських життів. Саме по собі каміння жодної споживчої вартості не має: воно ніколи не використовувалося у побуті, не мало ритуального або релігійного значення. Проте жителі островів Яп домовилися використовувати ці брили як засіб платежу, по суті, уклавши про це суспільний договір. Камені не були єдиними засобами платежу, поряд із ними для дрібних угод використовувалися мушлі або перлини, проте, так би мовити, для значних правочинів – придбання землі тощо – використовувалися саме камені Раї («раї» на місцевій мові означає «кит»). Вартість каменів вимірювалася не лише розміром (хоча більші камені мали й більшу цінність), а насамперед зусиллями, витраченими на видобуток та доставку каменя. Використовувалися у розрахунках камені досить специфічно: фізично вони постійно знаходилися в одному місці і не переміщувалися. Здійснення платежу відбувалося як публічна заява власника каменя про перехід прав на нього до іншої особи, а публічне визнання було гарантією права власності тієї чи іншої особи на відповідний камінь. Інакше кажучи, власником був той, кого визнавало суспільство. Причому навіть фізичне сприйняття каменя органами чуттів не відігравало вирішальної ролі. Відома історія, коли під час однієї з експедицій за каменями пліт з вантажем перекинувся і камінь потонув. Дістати його з морського дна жодної фізичної можливості не було. Тим не менш після повернення острів'ян додому і їх розповіді суспільство вирішило, що камінь все ж таки добуто, і його перебування поза межами досяжності цього факту не змінює, а отже цей камінь може використовуватися як засіб платежу. Більше того, він так і використовується до сьогодні, незважаючи на те, що з тих пір минуло вже 150 років і жодна особа протягом цього часу каменя на власні очі не бачила. На острові живе багата родина, чиїх каменів давно вже теж ніхто не бачив, але їх існування, тим не менш, всіма визнається [10].

Камені Раї і криптовалюти – два дуже різних і водночас дуже подібних приклади, коли засоби платежу виникають виключно внаслідок суспільної згоди або домовленості. І в рамках цієї згоди існує загальний механізм визнання права власності на той чи інший засіб платежу і так само визнання переходу права власності на нього шляхом засвідчення відповідного факту більшістю учасників системи.

Отже, криптовалюта – продукт домовленості певного кола осіб, результат укладеного між ними суспільного договору, що став основою для подальшого розвитку криптовалюти як засобу обміну і платежу.

Висновки.

Таким чином, незважаючи на критичне ставлення до теорії суспільного договору з боку багатьох правників, існує чимало цілком конкретних прикладів виникнення тих чи інших інститутів саме внаслідок укладення суспільного договору. До таких прикладів можна віднести криптовалюти, які базуються на спільній угоді учасників платіжних систем, заснованих на технології блокчейн. Предметом такої угоди є домовленість її учасників про створення криптоодиниць (то-

кенів), умови та порядок такого створення, а також про прийняття відповідних криптоодиниць як засобів платежу. Від самого початку такі платіжні системи не мали жодного законодавчого регулювання, і до сьогодні у багатьох країнах таке регулювання відсутнє. По суті, системи функціонували і функціонують згідно з правилами, розробленими самими користувачами системи, і це також є одним із проявів укладеного між ними суспільного договору. Не буде перебільшенням зазначити, що криптовалюти є одним із найбільш яскравих прикладів практичної реалізації положень теорії суспільного договору, що підтверджує перспективність подальших наукових розробок у цьому напрямі.

Список використаних джерел:

1. Проценко А. Т. Правове регулювання обігу електронних грошей в Україні : дис. ... канд. юрид. наук ; 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» ; Міжрегіональна акад. упр. персоналом. Київ, 2016. 202 с.

2. Вахрушев Д. С. Криптовалюта як феномен современной информационной экономики: проблемы теоретического осмысления. Науковедение. 2014. Вып. 5. С. 4–15.

3. Вепрев С. Б., Перов В. А. Криптовалюта: правовые и экономические вызовы. М., 2017. 73 с.

4. Wessel Reijers, Fiachra O'Brolch in, Paul Haynes. Governance in Blockchain Technologies & Social Contract Theories. – URL: ledger.pitt.edu/ojs/index.php/ledger/article/download/62/51.

5. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре. Трактаты. – М. : Канон-Пресс-Ц. Кучково поле, 1998. 416 с.

6. Протасов В.Н. Теория государства и права. Проблемы теории права и государства. – М. : Новый Юрист, 1999. 183 с.

7. Шершеневичъ Г.Ф. Общая теорія права. М. : Изданіе бр. Башмаковыхъ, 1910. 805 с.

8. Глава Мосбиржи: криптовалюта напоминает золото. – URL: https://2bitcoins.ru/glava-mosbirzhi-kriptovaljuta-napominaet-zoloto/.

9. European Court of Justice. Reports of Cases. 22 October 2015 Case C- 2 6 4 / 1 4. Skatteverket v David Hedqvis. URL : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0264.

10. Гименез П. Биткоин и каменные деньги. URL : https://www.coinside.ru/2014/05/04/bitcoin-i-kamennye-dengi/.

Статья посвящена анализу возникновения и развития института криптовалют в контексте положений теории общественного договора. Исследования основных положений теории общественного договора, а также механизма появления криптовалют вследствие согласованных действий участников гражданско-правового и хозяйственного оборота позволяют прийти к заключению, что общественный договор является основой для возникновения криптовалют как средств платежа.

Ключевые слова: общественный договор, криптовалюта, блокчейн.

The article contains an analysis of the origin and development of the institute of cryptocurrencies in the context of the theory of social contract. The study of the theory, as well as the mechanism for the appearance of cryptocurrencies due to the concerted actions of the participants in civil and economic circulation, make it possible to conclude that the social contract is the basis for the emergence of cryptocurrency as a means of payment.

Key words: social contract, cryptocurrency, blockchain.

УДК 346.32

Анна Бучинська,
канд. юрид. наук, доцент кафедри правознавства
Житомирського національного агроекологічного університету

Діана Машевська,
студентка IV курсу
Житомирського національного агроекологічного університету

ОПЕРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКІ САНКЦІЇ У СФЕРІ ЕЛЕКТРОПОСТАЧАННЯ

У статті досліджується судова практика застосування оперативно-господарських санкцій у сфері енергопостачання у спорах щодо стягнення вартості необлікованої електроенергії. Виявлено неоднаковість підходів господарських судів щодо застосування оперативно-господарських санкцій у справах про донарахування споживачу вартості необлікованої спожитої електроенергії. Зроблено висновок про необхідність узагальнення Верховним судом практики застосування оперативно-господарських санкцій в енергопостачанні.

Ключові слова: оперативно-господарські санкції, енергопостачання, споживач, господарський суд, вартість необлікованої електроенергії.

Постановка проблеми. Електроенергетична галузь – одна з базових галузей економіки України. Відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 92 Конституції України засади організації та експлуатації енергосистем визначаються виключно законами України [1]. Такими є Закони України «Про ринок електричної енергії» від 13.04.2017 та «Про природні монополії» від 20.04.2000, а також відповідні положення Господарського кодексу України (далі – ГК України). Особливістю нормативно-правового регулювання електропостачання є наявність численних підзаконних нормативно-правових актів, у тому числі нормативно-технічних, якими визначається та деталізується порядок отримання та споживання електроенергії.

Так, норми названих законодавчих актів деталізовані, зокрема, в положеннях Правил роздрібного ринку електричної енергії від 14.03.2018 № 312, затверджених постановою Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – нові Правила) [2] (до набрання чинності новими Правилами діяли Правила користування електричною енергією, затверджені постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 31.07.1996 № 28 (далі – Правила) [3] та Методики визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією, затвердженої постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 04.05.2006 № 562 (далі – Методика) [4].

Стаття 56 Закону України «Про ринок електричної енергії» (далі – Закон) встановлює, що постачання електричної енергії споживачам здійснюється електропостачальниками, які отримали відповідну ліцензію, за договором постачання електричної енергії споживачу. Споживач електричної енергії зобов'язаний дотримуватися правил технічної експлуатації, правил безпеки під час експлуатації власних електроустановок, нормативно-правових актів, що регулюють функціонування ринку електричної енергії, та умов укладених договорів [5].

Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (далі – Регулятор) затверджує типовий договір постачання електричної енергії споживачу. Відповідно до чинного Типового договору про постачання електричної енергії [6, п. 4.2.3.], Споживач сплачує Постачальнику вартість недоврахованої електроенергії, розраховану виходячи із приєднаної потужності струмоприймачів та кількості годин їх використання відповідно до Методики, у разі таких дій Споживача: – самовільного внесення змін у схеми обліку електроенергії; – пошкодження засобів обліку електроенергії, втручання в їх роботу, зняття пломб із засобів обліку; – споживання електроенергії поза засобами обліку; – інших умов, визначених Методикою.

Відповідно до п. 5.5.5 Правил роздрібного ринку електричної енергії Споживач зобов'язаний у тому числі забезпечувати збереження і цілісність установлених на його території та/або об'єкті (у його приміщенні) розрахункових засобів комерційного обліку

© А. Бучинська, Д. Машевська, 2018

електричної енергії та пломб (відбитків їх тавр) відповідно до акта про пломбування; невідкладно повідомляти оператора системи та постачальника послуг комерційного обліку про недоліки в роботі засобу вимірювання; не допускати безоблікового користування електричною енергією від технологічних електричних мереж споживача, а також відшкодовувати збитки, завдані оператору системи та/або споживачу (основному споживачу), у разі виявлення безоблікового користування електричною енергією від технологічних електричних мереж споживача; оперативно повідомляти про виявлення безоблікового користування електричною енергією від технологічних електричних мереж споживача [2].

Аналіз судової практики вирішення спорів щодо стягнення вартості недоврахованої електроенергії як оперативно-господарської санкції засвідчив, що основною причиною їх виникнення є позаоблікове споживання електроенергії, яке здійснювалося споживачами з порушенням Правил (несанкціоноване втручання в роботу розрахункових приладів обліку з метою зменшення показів споживання електроенергії, позаоблікове споживання енергоносіїв тощо), що встановлено відповідним актом про порушення Правил, за результатами розгляду якого комісією енергопостачальника визначено нарахування вартості недоврахованої електроенергії, яка підлягає стягненню з споживача.

За статтями 216, 217, 218, 235, 236, 237 ГК України рішення постачальника електричної енергії про нарахування вартості недоврахованої спожитої електроенергії є саме оперативно-господарською санкцією [7]. Відповідно до нових Правил, необлікована електрична енергія – це обсяг електричної енергії, використаний споживачем або переданий транзитом в електромережі, що належать іншим власникам електричних мереж, але не врахований розрахунковими засобами комерційного обліку або врахований неправильно [2, п. 1.1.2.].

Пунктом 8.2.4. нових Правил визначено, що у разі виявлення представниками оператора системи пошкоджень чи зриву пломб та/або індикаторів, установлених у місцях, указаних в акті про пломбування, або пошкоджень відбитків тавр на цих пломбах, пошкодження розрахункових засобів вимірювальної техніки, явних ознак втручання в параметри розрахункових засобів вимірювальної техніки з метою зміни їх показів, самовільних підключень до електричних мереж розрахунок обсягу електричної енергії, який підлягає оплаті, здійснюється відповідно до методики визначення обсягу та вартості необлікованої електричної енергії, затвердженої Регулятором.

У разі виявлення під час контрольного огляду або технічної перевірки уповноваженим представником оператора системи, від якого споживач одержує електричну енергію, порушень цих Правил, у тому числі фактів розкрадання електричної енергії, на місці виявлення порушення у присутності споживача або представника споживача оформлюється акт про порушення [2, п. 8.2.5.].

На підставі акта про порушення уповноваженими представниками оператора системи під час засідань комісії з розгляду актів про порушення визначаються обсяг необлікованої електричної енергії та сума завданих споживачем збитків. Рішення комісії оформлюється протоколом, копія якого видається споживачу. Разом із протоколом споживачу надаються розрахунок обсягу та вартості необлікованої електричної енергії з посиланням на відповідні пункти методики визначення обсягу та вартості необлікованої електричної енергії, затвердженої Регулятором, та розрахункові документи для оплати необлікованої електричної енергії та/або збитків [2, п. 8.2.6.].

Аналіз судової практики господарських судів засвідчує, що ними розглядалися як справи про стягнення вартості недоврахованої електроенергії згідно з оперативно-господарською санкцією (за позовом енергопостачальника), так і справи за позовами споживачів про скасування оперативно-господарських санкцій, про визнання недійсними рішень комісій енергопостачальника щодо стягнення вартості недоврахованої електроенергії, визнання недійсним акта про порушення Правил.

У спорах про стягнення вартості недоврахованої електроенергії межі задоволення позовних вимог (повністю чи частково) визначалися встановленими обставинами справи, зокрема, щодо правильності розрахунку обсягу недоврахованої електричної енергії та її вартості, періоду нарахування тощо.

Наприклад, у справі № 5015/4892/12 господарський суд задовольнив частково позовні вимоги енергопостачальника про стягнення вартості недоврахованої електроенергії [8]. У цій справі встановлено, що споживач не забезпечив схоронності приладу обліку та на порушення приписів пункту 10.3 Правил [3] не попередив енергопостачальника про несправність системи обліку. Тому, з огляду на положення статей 235, 257 ГК України, Закону, Правил та Методики, суд дійшов обґрунтованого висновку щодо порушення відповідачем Правил у вигляді незбереження засобу обліку, за що законодавством

передбачено застосування до порушника оперативно-господарської санкції у вигляді нарахування вартості необлікованої електроенергії, спожитої внаслідок такого порушення. Господарський суд перевірив правильність розрахунку вартості необлікованої електроенергії та, встановивши, що період, за який проведено нарахування, не відповідає нормам Методики, здійснив відповідний перерахунок. Рішення господарського суду залишено без змін постановами судів апеляційної та касаційної інстанцій.

Скасовуючи судові рішення у справі № 910/24911/14, Вищий господарський суд України зазначив, що, вирішуючи спір про застосування енергопостачальником до споживача електричної енергії оперативно-господарської санкції у вигляді стягнення вартості електроенергії, не облікованої внаслідок порушення споживачем Правил, суди повинні дослідити обставини щодо вчинення споживачем такого порушення, а також перевірити правильність визначення енергопостачальником розміру застосованої санкції відповідно до вимог Методики. Окрім того, Вищий господарський суд України у цій справі зазначив, що стягнення вартості необлікованої електричної енергії як суми основного боргу, а не оперативно-господарської санкції, свідчить про недослідженість обставин щодо правильності вибору позивачем способу захисту порушеного права (постанова Вищого господарського суду України від 16.04.2015 № 910/24911/14) [9].

Відповідно до ч. 2 ст. 20 ГК кожний суб'єкт господарювання та споживач має право на захист своїх прав і законних інтересів. Права та законні інтереси зазначених суб'єктів захищаються, зокрема, шляхом: визнання повністю або частково недійсними актів органів державної влади та органів місцевого самоврядування, актів інших суб'єктів, що суперечать законодавству, обмежують права та законні інтереси суб'єкта господарювання або споживачів; визнання недійсними господарських угод із підстав, передбачених законом.

Необхідність ефективного захисту прав суб'єктів господарювання, порушених їхніми контрагентами, зумовила запровадження в законодавстві такого виду відповідальності за порушення у сфері господарювання, як оперативно-господарські санкції. Як визначає їх норма ч. 1 ст. 235 ГК України, це заходи оперативного впливу на правопорушника з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання, що використовуються самими сторонами зобов'язання в односторонньому порядку. Проте використання стороною зобов'язання права на застосування оперативно-господарської санкції має бути обґрунтованим та не містити ознак зловживання правом. Сторона, до якої застосовано в односторонньому порядку оперативно-господарську санкцію, не може бути обмежена у праві звернутися до суду з метою її скасування. Таке право передбачено ч. 2 ст. 237 ГК України і включає в себе можливість заявити позовні вимоги про скасування санкції та (або) про відшкодування збитків, завданих її застосуванням.

Чинне законодавство не містить однозначного визначення того, яким є предмет доказування у справах про оскарження оперативно-господарських санкцій. Основною причиною, з якої розуміння предмета доказування є неоднозначним, є неоднакові підходи до розуміння поняття «факт порушення» в контексті ч. 1 ст. 237 ГК України, адже саме факт порушення господарського зобов'язання другою стороною є необхідною і достатньою умовою для застосування санкцій [7].

У разі оскарження оперативно-господарських санкцій, безпосередньо передбачених у ч. 1 ст. 236 ГК України, поняття «факт порушення» не викликає неоднозначного розуміння. Так, підставою для відстрочення управненою стороною відвантаження продукції чи виконання робіт є конкретні порушення – прострочення виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок та інші подібні порушення. Проте у разі оскарження такої оперативно-господарської санкції, як донарахування необлікованої електричної енергії постачальником споживачеві для сплати, поняття «факт порушення» може тлумачитися по-різному: звужено (наприклад, сам по собі зрив пломби тягне донарахування) та розширено (коли постачальник має довести, що зрив пломби потягнув можливість необлікового споживання). Тож у подальшому проаналізуємо предмет доказування у таких справах з позицій тлумачення поняття «факт порушення» на прикладі оскарження споживачем донарахування вартості необлікованої електричної енергії постачальником.

Верховний Суд України у постанові від 16 травня 2011 р., переглянувши справу з мотивів неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, дійшов висновку про те, що рішення постачальника електричної енергії про донарахування споживачу вартості недоврахованої спожитої електроенергії є саме оперативно-господарською санкцією, а не актом ненормативного характеру в розумінні частини 2 статті 20 ГК України. Проте, оскільки в цій постанові,

як і в кількох подібних, не поставало питання з приводу тлумачення поняття «факт порушення» як підстави для застосування оперативно-господарських санкцій, натепер відсутня обов'язкова для застосування правова позиція з приводу того, що слід вважати таким порушенням (Постанова Верховного Суду України від 16.05.2011 № 3-38гс11) [10].

Як зазначалося вище, донарахування вартості необлікованої електричної енергії ґрунтується на кількох нормативних актах у сфері електроенергетики, зокрема нормах Закону України «Про ринок електричної енергії», Правилах роздрібного ринку електричної енергії (до набрання чинності цими актами нормами Закону України «Про електроенергетику» від 16.10.1997, Правилах користування електричною енергією), а також Методиці визначення обсягу та вартості електричної енергії, не обліковано внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією. Остання визначає чіткий перелік випадків її застосування, наприклад порушення цілісності пломб (п.2.1.1. Методики) [4].

За логікою побудови норми п.2.1.1 Методики можна було б стверджувати, що сам факт порушення цілісності пломб, без обґрунтування ознак втручання споживача в роботу електроприладу, без причинно-наслідкового зв'язку такого втручання з можливістю заподіяння збитків мав би слугувати підставою для застосування оперативно-господарської санкції у вигляді донарахування вартості необлікованої електричної енергії. У цьому разі поняття «факт порушення» трактується судами у звужений спосіб, як порушення обов'язку споживача забезпечувати збереження і цілісність пломб, встановленого п. 10.2.26 ПКЕЕ [4]. При цьому формою порушення суди визнають бездіяльність, а докази, які наводяться позивачем на підтвердження його невтручання або неможливості втручання в роботу лічильників, на думку таких судів, є неналежними (тобто такими, які не стосуються обставин, що є предметом доказування).

Зокрема, Вищий господарський суд України у постанові від 06 червня 2013 року у справі № 5009/3330/12 зазначає таке: «Сам по собі факт пошкодження чи зриву пломб, в т. ч. порушення цілісності пломбувального матеріалу, на якому встановлені пломби (дріт, кордова нитка тощо), незалежно від мети та можливості безоблікового споживання електроенергії, є підставою для донарахування вартості електричної енергії» [11].

Втім, таке твердження через неоднаковість судової практики Вищого господарського суду України у подібних обставинах справи не може претендувати на статус обов'язкової правової позиції. В інших випадках судами обстоюється інша точка зору, відповідно до якої для застосування оперативно-господарської санкції необхідна сукупність таких підстав, як порушення, яке полягає в активних діях споживача; наявність спричинених ними наслідків; причинно-наслідковий зв'язок між діями та наслідками у вигляді необлікового споживання електричної енергії.

Важливо підкреслити, що складником вищенаведених підстав мають бути саме наслідки, а не лише наявність ризику їх настання. Дійти такого висновку спонукає сама суть оперативно-господарської санкції, яка полягає в тому, що споживач має сплатити вартість тієї енергії, яку він дійсно спожив внаслідок того, що втрутився в роботу засобів обліку.

На користь наведених аргументів свідчить норма п. 1.2 Методики, в якій ідеться про те, що Методика застосовується саме для визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення правил користування електричною енергією та/або виявлення фактів крадіжки електричної енергії, самовільного підключення до об'єктів електроенергетики і споживання електричної енергії без приладів обліку.

Заслуговує на увагу правова позиція Вищого господарського суду України, виражена в постанові від 24 липня 2013 року у справі № 5010/1532/2012-9/65, де йдеться про те, що недоврахована електрична енергія – це збитки енергопостачальника через правопорушення споживача у сфері електроенергетики, які підлягають доказуванню з урахуванням приписів статті 225 ГК України та статей 22, 614 ЦК України [12].

Зважаючи на вищевикладену позицію, для доведення наявності підстав для скасування оперативно-господарської санкції позивачеві досить спростувати хоча б одну з обов'язкових підстав для її застосування (наприклад, довести те, що зрив однієї пломби за наявності кількох інших у тотожному місці не дозволив би вплинути на роботу лічильника).

Наведене знаходить своє підтвердження у постанові Вищого господарського суду України від 11 серпня 2014 р. у справі № 922/2448/13, де суд вказав: «Досліджуючи правомірність застосування санкції, господарські суди, встановивши факт наявності порушень позивачем ПКЕЕ, залишили поза увагою необхідність з'ясування обставин щодо спричинення цим порушенням відповідних наслідків у вигляді можливого чи

неможливого споживання споживачем не облікованої електроенергії внаслідок зазначеного порушення» [13].

Втім, не можна будувати лінію захисту прав споживача на підставі відсутності його вини у вказаному порушенні. Такий висновок можна зробити з норми ч. 3 ст. 235 ГК України, згідно з якою оперативно-господарські санкції застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання.

Проте відсутність необхідності встановлювати вину суб'єкта, до якого застосовуються санкції, не означає відсутності такої підстави їх застосування, як мета споживача втрутитися в роботу приладу обліку. На цьому наголошує, зокрема, Вищий господарський суд України у постанові від 11 липня 2012 року у справі № 10/5005/1260/2012, зазначаючи, що правопорушенням у сфері електроенергетики у вигляді пошкодження приладів обліку є протиправні дії споживача у вигляді втручання в роботу засобів (приладів) обліку з метою зміни їх показів [14].

Таким чином, за умови розширеного тлумачення поняття «факт порушення», у разі спростування наявності підстав для застосування донарахування вартості необлікованої електричної енергії позивачеві слід оперувати такими категоріями, як «активні дії з метою втручання в роботу приладів обліку», «наслідки у вигляді необлікового споживання», «прямий причинно-наслідковий зв'язок» і доводити в суді відсутність принаймні однієї із цих складових частин порушення.

Проте наведена аргументація на користь кожного з підходів до розуміння поняття «факт порушення» як підстави для застосування оперативно-господарської санкції не має нормативного характеру. Більше того, практика Вищого господарського суду України характеризується неоднаковим застосуванням норм матеріального права, а саме ч. 1 ст. 237 ГК України, у контексті того, чи є обов'язковою підставою для застосування донарахування вартості необлікованої електричної енергії наявність збитків, понесених постачальником внаслідок протиправних дій споживача.

Висновки.

Отже, дослідивши застосування оперативно-господарських санкцій у сфері енергопостачання, можна дійти висновку про неоднаковість підходів господарських судів щодо застосування оперативно-господарських санкцій у справах про донарахування споживачу вартості необлікованої спожитої електроенергії, що зумовлює необхідність узагальнення Верховним судом практики застосування оперативно-господарських санкцій в енергопостачанні.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : із змінами і доповненнями № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Про затвердження Правил роздрібного ринку електричної енергії : постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 14.03.2018 р. № 312. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0312874-18.

3. Про затвердження Правил користування електричною енергією : постанова Національної комісії з питань регулювання електроенергетики України від 31.07.1996 № 28. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0417-96/page6.

4. Методика визначення обсягу та вартості електричної енергії, не облікованої внаслідок порушення споживачами правил користування електричною енергією, затверджена постановою Національної комісії регулювання електроенергетики України від 04.05.2006 № 562. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0782-06.

5. Про ринок електричної енергії : Закон України від 13 квітня 2017 р. № 2019-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2017. № 27-28. Ст. 312.

6. Типовий договір про постачання електричної енергії : Додаток 3 із змінами, внесеними згідно з постановами Національної комісії регулювання електроенергетики України URL: http://www.nerc.gov.ua/?id=15997.

7. Господарський кодекс України : закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст. 144.

8. Постанова Вищого господарського суду України від 03 червня 2012 року у справі № 5015/4892/12. URL: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_4109668.html.

9. Постанова Вищого господарського суду України від 16 квітня 2015 року у справі № 910/24911/14. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SD150249.html.

10. Постанова Верховного Суду України від 16.05.2011 у справі № 3-38rc11. URL: http://document.ua/pro-stjagnennja-sumi-za-spozhitu-elektrichnu-energiyu-doc61485.html.

11. Постанова Вищого господарського суду України від 06 червня 2013 року у справі № 5009/3330/12. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31697727.

12. Постанова Вищого господарського суду України від 24 липня 2013 року у справі № 5010/1532/2012-9/65. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32611222.

13. Постанова Вищого господарського суду України від 11 серпня 2014 року у справі № 922/2448/13. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40111764.

14. Постанова Вищого господарського суду України від 11 липня 2012 року у справі № 10/5005/1260/2012. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25158125.

В статье исследуется судебная практика применения оперативно-хозяйственных санкций в сфере энергоснабжения в спорах о взыскании стоимости неучтенной электроэнергии. Выявлено различие подходов хозяйственных судов относительно применения оперативно-хозяйственных санкций по делам о доначислении потребителю стоимости неучтенной потребленной электроэнергии. Сделан вывод о необходимости обобщения Верховным судом практики применения оперативно-хозяйственных санкций в энергоснабжении.

Ключевые слова: оперативно-хозяйственные санкции, энергоснабжение, потребитель, хозяйственный суд, стоимость неучтенной электроэнергии.

This article researches the court practice of business sanctions in electric energy consumption field, specifically about recovering the cost of unaccounted electric energy cases. Also, author identified different approuches of business sanctions application in commercial court rulings in these cases and made a conclusion about the necessity of generilizing court practice in such cases by the Supreme Court.

Key words: business sanctions, electroenergy usage, consumer, commercial court, cst of unaccounted electric energy.

УДК 346.1

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

ВИДИ ОБМЕЖЕНЬ САМОРЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджено види обмежень саморегулювання господарської діяльності в Україні на основі аналізу господарського законодавства. Виділено загальні (галузеві) та спеціальні обмеження саморегулювання господарської діяльності. До спеціальних обмежень саморегулювання віднесено: 1) обмеження добровільного, делегованого та змішаного саморегулювання; 2) обмеження засобів саморегулювання; 3) обмеження саморегулювання у певних сферах, галузях, видах господарської діяльності; 4) обмеження суб'єктного складу учасників саморегулювання; 5) обмеження у разі наділення статусом саморегулівної організації або ж у разі відсутності такого.

Ключові слова: саморегулювання, саморегулювання господарської діяльності, господарська діяльність, обмеження саморегулювання господарської діяльності, спеціальні обмеження саморегулювання господарської діяльності, засоби саморегулювання господарської діяльності, саморегулівні організації.

Постановка проблеми. Визначення меж саморегулювання господарської діяльності в Україні відбувається не тільки на рівні Основного закону держави, а й, відповідно, у галузевому законодавстві. Державно-правове регулювання має стимулювати саморегулювання господарської діяльності, забезпечити функціонування саморегулівних організацій, оперативно змінювати засоби державного впливу відповідно до актуальних змін у соціально-економічному житті суспільства та відповідно визначати оптимальні опції обмежень саморегулювання. Саморегулювання повинно здійснюватися не лише на користь інтересів суб'єктів саморегулювання, слугувати не тільки окремим особам, але й є суспільному благу. Визначення меж саморегулювання господарської діяльності і його змісту є об'єктивною потребою правової держави. Розумно встановлені межі саморегулювання, визначення галузей, в яких воно має бути найбільш регламентоване та схвалене (а також галузей, де воно заборонено), дозволяють запобігти соціальній напруженості і конфліктам у суспільстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематику саморегулювання господарської діяльності у своїх працях порушували такі вчені: О. Бакалінська, О. Беляневич, В. Добровольська, В. Полюхович, В. Щербина та ін. Питання ж обмежень саморегулювання господарської діяльності не набуло достатнього висвітлення та потребує ретельного дослідження, особливо щодо визначення його видів.

Метою статті є визначення видів обмежень саморегулювання господарської діяльності в Україні на основі аналізу господарського законодавства.

Виклад основного матеріалу. С. Бевз слушно зазначає: «Державне регулювання спрямоване на створення сприятливих економічних, правових і організаційних умов діяльності комерційних і некомерційних організацій, підприємництва. Воно не припускає втручання державних органів у їх виробничу і господарсько-фінансову діяльність, крім випадків, коли його можливість прямо передбачена правовими актами. Таке регулювання полягає переважно у встановленні і коректуванні загального правового режиму їхньої діяльності, охоплює насамперед економічні і соціально-культурні процеси в цілому» [1, с. 116]. Зокрема, відповідно до ст. 43 Господарського кодексу України підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (положення закріплено на розвиток конституційного права).

В. Добровольська з приводу обмежень підкреслює: «Держава встановлює правові засади та засоби на ринку, у межах яких суб'єкти підприємництва мають певну свободу. Ці засади та засоби закріплені в низці законів України та розрізняються за ступенем обмеження підприємництва, але усі вони служать установленню певних обмежень та підтримки діяльності підприємців» [2, с. 6-7].

Господарським кодексом та іншими актами галузевого господарського законодавства

© О. Гончаренко, 2018

визначені обмеження саморегулювання господарського діяльності відповідно до видів господарської діяльності, суб'єктів та засобів тощо. Згідно із зазначеним можна виділити обмеження, притаманні усій сфері саморегулювання господарського діяльності та відповідно диференціювати останні за потрібними критеріями. Отже, доцільно визначити загальні (галузеві) обмеження саморегулювання господарської діяльності (виокремлені на основі аналізу джерел господарського права, які можуть застосовуватися до всіх видів саморегулювання господарської діяльності) та спеціальні (залежно від певного виду саморегулювання). Окрім того, проведений аналіз поняття та видів саморегулювання господарської діяльності [3, с. 68-72] приводить до висновків, що запропоновані підходи до класифікації цілком можуть застосовуватися і до диференціації обмежень саморегулювання господарської діяльності. Однак, враховуючи зазначене, також слід виділити і специфічні підходи до класифікації обмежень саморегулювання (наприклад, самообмеження саморегулювання господарської діяльності).

Оскільки йдеться саме про обмеження саморегулювання господарської діяльності, то можна говорити про наявність у загальнотеоретичному аспекті спільних обмежень для господарської діяльності та саморегулювання господарської діяльності, водночас можна вказати і на їх відмінність.

Отже, до загальних обмежень саморегулювання господарської діяльності можна віднести: 1) встановлений правовий господарський порядок (ст. 5 Господарського кодексу України); 2) загальні принципи господарювання (ст. 6 Господарського кодексу України), зокрема свободу підприємницької діяльності у межах, визначених законом, обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємництві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави, захисту національного товаровиробника тощо; 3) обмеження монополізму та сприяння змагальності у сфері господарювання (ст. 18); 4) захист прав суб'єктів господарювання та споживачів (ст. 20); 5) заборону дискримінації суб'єктів господарювання (ст. 31); 6) засоби державного регулювання господарської діяльності (ст. 12).

Цікавим є досвід Австралії щодо регулюючого впливу. Так, метою реформи регулювання, яка реалізовувалася в Австралії із середини 90-х років, є зниження «регуляторних втрат» для бізнесу, особливо малого, підвищення ефективності функціонування ринків з погляду споживачів. Тому, під час ухвалення рішення про введення нового регулювання обов'язковою є оцінка за критерієм «витрати-результат» для всіх інструментів регулювання, які впливають на бізнес або обмежують конкуренцію [4]. В Україні також продовжує реалізуватися концепція щодо дерегулювання бізнесу, зокрема, уряд ухвалив Концепцію реформи інституту саморегулювання в Україні [5].

У зв'язку із зазначеним виникла потреба у здійсненні певної класифікації спеціальних обмежень саморегулювання господарської діяльності як важливої умови для їх дослідження. Завдання такої класифікації полягає в удосконаленні теоретичних знань про засади саморегулювання господарської діяльності.

Звичайно, як і будь-яка інша класифікація, згадувана потребує визначення певних критеріїв, якими насамперед є:

1) вид саморегулювання: добровільне, делеговане та змішане саморегулювання. Доцільно зазначити особливості обмеження у добровільному, делегованому та змішаному саморегулюванні;

2) засоби саморегулювання господарської діяльності. Можна виділити специфіку обмеження саморегулювання господарського договору, саморегулівних організацій, корпоративних актів, етичних кодексів тощо;

3) сфера, галузь, вид господарської діяльності. Наприклад, обмеження саморегулювання у підприємницькій діяльності, будівельній галузі, страховій діяльності, на фондовому ринку тощо;

4) суб'єктний склад учасників саморегулювання. Суб'єктами саморегулювання господарської діяльності в ідеалі можуть бути тільки представники певної сфери, галузі, виду господарської діяльності. Однак законодавча невизначеність із регулювання статусу суб'єктів саморегулювання може допускати й інші варіанти;

5) наявність статусу саморегулівної організації або ж відсутність такого. Відповідно можна виділити: а) обмеження з приводу повноважень саморегулівної організації; б) обмеження щодо функцій саморегулівної організації; в) обмеження залежно від набуття членства у саморегулівній організації.

На нашу думку, такі критерії для визначення обмежень саморегулювання господарської діяльності є найбільш оптимальними та допоможуть логічно побудувати та розкрити систему обмежень саморегулювання господарської діяльності. Слід зазначити, що критерії класифікації обмежень досить умовні,

тому можливі різні їх варіації та поєднання. Зокрема, під час вивчення обмежень саморегулювання у будівельній галузі особливого змісту (відмінного від інших галузей) набувають обмеження за критерієм засобів (господарський договір, корпоративні акти) тощо.

Визнаними обмеженнями є заборона створення саморегулівних організацій та впровадження інших саморегулівних заходів у певних видах економічної діяльності. Відповідно до Концепції реформування інституту саморегулювання в Україні, схваленої розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 308-р, саморегулівні організації можуть діяти у будь-якій сфері господарської або професійної діяльності з урахуванням таких обмежень: саморегулівні організації не можуть діяти у сферах національної безпеки та оборони, забезпечення правопорядку; діяльність саморегулівних організацій не може бути спрямована на порушення економічної конкуренції; інші обмеження щодо діяльності саморегулівних організацій можуть бути встановлені виключно законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення, захисту прав і свобод людини [5]. Список обмежень саморегулювання господарської діяльності можна доповнити атомною енергетикою, сферою ціноутворення. В. Добровольська аргументовано доводить, «...що лише ринкової саморегуляції як форми цінового регулювання немає в жодній з економічних моделей сучасного світу, воно завжди поєднується з державним регулюванням цін, окремі складові якого застосовуються в різних державах різними методами та засобами. Державне регулювання цін характерно для періоду становлення товарного виробництва на ранніх етапах формування ринкових відносин, тобто в країнах з перехідною до ринкової економікою» [2, с. 10-11]. Р. Сімпсон, О. Синкова зазначають: «Саморегулювання в чистому вигляді не підходить також для економічного регулювання більшості послуг загального інтересу внаслідок унікального поєднання їх характеристик: вони одночасно являють собою природні монополії та найважливіші послуги» [6, с. 36].

До спеціальних обмежень саморегулювання можна віднести суб'єктний склад. Наприклад, саморегулівна організація Української асоціації інвестиційного бізнесу здійснює свою діяльність як об'єднання професійних учасників фондового ринку з дати прийняття відповідного рішення Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку [7]. Особливою обмежувальною нормою у цьому прикладі є те, що учасниками цієї організації повинні бути виключно: по-перше, юридичні особи, утворені в організаційно-правовій формі акціонерних товариств або товариств з обмеженою відповідальністю, які діють на підставі ліцензії, виданої Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку [8], по-друге, учасники, які здійснюють певний вид економічної діяльності, тобто провадять на фондовому ринку професійну діяльність, види якої визначені законами України [8]; по-третє, ті, щодо яких обов'язково прийнято рішення Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку щодо надання статусу саморегулівної організації та видачі відповідного свідоцтва. Вказані у цьому Статуті обмеження відповідають положенням, передбаченим Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» від 23.02.2006 № 3480-IV (далі – Закону).

Цим Законом визначаються й інші обмеження щодо членства у саморегулівній організації професійних учасників фондового ринку (наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 48 зазначеного Закону саморегулівна організація повинна об'єднувати більше 75 відсотків професійних учасників фондового ринку за одним із видів професійної діяльності), її повноважень (наприклад, згідно з ч. 1 ст. 49 Закону саморегулівні організації можуть впроваджувати норми професійної етики у практичній діяльності учасників об'єднання; відповідно до ч. 2 цієї ж статті розробляти і затверджувати обов'язкові для виконання членами СРО Правил (стандартів) провадження відповідного виду професійної діяльності на фондовому ринку, за винятком тих Правил (стандартів), які прямо встановлені законом [8]). Обмеження щодо набуття статусу саморегулівної організації з підстав репрезентації певної відсоткової кількості членів конкретного виду діяльності можна проілюструвати і на прикладі Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» від 25.06.2009 № 1561-VI, відповідно до якого асоціація оптових ринків сільськогосподарської продукції може набути статусу саморегулівної організації оптового ринку сільськогосподарської продукції за умови, якщо її членами є не менше 50 відсотків оптових ринків сільськогосподарської продукції, які набули такого статусу відповідно до цього Закону [9].

Закон України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 № 687-XIV визначає однією з меж саморегулівних організацій у сфері архітектурної діяльності передбачення механізму відшкодування збитків, завданих споживачам унаслідок надання членами саморегулівної організації товарів, виконання

робіт (послуг) неналежної якості [10]. У цьому прикладі спостерігаємо розширення меж функцій саморегулівних організацій, адже далеко не всі статусні (не говорячи вже про безстатусні) саморегулівні організації готові передбачити порядок відшкодування збитків та взяти на себе майнову відповідальність.

Водночас певною межею для державного регулювання є стаття 47 «Про цінні папери та фондовий ринок», яка передбачає регулювання фондового ринку як державою, так і саморегулівною організацією. Аналогічні положення передбачені і статтею 78 Закону України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 № 5080-VI тощо [11].

Також межею для втручання державних органів може бути здійснення контролю діяльності саморегулівної організації. Відповідно до статті ч. 6 статті 16-1 Закону України «Про архітектурну діяльність» контроль за діяльністю саморегулівних організацій у сфері архітектурної діяльності здійснює центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері архітектури [10]. Крім того, згідно з частиною 5 статті 16-1 центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері архітектури, визначає порядок реєстрації таких організацій [10].

Межі компетенції органів державної влади та саморегулівних організацій: хто і що саме у цій галузі діяльності має роботи, контролювати, за що нести відповідальність, мають бути чітко визначені.

Прикладом розподілення сфер впливу у будівельній галузі може бути досвід саморегулювання США. Ю. Суркова зазначає: «Асоціація виробників бетону, яка об'єднує наукових розробників, проектувальників і виробників бетону, а також тих, хто проводить ремонт і демонтаж будов враховує їх інтереси, формує та розробляє єдині вимоги до бетону, технологій, тобто регулює цю частину будівельної галузі. Допуск будівельних фірм на ринок будівництва монолітних будов і споруд – прерогатива держави, а завданням Асоціації є боротьба за якість» [12, с. 31].

У саморегулюванні господарської діяльності держава визначає імперативні межі для компетенції суб'єктів саморегулювання, в яких вони вільно діють. Діяльність саморегулівних організацій має правовий характер, однак прямо не пов'язана із залученням органів державної влади. Якщо маємо добровільне саморегулювання, то, як правило, саморегулівні організації утворюються та функціонують, відповідаючи на політику державних регуляторів (неврегульованість того чи іншого ринку призводить до появи численних саморегулівних організацій, навіть без наділення їх відповідним статусом). У разі делегованого саморегулювання межі компетенцій саморегулівних організацій можуть бути визначені як на підзаконному рівні, так і на рівні закону.

У разі делегованого саморегулювання саморегулівні організації можуть здійснювати функції, покладені на них державою, тобто їх повноваження розширюються та доповнюються межами виконання частини публічних повноважень (зовнішні інтереси). Саморегулівні організації можуть здійснювати і «приватні функції» з метою реалізації інтересів своїх членів (внутрішні інтереси): представницька, захисна, нормотворча та ін. Цілком обґрунтованим є те, що одним із критеріїв обмеження саморегулювання є межі виконання саморегулівними організаціями публічних та/або приватних функцій. У разі добровільного саморегулювання саморегулівні організації, як правило, функціонують у межах «приватних» повноважень.

Важливим аспектом у визначенні обмежень повноважень цих організацій є чітке розуміння механізму правового регулювання того чи іншого виду господарської діяльності: надмірний, помірний або ж недостатній рівень державного регулювання. Крайнощі переходу від одного рівня до іншого можуть виявлятися у негативних аспектах, тому обмеження функцій саморегулівних організацій мають відповідати критерію пропорційності та адекватності. Отже, обмеження функцій та повноважень саморегулівних організацій залежать від моделі саморегулювання та рівня державного регулювання певної сфери, галузі та виду господарської діяльності тощо. У визначенні обмежень діяльності саморегулівних організацій політика держави має бути спрямована на визначення їхнього статусу як повноцінного регулятора та представника інтересів суб'єктів господарювання.

Висновки.

Отже, можна виділити загальні (галузеві) обмеження саморегулювання господарської діяльності (застосовуються до всіх видів саморегулювання господарської діяльності) та спеціальні (залежно від певного виду саморегулювання). До спеціальних обмежень саморегулювання можна віднести: 1) обмеження добровільного, делегованого та змішаного саморегулювання; 2) обмеження засобів саморегулювання: господарського договору, саморегулівних організацій, корпоративних актів, етичних кодексів тощо; 3) обмеження саморегулювання у певних сферах, галузях, видах господарської діяльності; 4) обмеження суб'єктного складу учасників само-

регулювання; 5) обмеження у разі наділення статусом саморегулівної організації або ж за відсутності такого: а) обмеження з приводу повноважень саморегулівної організації; б) обмеження щодо функцій саморегулівної організації; в) обмеження залежно від набуття членства у саморегулівній організації.

Надалі можна запропонувати й інші підходи до визначення видів обмежень саморегулювання господарської діяльності або ж дослідити вже конкретизовані у цій статті.

Список використаних джерел:

1. Бевз С.І. До питання про сутність державного регулювання господарської діяльності. Часопис Київського університету права. 2015/3. С. 114-118.

2. Добровольська В.В. Правові засади державного регулювання підприємницької діяльності в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Донецьк, 2007. 19 с.

3. Гончаренко О. Види саморегулювання господарської діяльності. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 11. С. 68-72.

4. Бордюг Б., Малюгіна К., Татаревський О. Посібник для слухача до курсу «Аналіз регуляторного впливу». URL: http://policy-analysis.org/wpcontent/uploads/2014/10/Regylatory-impact-analysisPosibnyk-_2007.pdf.

5. Концепція реформування інституту саморегулювання в Україні: схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10 травня 2018 р. № 308-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-shvalennya-konc (дата звернення: 16.05.2018).

6. Сімпсон Р., Синкова О.М. Регулювання послуг загального інтересу в ЄС: навч. посіб. О.: Одеська нац. юрид. акад., 2004. 129 с.

7. Статут Української асоціації інвестиційного бізнесу. URL: http://www.uaib.com.ua/about_uaib/internal_docs/statut.html (дата звернення: 10.05.2018).

8. Про цінні папери та фондовий ринок: Закон від 23.02.2006 № 3480-IV URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3480-15 (дата звернення: 16.05.2018).

9. Про оптові ринки сільськогосподарської продукції: Закон України від 25.06.2009 № 1561-VI. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1561-17?nreg=1561-17&find=1&text=%F1%E0%EC%EE%F0%E5%E3%F3%EB&x=3&y=6.

10. Про архітектурну діяльність: Закон України від 20.05.1999 № 687-XIV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/687-14?nreg=687-14&find=1&text=%F1%E0%EC%EE%F0%E5%E3%F3%EB&x=0&y=10 (дата звернення: 12.05.2018).

11. Про інститути спільного інвестування: Закон України від 05.07.2012 № 5080-VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/5080-17/page3?text=%F1%E0%EC%EE%F0%E5%E3%F3%EB (дата звернення: 10.05.2018).

12. Суркова Ю. Самоврядні організації як модель державно-суспільного партнерства на будівельному ринку України. Вісник КНТЕУ. 2009. № 1. С. 25-35.

В статье исследовании виды ограничений саморегулирования хозяйственной деятельности в Украине на основе анализа хозяйственного законодательства. Выделены общие (отраслевые) и специальные ограничения саморегулирования хозяйственной деятельности. К специальным ограничениям саморегулирования отнесены: 1) ограничение добровольного, делегированного и смешанного саморегулирования; 2) ограничение средств саморегулирования; 3) ограничение саморегулирования в определенных сферах, отраслях, видах хозяйственной деятельности; 4) ограничение субъектного состава участников саморегулирования; 5) ограничение при наделении статусом саморегулируемой организации или при отсутствии такового.

Ключевые слова: саморегулирование, саморегулирование хозяйственной деятельности, хозяйственная деятельность, ограничения саморегулирования хозяйственной деятельности, специальные ограничения саморегулирования хозяйственной деятельности, средства саморегулирования хозяйственной деятельности, саморегулируемые организации.

The article deals with the types of restrictions of self-regulation of economic activity in Ukraine on the basis of economic legislation analysis. There are general (sectoral) and special restrictions on self-regulation of economic activity. Special restrictions on self-regulation include: 1) the restriction of voluntary, delegated and mixed self-regulation; 2) restriction of means of self-regulation; 3) restrictions on self-regulation in certain spheres, branches, types of economic activity; 4) restriction of the subjective membership of the participants in the self-regulation; 5) restrictions on the status of a self-regulating organization or, in the absence thereof.

Key words: self-regulation, self-regulation of economic activity, economic activity, restrictions on self-regulation of economic activity, special restrictions on self-regulation of economic activity, means of self-regulation of economic activity, self-regulating organizations.

УДК 347.7

Юлія Кабенок,
викладач кафедри галузевих правових наук
Київського університету права
Національної академії наук України

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ВІДНОСИН АРБІТРАЖНОГО УПРАВЛІННЯ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА

Стаття присвячена комплексному дослідженню правовідносин у сфері арбітражного управління, визначенню юридичних фактів, які пов'язуються з моментом їх виникнення та припинення. Здійснено розмежування відносин арбітражного управління з іншими видами відносин, в які вступає арбітражний керуючий.

Ключові слова: арбітражне управління, банкрутство, арбітражний керуючий, розпорядження майном, відносини арбітражного управління.

Постановка проблеми. Внаслідок відкриття провадження у справі про банкрутство суб'єкт господарювання набуває спеціального, за законодавством про банкрутство, статусу – статусу боржника. Насамперед це тягне за собою спеціальне управління та розпорядження його майном. Залежно від судової процедури повноваження щодо управління можуть покладатись на керівника (органи управління) боржника або на арбітражного керуючого. Так, участь арбітражного керуючого у цих відносинах, за загальним правилом, є обов'язковою і за наявності підстав повноваження керівника можуть перейти до арбітражного керуючого, але не навпаки. Керівник (орган управління) боржника усувається від виконання своїх повноважень, і на його місце приходить арбітражний керуючий. Виконуючи свої повноваження, останній виступає і як керівник (орган управління) боржника, і як його службова особа, і як спеціально уповноважений господарським судом суб'єкт у межах справи про банкрутство. Це свідчить про наявність специфічних правовідносин у межах процедури банкрутства – відносин арбітражного управління, центральним суб'єктом яких є арбітражний керуючий.

Аналіз останніх досліджень. Дослідження відносин неспроможності не втрачають своєї актуальності, що зумовлюється насамперед їх багатогранністю і унікальністю. На кожному з етапів процедури банкрутства вони можуть набувати різних форм та мати різний суб'єктний склад. Саме тому відносини неспроможності та окремі їх учасники ставали предметом дослідження таких науковців, як: І. А. Бутирська, В. В. Джунь, Б. М. Поляков, Т. В. Степанова, Г. Ф. Шершеневич та ін.

Метою статті є теоретико-практичне дослідження природи відносин арбітражного управління боржником у процедурі банкрутства, проведення класифікації таких відносин та здійснення комплексної характеристики кожного їх виду; визначення ознак відносин арбітражного управління та надання авторського їх визначення.

Виклад основного матеріалу. Відносини, що виникають у сфері здійснення арбітражного управління, мають характер комплексних правовідносин. З одного боку, більша їх частина врегульована нормами законодавства про банкрутство, а з іншого – нормами трудового, адміністративного, цивільного та кримінального права. Тут вважаємо за необхідне підтримати точку зору Т. В. Степанової, яка слушно зазначає, що арбіт ражний керуючий є самостійною й активною фігурою у справі, захищає чужий законний інтерес, несе відповідальність за власні рішення та дії в процедурі банкрутства, повністю підконтрольний та підзвітний господарському суду і повинен діяти виключно в межах, наданих йому законом, а у разі прогалин або колізій чинного законодавства – з пріоритетом інтересів боржника [1, с. 98]. Вважаємо за доцільне провести розмежування таких правовідносин та виділити їх види, критерієм виступає суб'єкт арбітражного управління.

Правовідносини, в яких арбітражний керуючий виступає як центральний суб'єкт:

1. відносини, що пов'язані зі статусом арбітражного керуючого як суб'єкта незалежної професійної діяльності (набуття такого статусу – отримання свідоцтва у встановленому законодавством порядку, включення до

© Ю. Кабенок, 2018

Єдиного реєстру; трудові правовідносини із найманими працівниками, відносини щодо сплати податків тощо);

2. відносини, що передують виникненню арбітражного управління, –призначення арбітражного керуючого ухвалою про прийняття заяви до моменту надання ним згоди про участь у справі та призначення розпорядником майна;

3. безпосередньо відносини щодо здійснення арбітражного управління – виконання повноважень розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора у справі про банкрутство;

4. відносини, що виникають як наслідок здійснення арбітражного управління – притягнення арбітражного керуючого до відповідальності.

Пропонуємо охарактеризувати кожний вид відносини окремо. Першу групу становлять відносини, що пов'язані з набуттям статусу арбітражного керуючого. Частиною 3 ст. 4 Закону про банкрутство визначається, що право на здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора) надається особі, яка отримала відповідне свідоцтво у порядку, встановленому цим Законом, та внесена до Єдиного реєстру арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) України [2]. Законодавством також встановлені чіткі вимоги до особи, яка може отримати таке свідоцтво (ст. 97 Закону про банкрутство). Так, наприклад, особа, яка бажає займатися арбітражним управлінням, повинна відповідати таким критеріям: по-перше, мати відповідну освіту – повну вищу юридичну або економічну; по-друге, після отримання повної вищої освіти така особа повинна здобути певний стаж за фахом – не менше 3-х років. Допускається зменшення розміру стажу до одного року, якщо така особа перебувала на керівних посадах після отримання відповідної освіти. Наступною вимогою є проходження навчання та стажування тривалістю шість місяців. Порядок їх проходження встановлюється державним органом з питань банкрутства. Також особа має володіти державною мовою та скласти відповідний кваліфікаційний іспит. Але водночас законодавством встановлені й певні обмеження. Так, не може бути арбітражним керуючим особа, яка визнана судом обмежено дієздатною або недієздатною; яка має судимість за скоєння корисливих злочинів; яка не здатна виконувати обов'язки арбітражного керуючого за станом здоров'я; якій заборонено обіймати керівні посади; якій відмовлено в наданні допуску до державної таємниці або скасовано раніше наданий допуск за порушення законодавства у сфері охорони державної таємниці, якщо такий допуск є необхідним для виконання обов'язків, визначених цим Законом, у разі якщо з часу такої відмови або скасування пройшло менше року [2]. Після складення кваліфікаційного іспиту особа повинна бути включена до Єдиного державного реєстру. Це питання врегульоване нормами ст. 103 Закону про банкрутство, відповідно до яких після складення кваліфікаційного іспиту кваліфікаційна комісія в десятиденний строк рекомендує державному органу з питань банкрутства надати особі, яка склала кваліфікаційний іспит, право на здійснення діяльності арбітражного керуючого. Державний орган з питань банкрутства не пізніше ніж на десятий день з дня надходження рекомендації кваліфікаційної комісії видає свідоцтво про право на здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора) та вносить запис до Єдиного реєстру арбітражних керуючих України [2].

У межах відносин, що пов'язані зі статусом арбітражного керуючого, слід зупинитись на трудових правовідносинах. Ч. 1 ст. 100 Закону про банкрутство передбачає, що арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) може мати помічника (помічників) на підставі трудового договору (контракту). Таким чином, вказаний трудовий договір (контракт) є юридичною підставою виникнення трудових правовідносин між цими суб'єктами. Як зазначає Ю. П. Дмитренко, трудові правовідносини — це врегульовані нормами трудового права суспільні відносини, що виникають на підставі укладення трудового договору, контракту чи іншого юридичного факту з приводу участі працівника (робітника або службовця) в праці на підприємстві, установі чи організації. Це вольові суспільні відносини, врегульовані нормами трудового права [3, с. 121]. У межах вказаних правовідносин арбітражний керуючий виступає роботодавцем, а помічник – працівником. Аналіз вищезазначених положень дозволяє зробити обґрунтований висновок, що правовідносини, котрі виникають між арбітражним керуючим та помічником, становлять предмет правового регулювання трудового права та, відповідно, не входять до предмета інституту арбітражного управління зокрема, а права неспроможності (банкрутства) та господарського права загалом.

Новою редакцією ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 22.12.2011 змінено статус арбітражного керуючого з фізичної

особи-підприємця на суб'єкта професійної діяльності. Такі зміни вплинули на оподаткування такої діяльності. Це питання врегульоване нормами Податкового кодексу України (далі – ПК) [4]. Так, згідно з пп. 14.1.226 п. 14.1 ст. 14 ПК, незалежна професійна діяльність – участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, приватних виконавців, адвокатів, арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів), аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою-підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб [4].

Нормами податкового законодавства врегульовані відносини, що складаються у сфері оподаткування. Відповідно, предметом податкового права є система визначених, однорідних, специфічних правовідносин у сфері оподаткування, яка регулює податкові відносини державних податкових органів і платників податків щодо встановлення, зміни та стягнення з платників податків частини їхніх доходів у відповідний бюджет(державний, місцевий) в грошовій формі, а також визначає відповідальність, права і повноваження цих податкових органів та права й обов'язки платників податків [5, с. 27]. Податкові правовідносини – це відносини, що виникають на підставі податкових норм, які встановлюють, змінюють чи скасовують податкові платежі, та у зв'язку з юридичними фактами, учасники яких наділені суб'єктивними правами і несуть юридичні обов'язки, пов'язані зі сплатою податків та зборів до бюджетних і цільових фондів та поданням податкової звітності [5, с. 29]. У цих правовідносинах арбітражний керуючий виступає як платник податків. Відповідно, вказані відносини є предметом правового регулювання податкового права та не входять до предмета правового регулювання інституту арбітражного управління.

Наступну групу правовідносин становлять відносини, що передують виникненню арбітражного управління. Це відносини з приводу призначення арбітражного керуючого ухвалою господарського суду про прийняття заяви про порушення справи про банкрутство. Але вони виникають та тривають до моменту надання арбітражним керуючим згоди про участь у справі та призначення його розпорядником майна.

Згідно зі ст. 12 Закону про банкрутство, у разі відсутності підстав для відмови у прийнятті або для повернення заяви про порушення справи про банкрутство господарський суд приймає заяву до розгляду, про що не пізніше п'яти днів з дня її надходження виносить ухвалу, в якій зазначаються: дата проведення підготовчого засідання суду; прізвище, ім'я та по батькові арбітражного керуючого, визначеного автоматизованою системою з числа осіб, внесених до Єдиного реєстру арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) України. Ухвала про прийняття заяви про порушення справи про банкрутство надсилається сторонам та відповідному органу або особі, яка здійснює примусове виконання судових рішень, рішень інших органів за місцезнаходженням (місцем проживання) боржника, державному реєстратору за місцезнаходженням (місцем проживання) боржника, органу, уповноваженому управляти державним майном боржника, у статутному капіталі якого частка державної власності перевищує п'ятдесят відсотків, арбітражному керуючому, визначеному автоматизованою системою з числа осіб, внесених до Єдиного реєстру арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) України [2].

Треба зазначити, що на цьому етапі неможливо говорити про виникнення відносин арбітражного управління. Перш за все варто зауважити, що господарський суд хоча і говорить в ухвалі про прийняття заяви про порушення справи про банкрутство арбітражного керуючого, але такий ще не вважається призначеним у процедурі банкрутства. Арбітражний керуючий повинен дати свою згоду на таке призначення або відмовитись від нього. Так, пп. 4.18 та 4.20 Постанови Пленуму ВГСУ 14.07.2016 № 8 передбачено, що ухвалою про прийняття заяви про порушення справи про банкрутство господарський суд зобов'язує визначеного автоматизованою системою арбітражного керуючого подати заяву про участь у відповідній справі у встановлений цією ухвалою строк, який не може бути меншим від 3 робочих днів. Арбітражний керуючий, визначений автоматизованою системою, протягом трьох днів з дня отримання ухвали про прийняття заяви про порушення справи про банкрутство зобов'язаний надати безпосередньо до господарського суду на паперовому носії або в електронній формі на електронну адресу господарського суду, з якої він отримав відповідну ухвалу, заяву про його участь у справі з повідомленням про те, що він не належить до жодної з категорії осіб, зазначених у частині другій статті 114 Закону [6]. У разі недотримання вказаних у зазначеній Постанові Пленуму

строків про надання заяви про участь у справі, господарський суд повторно звертається до автоматизованої системи з метою призначення іншого арбітражного керуючого. Такі ж дії передбачені, коли надійшла заява від арбітражного керуючого про відмову від участі у справі про банкрутство.

Розглянуті правовідносини цієї групи мають, так би мовити, проміжний характер і складаються між двома суб'єктами – господарським судом та арбітражним керуючим. Вони становлять предмет правового регулювання права неспроможності (банкрутства).

Третю групу становлять власне правовідносини, що виникають безпосередньо під час здійснення арбітражного управління. Саме ці відносини і становлять предмет правового регулювання інституту арбітражного управління.

Вирішення питання фактичного початку відносин арбітражного управління має вагоме практичне значення. Саме з його початком пов'язується надання оцінки належного або неналежного виконання арбітражним керуючим своїх повноважень, здійснення оплати його послуг, можливість притягнення його до відповідальності тощо.

У спеціальній літературі виділяють два види підстав виникнення правовідносин:

1) матеріальні (загальні): а) наявність суб'єктів права (не менше двох) як учасників правовідносин; б) наявність об'єкта правовідносин – матеріальних і нематеріальних благ, з приводу яких (володіння ними, їх охорона та захист) суб'єкти права вступають у взаємовідносини;

2) юридичні (спеціальні): а) норма права; б) правосуб'єктність учасників правовідносин: правоздатність, дієздатність, деліктоздатність; в) юридичний факт (підстава виникнення, зміни і припинення правовідносини) [7, с. 394].

Коли ж саме виникають відносини арбітражного управління?

Моментом виникнення правовідносин арбітражного управління слід вважати призначення арбітражного керуючого в процедурі розпорядження майном, оскільки господарський суд одразу покладає на розпорядника майна першочергові обов'язки. Призначення відбувається шляхом винесення господарським судом ухвали про відкриття провадження у справі по банкрутство за правилами статті 16 Закону про банкрутство.

Прикладом однієї з таких ухвал може бути ухвала Господарського суду Дніпропетровської області 25.04.2018 у справі № 904/911/18 про відкриття провадження у справі про банкрутство.

До господарського суду звернулось ПрАТ "Б" із заявою про порушення провадження у справі про банкрутство ПрАТ "Б" за загальною процедурою. Господарським судом визначено кандидатуру арбітражного керуючого за допомогою автоматизованої системи. Ухвалою про прийнято заяву до розгляду та призначено підготовче засідання, зобов'язано арбітражного керуючого впродовж трьох днів з дня отримання даної ухвали надати суду заяву на участь у даній справі разом із копією договору страхування ризиків його діяльності та копію свідоцтва. До підготовчого засідання арбітражним керуючим було надано заяву на участь у справі про банкрутство, договір страхування відповідальності арбітражного керуючого, копію свідоцтва про право здійснення діяльності арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора), інформацію про діяльність арбітражного керуючого (8). Безпосередньо на підготовчому засіданні господарський суд, окрім іншого, ухвалив: відкрити провадження у справі; ввести процедуру розпорядження майном боржника строком на сто п'ятнадцять днів; призначити розпорядника майна та ін.

Аналізуючи характер повноважень, якими наділяється арбітражний керуючий таким судовим актом, можна дійти висновку, що вже одразу після відкриття провадження у справі про банкрутство виникають організаційні та контрольні правовідносини арбітражного управління. Організаційні відносини виникають щодо розгляду вимог кредиторів та формування реєстру вимог кредиторів, повідомлення кредиторів про результати розгляду їхніх вимог, повідомлення усіх сторін про дату і час попереднього засідання, здійснення аналізу фінансово-господарської діяльності боржника, проведення інвентаризації майна тощо. У свою чергу, контрольні відносини полягають у тому, що ухвалою про відкриття провадження у справі про банкрутство на арбітражного керуючого покладаються обов'язки звітування перед господарським судом щодо: надіслання всім кредиторам боржника повідомлення про результати розгляду грошових вимог та їх отримання кредиторами; надання не рідше одного разу на місяць господарському суду (комітету кредиторів) звіту про свою діяльність з моменту призначення господарським судом; зобов'язання розпорядника майна надавати в межах строку процедури розпорядження майном господарському суду аналіз фінансово-господарської діяльності та ін.

Відповідно, такою ухвалою арбітражний керуючий наділений і низкою спеціальних повноважень. Якщо арбітражний керуючий за відсутності поважних причин (наприклад: боржник не надав відповідну документацію,

що унеможливлює проведення аналізу фінансово-господарської діяльності та інвентаризації) їх не виконає, може постати питання про неналежне виконання розпорядником майна своїх повноважень і, як наслідок, можливість його усунення та притягнення до відповідальності.

Варто зауважити, що в межах цієї групи правовідносин арбітражний керуючий вступає у взаємодію із трудовим колективом підприємства-боржника. Трудові відносини арбітражного керуючого у процедурі розпорядження майна можуть виникати, якщо керівника боржника було звільнено. Тільки у такому разі розпорядник майна може набути статусу роботодавця в межах цієї процедури. А у процедурах санації та ліквідації до арбітражного керуючого переходять повноваження керівника боржника. Це означає, що в частині трудових відносин арбітражний керуючий виконує повноваження роботодавця і має відповідну правосуб'єктність. Що стосується процедури санації, то одним із заходів відновлення платоспроможності боржника, які передбачені ч. 2 ст. 29 Закону про банкрутство та можуть міститись у плані санації, передбачено звільнення працівників боржника, які не можуть бути задіяні в процесі виконання плану санації. У такому разі арбітражний керуючий завчасно, до звільнення таких представників, має подати первинній профспілковій організації відповідну інформацію, а також провести консультації з профспілками щодо вжиття заходів для запобігання звільненню, зведення кількості звільнених працівників до мінімальної або пом'якшення наслідків будь-якого звільнення [2].

У ліквідаційній процедурі, порівняно з процедурою санації, звільняються усі працівника підприємства-банкрута. Призначений ліквідатор повідомляє працівників про звільнення та, відповідно, проводить його на правах роботодавця. Відповідно до Роз'яснення Міністерства юстиції України від 25.01.2011 № 0017323-11, ліквідація – це така форма припинення юридичної особи, за якої припиняються всі її права та обов'язки. У разі ліквідації вся чисельність працівників скорочується та весь штат працівників ліквідується [9].

Щодо власне арбітражного керуючого, то варто зазначити, що після його призначення господарським судом і впродовж часу виконання ним своїх повноважень він не може вважатися найманим працівником. Правильне розуміння природи відносин арбітражного управління є важливим. На жаль, виникають ситуації, коли відносини арбітражного управління ототожнюють із відносинами трудовими та сприймають арбітражного керуючого як працівника. Пропонуємо розглянути практичну ситуацію.

Так, 20.04.2016 арбітражний керуючий А звернувся до господарського суду Київської області з клопотанням про затвердження оплати послуг та відшкодування витрат, понесених у межах справи про банкрутство. Клопотання мотивоване тим, що у провадженні господарського суд Київської області перебуває справа про банкрутство, керуючим санацією боржника у якій ухвалою суду першої інстанції від 19.08.2013 було призначено його як арбітражного керуючого; ухвалою господарського суду Київської області від 28.04.2014 керуючим санацією боржника призначено іншого арбітражного керуючого Б. Заявник зазначав, що в силу положень ст. 3-1 Закону про банкрутство в редакції до 19.01.2013 він, як арбітражний керуючий, має право на оплату послуг за кожен місяць здійснення ним своїх повноважень, при цьому правовідносини між арбітражним керуючим та комітетом кредиторів фактично мають характер правовідносин роботодавця з працівником, тому відповідно до ст. 94 КЗпП України у боржника є заборгованість з виплати заробітної плати арбітражному керуючому А.

Переглядаючи рішення по цій справі, Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду Постановою від 13.03.2018 у справі № Б8/180-10 касаційну скаргу арбітражного керуючого А залишив без задоволення. Касаційна інстанція виходила з такого. Арбітражний керуючий призначається судом і діє відповідно до приписів Закону про банкрутство. Отже, навіть виконання арбітражним керуючим своїх повноважень керуючого санацією, а саме обов'язків керівника підприємства, не підтверджує наявність трудових відносин та відповідних гарантій, які з ними пов'язані. Закон про банкрутство не визначає автоматичного виникнення трудових обов'язків у разі виконання обов'язків керівника підприємства керуючим санацією. Обов'язковою умовою трудових відносин є наявність трудового договору між працівником та роботодавцем. У цьому випадку арбітражний керуючий був призначений судом, є суб'єктом незалежної професійної діяльності, не є найнятим працівником, а тому трудовий договір між ним і підприємством відсутній. Відсутній власник або уповноважений ним орган, наявність якого вимагає ст. 117 КЗпП України, і його вина.

Характер відносин між арбітражним керуючим та боржником є цивільно-правовим та регулюється Законом про банкрутство. Регулюючи трудові відносини, законодавець

встановлює певну систему взаємопов'язаних суспільних відносин, що збалансовує відносини роботодавця та найманого працівника. Відсутність між сторонами трудових відносин виключає можливість застосування й наслідків порушення норм трудового права щодо, зокрема, й строків розрахунку у разі звільнення. Враховуючи те, що правовідносини щодо оплати праці арбітражного керуючого врегульовані саме Законом про банкрутство і є у цьому випадку цивільно-правовими відносинами, норми трудового законодавства (аналогія закону) до цих правовідносин застосовані бути не можуть. Крім того, окремий порядок розрахунків між боржником та арбітражним керуючим, як це зазначено у вимогах касаційної скарги, враховуючи викладене, також встановлений бути не може як такий, що не відповідає Закону про банкрутство [10].

З останнім висновком касаційної інстанції погодитись важко. По-перше, Закон про банкрутство оперує поняттям «оплата послуг», а не «оплата праці», що суттєво впливає на характер правовідносин, що описуються. Адже знову ж таки термін «праця» більше характерний для трудових правовідносин. По-друге, питання оплати послуг арбітражного керуючого не може мати цивільно-правовий характер. Цивільно-правові відносини – це майнові та особисті немайнові відносини (врегульовані нормами сучасного цивільного права) між майново відокремленими, юридично рівними учасниками, що є носіями суб'єктивних цивільних прав та обов'язків, які виникають, змінюються, припиняються на підставі юридичних фактів і забезпечуються можливістю застосування засобів державного примусу [11].

Суб'єкти відносин арбітражного управління, такі як арбітражний керуючий, господарський суд, кредитори та боржник, не мають ознак рівності. Як слушно зазначає Б. М. Поляков, немайнові (організаційні) відносини, які виникають з органами самоврядування кредиторів (загальні збори кредиторів та комітет кредиторів) та арбітражним керуючим і де діють публічні начала, взагалі не увійшли до предмета не лише цивільного права, але й адміністративного права [12, с. 48]. Тобто йдетсья про немайнові (організаційні) відносини права неспроможності. Законодавство про неспроможність (банкрутство) є комплексом матеріальних норм цивільного, фінансового й трудового права [12, с. 119]. Тому, на нашу думку, відносини щодо оплати послуг арбітражного керуючого варто віднести до предмета правового регулювання інституту арбітражного управління, а саме до групи відносин, що складаються під час безпосереднього здійснення арбітражного управління боржником.

У межах третьої групи відносин вважаємо за необхідне виділити управлінські правовідносини. Описуючи усунення боржника від управління і розпорядження майном, Г. Ф. Шершеневич зазначає, що з цього моменту неспроможний боржник не може вчиняти жодного юридичного акту, наслідки якого поширювались би на його майно. Одночасно управління і розпорядження майном неспроможного боржника переходять до особливого органу, створеного судом [13, с. 225]. Управлінські правовідносини виникають незалежно від судової процедури, яка застосовується до боржника. В основі вказаних відносин насамперед лежать повноваження арбітражного керуючого щодо управління справами боржника та прийняття відповідних управлінських рішень. Прикладом окреслених правовідносин є такі. За нормами ч. 5 ст. 22 Закону про банкрутство, у процедурі розпорядження майном органи управління боржника не мають права без згоди арбітражного керуючого приймати рішення про: реорганізацію або ліквідацію боржника, створення юридичних осіб або участь у створенні інших юридичних осіб, створення структурних підрозділів та ін. Тобто у даному цьому разі, якби не було відкрите провадження у справі про банкрутство, такі рішення приймались би, наприклад, на загальних зборах учасників господарського товариства. Але за наявності відкритого провадження органи управління втрачають своє право в цій частині і воно переходить до арбітражного керуючого. У процедурах санації та ліквідації Законом про банкрутство прямо передбачається перехід повноважень керівництва боржника до арбітражного керуючого. Тут слушною є думка Б. М. Полякова, що, таким чином, процедура банкрутства побудована на обмеженні повноважень власника з управління та розпорядження його майном [12, с. 264].

У сферу відносин, які виникають безпосередньо щодо здійснення арбітражного управління, також входять контрольні відносини. Такі відносини виникають між такими суб'єктами: між господарським судом та усіма учасниками (в тому числі і арбітражним керуючим) провадження у справі про банкрутство щодо дотримання законодавства про банкрутство, між кредиторами та арбітражним керуючим, між арбітражним керуючим та державним органом з питань банкрутства.

Господарський суд є досить своєрідним учасником справи про банкрутство. З одного боку, він здійснює провадження у справі про банкрутство, а з іншого – наглядає за дотриманням закону всіма учасниками процесу та

реагує відповідним чином на будь-які порушення з їхнього боку. Що стосується контролю за діяльністю арбітражного керуючого, то він виражається у тому, що, наприклад, господарський суд з уведенням процедури розпорядження майном зобов'язує надавати арбітражного керуючого суду та комітету кредиторів звіт про свою діяльність, у процедурі санації суд має право запросити у арбітражного керуючого інформацію про виконання ним плану санації, крім того, господарський суд має право звільнити арбітражного керуючого від виконання ним своїх повноважень незалежно від судової процедури. Як зазначає І. А. Бутирська, межі реагування суду на недобросовісні дії арбітражного керуючого не залежать від процесуальної активності учасників справи про банкрутство. Зокрема, суд може усунути арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора) від виконання ним своїх обов'язків як за наявності клопотання учасників процесу (комітету кредиторів, органу, уповноваженого управляти державним майном – для державних підприємств та підприємств, у статутному капіталі яких частка державної власності перевищує 50 відсотків), так і за власною ініціативою [14, с. 63].

Арбітражний керуючий, виконуючи свої повноважень, зобов'язаний звітувати перед господарським судом, комітетом кредиторів та державним органом з питань банкрутства. Комітет кредиторів та господарський суд здійснюють контроль за належним виконанням арбітражним керуючим своїх повноважень у межах справи про банкрутство. Комітет кредиторів вправі звернутись до господарського суду з клопотанням про усунення арбітражного керуючого від виконання повноважень та призначення іншого арбітражного керуючого. Керуючий санацією зобов'язаний щоквартально звітувати перед комітетом кредиторів та судом про виконання плану санації (ч. 14 ст. 28 Закону про банкрутство). У ліквідаційній процедурі арбітражний керуючий не рідше ніж один раз на місяць надає комітету кредиторів звіт про свою діяльність, а також зобов'язаний на вимогу суду та державного органу з питань банкрутства надавати необхідні відомості щодо проведення ліквідаційної процедури (ст. 41 Закону про банкрутство). Тобто арбітражний керуючий постійно діє під наглядом інших учасників справи про банкрутство. Вважаємо, це сприяє покращенню ефективності здійснення арбітражного управління.

Питання контролю державного органу за діяльністю арбітражного керуючого з питань банкрутства також регулюється окремим підзаконним нормативно-правовим актом. Таким актом є Наказ Міністерства юстиції України № 1284/5 від 26.07.2013 «Про затвердження Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів)» [15]. Цей Порядок встановлює: процедуру організації та проведення перевірок діяльності арбітражних керуючих; повноваження осіб, які здійснюють перевірки; права й обов'язки арбітражних керуючих; порядок оформлення результатів перевірки; порядок підготовки за результатами перевірки подання на Дисциплінарну комісію арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів) (далі – Дисциплінарна комісія) про застосування до арбітражного керуючого дисциплінарного стягнення (п. 1.4). Це контроль, який не тільки здійснюється безпосередньо у справі про банкрутство, а й пов'язаний з професійною діяльністю арбітражного керуючого. Ці відносини мають характер адміністративно-правових відносин, оскільки в них наявний суб'єкт владних повноважень – державний орган з питань банкрутства, який виконує управлінські функції. Оскарження рішень такого органу арбітражним керуючим здійснюється за правилами адміністративного судочинства. Чи слушно тут говорити, що арбітражне управління входить у сферу правового регулювання адміністративного права? Сферу правового регулювання адміністративного права становлять державно-управлінські відносини. Призначений у справі про банкрутство арбітражний керуючий не може сприйматись як представник будь-якого органу державної влади. Насамперед це пояснюється тим, що згідно з положеннями Закону про банкрутство, арбітражний керуючий є суб'єктом незалежної професійної діяльності, що автоматично виключає статус суб'єкта владних повноважень. По-друге, обов'язковим суб'єктом державно-управлінських відносин має бути суб'єкт державного управління [16, с. 180]. Адміністративні правовідносини виникають між арбітражним керуючим та органами державної влади у разі набуття і реалізації статусу суб'єкта незалежної професійної діяльності. До таких правовідносин належать: процедура отримання свідоцтва, внесення арбітражного керуючого у відповідний реєстр, проведення перевірок державним органом з питань банкрутства, подача цьому органу відповідних звітів арбітражним керуючим. Але слід зауважити, що окреслені відносини повністю не входять до вищезазначеного предмета правового регулювання інституту арбітражного управління. Ці відносини в межах арбітражного управління виникають фрагментарно, тобто

частково, коли йдеться про контроль за діяльністю арбітражного керуючого.

Аналізуючи законодавство про банкрутство, в межах відносин арбітражного управління можна виділити такі види контролю:

1. судовий контроль – здійснюється господарським судом у межах справи про банкрутство;

2. контроль з боку кредиторів – шляхом надання арбітражним керуючим звітів та інформації; можливість оскарження дій арбітражного керуючого; право на звернення з клопотанням про усунення арбітражного керуючого та призначення нового;

3. адміністративний контроль – контроль з боку державного органу з питань банкрутства, який здійснюється шляхом подання звітів арбітражним керуючим про свою діяльність, а також проведення перевірок останнього (планових, позапланових).

Останню групу відносин становлять правовідносини, що виникають як наслідок здійснення арбітражного управління – притягнення арбітражного керуючого до відповідальності. Арбітражний керуючий може бути притягнутий до таких видів юридичної відповідальності: дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної, кримінальної. Питання щодо притягнення до відповідальності арбітражного керуючого вирішується поза межами справи про банкрутство, та господарським судом такі справи не розглядаються. Господарський суд може прийняти рішення лише щодо усунення арбітражного керуючого від виконання своїх обов'язків у певній судовій процедурі у зв'язку з неналежним виконанням ним своїх повноважень.

Висновки.

На підставі проведеного дослідження можна виділити такі ознаки відносин арбітражного управління:

– тимчасовий характер;

– виникають у межах процедури банкрутства;

– виникають між арбітражним керуючим з однієї сторони та господарським судом, кредиторами, боржником, державним органом з питань банкрутства, працівниками боржника – з іншої;

– мають комплексний характер, оскільки врегульовані не тільки нормами права неспроможності, а й трудовими та адміністративними нормами;

– припиняються у зв'язку із закриттям провадження у справі про банкрутство (затвердження звіту керуючого санацією або ліквідатора; мирова угода; боржник виконав усі зобов'язання перед кредиторами).

За своїм характером відносини арбітражного управління доцільно поділити на такі види: організаційні, управлінські та контрольні відносини.

Відносини, у які вступає арбітражний керуючий у справі про банкрутство, доцільно поділити такі на чотири групи:

1. відносини, що пов'язані зі статусом арбітражного керуючого;

2. відносини, що передують виникненню арбітражного управління;

3. власне відносини арбітражного управління;

4. правовідносини, які виникають як наслідок здійснення арбітражного управління.

Таким чином, відносини арбітражного управління – це правовідносини, що виникають у зв'язку з управлінням підприємством у межах справи про банкрутство, що здійснюється спеціально уповноваженим на це господарським судом суб'єктом, який має відповідний правовий статус арбітражного керуючого.

Список використаних джерел:

1. Степанова Т. В. Щодо поняття та характерних рис арбітражного керуючого. Правова держава. 2016. № 23. С. 94 – 99.

2. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від 14.05.1992 №2342-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 31. Ст. 440.

3. Дмитренко Ю.П. Трудове право України : підручник. К. : Юрінком Інтер, 2009. 624с.

4. Податковий кодекс України : Закон України від 02 грудня 2010 р. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112.

5. Бандурка О.М., Понікаров В.Д., Попова С.М. Податкове право: навч. посіб. К.: Центр учбової літератури, 2012. 312 с.

6. Про затвердження нової редакції Положення про автоматизовану систему з відбору кандидатів на призначення арбітражного керуючого у справах про банкрутство : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 14.07.2016 № 8. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_14072016_8.pdf (дата звернення 06.05.2018).

7. Скакун О. Ф. теорія держави і права : підручник. 4-те видання допов. і перероб. К.: Алерта, 2013. 524 с.

8. Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 05.04.2018 у справі № 904/911/18 про відкриття провадження у справі про банкрутство ПрАТ «Енерготехнології». URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73629036 (дата звернення: 05.05.2018).

9. Роз'яснення Міністерства юстиції України від 25 січня 2011р. № 0017323-11. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/n0017323-11 (дата звернення 12.05.2018).

10. Постанова Верховного Суду від 13 березня 2018 р. у справі № Б8/180-10 про банкрутство ПрАТ "Білицький завод "Теплозвукоізоляція". URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/72882334 (дата звернення: 05.05.2018).

11. Боброва Д. В., Дзера О. В., Довгрет А. С. Цивільне право України: підручник: у 2-х кн. К.: Юрінком Інтер, 1999. 864 с. URL: http://uristinfo.net/2010-12-27-04-58-59/13--1/206-gl5.html (дата звернення: 06.05.2018).

12. Поляков Б. М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні : підруч. для студ. вищ. навч. закл. К. : Ін Юре, 2011. 560 с.

13. Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. М. : «Статут», 2000. 477 с.

14. Бутирська І. А. правовий статус учасників справи про банкрутство : монографія. Чернівці : Технодрук, 2017. 184 с.

15. Про затвердження Порядку контролю за діяльністю арбітражних керуючих (розпорядників майна, керуючих санацією, ліквідаторів): наказ Міністерства юстиції України від 27 червня 2013 р. № 1284/5 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1113-13 (дата звернення 13.05.2018).

16. Авер'янов В. Б. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Том 1. Загальна частина. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 592 с.

Статья посвящена комплексному исследованию правоотношений в сфере арбитражного управления, определению юридических фактов, с которыми связан момент их возникновения и прекращения. Проведено разграничение отношений арбитражного управления и других видов отношений, в которые вступает арбитражный управляющий.

Ключевые слова: арбитражное управление, банкротство, арбитражный управляющий, распоряжение имуществом, отношения арбитражного управления.

The article is devoted to a complex research of legal relations in the area of arbitration management, the definition of legal facts with which the time of their appearance and termination is related. A distinction has been made between the relations of the arbitration administration with other types of relations to which the arbitration administrator enters.

Key words: arbitration management, bankruptcy, arbitration manager, disposal of property: relations of the arbitration administration.

УДК 346.3

Наталія Лещенко,
провідний юрисконсульт юридичного відділу
Публічного акціонерного товариства
«Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України»,
аспірант ДВНЗ «Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана»

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВІ САНКЦІЇ ЗА ПОРУШЕННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ І ДОСЛІДНИХ РОБІТ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена розгляду теоретичних та практичних аспектів застосування господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт. Обґрунтовуються пропозиції щодо вдосконалення законодавства, спрямованого на регламентацію господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт.

Ключові слова: господарсько-правові санкції, договір підряду на проведення проектних і дослідних робіт, застосування санкцій, підрядник, замовник.

Постановка проблеми. Інтеграція України в європейський правовий простір викликає необхідність подальшого вдосконалення правового регулювання господарських відносин, в тому числі вироблення ефективного механізму застосування господарсько-правових санкцій за порушення господарського договору.

Договір підряду на проведення проектних і дослідних робіт широко застосовується в господарській діяльності. Разом із тим зі зростанням практики укладення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт одночасно зростає кількість судових спорів, які виникають внаслідок порушення сторонами взятих на себе зобов'язань.

Зважаючи на важливість зазначеного договору, активне застосування його на практиці, а також зростання кількості судових спорів, які виникають внаслідок порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, вважається актуальним дослідження проблемних питань, які виникають у процесі виконанні даного договору, у тому числі проблемних питань господарсько-правових санкцій, які застосовуються за його порушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Договір підряду на проведення проектних та дослідних робіт, у тому числі питання господарсько-правових санкцій за порушення даного договору, були предметом дослідження таких вчених, як В. І. Давидов, В. К. Гуцуляк, Н. С. Кузнєцова, В. Г. Олюха та ін. У 2011 році І. С. Лукасевич-Крутник була захищена кандидатська дисертація на тему «Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт», що стала першим комплексним дослідженням даного договору.

Разом із тим трансформація суспільних відносин у сфері капітального будівництва викликає необхідність подальшого вдосконалення правового регулювання господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт.

Водночас привертає увагу та обставина, що § 4 глави 61 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) «Підряд на проектні та пошукові роботи» містить п'ять статей, присвячених регулюванню відповідних правовідносин. При цьому законодавець, врегулювавши питання відповідальності підрядника за порушення договору підряду на проектні та пошукові роботи, не торкнувся питання відповідальності замовника за порушення зобов'язань за однойменним договором.

Крім того, у Господарському кодексі України (далі – ГК України) розміщена лише одна стаття 324, яка регулює питання договору підряду на проведення проектних та дослідних робіт.

Така невелика кількість законодавчих норм утруднює правове регулювання відносин з проведення проектних і дослідних робіт. Це також підтверджується значною кількістю судових спорів, які виникають

© Н. Лещенко, 2018

внаслідок порушення умов договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт. Усе вищезазначене зумовлює необхідність подальшого дослідження проблем господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних та дослідних робіт та вироблення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства.

Метою статті є виявлення особливостей застосування господарсько-правових санкцій на проведення проектних і дослідних робіт, окреслення основних проблем у застосуванні цих санкцій та формулювання пропозицій щодо вдосконалення законодавства, спрямованого на регламентацію господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт.

Виклад основного матеріалу дослідження. У законодавстві положення про підряд на проектні та пошукові роботи виокремлені в окремий § 4 глави 61 ЦК України, що свідчить про важливість цього виду підрядних правовідносин та необхідність їх окремого правового врегулювання. Водночас у главі 33 «Капітальне будівництво» ГК України розміщена стаття 324 «Договір підряду на проведення проектних і досліджувальних робіт».

У контексті вдосконалення правового регулювання господарських відносин у сфері капітального будівництва видається доцільним здійснити аналіз особливостей застосування господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт.

По-перше, господарсько-правові санкції застосовуються до підрядника замовником за недоліки проектно-кошторисної документації, пошукових робіт, результатів пошукових робіт, які виявлені в процесі виконання договору, у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта будівництва, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

Так, як визначає ст. 891 ЦК України, підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, включаючи недоліки, виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт [1].

Відповідно до ч. 3 ст. 324 ГК України підрядник несе відповідальність за недоліки проекту, в тому числі виявлені в процесі його реалізації та експлуатації побудованого за даним проектом об'єкта [2].

Як вбачається зі змісту цієї статті, законодавець по-іншому, порівняно із загальними положеннями про підряд, підходить до вирішення питання про відповідальність підрядника за досліджуваним нами договором. Основна відмінність тут вбачається у тому, що підрядник відповідає як за недоліки результату пошукових робіт, виявлені згодом у ході будівництва, так і в процесі експлуатації цього об'єкта у майбутньому [3, с. 55].

Друга особливість застосування господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт полягає у їх застосуванні до генерального підрядника за наявності вини третіх осіб, оскільки він згідно з ч. 2 ст. 838 ЦК України відповідає за невиконання або неналежне виконання замовником та субпідрядником своїх обов'язків за договором.

В. Г. Олюха зазначає, що результатом виконання проектних та пошукових робіт стає проектна чи інша документація або ж надання замовнику інформації про проведені пошуки. У цьому разі можливі й випадки, коли в ході виконання робіт виявиться об'єктивна неможливість досягнення результату або ж його відсутність. Щодо цього виду підрядного договору результатом можна вважати й певні дані про неможливість виконання проектувальної роботи чи про відсутність результатів пошуку. В окремих випадках саме такі дані будуть підлягати переданню замовникові та оплаті ним [4, с. 109].

У контексті зазначеного потрібно звернути увагу, що законодавством деяких країн врегульовано питання ризику неможливості виконання договору підряду на проведення проектних та дослідних робіт.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 667 Цивільного кодексу Республіки Казахстан, якщо інше не передбачено законодавчими актами чи договором на проектні та (чи) пошукові роботи, ризик випадкової неможливості виконання договору на проектні та пошукові роботи лежить на замовникові [5].

Аналогічна норма міститься у ч. 2 ст. 713 Цивільного кодексу Республіки Білорусь [6].

Враховуючи особливості договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, зокрема неможливість у всіх випадках виконання проектних та дослідних робіт гарантувати досягнення бажаного замовником результату, пропонуємо внести зміни до ЦК України, доповнивши положення ст. 887 ч. 3 такого змісту: «Якщо інше не передбачено законом чи договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, ризик випадкової неможливості виконання договору на проведення проектних та пошукових робіт лежить на замовникові».

Крім зазначеного ризику невиконання робіт, є ризик іншого характеру, який має місце під час виконання пошукових робіт.

Як зазначає В. К Гуцуляк, особливістю пошукових робіт є можливість

появи дефектів у результатах пошукових робіт через не вивченість предмета дослідження, брак знань про досліджувану територію тощо [3, с. 54].

Отже, під час виконання пошукових робіт є ризик виникнення недоліків у результатах пошукових робіт. При цьому вина підрядника у появі таких недоліків буде відсутня.

На нашу думку, до підрядника не можуть застосовуватись господарсько-правові санкції за недоліки, які виникли в результатах пошукових робіт за відсутності його вини. Так, норми, які регулюють питання відповідальності підрядника за порушення договору будівельного підряду, виключають можливість відповідальності підрядника за недоліки збудованого об'єкта, які виникли без його вини.

Як передбачає ч. 1 ст. 883 ЦК України, підрядник відповідає за недоліки збудованого об'єкта, за прострочення передання його замовникові та за інші порушення договору (за недосягнення проектної потужності, інших запроектованих показників тощо), якщо не доведе, що ці порушення сталися не з його вини.

Водночас ч. 1 ст. 891 ЦК України не містить зазначеного положення.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 891 ЦК України підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, включаючи недоліки, виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

Аналогічно зазначене положення відсутнє в ч. 3 ст. 324 ГК України, відповідно до якого підрядник несе відповідальність за недоліки проекту, в тому числі виявлені в процесі його реалізації та експлуатації побудованого за даним проектом об'єкта.

З метою запобігання порушенню прав підрядника та враховуючи те, що підрядні відносини у сфері здійснення будівництва та підрядні відносини у сфері проведення дослідних робіт мають перед собою єдину мету – будівництво капітального об'єкта, пропонуємо внести зміни до ЦК України, доповнивши ч. 1 ст. 891 ЦК України словами: «якщо не доведе, що ці порушення сталися не з його вини», а також внести зміни до ГК України, доповнивши ч. 3 ст. 324 ГК України аналогічним положенням.

За порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт застосовуються такі види господарсько-правових санкцій: відшкодування збитків, сплата неустойки, оперативно-господарські санкції.

Відповідно до ст. 891 ЦК України підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт, включаючи недоліки, виявлені згодом у ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

У разі виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або в пошукових роботах підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію або здійснити необхідні додаткові пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено договором або законом.

Згідно з ч. 3, 4 ст. 324 ГК України підрядник несе відповідальність за недоліки проекту, в тому числі виявлені в процесі його реалізації та експлуатації побудованого за даним проектом об'єкта. У разі виявлення недоліків проекту підрядник зобов'язаний безоплатно переробити проект, а також відшкодувати замовнику збитки, спричинені недоліками проекту.

Розглядаючи норму ст. 324 ГК України, І. С. Лукасевич-Крутник слушно звертає увагу, що у цій нормі йдеться про відповідальність підрядника за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт тільки за недоліки проекту, а про відповідальність за недоліки пошукових робіт не згадується. Очевидно, норми ГК України, які не відображають специфіки у сфері господарських відносин, повинні відповідати нормам ЦК України. Тому науковець пропонує ч. 3, 4 ст. 324 ГК України привести у відповідність до ст. 891 ЦК України [7, с. 146].

Як і в ч. 1 ст. 891 ЦК України, в нормі ч. 2 двічі простежується така непослідовність: згадується про результат проектних робіт – проектно-кошторисну документацію і самі роботи – пошукові, а не їх результат. Недоліки проектно-кошторисної документації підрядник зобов'язується переробити. Тоді як виявлення недоліків у пошукових роботах має наслідком здійснення підрядником необхідних додаткових пошукових робіт. Про правові наслідки виявлення недоліків у даних, отриманих за результатами проведення пошукових робіт, та в проектних роботах не згадується. Враховувати в одних роботах лише їх результат, а в інших – лише роботу, на погляд І. С. Лукасевич-Крутник, видається непослідовним та необґрунтованим [7, с. 145].

Розглядаючи це питання, варто звернути увагу також на іншу непослідовність у побудові правових норм, яка простежується у § 4 глави 61 ЦК України, а також у ст. 324 ГК України.

З ч. 1 ст. 887 ЦК України вбачається, що предметом договору є проектна або інша технічна документація, а також пошукові роботи.

Водночас частина перша статті 891 ЦК України визначає, що підрядник відповідає за недоліки проектно-кошторисної документації та пошукових робіт.

Тобто, незважаючи на те, що в ч. 1 ст. 887 ЦК України йдеться про проектну та іншу технічну документацію, в ч. 1 ст. 891 ЦК України згадується лише про проектно-кошторисну документацію, що, звичайно, не охоплює всі види технічної документації. Такий підхід законодавця видається непослідовним та звужує коло випадків, в якому підрядник зобов'язаний усувати допущені недоліки.

Крім того, у ст. 891 ЦК України згадується про недоліки пошукових робіт, проте не говориться про недоліки проектних робіт, що, на нашу думку, є упущенням законодавця.

Враховуючи вищевикладений аналіз чинного законодавства, наведених поглядів вчених, пропонуємо внести зміни до ЦК України, виклавши положення ст. 891 в такій редакції:

«Стаття 891. Відповідальність підрядника за недоліки документації та робіт

1. Підрядник відповідає за недоліки проектних робіт, проектно-кошторисної документації, іншої технічної документації, а також недоліки пошукових робіт, результатів пошукових робіт, включаючи недоліки, виявлені в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі результатів проектних та (або) пошукових робіт, якщо не доведе, що ці порушення сталися не з його вини.

2. Якщо інше не встановлено договором або законом, підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію, іншу технічну документацію та здійснити необхідні додаткові проектні та (або) пошукові роботи, а також відшкодувати збитки у разі виявлення недоліків у:

1) проектних роботах;
2) проектно-кошторисній документації;
3) іншій технічній документації;
4) пошукових роботах;
5) результатах пошукових робіт».

Зважаючи на те, що в положеннях ч. 3, 4 ст. 324 ГК України, які також, як і ст. 891 ЦК України, регулюють питання відповідальності за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, передбачена відповідальність підрядника виключно за недоліки проекту, що, на нашу думку, невиправдано звужує перелік законодавчо визначених підстав господарсько-правової відповідальності, вважаємо за доцільне ч. 3,4 ст. 324 ГК України привести у відповідність до ст. 891 ЦК України та викласти положення ч. 3, 4 ст. 324 ГК України в новій редакції, яка запропонована вище для ст. 891 ЦК України. Водночас у зв'язку з тим, що в ст. 891 ЦК України вживається термін «пошукові роботи», а в ст. 324 ГК України до аналогічних робіт застосовується термін «досліджувальні роботи», пропонуємо в запропонованій новій редакції ч. 3,4 ст. 324 ГК України використовувати термін «дослідні роботи», який вживається в інших положеннях даної статті.

Продовжуючи дослідження особливостей застосування господарсько-правових санкцій, необхідно зазначити, що однією з господарсько-правових санкцій, яка застосовується за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, є відшкодування збитків.

Так, сторона договору зобов'язана відшкодовувати завдані збитки у разі порушення не тільки вимог закону, але й договірних обов'язків. Тому сторонам з метою забезпечення можливості стягнення збитків під час складання договору варто детально визначити коло обов'язків, які покладаються на сторони.

Найбільш застосовуваною господарською-правовою санкцією за порушення зазначеного договору є неустойка.

У договорі підряду на виконання проектних і дослідних робіт неустойка, як правило, встановлюється за порушення підрядником строків виконання робіт (у вигляді пені), порушення підрядником вимог щодо якості робіт (у вигляді штрафу), порушення замовником строків оплати виконаних підрядником робіт (у вигляді пені).

Висновки.

На підставі проведеного аналізу чинного законодавства, наведених поглядів учених видається можливим дійти таких висновків.

За порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт застосовуються такі види господарсько-правових санкцій: відшкодування збитків, сплата неустойки, оперативно-господарські санкції.

Ці господарсько-правові санкції характеризуються такими особливостями застосування.

Першою особливістю є їх застосування до підрядника замовником за недоліки проектно-кошторисної документації, пошукових робіт, результатів пошукових робіт, які виявлені в процесі виконання договору, у ході будівництва, а також у процесі експлуатації

об'єкта будівництва, створеного на основі виконаної проектно-кошторисної документації і результатів пошукових робіт.

Друга особливість застосування господарсько-правових санкцій за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт полягає у їх застосуванні до генерального підрядника за наявності вини третіх осіб, оскільки він згідно з ч. 2 ст. 838 ЦК України відповідає за невиконання або неналежне виконання замовником та субпідрядником своїх обов'язків за договором.

Враховуючи особливості договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, неможливість у всіх випадках виконання проектних та дослідних робіт гарантувати досягнення бажаного замовником результату, пропонуємо внести зміни до ЦК України, доповнивши положення статті 887 частиною третьою такого змісту: «Якщо інше не передбачено законом чи договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, ризик випадкової неможливості виконання договору на проведення проектних та пошукових робіт лежить на замовникові».

З метою вдосконалення чинного законодавства пропонуємо внести зміни до ЦК України, виклавши положення ст. 891 в такій редакції:

«Стаття 891. Відповідальність підрядника за недоліки документації та робіт

1. Підрядник відповідає за недоліки проектних робіт, проектно-кошторисної документації, іншої технічної документації, а також недоліки пошукових робіт, результатів пошукових робіт, включаючи недоліки, виявлені в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на основі результатів проектних та (або) пошукових робіт, якщо не доведе, що ці порушення сталися не з його вини.

2. Якщо інше не встановлено договором або законом, підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію, іншу технічну документацію та здійснити необхідні додаткові проектні та (або) пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки у разі виявлення недоліків у:

1) проектних роботах;
2) проектно-кошторисній документації;
3) іншій технічній документації;
4) пошукових роботах;
5) результатах пошукових робіт».

Зважаючи на те, що в положеннях ч. 3, 4 ст. 324 ГК України, які також, як і ст. 891 ЦК України, регулюють питання відповідальності за порушення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт, передбачена відповідальність підрядника виключно за недоліки проекту, що, на нашу думку, невиправдано звужує перелік законодавчо визначених підстав господарсько-правової відповідальності, вважаємо за доцільне ч. 3, 4 ст. 324 ГК України привести у відповідність до ст. 891 ЦК України та викласти положення ч. 3, 4 ст. 324 ГК України в новій редакції, яка запропонована для ст. 891 ЦК України. Водночас у зв'язку з тим, що в ст. 891 ЦК України вживається термін «пошукові роботи», а в ст. 324 ГК України до аналогічних робіт застосовується термін «досліджувальні роботи», пропонуємо в запропонованій новій редакції ч. 3, 4 ст. 324 ГК України використовувати термін «досліджувальні роботи», який вживається в інших положеннях цієї статті.

Перспективу подальших досліджень вбачаємо в розробленні рекомендацій щодо визначення видів, розмірів та порядку застосування господарсько-правових санкцій під час укладення договору підряду на проведення проектних і дослідних робіт.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 461.

2. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 462.

3. Гуцуляк В. К. Особливості відповідальності підрядника за порушення умов договору підряду на проведення пошукових робіт. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Випуск 39. Том 1. 2016. С. 55.

4. Олюха В. Г. Договір підряду: навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. Кривий Ріг: Видавничий дім, 2010. 182 с.

5. Цивільний кодекс Республіки Казахстан від 1 липня 1999 р. № 409-I URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880#pos=0;0 (дата звернення: 27.11.2017).

6. Цивільний кодекс Республіки Білорусь від 7 грудня 1998 р. № 218-З URL: http://гражданский-кодекс.бел/statya-718 (дата звернення: 27.11.2017).

7. Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт: дис... канд. юрид. наук. К.: НАВС. 2011. 206 с.

Статья посвящена рассмотрению теоретических и практических аспектов применения хозяйственно-правовых санкций за нарушение договора подряда на проведение проектных и исследовательских работ. Обосновываются предложения по совершенствованию законодательства, направленного на регламентацию хозяйственно-правовых санкций за нарушение договора подряда на проведение проектных и изыскательских работ.

Ключевые слова: хозяйственно-правовые санкции, договор подряда на проведение проектных и изыскательских работ, применения санкций, подрядчик, заказчик.

The article is devoted to the consideration of theoretical and practical aspects of the application of economic and legal sanctions for breach of contract for conducting design and research works. The propositions on the improvement of the legislation aimed at the regulation of economic and legal sanctions for violation of the contract for conducting design and research work are substantiated.

Key words: economic and legal sanctions, contract for design and research works, application of sanctions, contractor, client.

УДК 342.9:347.23:347.72.028

Костянтин Оверковський,
аспірант кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВНЕСЕННЯ ПРАВ ПРОМИСЛОВОЇ ВЛАСНОСТІ ДО СТАТУТНОГО КАПІТАЛУ ТОВАРИСТВА

У статті аналізуються правові аспекти внесення прав промислової власності до статутного капіталу товариства, звертається увага на наявні наукові доробки з даної проблематики, визначається, в яких межах здійснюється внесення прав промислової власності до статутного капіталу товариства, а також формулюються висновки, які зроблені в результаті проведеного дослідження.

Ключові слова: промислова власність, інтелектуальна власність, об'єкти промислової власності, товариство, статутний капітал, майнові права, правові форми внесення вкладу.

Постановка проблеми. Результати інтелектуальної діяльності та права на них є одним із ключових чинників розвитку господарських відносин і господарської діяльності в цілому [1, с. 125]. Одним зі способів уведення майнових прав на об'єкти промислової власності (далі – ПВ) до господарського обороту є внесення цих прав до статутного капіталу господарського товариства. Однак, як свідчить практика, ефективність реалізації цього способу розпорядження майновими правами промислової власності залишається низькою через неврегульованість порядку і правової форми внесення вказаних прав.

Зазначене питання регулюється нормами Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 435-IV (далі – ЦК України), Господарського кодексу України від 16.01.2003 № 436-IV (далі – ГК України), Закону України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 № 1576-XII, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 № 755-IV та іншими нормативно-правовими актами. Однак таке регулювання має загальний характер, оскільки наявні норми лише констатують право суб'єкта прав інтелектуальної власності на внесення цих прав до статутного капіталу і не визначають порядку і правової форми цієї передачі. Закон України «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 № 2275-VIII містить певні нововведення у порядку формування статутного капіталу господарських товариств, проте також не визначає особливостей внесення до статутного капіталу саме прав ПВ.

Аналіз публікацій і досліджень. Проблематика у сфері промислової власності, зміст майнових прав на об'єкти ПВ ґрунтовно розглядалися в наукових працях таких учених, як Ю. Є. Атаманова [2], І. Ф. Коваль [3; 4], О. М. Мельник [5], І. Є. Якубівський [6], Л. Я. Турчин [7; 8] та ін. Проте дискусійною залишається правова форма внесення прав ПВ до статутного капіталу, недостатньо розроблено порядок такого внесення.

Вищезазначене свідчить про актуальність розробки правових аспектів внесення прав промислової власності до статутного капіталу товариства.

Метою статті є уточнення правових аспектів унесення майнових прав промислової власності до статутного капіталу господарських товариств.

Виклад основного матеріалу. У доктрині права інтелектуальної власності найбільш поширеним підходом до побудови системи об'єктів інтелектуальної власності є поділ їх на дві групи: 1) об'єкти авторського права та суміжних прав (твори науки, літератури, мистецтва, виконання творів, фонограми, відеограми, телерадіопрограми); 2) об'єкти прав промислової власності: об'єкти патентного права (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, сорти рослин та ін.); засоби індивідуалізації суб'єктів господарювання та їх продукції (комерційні найменування, торгівельні марки, зазначення походження товарів); нетрадиційні об'єкти інтелектуальної власності (комерційна таємниця, раціоналізаторська пропозиція та інші) [3, с. 13-14].

Відповідно до ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 року [9] об'єктами охорони промислової власності є патенти на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, товарні знаки, знаки обслуговування, фірмові найменування та вказівки про походження чи наймену-

© К. Оверковський, 2018

вання місця походження, а також припинення недобросовісної конкуренції. Проте, як слушно зазначає О. М. Мельник, недобросовісна конкуренція є неправомірною дією, яка не може бути об'єктом права власності і об'єктом правової охорони [5, с. 14].

Загальний перелік майнових прав інтелектуальної власності міститься в ст. 424 ЦК України, а саме: право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Згідно ч. 3 ст. 424 ЦК України, майнові права інтелектуальної власності можуть, зокрема, бути вкладом до статутного капіталу юридичної особи.

Поряд із загальними положеннями щодо формування статутного капіталу юридичної особи, передбаченими в законодавстві України, для внесення до статутного капіталу прав ПВ додатково слід враховувати особливості цього виду вкладу. Насамперед, для передачі як внеску до статутного капіталу товариства права на об'єкти промислової власності повинні відповідати певним умовам – критеріям оборотоздатності: виключності, корисності, відчужуваності, можливості грошової оцінки, інвестиційної привабливості [2, с. 11; 10]. У разі невідповідності прав промислової власності даним критеріям вони не можуть бути передані до статутного капіталу. Так, відповідно до ч. 2 ст. 490 ЦК України, майнові права інтелектуальної власності на комерційне найменування передаються іншій особі лише разом із цілісним майновим комплексом особи, якій ці права належать, або його відповідною частиною.

У спеціальному законодавстві встановлені вимоги щодо передання прав на знаки для товарів і послуг, а саме: передача права власності на знак не допускається, якщо вона може стати причиною введення в оману споживача щодо товару і послуги або щодо особи, яка виготовляє товар чи надає послугу (ч. 7 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 № 3689-XII).

Не можуть бути внеском до статутного капіталу товариства права на зазначення походження товару, оскільки згідно з ч. 2 ст. 503 ЦК України та ст. 17 Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» від 16.06.1999 № 752-XIV, у змісті права на даний об'єкт ПВ не передбачено право розпорядження. Згідно з ч. 2 ст. 9 Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів», право на використання зареєстрованої назви місця походження товару або зареєстрованого географічного зазначення походження товару мають, за умови реєстрації цього права, виробники, які в географічному місці, зазначеному в Реєстрі, виробляють товар, особливі властивості, певні якості чи інші характеристики якого відповідають тим, що внесені до Реєстру.

Таким чином, право на зазначення походження товару за своєю природою не є виключним. Так, А. Афян зазначає, що право на географічні зазначення не можна пояснити і за допомогою теорії виключних прав, оскільки жодний суб'єкт не отримує виключне право на використання, а звідси випливає, що право на географічне зазначення не має і не може мати абсолютного монопольного характеру. У географічного зазначення немає і не може бути власника [11, с. 29-31].

Як справедливо відзначають у науковій літературі, раціоналізаторська пропозиція, на відміну від об'єктів патентного права, має лише локальну новизну, тісно прив'язана до діяльності конкретного підприємства. Це дозволяє визнати її невіддільною від суб'єкта – юридичної особи і, як наслідок, неможливим використання прав на неї як вкладів до статутних фондів (капіталів) господарських товариств [2, с. 8].

Таким чином, серед прав на об'єкти ПВ внеском до статутного капіталу товариства можуть виступати майнові права на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки.

Під час формування статутного капіталу слід враховувати, що в законодавстві встановлені обмеження для окремих видів юридичних осіб з огляду на вид і предмет їхньої діяльності. Так, відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.2001 № 2664-III, у разі створення фінансової установи або у разі збільшення розміру зареєстрованого статутного (складеного) капіталу, статутний (складений) капітал повинен бути сплачений у грошовій формі та розміщений на банківських рахунках комерційних банків, які є юридичними особами за законодавством України, якщо інше не передбачено законами України з питань регулювання окремих ринків фінансових послуг.

Важливим правовим аспектом внесення прав ПВ до статутного капіталу є обсяг прав, що передаються юридичній особі. За загальним правилом, відповідно до ч. 1 ст. 427 ЦК України, майнові права інтелектуальної власності можуть бути передані відповідно

до закону повністю або частково іншій особі. Однак у законодавстві не визначені особливості реалізації цього правила стосовно передання майнових прав на об'єкти ПВ.

Щодо часткового передання майнових прав інтелектуальної власності І. Є. Якубівський зазначає, що можливість часткового передання майнових прав інтелектуальної власності за договором слід розглядати у трьох площинах: з погляду змісту майнових прав інтелектуальної власності; щодо окремих способів використання об'єкта; за подільністю об'єкта права інтелектуальної власності [6, с. 19].

Спираючись на такий підхід, слід зазначити, що з точки зору змісту майнових прав ПВ передання на умовах відчуження окремих прав (правомочностей) є неможливим. На користь такого висновку слід навести твердження Л. Я. Турчина, який вважає, що у разі передачі права власності на об'єкт промислової власності власник охоронного документа не може залишити за собою будь-яке право на його використання, встановити будь-які часові або територіальні обмеження прав, що переходять до правонаступника. Комплекс прав на охоронюваний об'єкт завжди єдиний, усі права можуть передаватися тільки спільно, що буде підтверджено передачею патенту [8, с. 204].

Неможливість часткового передання патентних прав і поділу об'єкта цих прав випливає з аналізу законодавчих положень про обсяг правової охорони винаходу, корисної моделі, промислового зразку. Так, відповідно до ч. 5 ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15.12.1993 № 3687-XII, обсяг правової охорони, що надається, визначається формулою винаходу (корисної моделі), яка згідно з п. 7.1.3 Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель (далі – Правила) визнається такою, що виражає суть винаходу (корисної моделі), якщо вона містить сукупність його (її) суттєвих ознак, достатню для досягнення зазначеного заявником технічного результату. Ознаки належать до суттєвих, якщо вони впливають на технічний результат, якого можна досягти, тобто перебувають у причинно-наслідковому зв'язку із зазначеним результатом [12].

Також слід враховувати, що, відповідно до ч. 2 ст. 28 зазначеного Закону, продукт визнається виготовленим із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), якщо при цьому використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу (корисної моделі), або ознаку, еквівалентну їй. Процес, що охороняється патентом, визнається застосованим, якщо використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу, або ознаку, еквівалентну їй.

Таким чином, у разі передання майнових прав на частину винаходу (корисну модель) відбуватиметься поділ сукупності суттєвих ознак винаходу (корисної моделі), що, у свою чергу, призведе до втрати можливості досягнення технічного результату, що визначається у формулі винаходу (корисної моделі), яка і визначає обсяг правової охорони.

Подібні підстави унеможливлюють передання майнових прав частково і на промисловий зразок.

Передання права на окремий спосіб використання об'єкта ПВ можливе лише у разі використання конструкції ліцензійного договору або договору комерційної концесії.

Особливості має передання прав на торговельну марку. Як зазначає І. Є. Якубівський, права на торгівельні марки можуть передаватись частково, а саме: передають виключні майнові права лише щодо частини товарів та/або послуг, залишивши за собою іншу частину [6, с. 20]. Так, відповідно до п. 2.3.1 Наказу Міністерства освіти і науки України від 03.08.2001 № 576, у договорі про передачу права власності на знак повинно бути вказано перелік товарів і послуг із зазначенням класів МКТП, на які поширюється передача права власності. Згідно з п. 2.8 Наказу Міністерства освіти і науки України від 10.01.2002 № 10, під час часткової передачі права власності на знак здійснюється окрема реєстрація такого знаку і видається нове свідоцтво, в якому поряд із номером свідоцтва базової реєстрації проставляється літера А [13, 14].

Проте з даною позицією можна погодитися лише частково, оскільки вона стосується саме виду товарів і послуг, а не змісту виключних прав, оскільки, якщо передається право на торговельну марку на вид товару (частину), у такому разі передається весь комплекс виключних майнових прав на цю частину (право на використання, розпорядження, захист). Відповідно до ст. 7 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», власник свідоцтва може передавати будь-якій особі право власності на знак повністю або щодо частини зазначених у свідоцтві товарів і послуг на підставі договору.

Згадувана вище обставина може мати місце тоді, коли правоволоділець має кілька товарів або послуг, щодо яких зареєстрована торговельна марка, якщо вид товару один, відбуватиметься повна передача обсягу виключних прав.

Отже, у разі відчуження майнові права на об'єкт ПВ передаються в повному обсязі.

Як зазначається в науковій літературі, майновими правами інтелектуальної власності можна розпорядитись або шляхом надання дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності (ст. 1108, 1109 ЦК), або шляхом передання виключних майнових прав інтелектуальної власності (ст. 1113 ЦК). У першому випадку, тобто якщо як вклад до статутного капіталу вноситься право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, учасник зберігає своє майнове право інтелектуальної власності. У другому ж випадку, навпаки, до корпорації переходять майнові права інтелектуальної власності, внесені як вклад [15, с. 253-254].

У науковій літературі обґрунтовується, що внесенню прав на інтелектуальні продукти до статутних фондів (капіталів) господарських товариств найбільш кореспондують конструкції договору про відступлення (передачу) виключних прав і договору виключної, особливо повної ліцензії [2, с. 9].

І. Ф. Коваль називає дві моделі внесення майнових прав ПВ до статутного капіталу товариства: 1) шляхом повної передачі (відчуження) майнових прав товариству, 2) шляхом передачі права користування такими правами на певний строк. При цьому зазначається, що на практиці перевага надається передачі прав на умовах їх повного відчуження, що дозволяє забезпечити більший ступінь визначеності корпоративної організації як суб'єкта відносин інтелектуальної власності [3, с. 97].

Враховуючи, що сьогодні однією з поширених форм здійснення господарської діяльності є організаційно-правова форма "товариство з обмеженою відповідальністю" (далі – ТОВ), розгляд досліджуваного питання доцільно здійснювати на прикладі діяльності ТОВ.

Відповідно до ч. 1 ст. 86 ГК України, вкладами учасників та засновників господарського товариства можуть бути будинки, споруди, обладнання та інші матеріальні цінності, цінні папери, права користування землею, водою та іншими природними ресурсами, будинками, спорудами, а також інші майнові права (включаючи майнові права на об'єкти інтелектуальної власності), кошти, в тому числі в іноземній валюті.

Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» вкладом учасника товариства можуть бути гроші, цінні папери, інше майно, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до ч. 3 ст. 13 зазначеного Закону вклад у не грошовій формі повинен мати грошову оцінку, що затверджується одностайним рішенням загальних зборів учасників, у яких взяли участь всі учасники товариства. При створенні товариства така оцінка визначається рішенням засновників про створення товариства. При цьому Закон передбачає різні моменти внесення вкладу у статутний капітал: у зв'язку зі створенням товариства (ст. 14), у разі збільшення статутного капіталу товариства (ст. 16), яке у свою чергу поділяється на збільшення статутного капіталу без додаткових вкладів (ст. 17), у разі збільшення статутного капіталу за рахунок додаткових вкладів (ст. 18).

У ч. 1 ст. 18 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» передбачається, що учасники товариства можуть збільшити статутний капітал товариства за рахунок додаткових вкладів учасників та/або третіх осіб за рішенням загальних зборів учасників. Додаткові вклади можуть вноситися у не грошовій формі. У такому разі рішенням загальних зборів учасників визначаються учасники товариства та/або треті особи, які вносять майно, та його грошова оцінка (ч. 4 ст. 18 Закону). Оформлюється таке внесення вкладів рішенням загальних зборів про залучення додаткових вкладів товариства і шляхом укладення договору про внесення додаткового вкладу з учасником товариства та/або третьою особою (ст. 18 Закону).

Відповідно до ч. 8 ст. 18 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», з учасником товариства та/або третьою особою може бути укладено договір про внесення додаткового вкладу, за яким такий учасник та/або третя особа зобов'язується зробити додатковий вклад у грошовій чи не грошовій формі, а товариство – збільшити розмір його частки у статутному капіталі чи прийняти до товариства з відповідною часткою у статутному капіталі. Згідно з ч. 10 ст. 18 цього Закону, якщо додаткові вклади не внесені учасником товариства та/або третьою особою, з яким (якою) укладено договір про внесення додаткового вкладу, в повному обсязі та своєчасно, такий договір вважається розірваним, якщо рішенням загальних зборів учасників не затверджено розмір частки такого учасника та/або третьої особи виходячи з фактично внесеного ним додаткового вкладу.

Як вбачається, нова правова форма внесення вкладу – договір про внесення додаткового вкладу – має свою специфіку. Даний договір використовується для додаткового внесення вкладів, тобто застосовується на етапі діяльності вже створеної юридичної особи. На етапі створення юридичної особи законодавець запропонував укладення корпоративного до-

говору (ст. 7 Закону), договору про створення товариства (ст. 10 Закону).

Зазначений договір за своєю спрямованістю має забезпечити процедуру внесення вкладу, дисциплінувати осіб, які зобов'язуються внести такий вклад, визначити розмір частки. Передбачене ч. 10 ст. 18 Закону правило щодо розірвання договору у разі, якщо додаткові вклади не внесені учасником товариства та/або третьою особою, є відповідною санкцією для учасника та гарантією для юридичної особи щодо передбачуваності внесення майбутнього додаткового вкладу.

Застосування до відносин внесення майнових прав на об'єкти ПВ до статутного капіталу товариства договору про внесення додаткового вкладу на перший погляд має схожість із конструкцією договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, що передбачений ст. 1113 ЦК України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1113 ЦК України, за договором про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності одна сторона (особа, що має виключні майнові права) передає другій стороні частково або у повному складі ці права відповідно до закону та на визначених договором умовах.

Однак вказані договори мають різну мету і предмет. Так, договір про внесення додаткового вкладу передбачає зобов'язання інвестувати майнові права ПВ до статутного капіталу ТОВ з метою отримання корпоративних прав (корпоративна мета), а договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності – розпорядження майновими правами з метою отримання доходу, іншого матеріального блага.

Як зазначає В. М. Кравчук, внески, не пов'язані з формуванням статутного капіталу, не можуть породжувати корпоративних прав. Причина в тому, що внесення засновником майна до статутного капіталу не породжує для юридичної особи обов'язку повертати цей внесок. Майно вноситься до статутного капіталу безоплатно, засновник втрачає право на нього, ризикує його втратити у разі неефективної діяльності юридичної особи, а отже, він повинен мати можливість впливу на подальшу "долю" цього майна. Правовим засобом забезпечення такої можливості є корпоративні права [16, с. 422].

І. Ф. Коваль зазначає, що передача прав на підставі укладення ліцензійного договору чи договору про відчуження виключних прав, на відміну від засновницьких відносин, має правову форму зобов'язань, що виникають між суб'єктом прав інтелектуальної власності і особою – користувачем або набувачем прав. На етапі заснування корпоративної організації між засновниками складаються зобов'язальні правовідносини, але вони не мають на меті опосередкування факту розпорядження майном – внеском з боку кожного засновника, а лише спрямовані на узгодження спільних дій щодо формування статутного капіталу нового учасника економічних відносин за рахунок їх внесків [4, с. 240-241].

У цьому зв'язку слід погодитися з Ю. Є Атамановою в тому, що договори про передачу виключних прав не повинні використовуватися як підстава участі правами ПВ у статутних капіталах товариств, як це має місце в зобов'язальних відносинах із приводу виключних прав на інтелектуальні продукти між самостійними суб'єктами цивільного обороту. Механізм передачі прав промислової власності до статутних капіталів господарських товариств має «вписатися» в корпоративні правовідносини, що мають у цьому разі основне значення, але правові конструкції зазначених договорів повинні використовуватися як її істотні умови [2, с. 12].

Таким чином, договір про внесення додаткового вкладу, на відміну від договору про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, має інше спрямування. У цьому випадку не виникають зобов'язальні правовідносини за конструкцією «кредитор-боржник», оскільки, передаючи майнові права, особа набуває відповідних корпоративних прав та стає учасником товариства. Майнові права, у свою чергу, стають власністю товариства, яке може розпоряджатися ними без згоди попереднього власника.

Порядок і правова форма внесення вкладів до статутного капіталу у формі прав ПВ у законодавстві не визначені. На практиці учасники таких відносин складають різні документи, зокрема засновницькій договір, фіксують внесення вкладів у протоколі загальних зборів, складають договір про передачу майнових прав ПВ, визначають відповідні положення в статуті, складають акт приймання-передачі прав та інші.

Оформлення внесення вкладу до статутного капіталу має суттєве значення, оскільки засвідчує виконання відповідних обов'язків учасників, визначає момент виникнення права власності у корпорації та тягне за собою наслідки, встановлені публічним законодавством [15, с. 258].

Згідно з ч. 5 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» (з останніми змінами) для державної реєстрації змін до відомостей про розмір статутного капіталу, розміри часток у статутному капіталі чи склад учасників

товариства з обмеженою відповідальністю або товариства з додатковою відповідальністю подаються такі документи, зокрема, як акт приймання-передачі частки (частини частки) у статутному капіталі товариства. Таким чином, у законодавстві не вказується необхідність укладення окремого договору на передачу (відчуження) майнових прав або інших договірних конструкцій при внесенні майнових прав ПВ до статутного капіталу товариства.

Також слід зазначити, що на стадії створення товариства у зв'язку з відсутністю в законодавстві деталізації порядку передання не грошових вкладів, до яких належать і майнові права ПВ, необхідно визначити: 1) осіб, які укладають акт прийому-передачі вкладу, 2) особу, яка має затверджувати (підписувати), 3) особу, яка набуває майнові права при передачі, враховуючи, що новостворюване товариство ще не зареєстровано.

У літературі пропонується, зокрема, складати такий акт спеціальною комісією, або складати акт шляхом призначення учасника товариства, якому будуть передаватись майно, майнові та немайнові права іншими учасниками, аби лише додержатися вимоги про внесення учасниками 50 % вкладу до реєстрації ТОВ. Однак перший і другий варіанти мають певні складнощі з огляду на ще не зареєстровану юридичну особу та специфіку передання майнових прав [15, с. 260].

На підставі вищевикладеного порядок передачі майнових прав ПВ до статутного капіталу «новостворюваного» товариства включає такі дії: укладення засновницького документа товариства з відображенням у ньому вкладів учасників у т. ч. у формі майнових прав ПВ та їх порядку внесення; визначення вартості майнових прав (акт оцінки або звіт незалежного оцінювача) з її наступним затвердженням одностайним рішенням загальних зборів учасників; передача майнових прав, що оформлюється актом приймання-передачі частки; державна реєстрація самого товариства; державна реєстрація передання майнових прав товариству (ч. 2 ст. 1114 ЦК України).

Дещо інший порядок буде мати місце на стадії збільшення статутного капіталу за рахунок прав ПВ вже створеного товариства: укладення з учасником товариства та/або третьою особою договору про внесення додаткового вкладу; визначення вартості майнових прав ПВ (акт оцінки або звіт незалежного оцінювача) з її наступним затвердженням рішенням загальних зборів; складання акта приймання-передачі частки; державна реєстрація передання майнових прав товариству (ч. 2 ст. 1114 ЦК України).

Нечіткою є ситуація з укладенням акта приймання-передачі частки в разі застосування такої нової правової форми, як "договір про внесення додаткового вкладу", який вже мав би містити положення про оформлення передання вкладу, а акт приймання-передачі за необхідності міг би бути додатком до нього. Однак у переліку, що міститься в ч. 5 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань», відсутній такий документ, як договір про внесення додаткового вкладу, натомість наявний акт приймання-передачі частки. Тому акт приймання-передачі частки має укладатись обов'язково.

Висновки.

Проведений аналіз наукової літератури та чинного законодавства України дозволяє уточнити правові аспекти внесення майнових прав промислової власності до статутного капіталу господарських товариств. З огляду на загальні положення чинного законодавства та певні особливості щодо прав на окремі об'єкти промислової власності, внеском до статутного капіталу товариства можуть виступати: майнові права на винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки. Є два основних способи внесення майнових прав ПВ до статутного капіталу товариства: шляхом повного відчуження майнових прав товариству, шляхом передачі права користування такими правами на певний строк. При цьому ч. 1 ст. 427 ЦК України, яка передбачає, що майнові права інтелектуальної власності можуть бути передані відповідно до закону повністю або частково іншій особі, підлягає уточненню стосовно прав промислової власності, оскільки, з огляду на їх специфіку, можуть бути передані на умовах відчуження лише повністю (незалежно від можливості передачі прав на торговельну марку стосовно частини товарів або послуг). На умовах тимчасового використання передання права на окремий спосіб використання об'єкта ПВ можливе у разі використання конструкції ліцензійного договору або договору комерційної концесії.

Внесення майнових прав ПВ як вкладу можливе у зв'язку зі створенням товариства або у разі збільшення статутного капіталу діючого товариства. Від стадії внесення вкладу залежатиме порядок і правові форми передачі майнових прав ПВ. Так, передача майнових прав ПВ до статутного капіталу «новостворюваного» товариства включає: укладення засновницького документа товариства з відображенням у ньому вкладів учасників у т. ч. у формі майнових прав ПВ

та їх порядку внесення; визначення вартості майнових прав (акт оцінки або звіт незалежного оцінювача) з її наступним затвердженням одностайним рішенням загальних зборів учасників; передача майнових прав, що оформлюється актом приймання-передачі частки; державна реєстрація самого товариства; державна реєстрація передання майнових прав товариству (ч. 2 ст. 1114 ЦК України). Збільшення статутного капіталу за рахунок прав ПВ вже створеного товариства складається з: укладення з учасником товариства та/або третьою особою договору про внесення додаткового вкладу; визначення вартості майнових прав ПВ (акт оцінки або звіт незалежного оцінювача) з її наступним затвердженням рішенням загальних зборів; складання акта приймання-передачі частки; державна реєстрація передання майнових прав товариству (ч. 2 ст. 1114 ЦК України).

З огляду на зазначене, враховуючи специфіку майнових прав на об'єкти промислової власності, процедуру і правову форму внесення цих прав до статутного капіталу господарського товариства доцільно більш детально врегулювати на законодавчому рівні.

Список використаних джерел:

1. Господарське право України: підручник / В. М. Гайворонський, В. П. Жушман, Н. В. Погорецька та ін.; за ред. В. М. Гайворонського та В. П, Жушмана. Харків: Право, 2005. 384 с.

2. Атаманова Ю. Є. Права промислової власності як форма участі в господарських товариствах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2003. 20 с.

3. Коваль І.Ф. Комерціалізація прав інтелектуальної власності: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2018. 272 с.

4. Коваль І. Ф. Господарсько-правове регулювання відносин у сфері промислової власності: монографія. Донецьк : Юго-Восток, 2013. 640 с.

5. Мельник О.М. Цивільно-правова охорона інтелектуальної власності в Україні: автореф. дис ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. 36 с.

6. Якубівський І.Є. Часткове передання майнових прав інтелектуальної власності. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2016. № 1. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2016/11/Yakybivsky116.pdf.

7. Турчин Л. Я. Майнові права інтелектуальної власності на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг як вклад до статутного капіталу господарських товариств. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2015. Вип. 14(2). С. 40-43. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/ Nvmgu_jur_2015_14(2)__13.

8. Турчин Л. Я. Комерціалізація об'єктів права інтелектуальної власності. Науковий вісник Херсонського державного університету. Випуск 3. Том 1. 2014. С. 204. URL: http://www.lj.kherson.ua/2014/pravo03/part_1/41.pdf.

9. Паризька конвенція про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року (дата набрання чинності для України – 25 грудня 1991 р.). URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_123.

10. Шкрід С.О., Денисенко Д.Є. Особливості внесення прав на об'єкти інтелектуальної власності до статутного фонду. Публічне і приватне право: проблеми методології, теорії та практики: матеріали Міжнародної юридичної науково-практичної Інтернет-конференції, 14 травня 2013 року. URL:http://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=524%3A130513-07&Itemid=85.

11. Афян А. Географічні зазначення: власність без власника. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2017. № 2. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2017/08/Afian_A.pdf.

12. Про затвердження Правил складання і подання заявки на винахід та заявки на корисну модель: Наказ Міністерства освіти і науки від 22 січня 2001 року № 22. Офіційний вісник України. 2001. № 9. С. 386.

13. Про затвердження Інструкції про подання, розгляд, публікацію та внесення до реєстрів відомостей про передачу права власності на знак для товарів і послуг та видачу ліцензії на використання знака (міжнародного знака) для товарів і послуг: Наказ Міністерства освіти і науки України від 03 серпня 2001 року № 576. Офіційний вісник України. 2001. № 34. С. 1615.

14. Про затвердження Положення про Державний реєстр свідоцтв України на знаки для товарів і послуг: Наказ Міністерства освіти і науки України від 10 січня 2002 року № 10. Офіційний вісник України. 2002. № 5. С. 207.

15. Луць В.В., Васильєва В.А., Кібенко О.Р., Спасибо-Фатєєва І.В. Корпоративне право України: підручник / за заг.ред. В.В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 384 с.

16. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практика. Київ: Істина, 2005. 720 с.

В статье анализируются правовые аспекты внесения прав промышленной собственности в уставный капитал общества, обращается внимание на существующие научные труды по данной проблематике, определяется, в каких пределах осуществляется внесение прав промышленной собственности в уставный капитал общества, а также формулируются выводы, сделанные в результате проведенного исследования.

Ключевые слова: промышленная собственность, интеллектуальная собственность, объекты промышленной собственности, общество, уставный капитал, имущественные права, правовые формы внесения вклада.

The article analyzes the legal aspects of the introduction of industrial property rights into the charter capital of the company, draws attention to the existing scientific works on this topic, determines the extent to which the rights of industrial property are entered into the charter capital of the company, and conclusions are drawn as a result of the research.

Key words: industrial property, intellectual property, objects of industrial property, enterprise, charter capital, property rights, legal forms of contribution.

УДК 346.52:346.2

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

ПОНЯТТЯ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ ЯК ЗАСОБУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ БЮДЖЕТНИХ КОШТІВ

Стаття присвячена визначенню поняття, переваг та недоліків державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів. Охарактеризовано основні вимоги щодо допустимості надання державної підтримки, визначені в Угоді про асоціацію України з ЄС; з'ясовано співвідношення понять «державна допомога» та «державна підтримка». На підставі аналізу наукових підходів до розуміння поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання» запропоноване його удосконалене визначення та виявлені основні переваги та недоліки цього господарсько-правового засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів.

Ключові слова: державна підтримка, суб'єкти господарювання, господарсько-правовий засіб, використання бюджетних коштів.

Постановка проблеми. Одним із видів непрямих засобів забезпечення ефективного використання державних коштів є надання державної підтримки суб'єктам господарювання. Зокрема, як випливає зі змісту ст. 16 ГК України [1], держава може надавати підтримку у формі дотацій, компенсацій, доплат та інших видів допомоги. Дієвість державної підтримки як засобу регулювання господарської діяльності виявляється, передовсім, у тому, що завдяки цьому засобу забезпечується реальне та цілеспрямоване сприяння держави у зміцненні та розвитку найбільш важливих галузей економіки, що, у свою чергу, опосередковано впливає на стабільність та ефективність національної економіки, підвищення обсягів бюджетних надходжень тощо. Однак необдумане використання інструментів державної підтримки суб'єктів господарювання є неприпустимим в умовах обмежених фінансових ресурсів та з огляду на необхідність дотримання у використанні державних коштів принципу ефективності та результативності. Отже, інструменти державної підтримки суб'єктів господарювання мають бути результативними, відповідати реальним потребам суб'єктів господарювання і забезпечувати ефективне використання державних коштів. Власне, у контексті забезпечення ефективного використання державних коштів виникає потреба в розробленні конкретних дієвих рекомендацій, спрямованих на удосконалення законодавства у сфері регулювання державної підтримки.

Стан дослідження. Питань державної підтримки суб'єктів господарювання у своїх працях торкались такі відомі науковці, як В. С. Бєлих, З. С. Варналій, Ю. А. Ведєрніков, О. М. Вінник, О. П. Віхров, О. Р. Гофман, Є. П. Губін, Т. С. Гудіма, В. В. Добровольська, М. О. Єгорова, Д. О. Жмуліна, О. П. Загнітко, Д. В. Задихайло, Г. Л. Знаменський, О. Е. Ліллемяе, Д. В. Лічак, В. К. Малолітнева, В. К. Мамутов, Т. В. Некрасова, Д. А. Петров, О. П. Подцерковний, Я. В. Рогінська, Н. О. Саніахметова, Д. В. Слинько, Г. В. Смолин, І. В. Труш, В. А. Устименко, М. Л. Шинкар, В. С. Щербина, О. Х. Юлдашев, І. М. Ямкова та інші. Окремі аспекти визначення поняття та сутності державної підтримки суб'єктів господарювання досліджували такі вчені, як О. В. Будай, Л. І. Купченя, К. С. Лебьодкін, Юджин Стюарт, Д. О. Черніков, А. В. Шевчук та інші. Однак комплексних досліджень, присвячених визначенню поняття, переваг та недоліків державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів, бракує, що вказує на важливість вивчення даної проблематики і зумовлює актуальність представленої наукової статті.

Мета та завдання дослідження. Метою цієї статті є визначення поняття, переваг та недоліків державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів. Для досягнення поставленої мети

© Я. Петруненко, 2018

необхідно виконати такі завдання: охарактеризувати основні вимоги щодо допустимості надання державної підтримки, визначені в Угоді про асоціацію України з ЄС; з'ясувати співвідношення понять «*державна допомога*» і «*державна підтримка*»; сформулювати дефініцію поняття «*державна підтримка суб'єктів господарювання*», а також виявити основні переваги та недоліки цього непрямого за своєю природою господарсько-правового засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів.

Виклад основного матеріалу. Про значну користь та ефективність різних форм державної підтримки суб'єктів господарювання переконливо свідчить міжнародний досвід. У Концепції розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013-2018 роки [2] підкреслюється, що міжнародний досвід показує, що для стрімкого економічного розвитку, крім прийняття актів національного законодавства у сфері державно-приватного партнерства, необхідне застосування механізму державної підтримки з метою залучення приватних інвестицій на засадах такого партнерства.

На позитивному ефекті від застосування засобів державної підтримки суб'єктів господарювання неодноразово наголошувалось і в науковій літературі. Так, К. С. Лебьодкін обґрунтовано зауважує, що державна підтримка підприємництва є важливим чинником його активізації в умовах побудови ринкової економіки. Наслідком таких заходів стало те, що упродовж останніх років спостерігалися позитивні тенденції збільшення кількості суб'єктів господарської діяльності, малих підприємств, частки малих і середніх підприємств у загальній кількості суб'єктів підприємницької діяльності, обсягів виготовленої і реалізованої продукції одним підприємством, зокрема, у секторі малого і середнього бізнесу, поступове вдосконалення галузевої структури підприємництва. Між тим автор вказав також на деякі негативні вияви даного засобу регулювання економіки, до яких належать: невисокі обсяги виробництва та реалізації продукції у розрахунку на одне діюче підприємство; скорочення частки сектору малого підприємництва в обсягах реалізованої продукції (наданих послугах) [3, с. 184].

Таким чином, державна підтримка суб'єктів господарювання може виявитися досить ефективним засобом регулювання економіки, однак така ефективність досягається лише за наявності певних організаційних та правових умов, які наразі в Україні не сформовані належним чином, хоча варто вказати на певну позитивну тенденцію, що намітилась у цій сфері протягом останніх декількох років.

Деякі науковці з цього приводу зауважують, що у своєму розвитку інститут державної підтримки суб'єктів господарювання пройшов декілька етапів. Так, зокрема, Д. О. Черніков виділяє такі з них: 1) 1991–2000 рр. – в цілому домінували принципи радянської системи господарювання, що полягали у наданні прямої бюджетної підтримки підприємствам; 2) 2001–2005 рр. – після початку бюджетної реформи, впровадження програмно-цільового методу у бюджетному процесі відбулася певна модернізація державної підтримки; 3) 2005–2010 рр. – пов'язаний із активізацією зусиль у напрямі міжнародної економічної інтеграції, позначився масштабним скороченням форм державної підтримки; 4) 2011–2014 рр. – прийняття Податкового кодексу України, здійснення окремих кроків у напрямі систематизації практики надання підтримки, апробування критеріального підходу у наданні підтримки, перенесення акцентів на підтримку без прямого залучення державних ресурсів насамперед завдяки широкому використанню механізму державних гарантій [4, с. 4-5].

Необхідно підтримати розроблену науковцем періодизацію, зазначивши, що сьогодні триває новий етап розвитку державної підтримки, який розпочався у 2014 р. з підписанням Угоди про асоціацію України та ЄС [5], в якій питанням правового регулювання державної підтримки приділено значну увагу, що зумовлено насамперед тим, що будь-яка державна підтримка потребує витрачання бюджетних коштів. Тому зважена політика у цій сфері є однією з важливих умов забезпечення ефективного використання державних коштів, з однієї сторони, та розвитку економічного потенціалу господарської діяльності – з іншої.

Так, ст. 262 Угоди про асоціацію України з ЄС визначає загальні принципи, яких повинна дотримуватися Україна у формуванні державної політики надання підтримки суб'єктами господарювання. А саме, прийнятною в умовах конкуренції визнається: 1) допомога для сприяння економічному розвитку регіонів з надзвичайно низьким рівнем життя або із суттєвим рівнем безробіття; 2) допомога для сприяння виконанню важливого проекту задля спільного європейського інтересу або для виправлення значних порушень нормальної роботи в економіці України чи однієї з держав-членів ЄС; 3) допомога для сприяння розвитку певної економічної діяльності або певних економічних сфер, якщо така допомога не має несприятливого

впливу на умови торгівлі всупереч інтересам Сторін; 4) допомога для підтримки культури та збереження культурної спадщини, якщо така допомога не має несприятливого впливу на умови торгівлі всупереч інтересам Сторін; 5) допомога для досягнення цілей, дозволених відповідно до правил ЄС щодо горизонтальних блоків винятків та правил щодо горизонтальної і галузевої державної допомоги, яка надається відповідно до викладених у них умов [5].

З урахуванням положень Угоди про асоціацію України з ЄС [5] та з метою їх імплементації в національне законодавство було прийнято Закон України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» [6], який встановлює правові засади проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання, здійснення контролю за допустимістю такої допомоги для конкуренції тощо. Хоча цей закон було прийнято ще в 2014 р., однак згідно з його Перехідними положеннями повною мірою він набув чинності у серпні 2017 р.

На виконання положень вищезгаданого Закону [6] Розпорядженням Кабінету Міністрів України затверджено План заходів щодо проведення інституційної реформи у сфері моніторингу та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання [7]. Аналізуючи заплановані до реалізації протягом 2014–2017 рр. заходи, необхідно зазначити, що деякі з них були успішно виконані (наприклад, розроблено порядок розгляду справ про державну допомогу суб'єктам господарювання, порядок проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання), але інші поки не здійснені (зокрема, підготовка та подання на розгляд Кабінету Міністрів України проекту нормативно-правового акта щодо затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес тощо).

На цій підставі можна констатувати, що сьогодні в Україні триває активний процес модернізації інституту державної підтримки, що передбачає не тільки внесення змін та доповнень до законодавства України у цій сфері, але й вироблення нових механізмів визначення критеріїв відбору суб'єктів господарювання, яким має надаватися така підтримка.

При цьому варто погодитися з думкою Д. О. Чернікова, який зауважує, що поглиблення економічних реформ, модернізація національної економіки відповідно до критеріїв, визначених цілями європейської інтеграції, необхідність дотримання вимог, які накладає членство у міжнародних організаціях, спонукають до послідовної відмови від застарілих форм державної допомоги. Водночас у міжнародній конкуренції українські виробники постійно стикаються з контрагентами, які працюють в умовах наявності розвинених мереж державної допомоги суб'єктам господарювання, що ставить їх у наперед нерівні конкурентні умови [4, с. 3]. Тож важливим завданням сучасної правової науки є вироблення більш ефективних та дієвих механізмів надання державної підтримки суб'єктам господарювання.

Вивчення основних напрямів впливу такого господарсько-правового засобу, як державна підтримка суб'єктів господарювання, на забезпечення ефективного використання державних коштів слід почати зі з'ясування значення поняття «державна підтримка» та визначення форм її надання.

З цього приводу Д. В. Лічак зазначає, що досить часто в науковій літературі необґрунтовано ототожнюють два поняття «*державна допомога*» та «*державна підтримка*». Між тим авторка на підставі проведеного аналізу концептуальних підходів у цій сфері робить висновок, що ці поняття не є тотожними. На її думку, державна підтримка – це сукупність економічних, організаційних та правових механізмів, завдяки яким суб'єктам господарювання надається державою через інфраструктуру підтримки суб'єктів господарювання необхідне сприяння фінансового, організаційного, інформаційного та матеріально-технічного характеру з метою створення умов для формування і розвитку суб'єктів господарювання у різних галузях народного господарства. Підтримка, як зазначає науковець, є тим механізмом, який стимулює суб'єктів господарювання до раціональної та економічно обґрунтованої господарської діяльності, спрямовує розвиток підприємництва на основі конкуренції [8, с. 407, 410].

Отже, вчена вказує на те, що на відміну від державної допомоги державна підтримка передбачає застосування організаційних, адміністративних або інших заходів, але не включає прямого фінансування (грошової допомоги). Саме за цим критерієм, на думку Д. В. Лічак, необхідно розмежовувати поняття державної допомоги, в межах якої здійснюється пряме фінансування, та державної підтримки, яка включає організаційні та адміністративні механізми сприяння. В цілому варто підтримати висловлену позицію, однак при найближчому аналізі законодавчого визначення поняття «*державна допомога*» можна дійти висновку, що законодавець фактично ототожнює його з поняттям «*підтримка*».

Так, відповідно до Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарюван-

ня» [6], державна допомога суб'єктам господарювання – підтримка у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності.

Отже, як випливає зі змісту наведеної дефініції, поняття «*державна допомога*» визначається через поняття «*підтримка*». Причому вказується, що державною допомогою є не якась особлива форма підтримки, а «*підтримка у будь-якій формі*», що однозначно свідчить про ототожнення досліджуваних понять. Між тим необхідно звернути увагу, що у ст. 16 ГК України [1] застосовується поняття «*державна підтримка*». Виходячи із назви цієї статті «*Дотації та інші засоби державної підтримки суб'єктів господарювання*», а також із аналізу її змісту, можна зробити висновок, що державна підтримка включає всі форми сприяння суб'єктам господарювання, в тому числі пряме фінансування, організаційні заходи, пільги тощо. До того ж поняття «*підтримка*» використано і в інших законодавчих актах, зокрема у Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України» [9], Законі України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» [10].

Для того, щоб визначити співвідношення понять «*допомога*» та «*підтримка*», необхідно також звернутися до їх лексичного значення.

Так, поняття «*допомога*» визначається як: 1) сприяння, підтримка в чому-небудь; 2) захист, порятунок у біді [11, с. 374]. У свою чергу поняття «*підтримка*» означає: 1) притримуючи, тримаючи, не давати упасти кому-, чому-небудь; 2) подавати матеріальну, моральну і т. ін. допомогу, сприяти в чому-небудь; 3) продовжуючи що-небудь, не давати припинятися, порушуватися, зникати і т. ін.; 4) поділяючи погляди, виявляючи симпатію, виступати на захист або на боці кого-, чого-небудь [12, с. 516].

Таким чином, обидва поняття – «*допомога*» та «*підтримка*» – переважно визначаються через категорії «*сприяння*» та «*захист*», а також одне через інше («допомога» через поняття «*підтримка*» і навпаки). На цій підставі можливо зробити висновок, що повністю ототожнювати досліджувані поняття не доцільно, оскільки вони відрізняються за окремими елементами свого змісту, однак, говорячи про державну допомогу та підтримку, слід визнати їх певну змістову подібність. При цьому, враховуючи також семантику понять «*допомога*» та «*підтримка*», необхідно вказати на те, що вони співвідносяться між собою таким чином: збігаються в одному зі своїх значень (окремі елементи змісту) та різняться в інших.

У зв'язку з цим та дотримуючись принципу правової визначеності, варто узгодити терміни, які застосовуються у законодавстві для визначення відповідного правового явища. Отже, видається необхідним привести у відповідність між собою положення ГК України [1] та Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» [6] в частині застосованих у них понять та категорій.

У наукові літературі превалює застосування поняття «*державна підтримка*», яке розглядається, як правило, стосовно певного виду господарської діяльності – сільськогосподарської, суб'єктів малого підприємництва тощо.

Так, Л. І. Купченя вважає, що державна підтримка сільського господарства України полягає у цілеспрямованому впливі держави на сільське господарство з метою сприяння діяльності сільськогосподарських товаровиробників, прийняття задля цього законів і підзаконних нормативно-правових актів у сфері сільського господарства, а також удосконалення системи органів, які здійснюють державне регулювання розвитку даної галузі [13, с. 129].

Запропоноване автором визначення дозволяє ширше поглянути на зміст поняття державної підтримки суб'єктів господарювання, який за такого підходу включає у себе всю систему державного регулювання, організаційні, адміністративні, фінансові та інші механізми, спрямовані на урівноваження інтересів суб'єктів господарювання, упорядкування їхньої діяльності, надання їм фінансової допомоги тощо.

Однак деякі науковці дотримуються більш вузького підходу до розуміння поняття державної підтримки. Зокрема, на думку О. В. Будай, державна підтримка сільськогосподарських товаровиробників – це законодавчо визначена діяльність органів, уповноважених реалізувати аграрну політику держави, що спрямована на створення сприятливих умов для діяльності сільськогосподарських товаровиробників, підвищення якості та конкурентоспроможності сільськогосподарської продукції з метою мінімізації природно-кліматичних та економічних ризиків сільськогосподарського виробництва та гарантування продовольчої безпеки держави [14, с. 96].

У свою чергу А. В. Шевчук пропонує державну підтримку малого бізнесу визначити, як засіб державного регулювання, зміст і порядок надання якої визначається нормами чинного законодавства та яка опосередковує певний

самостійний вид організаційно-господарських відносин, які є виразом її суб'єктного складу, а саме: органи державної влади і місцевого самоврядування, які є особами, що приймають рішення про її надання та одержувачі – суб'єкти господарювання, у тому числі й малі і середні підприємці [15, с. 58].

Отже, прихильники більш вузького та конкретного підходу виокремлюють державну підтримку з-поміж інших видів господарсько-правових засобів регулювання економіки за допомогою низки характерних ознак.

Висновки.

Підбиваючи підсумок, можна сформулювати такі висновки. За результатами проведеного аналізу *державну підтримку суб'єктів господарювання* можна визначити як врегульовану законодавством діяльність уповноважених державних органів, що полягає в розробленні та реалізації цільових програм або наданні в індивідуальному порядку фінансової підтримки суб'єкту господарювання, який має важливе стратегічне значення або відповідає іншим критеріям, визначеним у програмі, за рахунок коштів державного бюджету у будь-якій формі та з метою забезпечення стабільності національної економіки, підвищення конкурентноздатності вітчизняного товаровиробника, оздоровлення окремих галузей економіки, забезпечення соціально-економічного добробуту в державі.

Перевагами державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу державного регулювання економіки є можливість цілеспрямованого усунення проблем або сприяння діяльності конкретних підприємств, інших господарюючих суб'єктів, що забезпечує рівномірність розвитку національної економіки, оздоровлення важливих галузей господарства і, власне, тим самим досягнення позитивного ефекту від використання бюджетних ресурсів. У свою чергу, недоліками державної підтримки суб'єктів господарювання є те, що даний господарсько-правовий засіб несе в собі високий ступінь ризику дискримінації суб'єктів господарювання, порушення засад економічної конкуренції.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. / Верховна Рада України. Офіційний вісник України. 2003. № 11. Ст. 462. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15.

2. Про схвалення Концепції розвитку державно-приватного партнерства в Україні на 2013–2018 роки: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 серпня 2013 р. № 739-р / Кабінет Міністрів України. Офіційний вісник України. 2013. № 76. Ст. 2831. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/739-2013-р.

3. Лебьодкін К.С. Господарсько-правова політика щодо державної підтримки суб'єктів господарювання. Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». 2013. № 2 (13). С. 182-191.

4. Черніков Д.О. Модернізація системи державної підтримки суб'єктів господарювання в Україні. К.: НІСД, 2013. 28 с.

5. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародний документ від 27 червня 2014 р. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011.

6. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 01 липня 2014 р. № 1555-VII / Верховна Рада України. Офіційний вісник України. 2014. № 62. Ст. 1704. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1555-18.

7. Про затвердження плану заходів щодо проведення інституційної реформи у сфері моніторингу та контролю державної допомоги суб'єктам господарювання та реалізації положень Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання»: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 04 березня 2013 р. № 102-р / Кабінет Міністрів України. Урядовий кур'єр від 03 квітня 2013 р. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/102-2013-р.

8. Лічак Д.В. Проблеми визначення поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання». Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 50. С. 403-411.

9. Про державну підтримку сільського господарства України: Закон України від 24 червня 2004 р. № 1877-IV / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 49. Ст. 527. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1877-15.

10. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні: Закон України від 22 березня 2012 р. № 4618-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 3. Ст. 23. База даних «Законодавство України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4618-17.

11. Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І.К. Білодід (голова) та ін. К.: Наукова думка, 1970-1980. Т. 2: Г-Ж / ред. П.Й. Горецький, А.А. Бурячок, Г.М. Гнатюк, Н.І. Швидка. 1971. 671 с.

12. Словник української мови: в 11 т. / ред. колег. І.К. Білодід (голова) та ін. К.: Наукова думка, 1970–1980. Т. 6: П-По / уклад.: В.М. Білоноженко, С.І. Головащук, В.Й. Горобець та ін.; ред. А.В. Лагутіна, К.В. Ленець. 1975. 832 с.

13. Купченя Л.І. Еволюція державної підтримки сільського господарства України: правовий аспект. Проблеми законності. 2017. Вип. 136. С. 126-132.

14. Будай О.В. Поняття та ознаки державної підтримки сільськогосподарських товаровиробників в Україні. Право і суспільство. 2015. № 5. Ч. 3. С. 92-96.

15. Шевчук А.В. Щодо поняття та основних змістовних елементів державної підтримки малого бізнесу. Young Scientist. 2017. № 9 (49). С. 54-59.

Статья посвящена определению понятия, преимуществ и недостатков государственной поддержки субъектов хозяйствования как средства обеспечения эффективного использования бюджетных средств. Охарактеризованы основные требования относительно допустимости предоставления государственной поддержки, определённые в Соглашении об ассоциации Украины с ЕС; дано соотношение понятий «государственная помощь» и «государственная поддержка». На основании анализа научных подходов к пониманию понятия «государственная поддержка субъектов хозяйствования» предложено его усовершенствованное определение, а также выявлены основные преимущества и недостатки этого хозяйственно-правового средства обеспечения эффективного использования бюджетных средств.

Ключевые слова: государственная поддержка, предприятия, хозяйственно-правовое средство, использование бюджетных средств.

The article is devoted to the definition of the concept, advantages and disadvantages of state support of business entities as a means of ensuring the effective use of budget funds. The main requirements concerning the admissibility of state support, defined in the Agreement on Association of Ukraine with the EU, are described; the correlation between concepts "state aid" and "state support" is clarified. Based on the analysis of scientific approaches to understanding the concept of "state support of business entities", its advanced definition was proposed and the main advantages and disadvantages of this economic and legal means for ensuring the effective use of budgetary funds were identified.

Key words: state support, business entities, economic and legal means, use of budget funds.

УДК 349.2:331.101

Людмила Вакарюк,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри публічного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ФАКТОРИ, ЩО ЗУМОВЛЮЮТЬ СОЦІАЛЬНУ СУТНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ В ТРУДОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

У статті комплексно розглядаються фактори, якими зумовлюється соціальна сутність правового режиму в трудовому праві України. Автором наголошується, що для галузі трудового права в цілому характерний свій специфічний режим регулювання, в якому концентрується юридична своєрідність галузі. Зазначається, що сутність та специфіка правового режиму в галузі трудового права визначається і залежить від соціальної природи самого трудового права, його завдань та мети, предмета, методу та принципів правового регулювання.

Ключові слова: правовий режим, фактори, трудове право, природа трудового права, предмет трудового права, метод трудового права, принципи трудового права.

Постановка проблеми. Юридична наука оперує безліччю правових категорій, що містять відповідь на питання, якими способами, методами здійснюється правове регулювання, як здійснюється регулятивний вплив права на суспільні відносини. Це, перш за все, категорії методу, механізму реалізації права. Коли ж під час вивчення системи права з'ясувалося, що для кожної його галузі характерний свій специфічний режим регулювання і в ньому якраз концентрується юридична своєрідність галузі, то стало очевидним, що це поняття виражає визначальні, вузлові сторони правової дійсності [1, с. 34-39]. Окрім того, поява такої категорії у правовій науці була зумовлена нагальною потребою більш глибокого дослідження та пізнання специфіки владного юридичного впливу на відповідні суспільні відносини з боку держави [2, с. 171-176]. Тому цілком виправдано, що останнім часом в юридичній літературі поряд із «загальнотеоретичним осмисленням цієї категорії» зроблені спроби і в трудовому праві з'ясувати поняття цього правового явища. Однак зараз необхідно констатувати той факт, що на галузевому рівні, у науці трудового права, таке юридичне явище, як трудо-правовий режим, не було піддано комплексному дослідженню, а тому практично відсутні наукові роботи, що присвячені вивченню правової природи вказаної дефініції. Ця обставина зумовлює актуальність теми дослідження саме в трудовому праві, оскільки правовий режим посідає своє, власне, самостійне місце поряд із такими категоріями, як предмет, метод, принципи правового регулювання.

Стан дослідження. Проблемам правового режиму та трудо-правового режиму приділяли увагу відомі вчені як теорії права, так і науки трудового права, зокрема: С. С. Алексєєв, В. С. Андрєєв, В. В. Бєлєвцева, В. С. Венедіктов, В. М. Горшеньов, Н. Д. Гетьманцева, С. А. Іванов, В. Б. Ісаков, О. В. Зоріна, О. В. Малько, М. І. Матузов, В. Я. Настюк, С. П. Погребняк, О. І. Процевський, О. С. Р одіонов, І. С. Самощенко, І. О. Соколова, В. М. Толкунова, Є. О. Харитонов, Е. Ф. Шамсумова та інші вчені.

Метою статті є з'ясування тих факторів, які зумовлюють соціальну сутність правового режиму у трудовому праві України, загальна характеристика кожного з них.

Виклад основного матеріалу. Галузеві правові режими є режимами найбільш високого рівня, які мають у праві імперативне і визначальне значення. Вітчизняна юридична доктрина, яка пройшла через ряд дискусій щодо системи права, дійшла в результаті висновку про те, що галузі права – це «не просто зони юридичного регулювання, не штучно скомпоновані сукупності норм, а реально існуючі і юридично своєрідні підрозділи в самому змісті права держави» [3, с. 190].

На думку С. С. Алексєєва, галузевий режим – явище складне. Найбільш суттєві його риси можна охарактеризувати за допомогою двох основних компонентів, які відповідають сторонам інтелектуально-вольового змісту права: а) особливих прийомів регулювання, специфіки регулятивних властивостей цьо-

© Л. Вакарюк, 2018

го утворення з вольової сторони його змісту; б) особливостей принципів, загальних положень, які пронизують зміст цієї галузі з інтелектуальної сторони [4; 5, с. 173]. Раніше до елементів такого режиму С. С. Алексєєв відносив: метод правового регулювання, особливі юридичні засоби регулювання, принципи правового регулювання і наявність самостійної галузі законодавства [6, с. 209-210].

Яке би правове явище в науці не підлягало дослідженню, зрозуміло одне: досліджуючи природу будь-якого правового явища, в тому числі і правового режиму, погляди вчених були і є неоднозначними щодо поняття даної категорії. Як зауважує Н. Д. Гетьманцева, «справа полягає не в тому, яке формулювання вкладається у його поняття, а яка сутність закладена в ньому» [7, с. 272]. Варто зазначити, що на галузевому рівні немає єдиного підходу як до поняття, так і до визначення правових режимів, із якого подеколи виключаються або, навпаки, додаються складові його елементи, види юридичних засобів. Зазвичай як у публічних, так і в приватних галузях права акцент робиться на правовому статусі суб'єктів у рамках того чи іншого правового режиму. Та попри все, за словами Є. Ф Шамсумової, основним завданням галузевих наук стає чітке виявлення відповідних режимів, від чого, своєю чергою, багато в чому залежить дієва допомога практиці і плідність розробки інших проблем. Із цих позицій кожній галузі права відповідає свій правовий режим. Галузями права за такого підходу виявляються не просто «сфери регулювання, а якісно особливі і цільні з юридичної сторони сукупності норм, що у своїй єдності забезпечують специфічні порядки, режими регулювання» [8, с. 88-89]. Вчені зауважують, що кожна галузь права функціонує у своєму правовому режимі [9, с. 357].

Правовий режим галузі багато в чому залежить від природи, завдань і функцій і визначається ними. Трудове право з'явилося як самостійна галузь як результат необхідності соціального захисту при спільній праці, як сукупність визначених гарантій [10, с. 76-77]. Як підкреслює К. Д. Крилов, сфера праці – «це головна сфера визнання, реалізації і захисту всіх основних прав людини і громадянина [11, с. 33-38].

Трудо-правовий режим, що функціонує у системі правових засобів, необхідно вибирати відповідно до тієї мети і завдань, що ставить перед собою трудове право як галузь права, та до специфіки об'єкта і природи відносин, що підлягають правовій регламентації. Адже мета в праві, як ідеальний вираз належної або можливої поведінки людей, об'єктивна, підкреслює Д. А. Керімов, закономірна і необхідна за джерелом виникнення і за змістом [12, с. 370]. Мета в праві трактується як ідеальний вираз усвідомлених і юридично закріплених інтересів, досягнення яких здійснюється правовими засобами. Отже і трудо-правовий режим, як правовий засіб, із взаємодією інших правових засобів також веде до визначеної мети, що в цілому запрограмована природою галузі трудового права: захист трудових прав працівників та збалансування інтересів сторін трудового договору – соціального з боку працівника та виробничого з боку роботодавця. Одне слово, трудо-правовий режим повинен відповідати природі і сутності відносин у сфері найманої праці та забезпечувати їх функціонування.

Трудове право історично визначалося і визначається як право охорони праці, що, своєю чергою, зумовлене самою природою трудових відносин та потребами суспільного розвитку. Працівникові, як слабкішій стороні в економічному розумінні, потрібен захист, який йому за допомогою права на певному етапі історичного розвитку надають суспільство і держава. Іншими словами, соціум зацікавлений в тому, щоб зберігати життя, здоров'я, працездатність працівників як мінімум виходячи з того, що працівники – це продуктивна сила всього суспільства.

Як неодноразово підкреслювалося і підкреслюється в юридичній літературі, трудове законодавство повинно містити як одне із завдань створення необхідних правових умов для досягнення оптимального узгодження інтересів як людини-праці, так і інтересів роботодавця і держави. Забезпечення рівноваги прав працівників і роботодавців, балансу їхніх інтересів і інтересів держави є тим критерієм, якому повинен відповідати як Трудовий Кодекс, так і інші нормативно-правові акти, що регулюють трудові відносини. Цю обставину необхідно розглядати як стратегічну лінію розвитку трудового законодавства [7, с. 89-90]. Тому мета трудового права наділяє систему правових засобів відповідною специфікою по відношенню до загально-правових (нормативних) засобів. Це дає підстави називати галузеві правові засоби спеціальними. У трудовому праві, на думку Н. Д. Гетьманцевої, використання правових засобів, у тому числі й трудо-правового режиму, у рамках механізму (методу) правового регулювання відносин у сфері праці спрямовано на реалізацію права на працю особи, розвиток працівника у процесі трудової діяльності, його захист і узгодження інтересів як працівників, роботодавців, так і держави [13, с. 526]. Тому трудо-правовий режим як правовий засіб є спеціальним, тобто має соціальну спрямованість, яка виявля-

ється насамперед у його функціях. Як бачимо, «соціальне призначення (спрямованість) галузі трудового права відобразилось на характері і системі компонентів, що об'єктивно обумовлюють єдність засад приватного й публічного та визначають якісні показники у перевазі імперативних чи диспозитивних норм, що потребують специфічних способів регулювання трудових і тісно пов'язаних з ними суспільних відносин у їх поєднанні (співвідношенні), завдяки яким розкривається правовий зміст галузі» [13, с. 526], а отже і специфіка трудо-правового режиму. Проте трудо-правовий режим повинен відображати не тільки збалансування суперечностей інтересів роботодавців і працівників та їх захист. Завданням правового режиму є складніша проблема – забезпечення реалізації гідної праці працівників, створення умов для підтримання зростання благополуччя суспільства в цілому й обмеження негативних наслідків дії механізмів ринкової системи на працівників.

Трудо-правовий режим разом з іншими правовими явищами визначає сутність трудового права як галузі. Іншими словами, трудо-правовий режим разом із предметом, методом, принципами правового регулювання дає більш поглиблену характеристику трудового права як галузі права. Відповідно, специфіка трудо-правового режиму дає змогу галузеву сутність трудового права розглядати в комплексі. Як наслідок, усі правові засоби, які також утворюють трудо-правовий режим та функціонують відповідно до запрограмованої мети, відображають специфіку середовища трудового права як галузі права.

Трудо-правовий режим зумовлений предметом регулювання – специфікою трудових відносин, в основу яких закладена праця людини з її всіма якостями і властивостями, що визначає її правове становище, правовий статус у суспільній організації праці та житті суспільства. Специфіку трудо-правового режиму визначають також ті способи, засоби, прийоми, завдяки яким держава регулює суспільні відносини у сфері найманої праці, – метод правового регулювання, що поєднує в собі певні комбінації правових засобів, способів, прийомів; принципаи правового регулювання, які характеризують соціальну спрямованість трудо-правового режиму; «наявність особливого законодавства, кодифіковані акти якого нормативно закріплюють галузеві принципи, загальні положення і основні правові засоби» [14, с. 25-26].

Як зауважує Н. Д. Гетьманцева, трудові відносини – це відносини між людьми в процесі їхньої трудової діяльності. Вони створюють систему, основними елементами якої є: ринок праці і зайнятості; соціальне партнерство; адекватна оплата праці, стимулювання праці; організація, управління й охорона праці; соціальне страхування; ефективність праці та задоволення від праці, тому трудова діяльність повинна розглядатися з позицій соціальної взаємодії [7, с. 79]. А оскільки трудові відносини, в основі яких лежить праця, ввібрали соціальний складник, то й режим праці, повторимось, повинен бути наповнений цим соціальним складником.

Враховуючи численність суб'єктів трудових відносин, трудових прав і обов'язків, котрими наділяється кожен із них, можна сказати, що кожен суб'єкт трудових відносин має свій унікальний набір прав і обов'язків відповідно до своєї трудової функції та відповідно до цього «свій режим» роботи, який відповідає також конкретному правовому статусу працівника. Трудо-правовий режим є явищем, що постійно супроводжує правове регулювання суспільних відносин у сфері праці. Тому він потребує відповідної реакції як з боку законодавця, так і з боку роботодавця. Держава на централізованому рівні та роботодавець на локальному рівні, здійснюючи соціальну політику, встановлюють режим роботи для окремих груп суб'єктів трудових відносин залежно від визначених ними критеріїв: віку, стану здоров'я, умов, характеру застосування праці тощо. Тобто можна сказати, що трудо-правовий режим здебільшого характеризує особливості здійснення і реалізації трудових прав і обов'язків, які зумовлюються умовами праці, специфікою трудової діяльності, правовим статусом суб'єктів трудових відносин, територією, об'єктами тощо.

Треба зауважити, що трудо-правовий режим може мати специфічний характер та інколи може не вписуватися в рамки загальної моделі правового режиму як такого. Він може бути обмежений просторовими рамками або, навпаки, розширений, що може залежати від характеру праці, запровадження нових технологій, трудової функції тощо. Це може бути пов'язано з вахтовим методом роботи, який являє собою особливий режим здійснення трудової діяльності, коли робота організовується за спеціальним режимом праці.

Запровадження вказаного режиму також може пов'язуватися з такими нетрадиційними формами зайнятості, як надомна, дистанційна праця, «на шлях якої стають не тільки представники суто гуманітарних і творчих професій – журналісти, перекладачі, музиканти, дизайнери, стилісти, фотографи і багато інших, але й представники інших спеціальностей – програмісти та фахівці з SEO та 3D-графіки, системні адміністратори» [15, с. 245-248].

Попри все, оскільки носіями трудо-правового режиму на підприємствах, установах, організаціях є працівники, як основні виробники матеріальних і духовних благ, то й, відповідно, соціальний зміст трудо-правового режиму повинен визначатися їхніми інтересами. Адже відсутність встановлення як на державному, так і на локальному рівні з боку держави та роботодавця стимулюючого та обмежуючого видів трудо-правового режиму може призвести до погіршення правового становища працівників, до порушення основоположних захисних норм трудового права. Тому встановлення сприятливого, тобто стимулюючого, а там, де потрібно, й обмежуючого режимів з метою забезпечення реалізації трудових прав працівника можна також розглядати як один із підходів до розуміння соціального призначення трудового права як галузі права.

Необхідно зауважити, що в сучасних умовах господарювання варто виявити і застосовувати такий режим та соціально-правовий механізм у сукупності, за допомогою яких держава, дотримуючись свого інтересу, зобов'язувала б роботодавців надавати пільги і гарантії працівникам, враховуючи при цьому сподівання і потреби самих роботодавців. Вирішення подібних питань стає одним із пріоритетів, що зобов'язує в тому числі і державу вибудовувати шляхом запровадження відповідного режиму визначені захисні механізми в соціально-економічній сфері. Такий захист базується на деякому обмеженні прав роботодавців у сфері праці, на організаційному і фінансовому обтяженні роботодавців у вигляді необхідності надання ними пільг і гарантій для працівників як слабшої в економічному розумінні сторони трудових відносин.

Оскільки трудо-правовий режим є складовою частиною методу та залежить, як і останній, від предмета правового регулювання, в основі якого лежать трудові відносини, враховуючи умови зростаючого значення соціального та гуманістичного фактору, вважаємо за необхідне з метою дослідження трудо-правового режиму використовувати більш широке його трактування, що передбачає врахування тих взаємозв'язків та взаємодій, які складаються у зв'язку з трудовою діяльністю та участю у цій діяльності людини-праці. Враховуючи специфіку трудових відносин і правовий статус працівника як виробника матеріальних і духовних благ, для аналізу правового режиму праці необхідно використовувати такий інтегральний показник, як якість трудового життя, що дозволить, перш за все, оцінити дієвість функціонування того чи іншого виду трудо-правового режиму та його вплив на стан і розвиток трудових відносин. При цьому необхідно застосовувати на локальному рівні такий трудо-правовий режим, який би враховував умови трудової діяльності працівника конкретного підприємства, використання його фізичних, творчих, інтелектуальних, організаторських здібностей та ступінь реалізації його інтересів.

З позицій управління й організації праці на підприємствах, установах, організаціях трудо-правовий режим можна розглядати як систему, що передбачає наявність відповідних підсистем: організації відносин між найманими працівниками в середині колективу; між найманими працівниками і роботодавцем; між роботодавцем і адміністрацією підприємства, установи; організації роботи підприємства відповідно до внутрішнього розпорядку з метою злагодженої роботи підприємства та отримання прибутку.

Трудо-правовий режим має одним із завдань упорядкування роботи підприємства, установи, організації, забезпечення сприятливого правового клімату для такої роботи і, наділяючись відповідними елементами, сам може виступати як стан дотримання відповідної дисципліни праці. Говорячи про співвідношення вказаних категорій, можна зауважити таке: трудо-правовий режим може виступати як стан дотримання відповідного рівня дисципліни праці, але стан дотримання дисципліни праці не є трудо-правовим режимом. З іншої боку, дисципліна праці є постійним супутником трудо-правового режиму і невіддільна від нього, оскільки функціонує трудо-правовий режим за умови належного рівня дисципліни праці, яку він одночасно і забезпечує.

Варто зауважити, що завдяки трудо-правовому режиму (у поєднанні з іншими правовими засобами) забезпечується функціонування, динамічна дія як галузі у цілому, так і кожного її структурного компонента на рівні норми, інститутів трудового права. Іншими словами, сутність трудо-правового режиму можна дослідити лише у його взаємодії з усіма іншими компонентами правового регулювання трудових відносин у їх органічному взаємозв'язку і завдяки цим зв'язкам. На думку А. Є. Пашерстніка, «судження про трудо-правовий режим, його характер, не може бути зрозумілим повністю, виходячи лише з ґенези трудових відносин, необхідно також враховувати, в якому зв'язку і в якому порядку ці відносини виникають» [16, с. 94]. Трудові правовідносини є «складним явищем» [17, с. 134], а тому засновані вони на зв'язку, що виникає між нормою трудового права і суспільними відносинами у сфері організації і використання

найманої праці. Цим ми хочемо показати, що від характеру норми буде залежати вид трудо-правового режиму: постійний чи тимчасовий, галузевий чи локальний, загально-дозвільний чи спеціально-дозвільний, приватно-правовий чи публічно-правовий режими, стимулюючий чи обмежуючий.

Також варто враховувати різного роду взаємозв'язки і взаємодії, що складаються в результаті трудової діяльності, та специфіку трудо-правового режиму суб'єктів індивідуальних і колективних соціально-трудових відносин. Суб'єкти трудових відносин діють на різних рівнях соціальної, економічної систем: на національному рівні, на рівні галузі, території, підприємства, робочого місця. Природним є і те, що залежно від рівня трудових відносин наділяються певною специфікою і відповідні види трудо-правових режимів. Так, трудо-правовий режим працівника як суб'єкта індивідуальних трудових відносин залежить у цілому від визначеності його трудового життя, зміст якого залежить від мети і завдань у його життєвому циклі. Трудо-правовий режим на рівні колективних відносин між працівниками і роботодавцями залежить від кадрової політики підприємства в цілому – його ефективності, організації праці і управління, наявності трудових конфліктів тощо.

Висновки.

Отже, до факторів, що зумовлюють соціальну сутність трудо-правового режиму належать: природа трудового права, яка зумовлена предметом – характером трудової діяльності людини, в основі якої лежить праця, що розкриває ту мету і завдання, які закладені в методі – конкретних нормах права, принципах, що регулюють різноманітні сторони трудової діяльності і тієї сфери, в якій проходить ця трудова діяльність; система тих об'єктивних реалій, які закладені в самій сутності і природі людини-праці як виробника матеріальних і духовних благ, які виявляються в його правовому статусі.

Список використаних джерел:

1. Исаков В.Б. Правовые режимы и их совершенствование. XXVII съезд КПСС и развитие теории права. Свердловск, 1982. С. 34-39.

2. Вакарюк Л.В. Норма права та правовий режим: співвідношення понять. Підприємництво, господарство і право. № 1, 2017. С. 171-176.

3. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. М: Юрид. лит, 1989. 288 с.

4. Процевський О.І. Методологічні засади трудового права: монографія. Х.:ХНАДУ, 2014. 260 с.

5. Алексеев С.С. Общая теория права : учебник. М. Проспект, 2008. 576 с.

6. Проблемы теории государства и права / под ред. С.С. Алексеева. М. Юрид. лит., 1987. 448 с.

7. Гетьманцева Н.Д. Правове регулювання суспільних відносин в сучасних умовах господарювання : дис.... доктора юрид. наук: 12.00.05. К., 2016. 411 с.

8. Шамсумова Э. Ф. Правовые режимы (теоретический аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. 213 с.

9. Скакун О.Ф. Теория государства и права : учебник. Харьков: Консум, 2000. 704 с.

10. Сыроватская Л.А. Трудовые отношения и трудовое право. Государство и право. 1996. № 7. С. 76-77.

11. Крылов К.Д. Профсоюзы и вопросы трудового законодательства. Государство и право. 1996. № 3. С. 33-38.

12. Керимов Д.А. Философские проблемы права. М.: Мысль, 1972. 472 с.

13. Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин : монографія. Чернівці: Технодрук, 2015. 592 с.

14. Рушайло В. Б. Специальные административно-правовые режимы в Российской Федерации : дис.... кандид. юрид. наук: 12.00.14. М., 2004. 347 с.

15. Середа О.Г. Деякі аспекти впровадження регулювання дистанційної роботи в сучасному законодавстві. Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Суми, 5-7 червня 2014 р. / ред. кол.: В.С. Венедіктов, А.М. Куліш, М.М. Бурбика; за ред.: В.С. Венедіктова, А.М. Куліша. Суми: СумДУ, 2014. С. 245-248.

16. Пашерстник А.Е. О сфере действия и принципах советского трудового права. Советское государство и право. 1957. № 10. С. 92-103.

17. Жернаков В.В. Трудове правовідношення як складне явище в трудовому праві. Проблеми законності: зб. наук. пр. Х.: Нац. юрид. акад. України, 2009. Вип. 100. С. 134-147.

В статье комплексно рассматриваются факторы, которыми определяется социальная сущность правового режима в трудовом праве Украины. Автор отмечает, что для отрасли трудового права в целом характерен свой специфический режим регулирования, в котором концентрируется юридическое своеобразие отрасли. Отмечается, что сущность и специфика правового режима в отрасли трудового права зависит от социальной природы самого трудового права, его задач и цели, предмета, метода и принципов правового регулирования и определяется ими.

Ключевые слова: правовой режим, факторы, трудовое право, природа трудового права, предмет трудового права, метод трудового права, принципы трудового права.

The article comprehensively considers the factors that determine the social nature of the legal regime in the labor law of Ukraine. The author stresses that for the branch of labor law in general is characterized by its specific regulatory regime, which focuses on the legal identity of the branch. It is noted that the essence and specificity of the legal regime in the branch of labor law is determined and depends on the social nature of the labor law itself, its tasks and purpose, the subject, method and principles of legal regulation.

Key words: legal regime, factors, labor law, nature of labor law, subject of labor law, method of labor law, principles of labor law.

УДК 349.3

Іванна Волошин,
аспірант кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ЩОДО ПРОБЛЕМИ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ МАЛОЗАБЕЗПЕЧЕНИХ ГРОМАДЯН СОЦІАЛЬНИМИ ГУРТОЖИТКАМИ В УКРАЇНІ

У статті досліджуються теоретичні та законодавчі проблеми реалізації малозабезпеченими громадянами права на соціальний гуртожиток. Критично проаналізовано правові умови набуття права особи на соціальний гуртожиток та порядок його реалізації. Обґрунтовано правові ознаки особи, яка потребує соціального захисту у сфері житлових відносин. Запропоновано зміни у соціально-житлове законодавство України.

Ключові слова: соціальне житло, соціальний гуртожиток, соціальний квартирний облік, норми забезпечення соціальним житлом.

Постановка проблеми. У сучасних умовах ринкової економіки сектор соціального житла повинен посідати одне із пріоритетних місць серед засобів соціального захисту населення України. Для громадян із сукупним доходом, що є нижчим від мінімальної заробітної плати чи дорівнює їй, вирішити проблему місця проживання, скориставшись послугою "соціальне житло", є більш реальним та ефективним, аніж придбати будь-яке житло у власність чи орендувати його за комерційними, несоціальними цінами. Світовий досвід підтверджує, що орендоване соціальне житло є вагомим складником соціальної політики всіх держав. Зокрема, в країнах Європейського Союзу частка орендарів соціального чи муніципального житла в середньому становить 12 % есіх домогосподарств. А ще 3 % населення мешкає у безкоштовних приміщеннях. Є держави (Нідерланди), де сектор соціального житла становить третю частину всього житлового фонду [1].

Прийняття Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" (2006 р) [2] лише задекларувало намір нашої держави рухатися у напрямі розвитку цього виду соціального захисту громадян. Однак станом на 2018 рік проблема продовжує залишатися актуальною та гострою. До тепер не вироблені ефективні юридичні гарантії надання малозабезпеченим громадянам можливості винаймати "соціальні квартири чи гуртожитки".

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукові дослідження забезпечення громадян України житлом соціального призначення здійснені у працях С. В. Ничипоренко [3], І. А. Середницької [4], Т. Р. Федосєєвої [5], Т. В. Шевчук [6]. Водночас зазначені питання здебільшого є вектором цивільно-правових досліджень та не розглядаються в контексті соціального захисту населення. У монографії С. М. Синчук соціальне житло визначено як об'єкт правовідносин соціального забезпечення [7]. Проблеми ж реалізації малозабезпеченими громадянами права на соціальний гуртожиток дотепер залишаються поза теоретичним аналізом учених – представників науки соціального права.

Мета статті – з'ясувати правові питання реалізації малозабезпеченими особами права на соціальний гуртожиток як елемента їхнього соціального захисту в Україні.

Виклад основного матеріалу. Базовим конституційним положенням, яке слугує підґрунтям законодавчого визначення змісту права особи на соціальний захист в Україні, є ст. 46 Основного Закону [8]. Відповідно до неї громадяни нашої держави мають право на соціальний захист. Водночас зазначена конституційна норма не визначає вичерпний перелік можливостей особи як складових елементів цього права, акцентуючи увагу лише на одному із них – "праві на забезпечення у випадку настання старості.....". У науковій літературі соціальний захист визначають як суспільні відносини, в межах яких здійснюється забезпечення достатніх можливостей особи для її всебічного розвитку та нормальної життєдіяльності [9, с. 11]. З огляду на таке трактування змісту соціального захисту та базуючись на системному аналізі статей 46 та 47 Конституції України, вважаємо, що одним із видів соціального захисту є надання особі соціального житла в користування. Таким є житло всіх форм власності

© І. Волошин, 2018

(крім соціальних гуртожитків) із житлового фонду соціального призначення, що безоплатно надається громадянам України, які потребують соціального захисту, на підставі договору найму на певний строк (ст. 1 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення"). Відповідно до ст. 3 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" [2] одним із видів житла з житлового фонду соціального призначення є житлові приміщення у соціальних гуртожитках. Відповідно до п. 6 ст. 1-1 Закону України "Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку" жилі приміщення у гуртожитку – це приміщення у гуртожитку (жилі кімнати, жилі блоки чи жилі секції), призначені та придатні відповідно до вимог законодавства до житла, призначеного для постійного проживання у ньому [10].

Правове регулювання відносин щодо надання соціальних гуртожитків визначено Законами України "Про житловий фонд соціального призначення" [2], "Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку" [10], Типовим положенням про соціальний гуртожиток для осіб, які потребують соціального захисту [11], Типовим положенням про соціальний гуртожиток для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування [12].

Зі змісту соціально-житлового законодавства робимо висновок, що конституційне та законодавче поняття "особа, яка потребує соціального захисту" передбачає фіксацію правового статусу громадянина (чи сім'ї) як такого, що перебуває на соціальному квартирному обліку. Саме в такий спосіб передбачена процедура визначення черговості осіб, які претендують на безоплатне чи доступне соціальне житло у вигляді квартири в багатоквартирних жилих будинках, садибних (одноквартирних) жилих будинках, які надаються громадянам у порядку черги на одержання соціального житла, а також на користування жилими приміщеннями у соціальних гуртожитках. Зняття із соціального квартирного обліку автоматично позбавляє особу можливості отримати житло із фонду соціального призначення, є підставою для розірвання договору найму житлового приміщення у соціальному гуртожитку та виселення із нього (абз. 2 ч. 5 ст. 10 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" [2]).

Соціальний квартирний облік здійснюється відповідними органами місцевого самоврядування: 1) за місцем проживання громадян, які мають право на отримання квартир, садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення, після набуття ними повної цивільної дієздатності відповідно до закону; 2) за місцем походження або проживання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, які досягли 16 років, чи осіб із числа дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування до встановлення опіки, піклування, влаштування в прийомні сім'ї, дитячі будинки сімейного типу, заклади для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, для зазначеної категорії дітей 3) за місцем обліку внутрішньо переміщених осіб (ст. 10 ч. 1 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення) [2].

Органи місцевого самоврядування є соціально-зобов'язаним суб'єктом щодо створення, функціонування та розподілу житлового фонду соціального призначення. Підтвердженням цього є положення законодавства: 1) ч. 3 ст. 2 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" передбачає, що соціальне житло надається органами місцевого самоврядування; 2) ч. 1 ст. 5 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" передбачає, що житловий фонд соціального призначення формується органами місцевого самоврядування; відповідно до п. 3 ст.18 Закону України "Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку" органи місцевого самоврядування приймають рішення про надання відповідним незаселеним житловим комплексам статусу "житло соціального призначення"; 3) ч. 7, 8, 9 ст. 9 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" визначають, шо органи місцевого самоврядування ведуть облік громадян, які мають право на отримання квартир, садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення, приймають рішення про надання цим громадянам соціального житла на підставах і в порядку, визначених законом; ведуть щорічний моніторинг сукупного доходу громадян, які перебувають на соціальному квартирному обліку або вже отримали таке житло; укладають та розривають договори найму соціального житла.

Правові умови визнання особи правосуб'єктною у сфері соціального захисту шляхом отримання права користування соціальним гуртожитком вичерпно визначені законодавчими нормами. Варто зазначити, що відносини щодо надання особі соціального гуртожитку регулюються декількома Законами України ("Про житловий фонд соціального призначення" [2]; "Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку" [10]) та чималою кількістю підзаконних нормативно-правових актів

[11, 12, 14, 16, 21]. Такий законодавчий стан лише ускладнює можливість обізнаності громадян зі змістом та правовими підставами реалізації конституційно-визначеного права, а отже, зменшує ефективність їхнього соціального захисту.

Суб'єктами права на соціальний квартирний облік, передусім, є громадяни України (п. 1 ч. 2 ст. 4, ч.2 ст.10 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" [2]). Вважаємо, що така виняткова, з огляду на громадянство України, забезпечуваність осіб житлом не порушує принцип всезагальності у сфері соціального захисту, оскільки джерелом соціальної підтримки малозабезпечених громадян України є муніципальне бюджетне забезпечення.

По-друге, соціальне житло повинне бути єдиним місцем проживання особи. Відповідно до Закону України "Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку" [10] (п. 13 ст. 1) особами, які не мають власного житла, є мешканці гуртожитку та члени їхніх сімей, у яких немає будь-якого житла на праві власності на території України, розмір якого з розрахунку на одну особу є більшим за розмір, встановлений для визнання їх такими, що потребують поліпшення житлових умов відповідно до ст. 34 Житлового кодексу Української РСР [13]. Стандарт жилої площі був визначений на момент прийняття Житлового кодексу України (1983 р.) і становить 13,65 кв. м на одну особу.

Щодо соціальних норм житла, то відповідно до ч. 6 ст. 3 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" надання громадянам квартир, садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення та жилих приміщень у соціальних гуртожитках проводиться за нормою, встановленою органом місцевого самоврядування, який надає соціальне житло, але не меншою від мінімальної норми, яка визначається Кабінетом Міністрів України. Принагідно відзначимо, що дотепер в Україні (з 2008 року) затверджені тимчасові мінімальні норми забезпечення громадян соціальним житлом: у соціальних гуртожитках для проживання сімей та одиноких громадян – у розмірі 6 кв. м житлової площі на одну особу; у квартирах, садибних (одноквартирних) будинках із житлового фонду соціального призначення – у розмірі 22 кв. м загальної площі на сім'ю із двох осіб і додатково 9,3 кв. м загальної площі на кожного наступного члена сім'ї [14].

Варто наголосити, що Закон України "Про державні соціальні стандарти та соціальні гарантії" [15], який покликаний закріпити правові засади формування та застосування державних соціальних стандартів і нормативів, спрямованих на реалізацію встановлених Конституцією України та законами України соціальних гарантій (преамбула Закону України "Про державні соціальні стандарти та соціальні гарантії"), не визначає ані норм забезпечення соціальним житлом, ані мінімальних нормативів визнання особи такою, що потребує соціального захисту у сфері житлових відносин. Вважаємо, що такий недолік повинен бути усуненим.

По-третє, особи, які звертаються із заявою про поставлення їх на соціальний квартирний облік, повинні мати право на поліпшення житлових умов відповідно до закону. Варто зазначити, що в України дотепер чинними є Правила обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов, і надання їм жилих приміщень в Україні [16]. Пунктом 13 цих Правил визначено категорії громадян, які потребують поліпшення житлових умов. А відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 11.03.2011 № 238 в Україні існує Єдиний державний реєстр громадян, які потребують поліпшення житлових умов [17]. І така "квартирна черга" передбачає надання особам, які відповідно до законодавства потребують поліпшення житлових умов, незалежно від їхніх доходів, житла на безоплатній основі. З одного боку, факт безоплатного надання квартири чи іншого виду житлових приміщень визначає його як "соціальне житло", яке надається особі коштом муніципального бюджетного забезпечення. Однак, з іншого боку, таке житло надається особам у приватну власність, що суперечить основній правовій ознаці соціального житла – надання його для користування на підставі договору найму. Вважаємо, що безоплатність надання житла повинна обов'язково визначати його лише як "соціальне" та як об'єкт користування потребуючими особами (сім'ями).

По-четверте, важливою правовою умовою є перебування особи, яка стає на соціальний квартирний облік, у статусі малозабезпеченої. У процедурі взяття особи на соціальний облік малозабезпеченість є складним юридичним фактом, який формується сукупністю двох простих:

1) середньомісячний сукупний дохід особи чи сім'ї з розрахунку на одну особу за попередній рік повинен бути нижчим від прожиткового мінімуму, встановленого законодавством.

За програмами надання малозабезпеченим громадянам соціального житла в Україні застосовується держаний соціальний стандарт – прожитковий мінімум, а не "со-

ціальний двійник", який не передбачений Законами України "Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії" [15] та "Про прожитковий мінімум" [18] – рівень забезпечення прожиткового мінімуму (гарантований мінімум) . Такий факт відбувається об'єктивно, оскільки відповідно до Закону України "Про Державний бюджет України на 2018 рік" гарантований мінімум становить для працездатних осіб 21 % від прожиткового мінімуму – 357 грн [19]. А, за даними Державної служби статистики України, вартість місячної оренди однокімнатної квартири в Україні станом на 2018 рік в середньому становить 3 тис. грн [20];

2) середньомісячний сукупний дохід особи чи сім'ї з розрахунку на одну особу за попередній рік повинен бути меншим від величини опосередкованої вартості найму житла в даному населеному пункті. Відповідно до Порядку визначення величини опосередкованої вартості наймання (оренди) житла в населеному пункті [21], такий розмір визначається органом місцевого самоврядування на підставі щомісячних даних щодо мінімального розміру плати за наймання (оренду) одного квадратного метра кімнати в гуртожитку на підставі даних організацій, що надають послуги зі здавання житлових приміщень у найм (оренду) або з оголошень у місцевих засобах масової інформації чи з опитування населення. Жодної інформації про вартість житла в соціальних гуртожитках станом на 2017-2018 роки відшукати нам не вдалось. Така інформація відсутня з об'єктивних причин, оскільки, для прикладу, у Львові перший соціальний гуртожиток для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, буде відкритий до кінця 2018 року. Для інших категорій малозабезпечених осіб проблема поселення залишається гострою з огляду на відсутність соціальних гуртожитків.

У визначенні середньомісячного сукупного доходу враховується вартість майна, що є у власності громадянина та членів його сім'ї на момент взяття на соціальний квартирний облік. Порядок врахування вартості майна, що перебуває у власності громадянина та членів його сім'ї: 1) сукупний дохід громадянина та членів його сім'ї обчислюється як сума всіх доходів, отриманих ними в грошовій формі з будь-яких джерел як на території України, так і за її межами, обчислена з урахуванням норм Закону України "Про податок з доходів фізичних осіб" (п. 3); 2) для визначення середньомісячного сукупного доходу враховується вартість майна, що перебуває у власності громадянина та членів його сім'ї на момент взяття на соціальний квартирний облік (п. 4); 3) вартість нерухомого майна та транспортних засобів визначається виходячи із середніх цін, що склалися у регіоні на таке майно, тобто за ринковими цінами (п. 6). 4) вартість майна в розрахунку на одну особу обчислюється на підставі проведеної оцінки шляхом ділення його загальної вартості на 12 місяців і на середню кількість осіб, що входили до складу сім'ї громадянина за зазначений період (п. 7) [21].

Системний аналіз законодавства у сфері соціального захисту громадян, потребуючих соціального житла, дозволяє зробити висновок, що факт малозабезпеченості є пріоритетним. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст.16 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" та Порядку проведення щорічного моніторингу доходів громадян, які перебувають на соціальному квартирному обліку та членів їхніх сімей, а також доходів наймачів соціального житла і членів їхніх сімей, що проживають разом із ними, орган місцевого самоврядування проводить щорічний моніторинг доходів громадян, які перебувають на соціальному квартирному обліку, та членів їхніх сімей за попередній рік (на підставі довідки про доходи громадянина та членів його сім'ї за попередній рік, а також відомостей про майно, що перебуває у власності громадянина та членів його сім'ї за попередній рік) [21]. За підсумками двох років поспіль у разі, якщо середньомісячний сукупний дохід сім'ї з розрахунку на одну особу змінився і став вищим за величину опосередкованої вартості найму житла в даному населеному пункті чи прожиткового мінімуму, особа знімається із соціального квартирного обліку, а отже, втрачає право проживати в соціальному гуртожитку.

Статті 11 та 12 Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" [2] визначають категорії осіб, які відповідно мають право на позачергове та першочергове отримання квартир або садибних (одноквартирних) жилих будинків із житлового фонду соціального призначення за наявності в них права відповідно до загальних правових умов на отримання такого житла. Вважаємо, що такий перелік суперечить загальній засаді, на якій базується Закон України "Про житловий фонд соціального призначення", не відповідає принципам рівності громадян у сфері соціального захисту та соціальної справедливості, а також доволі часто є відверто декларативним та не може бути виконаним з огляду на економічні гарантії права громадян України на соціальне житло.

Висновки.

Питання здійснення соціального захисту малозабезпечених громадян шляхом надан-

ня їм можливості користуватися житловими приміщеннями у соціальних гуртожитках, окрім гостроти забезпечення належних економічних гарантій, потребує і вдосконалення законодавчого регулювання. Зокрема, необхідними є: систематизація та уніфікація соціально-житлового законодавства; визначення соціальних нормативів та норм соціального житла у Законі України "Про державні соціальні стандарти та соціальні гарантії"; впорядкування соціального квартирного обліку громадян, які потребують соціального захисту, та обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов.

Список використаних джерел:

1. Щодо розвитку сектору орендного житла в Україні. Аналітична записка: Національний інститут стратегічних досліджень. URL: http://www.niss.gov.ua/articles/1240/ (дата звернення: 22.05.2018 р.).

2. Про житловий фонд соціального призначення : Закон України від 12.01. 2006 № 3334-IV. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3334-15/page2 (дата звернення: 22.05.2018).

3. Ничипоренко С.В. Інституційні основи моделі соціального житла: міжнародний досвід та напрями використання. Вісник Хмельницького національного університету. Серія «Економічні науки». 2012. № 1. С. 247-252.

4. Середницька І.А. Щодо питання про отримання соціального житла: проблеми та шляхи реалізації. Південно-український правничий часопис. 2015. № 3. С. 93-95.

5. Федосєєва Т.Р. Право громадян на житло у фонді соціального призначення : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня кандидата юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне права; міжнародне приватне право» ; Національний університет внутрішніх справ. Харків. 2003. 29 с.

6. Шевчук Т.В. Забезпечення населення соціальним житлом: світовий досвід. Науковий вісник НЛТУ України. 2014. Вип.24.5. С. 309-315. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvnltu_2014_24. (дата звернення: 22.05.2018).

7. Синчук С.М. Правовідносини соціального забезпечення: суб'єкти, зміст, об'єкти : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2015. 422 с.

8. Конституція України від 28 червня 1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

9. Право соціального забезпечення України : підручник / [Пилипенко П. Д. та ін.] ; за ред. д-ра юрид. наук, проф. П. Д. Пилипенка. Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Київ : Ін Юре, 2014. 476 с.

10. Про забезпечення реалізації житлових прав мешканців гуртожитку : Закон України від 04.08.2008 № 500-VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/500-17 (дата звернення: 22.05.2018).

11. Типове положення про соціальний гуртожиток для осіб, які потребують соціального захисту : Постанова КМ України від 30.05.2007 № 783. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/783-2007-п (дата звернення: 22.05.2018).

12. Типове положення про соціальний гуртожиток для дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/500-17 (дата звернення: 22.05.2018).

13. Житловий кодекс Української УРСР : Закон Української РСР від 30 червня 1983 р. № 5464-X. Відомості Верховної Ради УРСР. 1983. № 28. Ст. 573.

14. Про встановлення тимчасових мінімальних норм забезпечення соціальним житлом постанова КМ України від 19.03.2008 № 219. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/219-2008-п (дата звернення: 22.05.2018).

15. Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії : Закон України від 05 жовтня 2000 р. № 2017-III. Відомості Верховної Ради України. 2000. № 48. Ст. 409.

16. Про затвердження Правил обліку громадян, які потребують поліпшення житлових умов, і надання їм жилих приміщень в Україні: Постанова Ради Міністрів УРСР і Української республіканської ради професійних спілок від 11.12.1984 № 470. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/470-84-п (дата звернення: 22.05.2018).

17. Про Єдиний державний реєстр громадян, які потребують поліпшення житлових умов: Постанова Кабінету Міністрів України від 11.03.2011 № 238. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/238-2011-п (дата звернення: 22.05.2018).

18. Про прожитковий мінімум: Закон України від 15.07.1999 № 966-X- IV. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/966-14 (дата звернення: 22.05.2018).

19. Про Державний бюджет на 2018 рік : Закон України від 07 грудня 2017 р. № 2246-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2246-19 (дата звернення: 22.05.2018).

20. Оренда квартир в Україні: де найнижчі ціни. URL: https://24tv.ua/orenda_kvartir_v_ukrayini_de_naynizhchi_tsini_n937200 (дата звернення: 22.05.2018).

21. Деякі питання реалізації Закону України "Про житловий фонд соціального призначення" : Постанова Кабінету Міністрів України від 23.07.2008 № 682. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/682-2008-п/paran91#n91 (дата звернення: 22.05.2018).

В статье исследуются теоретические и законодательные проблемы реализации малообеспеченными гражданами права на социальное общежитие. Критически проанализированы правовые условия приобретения права человека на социальное общежитие и порядок его реализации. Обоснованы правовые признаки лица, нуждающегося в социальной защите в сфере жилищных отношений. Предложены изменения в социально-жилищное законодательство Украины.

Ключевые слова: социальное жилье, социальное общежитие, социальный квартирный учет, нормы обеспечения социальным жильем.

The article deals with the theoretical and legislative problems of realization of the right to social housing by low-income citizens. The legal conditions for acquiring the right to a social dormitory and procedure for its implementation are critically analyzed. The legal features of a person in need of social protection in the sphere of housing relations are substantiated. The changes in the social housing legislation of Ukraine are proposed.

Key words: social housing, social dormitory, social housing registry, social norms and norms of social housing provision.

УДК 349.2

Олена Коваленко,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права
Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди

Роман Шабанов,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін, господарського та трудового права
Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди

ДИСКРИМІНАЦІЯ ЧИ ЄДНІСТЬ ТА ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН: ЩО НІВЕЛЮЄТЬСЯ МОЗ НА ШЛЯХУ ДОСЯГНЕННЯ ГЕНДЕРНОЇ РІВНОСТІ В УКРАЇНІ

Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» задала вектори перетворень із метою впровадження в Україні європейських стандартів життя та виходу України на провідні позиції у світі. Однак чи за цими векторами рухається Україна у світлі останніх подій, пов'язаних із визнанням 13.10.2017 Міністерством охорони здоров'я України таким, що втратив чинність, свого наказу від 29 грудня 1993 р. № 256 «Про затвердження Переліку важких робіт та робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок (ДНАОП 0.03-8.08-93)» та реєстрацією цього наказу у Міністерстві юстиції України 14 грудня 2017 р. за № 1508/31376, сьогодні є питанням риторичним і доволі актуальним. Насамперед тому, що таким чином здійснюється спроба винищення розуміння фундаментальних понять трудового права – єдності та диференціації норм трудового права – шляхом заміни на термін «дискримінація у галузі праці». Автори обґрунтовують думку, що в основі діяльності України, а зокрема її державних органів, має бути втілено принцип безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини як найвищої соціальної цінності. Робиться висновок, що скасування МОЗ Переліку важких робіт та робіт із шкідливими та небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок, не тільки не сприяє досягненню гендерної рівності та забезпеченню сталого розвитку суспільства, веде до непрямої дискримінації жінок, а й іде у розріз із виконанням головного обов'язку Української держави – утвердженням і забезпеченням прав і свобод людини.

Ключові слова: соціальна держава, дискримінація, єдність та диференціація правового регулювання, гендерна рівність, принцип безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини.

Постановка проблеми. «Революція гідності та боротьба за свободу України створили нову українську ідею – ідею гідності, свободи і майбутнього. Громадяни України довели і продовжують у надтяжких умовах щоденно доводити, що саме гідність є базовою складовою характеру Українського народу. Україна переходить в нову епоху історії і Український народ отримує унікальний шанс побудувати нову Україну». Саме цими положеннями починається Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» [1], яка, по суті, задає вектори перетворень для нашої держави. Метою Стратегії є впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі. Задля цього рух уперед здійснюватиметься, зокрема, за векторами: безпеки, де особливу увагу потрібно приділити безпеці життя та здоров'я людини, а також гордості – через створення належних умов життя і праці для виховання власних талантів [1]. Однак чи за цими векторами рухається Україна у світлі останніх подій, пов'язаних із визнанням 13.10.2017 Міністерством охорони здоров'я України (далі – МОЗ) таким, що втратив чинність, свого наказу від 29 грудня 1993 р. № 256 «Про затвердження Переліку важких робіт та робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок (ДНАОП 0.03-8.08-93)» та реєстрацією цього наказу у Міністерстві юстиції України 14 грудня 2017 р. за № 1508/31376 [2], видається, сьогодні, є питанням риторичним і доволі актуальним.

© О. Коваленко, Р. Шабанов, 2018

Актуальність риторики щодо зазначеного питання пов'язана, насамперед, звичайно, не стільки з подією – скасуванням наказу МОЗ, скільки з тим, до чого воно призводить, адже, по суті, таким чином здійснюється спроба винищення розуміння фундаментальних понять трудового права – єдності та диференціації норм трудового права – шляхом їх бездумної заміни на термін «дискримінація у галузі праці», що є абсолютно неприпустимим для правової та соціальної держави, яка має досить потужні наукові доробки у цій сфері.

Стан дослідження. Єдність та диференціацію норм трудового права, заборону дискримінації у сфері праці завжди активно досліджували у науці, зокрема, С. В. Аристова, В. Я. Бурак, Д. О. Новіков, О. І. Процевський, О. В. Чичина, А. Ю. Пашерстник, С. Л. Рабинович-Захарін та інш. Однак зараз особливої гостроти цій риториці та необхідності нового долучення наукової спільноти до останньої додає ракурс, у якому МОЗ подало скасування зазначеного наказу: «з метою приведення нормативно-правових актів у відповідність до вимог гендерної політики» [2]. Звісно, гендерна політика – важливий напрям розвитку сучасної цивілізованої держави. Однак спроможність скасування цього наказу дійсно привести нормативно-правові акти у відповідність до вимог такої гендерної політики, реалізація якої б сприяла, як зазначає Концепція Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року, «досягненню гендерної рівності та забезпеченню сталого розвитку суспільства» [3] та ще й не за рахунок порушення принципу безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини, викликає великі сумніви.

Мета статті. Тому для отримання відповіді на зазначене питання у цій статті автори і ставлять за мету дослідити сучасне розуміння категорій дискримінації, єдності та диференціації норм трудового права, співвідношення цих категорій та на підставі отриманого визначити, чи сприяє досягненню гендерної рівності та забезпеченню сталого розвитку суспільства та чи не іде у розріз із виконанням головного обов'язку Української держави – утвердження і забезпечення прав і свобод людини – скасування МОЗ Переліку важких робіт та робіт із шкідливими та небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок.

Виклад основного матеріалу. Конституція у ст. 1 визначила Україну як демократичну, соціальну та правову державу [4, Ст. 1]. Це визначення розкривається у ст. 3 Конституції, яка визнає людину, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку найвищою соціальною цінністю. І тому цілком логічно, як далі зазначається у ст. 3 Конституції, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності української держави, яка відповідає за неї перед людиною. Утвердження і забезпечення прав та свобод людини є головним обов'язком держави [4, ст. 3]. Таким чином, Верховна Рада України від імені Українського народу – громадян України всіх національностей, приймаючи Конституцію України, підкреслюючи пріоритет прав і свобод людини, визначила сучасність і майбутнє існування та розвитку України саме як держави соціальної.

В. Шаповал влучно зазначає: «Соціальна держава – це характеристика сучасної держави, за смислом якої державна діяльність має бути спрямована на створення реальних стандартів матеріального добробуту, освіти, охорони здоров'я тощо і забезпечення таких стандартів для усіх громадян (індивідів), а також на мінімізацію фактичної соціальної нерівності з її економічними наслідками та створення системи соціальної підтримки (захисту) тих, хто цього потребує. Тим самим поняття соціальної держави поєднується з відповідно трактованими ідеями соціальної справедливості і соціального захисту. Про таке поєднання свідчить той факт, що практично усі дослідники пов'язують феномен соціальної держави з конституційною і міжнародно-правовою фіксацією соціально-економічних прав, а також з практикою щодо їх реалізації» [5, с. 14].

Тобто норми права є своєрідним «провідником» «соціальності» держави. Вони, а точніше їх зміст, дають змогу визначити, чи є держава соціальною, а отже сучасною і цивілізованою, і одночасно встановлюють шляхи реалізації функцій та напрямів соціальної держави. І першу скрипку у цьому процесі грають міжнародні та конституційні норми, закладаючи фундамент для втілення у дійсність. Причому це стосується не суто соціального напряму функціонування держави, а взагалі – існування і функціонування держави у всіх можливих напрямах, виходячи із соціального начала, відштовхуючись від ключового постулату про людину як найвищу соціальну цінність [6, с. 48].

Функціонування держави забезпечують державні органи, які мають виконувати заходи для справдження тих визначальних ідей, які закладені Конституцією України, в ім'я і на користь найвищої соціальної цінності – людини. І сутність їх можна звести до такого:

державні заходи насамперед мають охороняти життя і здоров'я нації – це перший, початковий етап, без виконання якого не тільки не можливо здійснити всі наступні, які стосуються захисту інших прав і є, по суті, надбудовою щодо першого етапу, а й взагалі вони втрачають сенс. Бо зрозуміло: якщо нема людини – питання гендерної рівності і не виникне ніколи!

Таким чином, можемо зробити висновок, важливий для продовження даного дослідження і досягнення його мети, що фундаментом усіх дій у державі є принцип безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини. Це стрижень, який пронизує усі напрями діяльності держави та державних органів, зокрема і нормотворення, на яке припадає левова частка зазначених заходів, адже саме через результат цієї діяльності – правову норму – встановлюються загальнообов'язкові правила поведінки та відбувається правове регулювання суспільних відносин у державі. Іншими словами, пріоритет збереження життя і здоров'я людини є зерном усіх процесів у державі, яке спроможне дати паростки для створення умов, необхідних для гідного життя і вільного розвитку кожної людини, існування та сталого розвитку держави, – для майбутнього.

У свою чергу, відповідно до ст. 21 Конституції України «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах», а відповідно до її ст. 24 «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» [4, ст. 24]. Ці конституційні приписи продовжуються змістовно у ст. 2-1 КЗпП України, якою забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці за ознаками, не пов'язаними з характером роботи або умовами її виконання [7]. Отже, основною засадою правового регулювання відносин у сфері праці виступає принцип рівності прав і можливостей, сутність якого якнайкраще пояснив видатний науковець, фундатор та флагман розвитку галузі трудового права О. І. Процевський. Вчений відзначив, що «сутність принципу рівності проявляється в забезпеченні рівних можливостей без будь-якої дискримінації реалізувати своє право на працю, отримувати рівну заробітну плату за рівну працю, працювати в належних безпечних і здорових умовах праці тощо. Інакше, конституційний принцип рівності прав і свобод громадян шляхом укладення трудового договору трансформується у принцип рівності (єдності) прав і обов'язків тепер уже як учасників суспільних відносин у сфері предмета трудового права. Саме цьому держава через трудове право як галузь права України забезпечує рівність (єдність) трудових прав працівників незалежно від форми власності, на основі якої створено підприємство, виду діяльності і галузевої належності тощо» [8, с. 41]. Як бачимо, О. І. Процевський показав трансформацію конституційного принципу рівності прав у принцип трудового права і встановив тотожність розуміння рівності і єдності, що дозволило вкотре обґрунтувати наступне твердження, яке міститься у генетичному коді соціальної держави та випливає з історії виникнення та розвитку трудового права – найбільш соціальної галузі права: «саме цьому держава гарантує рівні можливості шляхом встановлення пільг і гарантій для окремих категорій працівників, які потребують соціального захисту у зв'язку з фізіологічними особливостями» [8, с. 41]. Тобто йдеться про необхідність диференціації правового регулювання, яка також є принциповою засадою, на якій ґрунтується трудове право. Адже «єдність у встановленні умов праці на певному їх рівні не виключає, а, навпаки, передбачає врахування особливостей, тобто диференціацію правового регулювання. Неможливо застосовувати єдині норми незалежно від фізіологічних особливостей організму людини (неповнолітні, жінки), характеру праці, різних її умов (шкідливі, небезпечні умови) і іншої специфіки праці» [9, с. 96].

Зазначені особливості є об'єктивними факторами реальності, які не дозволяють встановити однакові для всіх загальнообов'язкові правила поведінки, бо це призведе до порушення принципу рівності прав і можливостей. Ці об'єктивні фактори ускладнюють процес реалізації прав, а тому роблять осіб, які беруть участь у трудовій діяльності, більш уразливими порівняно з іншими, отже завдання держави – підійти диференційовано до правового регулювання праці, що має такі особливості, і створити такий комплекс заходів, щоб вирівняти цих осіб у правах та можливостях з іншими, не допустити порушення їхніх прав.

Йдеться про те, що неповнолітні працівники не мають того обсягу фізичної сили та рівня психічного розвитку, що мають повнолітні; жінки, природно, незважаючи на феміністичні концепції, до речі, результати суб'єктивного бачення певних осіб, природою не підготовлені для важких робіт. І саме цим, до речі, а не приматом чоловіків обґрунтовується заборона застосування праці жінок на важких роботах. Йдеться про об'єктивні

властивості роботи, про ті чинники, які впливають на виконання трудової функції і яких позбавитися не можна, а можна лише в кращому разі зменшити негативну дію на людський організм.

Тому зазначене веде до наступного важливого висновку: принцип єдності та диференціації правового регулювання дозволяє забезпечити рівність прав і можливостей всіх людей незалежно від статі, враховуючи специфіку певних суб'єктів. Диференціація правового регулювання не заперечує єдність, а отже, і не перекреслює рівність прав і можливостей, а, навпаки, сприяє їй, ґрунтуючись на принципі безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини.

Природа наділила жінку унікальною здатністю, якої не має чоловік, – виносити та народити дитину – продовження людського роду та майбутнього громадянина своєї країни. А важкі роботи негативно відобразяться на цій здатності, бо вплив факторів виробничого середовища і трудового процесу на стан специфічних функцій жіночого організму завжди був і залишається однією з найбільш актуальних і складних проблем професійної патології. Ми не будемо заглиблюватися у медичну специфічну тематику, однак зауважимо, що вирізняється декілька основних груп професійних чинників, що негативно впливають на жіночий організм і які були враховані, коли було встановлено заборону працювати жінкам за 450 професіями у скасованому наказі МОЗ № 256, зокрема: токсичні, хімічні речовини; фізичні фактори, біологічні фактори, фізична праця, пов'язана з процесами піднімання та перенесення вантажів; вимушене положення тіла тощо. І всі вони, за даними ВООЗ, можуть негативно впливати на організм жінки у процесі виробництва та призводити до: порушення менструальної функції; порушення функції яєчників та внутрішньоутробного розвитку плода під час вагітності; опущення та випадіння матки; викиднів; передчасних пологів; токсикозів; неплідності; пригнічення лактації; ембріотоксичної та тератогенної дії, що може призводити до дисгенезії органів, внутрішньоутробної загибелі плода, підвищення частоти мертвонароджуваності, народження нежиттєздатних дітей, підвищення їхньої смертності у перші дні або тижні після пологів, тяжких вад розвитку плода. Експериментально доведено можливість порушення ембріогенезу через дію навіть низьких доз токсичних речовин, нешкідливих для матері; мутагенний ефект може проявитися негативним впливом на яйцеклітину та генетичними порушеннями тощо [10, с. 49-50]. І тому навіть після такого поверхневого ознайомлення з цим негативним впливом на організм жінки, здоров'я та дітородна функція якої є, наголошуємо ще раз, єдиною можливістю існування та розвитку будь-якої держави, неминуче постають питання щодо України: чи виконує держава в особі МОЗ свій головний обов'язок – утверджувати та забезпечувати права і свободи людини, скасовуючи заборону на використання праці жінок на важких роботах, та в особі Міністерства юстиції, яке реєструє цей наказ? Взагалі, як можна скасовувати цю заборону, коли, за даними Державної служби статистики України, у період із січня по жовтень 2017 року населення Україні, без урахування даних з окупованих території Донбасу та анексованого Криму, зменшилося на 166,3 тисячі осіб; коли залишається суттєвим перевищення кількості померлих над кількістю живонароджених (на 100 померлих – 64 народжені людини) і коли всі ще пам'ятають гасло, яке лунало на початку отримання Україною незалежності, «Нас 52 млн!», а зараз чисельність населення країни на 1 листопада 2017 р. становила 42 мільйони 418 тисяч осіб [11]?

Видається, відповіді на ці питання мають бути категорично однозначним. Держава, яка дивиться в майбутнє, а тим більше, виборює його вже 4 роки у кривавій боротьбі, має дбати про збільшення свого населення через основний напрям – сприяння, підтримку, збереження та захист здатності жінки продовжувати людський рід, чому скасування переліку важких робіт, на яких заборонено працювати жінкам, аж ніяк не на користь! І ніякому встановленню гендерної рівності це скасування сприяти не може, бо, повертаючись до початку нашого дослідження, його просто не буде кому і для кого встановлювати!

Хоча, як бачимо, на жаль, МОЗ та деякі можновладці користуються якоюсь іншою логікою. У їхньому сприйнятті прийняття наказу МОЗ, яким було скасовано наказ, що визначав Перелік важких робіт та робіт із шкідливими та небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок, якщо не встановлює, то, як мінімум, суттєво сприяє утвердженню гендерної рівності в Україні. Зокрема, народний депутат України, Голова підкомітету з питань гендерної рівності і недискримінації Комітету Верховної Ради України з питань прав людини, національних меншин і міжнаціональних відносин І. М. Суслова у своєму пості у соціальній мережі Facebook від 21 грудня 2017 р. з цього приводу зазначила: «Перемога «під ялинку»! Ганебний наказ МОЗу № 256 скасовано!...Фактично він забирав у них (жінок – О.К., Р.Ш.) свободу вибору й ставив їх в нерівне становище стосовно чоло-

віків. Скасування наказу мусить стати першим кроком на шляху до недискримінації жінок у трудових відносинах. Далі – створення безпечних умов праці для усіх людей, незалежно від статі, боротьба із гендерною сегрегацією під час працевлаштування та викорінення сексизму на роботі. Щиро дякую в.о. міністра охорони здоров'я Уляні Супрун за розуміння та підтримку нашої ініціативи!» [12].

Варто зазначити, що за всією мішурою цих красивих іноземних слів загубилася цінність людського життя і здоров'я. А дарована зі скасуванням заборони так звана «свобода вибору» та нібито «рівність становища жінок стосовно чоловіків» є мильною бульбашкою, що лопається через об'єктивні реалії життя щодо зменшення чисельності населення України, погіршення його здоров'я, зокрема жіночого репродуктивного, наведену наукову правову та медичну доктрину, а також і власне юридичні дефініції (про що трохи пізніше). Адже свобода не означає свавілля. Вибирати можна з того, що є, а погоджуватися – на те, що пропонується. І якщо в нинішніх умовах, зважаючи на підвищений розмір оплати праці за важкими професіями, жінці запропонувати таку роботу, то, швидше за все, вона на неї погодиться, бо думати вона буде про теперішній час, про те, чим зараз нагодувати дітей та чим завтра заплатити за їхнє навчання, а не про своє майбутнє: про скорочення не тільки свого трудового життя (подовження якого, до речі, на цьому наголошують науковці [13, с. 27], є орієнтиром для виконання Європейської стратегії у сфері зайнятості [14]), а й про втрату свого здоров'я і, як наслідок, скорочення життя біологічного. Про майбутнє своїх громадян має піклуватися держава, яка визначила себе як соціальну і правову. Але скасування наказу МОЗ № 256 дає підстави вважати, що держава від цього всіляко відхрещується...

«Можливість суб'єкта обирати – свобода волі – характеризує наявність у нього потенціалу, простору для власного прийняття рішення, однак в умовах усвідомлення законів розвитку природи і суспільства» [6, с. 27]. Яку свободу пропонують жінкам ті, хто ці закони не бажає усвідомлювати? У чому була ганебність наказу МОЗ № 256? У тому, що жінка не може працювати у шахті, за загальними професіями чорної і кольорової металургії, загальними професіями електротехнічного виробництва, електронної техніки, а також хімічного виробництва, гумових сумішей та їх переробки, на виробництві цементу, на тютюново-махорочному і ферментаційного виробництві, виконувати ливарні роботи, роботи зі свинцем, лісозаготівельні роботи та роботи, пов'язані із застосуванням свинцевих сплавів? Але чи потрібна жінкам така так звана свобода? Чи залишиться жінка жінкою, працюючи на цих роботах, чи зможе виконати свою природну функцію – чому не виникло це питання? Критикуючи нормативно-правові акти, що забороняють працю жінок на важких роботах, можновладці повторюють помилки радянських державних діячів, які вірили в те, що можна повернути ріки назад. Однак, як бачимо, об'єктивні закони природи цього не дозволили.

Важливо зазначити ще дуже важливу річ: існування у КЗпП України ст. 174 із назвою «Роботи, на яких забороняється застосування праці жінок», зміст якої такий: «Забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підземних роботах, крім деяких підземних робіт (нефізичних робіт або робіт по санітарному та побутовому обслуговуванню). Забороняється також залучення жінок до підіймання і переміщення речей, маса яких перевищує встановлені для них граничні норми. Перелік важких робіт та робіт із шкідливими і небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок, а також граничні норми підіймання і переміщення важких речей жінками затверджуються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, за погодженням із центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони праці» [7, ст. 174]. Про її існування працівники МОЗ, скасовуючи Перелік заборонених для жінок важких робіт, забули? Бо скасовано не заборону жінкам працювати на важких роботах, а норми, які визначали механізм її застосування. Ст. 174 КЗпП України діє, і скасування Наказу МОЗ, який став предметом розгляду, на її скасування жодним чином не впливає. Яка ж це перемога? Це шлях до колапсу правового регулювання праці жінок, адже на практиці створена прогалина: які роботи є важкими, небезпечними, шкідливими?

Варто наголосити, що у контексті скасування МОЗ Переліку важких робіт та робіт із шкідливими та небезпечними умовами праці, на яких забороняється застосування праці жінок, рівність прав жінок і чоловіків розуміється дуже спрощено – як однаковість, без урахування системи зв'язків та співвідношення, зокрема, між такими категоріями, як соціальна держава, єдність та диференціація правового регулювання, пряма та непряма дискримінація, право на життя, право на працю, принцип безумовно-

го пріоритету збереження життя і здоров'я людини тощо. Однаковий не означає рівний. Треба усвідомлювати, що рівність прав – це категорія рухомої складної рівноваги, де шальки терезів, а також вага на них не статичні, а постійно рухаються, змінюються, враховуючи специфіку суб'єкта, дії якого регулюються. Держава при цьому має відігравати свою роль, виконуючи свій головний обов'язок перед людиною – стежити, щоб ця специфіка суб'єкта, за наявності загальних норм, не стала йому тягарем у можливості реалізації його прав і не відобразилася негативно на головних правах людини – праві на життя та здоров'я (бо якими б важливими не були інші права, у тому числі і право на рівність у можливостях, смерть людини або покалічене здоров'я, що також вкоротить життя, зробить всі інші права неважливими). І тому виконання цього обов'язку держави полягає у створенні спеціальних норм – заборон, пільг, гарантій тощо, які врахують цю специфіку та сприятимуть рівноправ'ю із дотриманням визнаних пріоритетів.

Зазначене дозволяє зробити ще один важливий для даного дослідження висновок: диференціація правового регулювання не є і не може бути дискримінацією і не заважає утвердженню гендерної рівності. Тоді як, не враховуючи об'єктивні фізіологічні та соціальні особливості, що має жінка, абсолютно однакове – нейтральне – правове регулювання для всіх із рівності та доступності у можливості скористатися своїми правами трансформується у порушення принципу безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини, що, звичайно, не відповідає категорії, що покладена в основу права як системи норм, та одночасно є метою його існування – справедливості та реалізації державою принципу, закладеного у ст. 3 Конституції України про визнання людини, її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю.

До речі, нагадаємо, що ще у XVII ст. видатний український філософ Г. С. Сковорода висував ідею нерівної рівності, яка цілком відображає сутність принципу єдності та диференціації правового регулювання і доводить що рівність не означає однаковість. Сенс ідеї полягає в тому, що всі люди, як тіні істинної внутрішньої Людини, рівні перед Богом, але разом із тим вони всі різні. Свою думку Г. С. Сковорода розкривав через образ фонтана, який заповнює великі та малі посудини. Посудини різні, однак вони всі рівні між собою тому, що вони всі повні.

Так от і єдність та диференціація правового регулювання суспільних відносин є одним зі способів досягнення мети рівності усіх працівників у правах, свободах, обов'язках, їх реалізації незалежно від місця застосування своєї праці. Причому слід підкреслити, що такі заходи, які ґрунтується на об'єктивних специфічних особливостях, юридично також дискримінацією не вважаються. Про це свідчать міжнародні стандарти, зокрема ті, що містяться у Конвенції МОП № 111 «Про дискримінацію в галузі праці та занять» [15] та Рекомендації МОП № 111 «Про дискримінацію в галузі праці та занять» [16], а саме: «Будь-яке розрізнення, недопущення або перевага відносно певної роботи, що ґрунтується на її специфічних вимогах, не вважається дискримінацією». До речі, Україна імплементувала ці міжнародні стандарти у своє національне законодавство. Так п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» надає визначення дискримінації як ситуації, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (далі – певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними. А за ч. 3 ст. 6 зазначеного Закону не вважаються дискримінацією дії, які не обмежують права та свободи інших осіб і не створюють перешкод для їх реалізації, а також не надають необґрунтованих переваг особам та/або групам осіб за їх певними ознаками, стосовно яких застосовуються позитивні дії, а саме: спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб, які потребують такого захисту; здійснення заходів, спрямованих на збереження ідентичності окремих груп осіб, якщо такі заходи є необхідними; надання пільг та компенсацій окремим категоріям осіб у випадках, передбачених законом; встановлення державних соціальних гарантій окремим категоріям громадян; особливі вимоги, передбачені законом, щодо реалізації окремих прав осіб [17].

Разом із тим також у п. 3. ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону визначено і поняття непрямої дискримінації як ситуації, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, критеріїв оцінки, правил, вимог чи практики для особи та/або групи осіб за їх певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами та/або групами осіб, крім випадків, коли їх реалізація чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої

є належними та необхідними [17]. І саме до цього – до непрямої дискримінації, а не до свободи – і веде скасування МОЗ свого наказу, що встановлював перелік (підкреслюємо, що йдеться про скасування саме переліку, а не заборони, бо заборона встановлена ст. 174 КЗпП України), заборонених для жінок робіт.

Висновки.

Таким чином, на підставі викладеного слід констатувати:

1. Фундаментом усіх дій у державі, зокрема у нормотворчості, є принцип безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини. Це стрижень, який має пронизувати усі напрями діяльності держави та державних органів.

2. Принцип єдності та диференціації правового регулювання дозволяє забезпечити рівність прав і можливостей всіх людей незалежно від статі. Диференціація правового регулювання не заперечує єдність, а отже, і не перекреслює рівність прав і можливостей, а, навпаки, сприяє їй.

3. Диференціація правового регулювання не є і не може бути дискримінацією і не заважає утвердженню гендерної рівності. Тоді як, не враховуючи об'єктивні фізіологічні та соціальні особливості, що має жінка, абсолютно однакове – нейтральне – правове регулювання для всіх із рівності та доступності у можливості скористатися своїми правами трансформується у порушення принципу безумовного пріоритету збереження життя і здоров'я людини, що, звичайно, не відповідає категорії, що покладена в основу права як системи норм, та одночасно є метою його існування – справедливості та реалізації державою принципу, закладеного у ст. 3 Конституції України про визнання людини, її життя та здоров'я найвищою соціальною цінністю.

4. Скасування заборони на застосування праці жінок на важких роботах насправді веде до прямо протилежного результату – не забезпеченню гендерної рівності, а, навпаки, до дискримінації жінок у непрямій формі.

Враховуючи актуальність та гостроту запропонованої теми, автори закликають до публічної дискусії з приводу дотримання Україною своїх обов'язків як держави соціальної у контексті скасування МОЗ України заборони жінкам працювати на важких роботах.

Список використаних джерел:

1. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ Президента України № 5/2015 від 12 січня 2015 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/5/2015 (дата звернення: 27.05.2018).

2. Про визнання таким, що втратив чинність, наказу Міністерства охорони здоров'я України від 29 грудня 1993 року № 256: Наказ Міністерства охорони здоров'я № 1254 від 13.10.2017 URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1508-17 (дата звернення: 27.05.2018).

3. Концепція Державної соціальної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 року / Кабінет Міністрів України; Розпорядження, Концепція від 05.04.2017 № 229-р URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/229-2017-%D1%80 (дата звернення: 27.05.2018).

4. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

5. Шаповал В. Конституційна категорія соціальної держави. Право України. 2004. № 5. С. 14-19.

6. Коваленко О.О. Свобода волі працівника і роботодавця та її вплив на укладання, зміну та припинення трудового договору. Харків: ХНАДУ, 2015. 348 с.

7. Кодекс законів про працю України: Закон УРСР № 322-VIII від 10.12.1971 URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/322-08/page5 (дата звернення: 27.05.2018).

8. Процевський О.І. Окремі питання щодо єдності та диференціації правового регулювання трудових відносин. Збірник наукових праць ХНПУ ім. Г.С. Сковороди. Серія «Право». Харків: ХНАДУ, 2007. Вип. 9. С. 39–48.

9. Аристова С.В. Особенности отраслевой дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений. Вестник Московского университета. Серия «Право». 2001. № 1. С. 96–104.

10. Ткачишин В. Вплив негативних виробничих факторів на жіночий організм. Медичні аспеки здоров'я жінки. 2012. № 5 (57). С. 48–51.

11. У Держстаті розповіли, на скільки зменшилось населення України за рік (Zik) URL: http://zik.ua/news/2017/12/20/u_derzhstati_rozpovily_na_skilky_zmenshylos_naselennya_ukrainy_za_rik_1229725 (дата звернення: 01.04.2018).

12. Ірина Суслова (Facebook) URL: https://www.facebook.com/ir.suslova?fref=ts/ (дата звернення: 01.02.2018).

13. Шабанов Р.І. Концептуальні засади соціального захисту від безробіття. Харків: ХНПУ ім. Г.С. Сковороди, 2015. 360 с.

14. The Lisbon European Council – an Agenda of Economic and Social Renewal for Europe: Contribution of the European Commission to the Special European Council in Lisbon (23–24th March 2000, Brussels).

15. Конвенція Про дискримінацію в галузі праці та занять №111: прийнято МОП 25.06.1958 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/en/993_161(дата звернення: 01.04.2018).

16. Рекомендація Про дискримінацію в галузі праці та занять № 111 прийнято МОП 25.06.1958 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_602 (дата звернення: 01.04.2018).

17. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI. Відомості Верховної Ради. 2013. № 32. Ст. 412.

Стратегия устойчивого развития «Украина – 2020» задала векторы преобразований с целью внедрения в Украине европейских стандартов жизни и выхода Украины на ведущие позиции в мире. Однако по этим ли векторам движется Украина в свете последних событий, связанных с признанием 13.10.2017 Министерством здравоохранения Украины утратившим силу своего приказа от 29 декабря 1993 № 256 «Об утверждении Перечня тяжелых работ и работ с вредными и опасными условиями труда, на которых запрещается применение труда женщин (ДНАОП 0.03-8.08-93)» и регистрацией настоящего приказа в Министерстве юстиции Украины 14 декабря 2017 г. под № 1508/31376, сегодня вопросом риторическим и довольно актуальным. Прежде всего, потому, что таким образом осуществляется попытка уничтожения понимания фундаментальных понятий трудового права – единства и дифференциации норм трудового права – путем замены на термин «дискриминация в сфере труда». Авторы обосновывают мнение, что в основе деятельности Украины, а в частности ее государственных органов, должен быть принцип безусловного приоритета сохранения жизни и здоровья человека как высшей социальной ценности. Делается вывод, что отмена МЗ Перечня тяжелых работ и работ с вредными и опасными условиями труда, на которых запрещается применение труда женщин, не только не способствует достижению гендерного равенства и обеспечению устойчивого развития общества, ведет к косвенной дискриминации женщин, но и идет в разрез с выполнением главной обязанности Украинского государства – утверждения и обеспечения прав и свобод человека.

Ключевые слова: социальное государство, дискриминация, единство и дифференциация правового регулирования, гендерное равенство, принцип безусловного приоритета сохранения жизни и здоровья человека.

The Strategy for Sustainable Development "Ukraine 2020" has set the vectors for transformation in order to implement European standards of life in Ukraine and Ukraine's emergence of leading positions in the world. However, the topical but rhetorical question is about recent events related to the recognition by the Ministry of Health of Ukraine of 13.10.2017 of its decree, dated December 29, 1993, No. 256 "On Approval of the List of hard works and works on hazardous and dangerous working conditions that prohibit women's labor (DNAOP 0.03-8.08-93)", and the registration of this order in the Ministry of Justice of Ukraine on December 14, 2017, under No. 1508/31376. First of all, in this way an attempt is made to eliminate understanding of the fundamental notions of labor law – the unity and differentiation of the norms of labor law by substituting for the term "discrimination in the field of labor". The authors justify the opinion that the principle of the unconditional priority of preserving human life and health as the highest social value should be embodied in the activities of Ukraine and its state bodies. It's concluded that the abolition of the MOH's list of hard work and work on harmful and dangerous working conditions, which prohibits women's labor, does not contribute to the achievement of gender equality and the sustainable development of society, and leads to indirect discrimination against women, but also goes against the implementation the main duty of the Ukrainian state – the affirmation and guarantee of human rights and freedoms.

Key words: social state, discrimination, unity and differentiation of legal regulation, gender equality, principle of unconditional priority of preservation of life and health of a person.

УДК 349.42

Тетяна Оверковська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права
Вінницького національного аграрного університету

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ВИРОБНИЦТВА

У статті аналізуються правові засади подальшої екологізації сільськогосподарського виробництва, визначається, в яких межах має провадитися екологізація, звертається увага на окремі складники екологізації виробництва сільськогосподарської продукції, а також формулюються висновки, засновані на положеннях наукової доктрини та чинного законодавства України.

Ключові слова: сільське господарство, екологізація виробництва, сільськогосподарське виробництво, екологізація землеробства, консолідація земель, екологічна рівновага, оцінка впливу на довкілля.

Постановка проблеми. Пріоритетами реалізації Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», що схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015, є реформування сфери забезпечення безпечності та якості сільськогосподарської продукції, збереження навколишнього природного середовища, а також зростання економіки екологічно невиснажливими способами. Крім цього, з метою розширення та спрощення доступу українських товарів на ринки держав – членів Європейського Союзу необхідно призвести систему технічного регулювання у відповідність до європейських вимог та завершити реформування системи державного контролю за безпечністю та якістю харчових продуктів. Отже, зазначені пріоритети та вектори сталого розвитку держави зумовлюють подальше запровадження екологізації виробництва сільськогосподарської продукції.

Варто зауважити, що специфіка сільськогосподарського виробництва є основним неупередженим фактором, що зумовлений шкідливим технологічним та антропогенним впливом на довкілля практично усіма галузями виробництва. Це спричинено декількома факторами: по-перше, забрудненням середовища промисловими відходами та технологічною недосконалістю низки виробництва, що зумовлює викиди та скиди в повітря та водні джерела; по-друге, недостатньою охороною ґрунтів, недосконалістю природоохоронної роботи, що чинить негативний вплив на земельні ресурси. При цьому екологічний чинник набуває все більшого значення і впливає на ефективність сільськогосподарського виробництва [1, с. 30].

Аналіз публікацій і досліджень. Проблеми екологізації сільськогосподарського виробництва неодноразово були предметом дослідження на науковому рівні. Зокрема, вагомий внесок у розроблення правових питань екологізації аграрного виробництва та забезпечення екологічної безпеки у сфері сільськогосподарського виробництва зробили такі вчені, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, А. Г. Бобкова, С. І. Бугера, В. М. Єрмоленко, Т. О. Коваленко, Т. Г. Ковальчук, К. А. Кондратьєва, С. І. Марченко, В. Ю. Уркевич та інші. Разом із тим правові засади виробництва продуктів харчування та сировини рослинного й тваринного походження з дотримання екологічних імперативів та вимог збереження навколишнього природного середовища для теперішніх та прийдешніх поколінь, створення екологічно безпечних умов для провадження виробничо-господарської діяльності у сільському господарстві не втрачають своєї актуальності та перспектив розвитку й удосконалення законодавства щодо регулювання зазначеної сфери суспільних відносин.

У зв'язку з цим **метою** даної **статті** є аналіз правих засад подальшої екологізації сільськогосподарського виробництва.

Виклад основного матеріалу. У довідникових джерелах екологізація виробництва розглядається як удосконалення наявних і створення нових технологічних процесів, які повніше задовольняють принцип непорушення екологічної рівноваги. При цьому основними напрямами екологізації виробництва є розроблення й наукове обґрунтування нових технологічних процесів, оптимізація експлуатації природних ресурсів, їх комплексне й багаторазове використання, рекультивація природного середовища [2, с. 113], а також постійне відтворення наукових ідей, інформаційних матеріалів, технічних засобів та технологічних рішень, що сприяють роз-

© Т. Оверковська, 2018

витку екологічно обумовлених виробничих систем [3, с. 236].

У свою чергу, екологізація агропромислового комплексу визначається як екологізація сільськогосподарського виробництва (боротьба з ерозією ґрунтів, застосування органічних добрив, агролісомеліорація, культурно-технічна меліорація, вапнування кислих ґрунтів, мінімізація техногенного впливу на ґрунти, ґрунтозахисні технології, біологічні методи захисту рослин та інші «м'які» методи поліпшення якості ґрунтів); прискорення розвитку промислово-побутової сфери агропромислового комплексу (інфраструктура, переробні галузі промисловості) тощо [3, с. 236]. Отже, з огляду на зазначені положення, основними напрямами екологізації сільськогосподарського виробництва слід вважати: застосування ґрунтозахисних технологій ведення аграрного виробництва; мінімізацію техногенного впливу на землі сільськогосподарського призначення; здійснення заходів охорони земель сільськогосподарського призначення та ґрунтів від забруднення та псування; оптимізацію структури землекористування.

На доктринальному рівні сформульовано поняття принципу екологізації аграрного виробництва, який полягає в тому, що являє собою керівне положення – вимогу аграрного законодавства стосовно нормативного закріплення та практичної реалізації екологічних імперативів усіма суб'єктами сільськогосподарської виробничої діяльності з метою захисту навколишнього природного середовища, мінімізації негативного впливу антропогенних факторів на нього, збереження стійкої рівноваги екосистем, екологозбалансованого природокористування в процесі їхньої діяльності, а також виробництва якісної, екологічно безпечної сільськогосподарської продукції рослинного і тваринного походження [4, с. 7]. Аналізуючи цю наукову позицію, можна дійти висновку, що екологізація сільськогосподарського виробництва може простежуватися в двох основних напрямах: по-перше, шляхом дотримання та реалізації екологічних імперативів у процесі виробничо-господарської діяльності аграрних товаровиробників, яка зумовлює необхідність раціонального та екологічного безпечного використання земель сільськогосподарського призначення та інших природних ресурсів; по-друге, забезпечення виробництва екологічно безпечної сільськогосподарської продукції.

Загальновідомо, що аграрна сфера економіки зумовлює використання земель сільськогосподарського призначення. Саме тому у сільськогосподарському виробництві необхідно забезпечувати охорону земель з метою їх ефективного та раціонального використання на основі реалізації комплексу заходів щодо збереження продуктивності земельних угідь, підвищення їхньої екологічної стійкості та родючості, зменшення порушення структури й ущільнення ґрунту, забезпечення відновлення його водного і повітряного режимів.

Необхідність зазначеного зумовлюється тими фактами, що надмірна розораність земель, яка становить понад 54 відсотки земельного фонду України (у розвинутих країнах Європи – не перевищує 35 відсотків), у тому числі на схилах, призвела до порушення екологічно збалансованого співвідношення сільськогосподарських угідь, лісів та водойм, що негативно вплинуло на стійкість агроландшафтів і зумовило значне техногенне навантаження на екологічну сферу. Найбільш істотним фактором зниження продуктивності земель і зростання деградації агроландшафтів є водна ерозія ґрунтів [5].

Особливу небезпеку для довкілля, якісного стану земель та ґрунтів, а також безпечності та якості сільськогосподарської продукції становить забруднення ґрунтів радіонуклідами, важкими металами, збудниками хвороб, а також засмічення сільськогосподарських угідь. З метою запобігання цим негативним тенденціям законодавством України встановлюються вимоги щодо охорони земель, зокрема, сільськогосподарського призначення і ґрунтів від забруднення небезпечними речовинами, стічними водами та відходами. Так, Законом України «Про охорону земель» від 19 червня 2003 року № 962-VI забороняється господарська діяльність, яка зумовлює забруднення земель і ґрунтів понад установлені гранично допустимі концентрації небезпечних речовин (ст. 45). Відповідно до вимог ст. 20-2 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» від 25.06.1991 № 1264-XII центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику зі здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів, у межах своєї компетенції має право обмежувати чи зупиняти (тимчасово) діяльність підприємств і об'єктів незалежно від їх підпорядкування та форми власності, якщо їх експлуатація здійснюється з порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, законодавства про оцінку впливу на довкілля, вимог дозволів на використання природних ресурсів, з перевищенням нормативів гранично допустимих

викидів впливу фізичних та біологічних факторів і лімітів скидів забруднюючих речовин.

Також з метою попередження засмічення земель забороняється несанкціоноване скидання і розміщення відходів. При цьому у районах можливого забруднення або засмічення земель небезпечними відходами, у тому числі аварійними, за рішенням місцевої державної адміністрації або органу місцевого самоврядування проводяться постійні або періодичні обстеження хімічного складу ґрунтів з метою виявлення та визначення їх негативного впливу на здоров'я людини, а також окремих видів природних ресурсів і довкілля в цілому (ст. 46 Законом України «Про охорону земель»).

На думку науковців, головним принципом розвитку всього агропромислового комплексу повинна стати екологізація усіх заходів із розвитку сільського господарства, облік природних особливостей функціонування земельних ресурсів [6, с. 216].

Таким чином, екологізація сільськогосподарського виробництва неможлива без дотримання вимог щодо екологічно безпечного використання природно-ресурсного потенціалу для потреб аграрного виробництва, тобто екологізації сільськогосподарського землекористування та забезпечення належного екологічного стану навколишнього природного середовища, впровадження природоохоронних та екологічно виважених способів використання природних ресурсів у сільському господарстві. Правовим підґрунтям цього слід вважати положення ст. 5 Земельного кодексу України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III, у якій закріплюється принцип земельного законодавства як пріоритет вимог екологічної безпеки.

При цьому принцип пріоритету вимог екологічної безпеки означає, що порушення вимог екологічної безпеки не можна виправдати жодними міркуваннями на кшталт економічної ефективності, доцільності, відповідності певної діяльності законодавству чи великого значення для держави, суспільства тощо [7, с. 25].

Отже, постає питання щодо екологізації сучасного землеробства шляхом запровадження методів альтернативного сільського господарства. Так, деякі аграрні організації, фермери як на Заході, так і в Україні стають на шлях «екологізації» та «біологізації» сучасного землеробства, тобто переведення його в нешкідливий для природного середовища стан з можливістю забезпечення споживача чистими продуктами харчування [8, с. 301]. У зв'язку з цим у спеціальній літературі пропонується альтернативне землеробство розглядати як один із найдієвіших методів екологізації використання земель сільськогосподарського призначення, в основу якого покладено зменшення або повна відмова від використання синтетичних мінеральних добрив, пестицидів, регуляторів росту та інших хімічних засобів. При цьому основними завданнями альтернативного землеробства є: збереження і підвищення родючості ґрунтів; захист довкілля; активізація кругообігу речовин і перенесення енергії в агроекосистемах; поліпшення якості продукції; забезпечення стійкості агроекосистем тощо [6, с. 216].

На погляд фахівців, ще одним важливим напрямом екологізації використання земель сільськогосподарського призначення є впровадження сучасних технологій використання решток сільськогосподарського виробництва: гною, соломи, жому. Заміна синтетичних мінеральних добрив гноєм і компостами збагачує ґрунт органічними речовинами, відграє вирішальну роль у підвищенні його родючості [6, с. 217].

Негативні тенденції щодо екологізації сільськогосподарського виробництва зумовлює надмірне подрібнення сільськогосподарських угідь. В юридичній літературі вже зверталася увага на шкідливість надмірного подрібнення земельних ділянок та необхідність запровадження мінімально допустимих розмірів земельних ділянок сільськогосподарського призначення з урахуванням місцевих умов, наявності земель та щільності населення [9, с. 68-70].

Крім того, відсутність еколого-економічного обґрунтування перерозподілу земельних ресурсів призвела до подрібнення сільськогосподарських полів, у результаті чого 6,9 млн. громадян (46, 4 відсотка сільського населення) набули право на земельну частку (пай), а 27 млн. гектарів сільськогосподарських земель передано у приватну власність, і, як наслідок, неефективного використання значної кількості розпайованих земель [5]. Отже, внаслідок розпаювання земель відбулась надмірна парцеляція земель сільськогосподарського призначення, що досить ускладнює процес їх ефективного використання, тому надзвичайно актуальною й важливою сьогодні є консолідація земель [10, с. 111].

Звідси значну роздрібненість, нераціональний розмір землеволодіння і землекористування, далекоземелля, черезсмужжя слід розглядати як недоліки землекористування, які є перешкодою для екологізації сільськогосподарського виробництва та екологічно збалансованого використання земель сільськогосподарського призначення. Як показує світовий досвід, одним зі способів вирішення зазначених проблем та під-

вищення ефективності виробництва у сільському господарстві є консолідація земель сільськогосподарського призначення.

Під консолідацією земель сільськогосподарського призначення слід розглядати діяльність (або інструмент), що здійснюється з метою консолідації фрагментованих (роздрібнених) сільськогосподарських агроформувань або, іншими словами, для об'єднання відокремлених земельних ділянок окремих господарств. Тобто це процес усунення недоліків землеволодіння і/та землекористування, а саме незручностей у конфігурації, площі, структурі, розміщенні й межах земельних масивів або ділянок, закріплених за сільськогосподарськими підприємствами і громадянами, що негативно впливають на використання землі, економіку й організацію виробництва [11, с. 37].

Відповідно до досліджень ФАО (Продовольча та сільськогосподарська організація ООН) консолідація земель сільськогосподарського призначення може: 1) сприяти поліпшенню сільськогосподарського виробництва (маючи можливість купувати сільськогосподарські землекористування з меншим числом ділянок, але більших за площею та кращої форми, і збільшувати площу своїх володінь, фермери можуть ставати більш конкурентоспроможними); 2) стимулювати більш ефективне управління природними ресурсами (раціоналізація структури землеволодіння може полегшувати охорону навколишнього середовища та сприяти більш раціональному плануванню та організації землекористування); 3) сприяти поліпшенню систем управління земельними ресурсами (оскільки проекти з консолідації земель дають можливість уточнювати та оновлювати інформацію у реєстрах власності, а більш якісна інформація про права на землю полегшує розвиток земельних ринків та врегулювання земельних конфліктів) [11, с. 37-38].

Таким чином, консолідації земель сільськогосподарського призначення притаманні як економічний, так й екологічний аспекти. Економічний аспект полягає у можливості підвищення продуктивності сільськогосподарських угідь, їх ефективного використання і, як кінцевий результат, отримання більшої товарної маси продукції рослинництва і тваринництва. Екологічний аспект простежується у можливості забезпечення раціонального використання та охорони земель сільськогосподарського призначення, збереження та покращення природних ландшафтів [12, с. 171], а також сприятиме екологізації сільськогосподарського виробництва.

На думку науковців, логічним наслідком екологізації використання земель сільськогосподарського призначення є виробництво екологічно чистої продукції, що дає змогу вирішити одразу три екологічно детерміновані і соціально значимі проблеми: 1) охорона навколишнього природного середовища від забруднення синтезованими хімічними речовинами, які застосовуються в процесі сільськогосподарської діяльності людини; 2) попередження деградаційних процесів у ґрунтах, які виникають через інтенсивне ведення сільського господарства; 3) покращення стану здоров'я населення внаслідок вживання екологічно чистої і, як наслідок, біологічно повноцінної продукції [6, с. 217].

Оскільки екологізація виробництва зумовлює дотримання принципу непорушності екологічної рівноваги та впровадження екологічних вимог у всі види і етапи господарської діяльності, на нашу думку, одним із критеріїв екологізації сільськогосподарського виробництва слід вважати оцінку впливу на довкілля. Правове регулювання оцінки впливу на довкілля, зокрема, сільськогосподарського виробництва здійснюється на підставі положень Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» від 23 травня 2017 року № 2059-VIII з метою запобігання заподіяння шкоди довкіллю, забезпечення екологічної безпеки, охорони довкілля, раціонального використання природних ресурсів у процесі прийняття рішень про провадження господарської діяльності в аграрному секторі економіки.

З точки зору екологізації сільськогосподарського виробництва, сільське господарство належить до другої категорії видів планової діяльності та об'єктів, які можуть мати значний вплив на довкілля та підлягають оцінці такого впливу. Зокрема, відповідно до положень ст. 3 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля» сільське господарство як діяльність, що може мати значний вплив на довкілля, включає: сільськогосподарське освоєння, рекультивацію та меліорацію земель на територіях площею 20 гектарів і більше, будівництво меліоративних систем та окремих об'єктів інженерної інфраструктури меліоративних систем; зміну цільового призначення земель сільськогосподарського призначення та зміну особливо цінних земель; потужності для вирощування сільськогосподарських тварин та птиці у відповідній кількості; установки для промислової утилізації, видалення туш тварин та/або відходів тваринництва; інтенсивну аквакультуру з продуктивністю 10 тонн на рік і більше тощо. При цьому діяльність суб'єктів господарювання, що провадиться з порушенням

законодавства про оцінку впливу на довкілля, може бути: 1) тимчасового заборонена (зупинена) – до виконання встановлених у висновку з оцінки впливу на довкілля екологічних умов зупиняється експлуатація підприємства чи окремих його цехів (дільниць) і одиниць обладнання; 2) припинена – повністю припиняється експлуатація підприємства чи окремих його цехів (дільниць) і одиниць обладнання (ст. 16 Закону України «Про оцінку впливу на довкілля»).

Крім того, у науковій літературі зазначається, що на забезпечення екологізації виробництва на сільськогосподарських підприємствах впливає система організаційно-економічних та правових важелів. Окремі інструменти стимулювання екологічної діяльності підприємств в Україні представлені у вигляді законодавчих положень, але через не впровадження у практику господарювання вони фактично не задіяні. Більш дієвими сьогодні є ринкові механізми (вимоги споживачів, ринок екопродукції, сприятливі ціни), які менше залежать від державних інститутів і стимулюють виробника до випуску екологічно чистої продукції з метою виходу на нові ринки та отримання конкурентних переваг [13, с. 225].

Висновки.

Проведений аналіз і положення чинного законодавства України дозволяють зробити висновок, що екологізація сільськогосподарського виробництва повинна відбуватися в межах: 1) впровадження природоохоронних та екологічно виважених способів використання природних ресурсів для потреб аграрного виробництва; 2) обов'язкового дотримання та реалізації екологічних імперативів, визначених законодавством, та впровадження екологічних вимог у виробничо-господарську діяльність аграрних товаровиробників на всіх стадіях, етапах і процесах виробництва того чи іншого виду сільськогосподарської продукції; 3) реалізації комплексу заходів у тому числі правового характеру щодо збереження продуктивності сільськогосподарських угідь, зменшення порушення структури і ущільненості ґрунту ходовими частинами сільськогосподарської техніки (наприклад, одним із таких заходів може бути посилення юридичної відповідальності за невиконання вимог з охорони земель і збереження ґрунтів); 4) скорочення втрат гумусу та інших поживних речовин у ґрунті шляхом застосування еколого-безпечних технологій та нормативів застосування органічних добрив; 5) подальшої консолідації земель сільськогосподарського призначення з метою усунення незручностей у конфігурації, площі та структурі земельних угідь; 6) проведення оцінки впливу планової сільськогосподарської діяльності на довкілля; 7) правового забезпечення виробництва екологічно безпечної сільськогосподарської продукції.

Список використаних джерел:

1. Ковальчук С.Я., Оверковська Т.К. Економіко-правові аспекти екологізації аграрного виробництва в Україні: монографія. Вінниця: ПП «ТД Едельвейс і К», 2013. 346 с.

2. Ільєнко Р.Ю. Екологія для всіх. Словник-довідник. К. : Центр навчальної літератури, 2005. 156 с.

3. Сафранов Т.А. Екологічні основи природокористування : навч. посібник. Львів : «Новий світ - 2000», 2003. 248 с.

4. Кравець Н.В. Екологізація аграрного виробництва як принцип аграрного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2015. 187 с.

5. Стратегія удосконалення механізму управління в сфері використання та охорони земель сільськогосподарського призначення державної власності та розпорядження ними : затверджена Постановою Кабінету Міністрів України від 07.06.2017 № 413. Урядовий кур'єр. 2017. 17 червня. № 112. С. 1.

6. Беспалько Р.І., Воронюк Ю.Ю. Особливості екологізації використання земель сільськогосподарського призначення. Геодезія, картографія і аерофотознімання. 2013. Вип. 78. С. 215-217.

7. Науково-практичний коментар Земельного кодексу України. К. : Юрінком Інтер, 2004. 656 с.

8. Войцицький А.П. Техноекологія : підручник / за ред. В.М. Боголюбова. К. : «Агроосвіта», 2009. 533 с.

9. Коваленко Т.О. Правові аспекти прискорення приватизації земель у сільському господарстві України. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки». 2004. Вип. 57. С. 68-70.

10. Бондарчук Н. Земельні правовідносини в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку. Підприємництво, господарство і право. 2017. № 3. С. 111-113.

11. Попов А. Поняття, зміст і завдання консолідації земель: європейський досвід. Землевпорядний вісник. 2015. № 1. С. 36-40.

12. Оверковська Т.К., Оверковський К.В. Правові питання консолідації земель в Україні. Молодіжний науковий юридичний форум: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції до Дня науки, м. Київ, Національний авіаційний університет, 26 травня 2016 р. Том 2. Тернопіль : Вектор, 2016. С. 169-172.

13. Новікова О.С. Ефективність механізмів екологізації сільськогосподарського виробництва: сучасні орієнтири. Вісник Сумського національного аграрного університету. Серія «Економіка і менеджмент». 2014. Вип. 8 (61). С. 222-225.

В статье анализируются правовые основания дальнейшей экологизации сельскохозяйственного производства, отмечается, в каких направлениях должна проводиться экологизация производства сельскохозяйственной продукции, а также формулируются выводы, основанные на положениях научной доктрины и действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: сельское хозяйство, экологизация производства, сельскохозяйственное производство, экологизация земледелия, консолидация земель, экологическое равновесие, оценка влияния на окружающую среду.

The article analyzes the legal grounds for the further ecologization of agricultural production, identifies in which directions the ecologization of agricultural production should be carried out, and conclusions based on the provisions of the scientific doctrine and the current legislation of Ukraine are formulated.

Key words: agriculture, production ecologization, agricultural production, farming ecology, land consolidation, ecological balance, impact assessment on the surrounding area.

УДК 349.6

Вікторія Сидор,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОЦІНКА ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ: ЗАКОН ПРАЦЮЄ, ПРОБЛЕМИ ЗАЛИШАЮТЬСЯ

У публікації проведено аналіз новітнього законодавства, що регламентує порядок проведення оцінки впливу на довкілля, з метою вивчення наслідків реалізації потенційно небезпечних для навколишнього природного середовища видів діяльності та врахування таких висновків у прийнятті рішень. Висвітлено три основні проблеми, пов'язані з реалізацією Закону "Про оцінку впливу на довкілля": потреба в удосконаленні Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля; колізійність приписів, що встановлюють розподіл сфери застосування оцінки впливу на довкілля; відсутність затвердженого розміру плати за громадське обговорення в процесі оцінки впливу на довкілля.

Ключові слова: навколишнє природне середовище, оцінка впливу на довкілля, планована діяльність, суб'єкт господарювання, потенційно небезпечні об'єкти, громадські обговорення.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Актуальність вибраної теми дослідження зумовлена необхідністю ретельного вивчення наслідків реалізації потенційно небезпечних для навколишнього природного середовища видів діяльності та врахування таких висновків у прийнятті рішень, що повинно здійснюватися за безпосередньої участі громадськості. Проведення державної екологічної експертизи повною мірою не забезпечувало цих вимог, унаслідок чого Україна дістала сумну славу держави, законодавство якої не відповідає положенням Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля (пункт 6(a) Рішення II/5b Наради Сторін Оргуської Конвенції). Подібне порушення було також встановлено Нарадою Сторін Конвенції про оцінку впливу на навколишнє середовище у транскордонному контексті в 2008 році. Тому прийняття 23 травня 2017 року Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" стало результатом імплементації першої горизонтальної у сфері охорони навколишнього природного середовища Директиви ЄС 2011/92/ЄС про оцінку впливу окремих державних і приватних проектів на навколишнє середовище та дотичних положень Директиви 2003/4 про доступ громадськості до екологічної інформації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. У науці екологічного права дослідженню проблем державного управління в галузі природокористування та охорони навколишнього природного середовища присвячено праці А. П. Гетьмана, Г. І. Балюк, І. І. Каракаша, Н. Р. Кобецької, В. В. Костицького, М. В. Краснової, Н. Р. Малишевої, В. Л. Мунтяна, Ю. С. Шемшученка та ін. Проте, враховуючи той факт, що процедура оцінки впливу на довкілля є новим інструментом, про результати його запровадження можна буде говорити лише після завершення розпочатих процесів. Тому особливої актуальності набуває сьогодні вивчення слабких сторін законодавства про оцінку впливу на довкілля з метою усунення суперечностей та неоднозначного тлумачення правових приписів.

Формування цілей статті (постановка завдання). Не заперечуючи в цілому перспективні та новаторські підходи, передбачені законодавством про оцінку впливу на довкілля, ми поставили завдання проаналізувати відповідні законодавчі і підзаконні норм та висвітлити деякі теоретичні та практичні проблеми, з якими вже стикнулися як уповноважені центральні й територіальні органи в галузі екології та природних ресурсів, так і суб'єкти господарювання.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. 13 грудня 2017 р. на виконання вимог Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" та з метою забезпечення його практичної реалізації Кабінетом Міністрів України було прийнято три постанови, що є першочерговими для реалізації вимог вищезазначеного Закону, а саме: "Про затвердження порядку проведення

© В. Сидор, 2018

громадських слухань у процесі оцінки впливу на довкілля" № 989; "Про затвердження критеріїв визначення планованої діяльності, яка не підлягає оцінці впливу впливу на довкілля, та критерії визначення розширень і змін діяльності та об'єктів, які не підлягають оцінці впливу на довкілля" № 1010; "Про затвердження порядку передачі документації для надання висновку з оцінки впливу на довкілля та фінансування оцінки впливу на довкілля та Порядку ведення Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля" № 1026.

Крім того, для проведення правової експертизи Міністерством екології та природних ресурсів України направлено до Міністерства юстиції України Постанову Кабінету Міністрів України "Про затвердження порядку прийняття рішення про здійснення транскордонної оцінки впливу на довкілля". Тобто є відчутний поступ у розвитку даного правового інституту, що стане підґрунтям для підвищення ефективності такого інструменту, як оцінка впливу на довкілля.

Варто також відзначити, що для системного впровадження Закону "Про оцінку впливу на довкілля» Міністерство екології та природних ресурсів України забезпечило проведення роз'яснювальної роботи для уповноважених територіальних органів, що здійснюють оцінку впливу на довкілля. Так, у листопаді 2017 р. проведено національний дводенний тренінг з питань оцінки впливу на довкілля; в грудні 2017 р. проведено онлайн-вебінар з питань користування Єдиним реєстром з оцінки впливу на довкілля; в січні 2018 р. для тих регіонів, у яких розпочались процедури оцінки впливу на довкілля, проведено практичний дводенний тренінг з підготовки державними органами документів у процесі оцінки впливу на довкілля.

Як бачимо, багато вже зроблено, проте це лише початок шляху. Варто зупинитися на деяких проблемних моментах, вирішення яких піде лише на користь всім учасникам відповідних правовідносин.

По-перше, згідно з Порядком передачі документації для надання висновку з оцінки впливу на довкілля та фінансування оцінки впливу на довкілля, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 12.12.2018 № 1026, суб'єкт господарювання може подати документи через електронний кабінет Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля. Повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, подається уповноваженому органу у форматі Adobe Portable Document Format (PDF). Повідомленню про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, поданому через електронний кабінет Реєстру, програмними засобами ведення Реєстру присвоюється реєстраційний номер справи про оцінку впливу на довкілля планованої діяльності, який автоматично надсилається програмними засобами ведення Реєстру суб'єкту господарювання на електронну адресу, зазначену суб'єктом господарювання під час реєстрації у Реєстрі [1]. Цей Реєстр можна знайти на сайті Міністерства екології та природних ресурсів України за посиланням http://eia.menr.gov.ua/. З метою покращення обслуговування суб'єктів господарювання сайт підлягає доопрацюванню, оскільки повною мірою не функціонує, містить помилки, під час переходу за посиланнями деякі сторінки не відкриваються.

По-друге, в ст. 3 Закону України "Про оцінку впливу на довкілля" міститься розподіл сфери застосування оцінки впливу на довкілля. До компетенції центрального уповноваженого органу (Міністерство екології та природних ресурсів України) віднесено першу категорію видів планованої діяльності та об'єктів, які можуть мати значний вплив на довкілля і підлягають оцінці впливу на довкілля. Це, зокрема, нафтопереробні та газопереробні заводи; теплові електростанції (ТЕС, ТЕЦ); установки для виробництва або збагачення ядерного палива; чорна та кольорова металургія; хімічне виробництво; будівництво аеропортів і аеродромів, автомагістралей, автомобільних доріг загального користування державного та місцевого значення, магістральних залізничних ліній загального користування; операції у сфері поводження з небезпечними відходами; видобування нафти та природного газу на континентальному шельфі; усі суцільні та поступові рубки головного користування та суцільні санітарні рубки на площі понад 1 гектар; усі суцільні санітарні рубки на територіях та об'єктах природно-заповідного фонду тощо [2].

До компетенції уповноважених територіальних органів (департаментів/управлінь з питань екології та природних ресурсів обласних, міської Київської та Севастопольської державних адміністрацій) віднесено другу категорію видів планованої діяльності та об'єктів, які можуть мати значний вплив на довкілля та підлягають оцінці впливу на довкілля. Наприклад, це: сільськогосподарське та лісогосподарське освоєння, рекультивація та меліорація земель; зміна цільового призначення земель сільськогосподарського призначення та особливо цінних земель; намив територій на землях водного фонду; видобування корисних копалин; гідроелектростанції на річках незалежно від потужності, гідроакумулюючі електростанції (ГАЕС),

вітрові парки, вітрові електростанції; виробництво і складання автомобілів, виробництво двигунів; виробництво і ремонт залізничного рухомого складу та устаткування для інфраструктури залізничного транспорту; виробництво і ремонт залізничного рухомого складу; зберігання хімічних продуктів (базисні і витратні склади, сховища, бази); харчова промисловість; облаштування індустріальних парків; будівництво житлових кварталів та торговельних чи розважальних комплексів поза межами населених пунктів; будівництво залізничних вокзалів, залізничних колій і споруд тощо [2].

Таким чином, законодавець чітко розподілив, до якого уповноваженого органу потрібно звертатися суб'єкту господарювання. Тому викликають здивування положення пунктів 3-4 ст. 5 Закону. Так, згідно з п. 3 ст. 5, уповноважений територіальний орган протягом трьох робочих днів з дня отримання повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, надсилає таке повідомлення до уповноваженого центрального органу та одночасно повідомляє про це суб'єкта господарювання, якщо планована діяльність: 1) визначена у частині другій статті 3 цього Закону... При цьому ч. 2 ст. 3 даного Закону містить перелік видів запланованої діяльності та об'єктів, щодо яких оцінку впливу на довкілля проводить уповноважений центральний орган – Міністерство екології та природних ресурсів!!!

Подібну ситуацію бачимо в абзаці другому п. 4 ст. 5 Закону, що надає право суб'єкту господарювання самостійно подати повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, безпосередньо до уповноваженого центрального органу з метою отримання його висновку з оцінки впливу на довкілля. У такому разі уповноважений центральний орган протягом трьох робочих днів з дня отримання такого повідомлення надсилає копію повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, до уповноваженого територіального органу за місцем провадження діяльності з метою отримання його зауважень та пропозицій з приводу планованої діяльності, обсягу досліджень та рівня деталізації інформації, що підлягає включенню до звіту з оцінки впливу на довкілля.

Виникає питання щодо доцільності розподілу сфери повноважень центрального та територіального уповноважених органів, якщо господарюючий суб'єкт може сам вибирати, до кого йому звертатись. Вважаємо, це може внести плутанину в чітко прописану в законі процедуру подання повідомлення про заплановану діяльність, що підлягає оцінці впливу.

По-третє, є проблеми із забезпеченням проведення громадських обговорень. Громадське обговорення у процесі оцінки впливу на довкілля проводиться з метою виявлення, збирання та врахування зауважень і пропозицій громадськості до планованої діяльності. Громадськість має право подавати будь-які зауваження чи пропозиції, які, на її думку, стосуються планованої діяльності, без необхідності їх обґрунтування. Зауваження та пропозиції можуть подаватися в письмовій формі (у тому числі в електронному вигляді) та усно під час громадських слухань із занесенням до протоколу громадських слухань. Громадське обговорення планованої діяльності після подання звіту з оцінки впливу на довкілля проводиться у формі громадських слухань та у формі надання письмових зауважень і пропозицій (у тому числі в електронному вигляді).

Відповідно до п. 4 Порядку проведення громадських слухань у процесі оцінки впливу на довкілля, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2017 р. № 989, організатор громадських слухань визначається уповноваженим центральним або уповноваженим територіальним органом один раз на рік на конкурсній основі за договором з урахуванням вимог Закону України "Про публічні закупівлі". У разі проведення уповноваженим центральним органом або уповноваженим територіальним органом громадських слухань самостійно відповідний орган виконує всі функції, передбачені цим Порядком для організатора громадських слухань [3].

Законом України "Про оцінку впливу на довкілля" в п. 8 статті 7 передбачено, що витрати, пов'язані з проведенням громадського обговорення, несе суб'єкт господарювання [2]. Практично реалізація цього законодавчого положення не забезпечена: відсутній затверджений розмір плати за громадське обговорення в процесі оцінки впливу на довкілля. Чорноморським регіональним відділенням Української екологічної академії наук підготовлено звіт про науково-дослідницьку роботу "Організаційно-економічне обґрунтування порядку фінансування громадського обговорення в процесі оцінки впливу на довкілля". На підставі цього звіту Міністерством екології та природних ресурсів України підготовлено проект наказу "Про затвердження розміру плати за проведення громадського обговорення в процесі здійснення оцінки впливу на довкілля", який з 24 січня 2018 р. перебуває у владних кабінетах на міжвідомчому погодженні Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. З цієї підстави відповідні підрозді-

ли з питань екології та природних ресурсів обласних, міської Київської та Севастопольської державних адміністрацій відмовляють суб'єктам господарювання у здійсненні оцінки впливу на довкілля.

Таке затягування призводить до виникнення спірних ситуацій. Відповідно до п. 6 Порядку передачі документації для надання висновку з оцінки впливу на довкілля та фінансування оцінки впливу на довкілля, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 12.12.2018 № 1026, після подання повідомлення про плановану діяльність, яка підлягає оцінці впливу на довкілля, та підготовки звіту з оцінки впливу на довкілля суб'єкт господарювання подає уповноваженому територіальному (або в передбачених випадках центральному) органу необхідний перелік документів, серед яких – документ, що підтверджує внесення плати за проведення громадського обговорення [4].

Оскільки розмір плати за проведення громадського обговорення в процесі здійснення оцінки впливу на довкілля досі не затверджено на нормативному рівні, уповноважені органи в одних випадках відмовляють у прийнятті всього пакету документів, а в іншому – змушені приймати документи без внесення суб'єктом господарювання плати за проведення громадського обговорення.

Численні відмови департаментів (управлінь) з питань екології та природних ресурсів обласних державних адміністрацій у здійсненні оцінки впливу на довкілля на підставі відсутності затвердженого розміру плати за громадське обговорення в процесі оцінки впливу на довкілля спричинили хвилю невдоволення суб'єктів господарювання, що виразилось у зверненнях до Міністерства екології та природних ресурсів України. У своєму листі від 05.04.2018 № 5/4-7/3424-18 Міністерство рекомендувало уповноваженим територіальним органам приймати документи та розпочинати процедуру оцінки впливу на довкілля без документа, що підтверджує внесення плати за проведення громадського обговорення. Водночас наприкінці даного листа зазначається, що лист має лише інформаційний характер і не встановлює правових норм. Інакше кажучи, уповноваженим територіальним органам просто "рекомендують" відхилитись від передбаченої законодавством процедури.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі.

У результаті проведеного комплексного аналізу нормативних підходів щодо проведення оцінки впливу на довкілля варто відзначити, що оцінка впливу на довкілля порівняно з державною екологічною експертизою (замість якої вона запроваджена) є більш складною за змістом і процедурою, охоплює ширше коло учасників. З метою імплементації Директив ЄС "Про оцінку впливу окремих державних і приватних проектів на навколишнє середовище" та "Про доступ громадськості до екологічної інформації" розпочато проведення громадських обговорень (у тому числі громадських слухань) у процесі оцінки впливу на довкілля з метою виявлення, збирання та врахування зауважень і пропозицій громадськості до планованої діяльності, а також ведення Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля. Проте залишається низка проблем, пов'язаних із функціонуванням Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля, розподілом сфери застосування оцінки впливу на довкілля, а також відсутністю затвердженого розміру плати за громадське обговорення в процесі оцінки впливу на довкілля.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Порядку передачі документації для надання висновку з оцінки впливу на довкілля та фінансування оцінки впливу на довкілля та Порядку ведення Єдиного реєстру з оцінки впливу на довкілля. Урядовий кур'єр від 27.12.2017. № 244.

2. Про оцінку впливу на довкілля: Закон України від 23 травня 2017 року № 2059-VIII. Голос України від 17.06.2017. № 110.

3. Порядок проведення громадських слухань у процесі оцінки впливу на довкілля, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2017 р. № 989. Урядовий кур'єр від 03.01.2018. № 1.

4. Порядок передачі документації для надання висновку з оцінки впливу на довкілля та фінансування оцінки впливу на довкілля, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2017 р. № 1026. Урядовий кур'єр від 27.12.2017. № 244.

В публикации проведен анализ новейшего законодательства, регламентирующего порядок проведения оценки воздействия на окружающую среду с целью изучения последствий реализации потенциально опасных для окружающей среды видов деятельности и учета таких выводов при принятии решений. Освещены три основные проблемы, связанные с реализацией Закона "Об оценке воздействия на окружающую среду": потребность в совершенствовании Единого реестра по оценке воздействия на окружающую среду; коллизионность предписаний, устанавливающих распределение сферы применения оценки воздействия на окружающую среду; отсутствие утвержденного размера платы за общественное обсуждение в процессе оценки воздействия на окружающую среду.

Ключевые слова: окружающая природная среда, оценка воздействия на окружающую среду, планируемая деятельность, субъект хозяйствования, потенциально опасные объекты, общественные обсуждения.

The latest legislation regulating the procedure for carrying out environmental impact assessment with the aim of studying the consequences of the implementation of activities potentially hazardous to the environment and taking these conclusions into account when making decisions is analyzed in the publication. Three main problems related to the implementation of the Law "On Environmental Impact Assessment" are highlighted: the need to improve the Unified Register on Environmental Impact Assessment; the conflict of laws that establishes the division of the scope of application of the environmental impact assessment; the absence of an approved fee for public discussion in the process of environmental impact assessment.

Key words: environmental environment, environmental impact assessment, planned activity, subject of management, potentially dangerous objects, public discussion.

УДК 340.115

Андрій Благодарний,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник,
співробітник Національної академії Служби безпеки України

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ АДМІНІСТРАТИВНО-ЮРИСДИКЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

У статті розкриваються питання методології дослідження правової регламентації адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України. Розглянуто особливості застосування поліметодологічного підходу, що охоплює такі групи методів, як філософські, загальнонаукові, спеціальні та правові.

Ключові слова: методологія дослідження, методи дослідження, адміністративно-юрисдикційна діяльність правоохоронних органів.

Постановка проблеми. Фундаментом будь-якого наукового пізнання, в тому числі дослідження проблематики здійснення органами державної влади України адміністративно-юрисдикційної діяльності, є його методологічна база, яка безпосередньо залежить від об'єкта та предмета пізнання. Значення методології у дослідженні адміністративно-юрисдикційної діяльності складно переоцінити, адже без неї неможливо збагнути багатомірну та суперечливу сутність вказаного явища. Практичний зріз методології надає можливість підтвердити або спростувати теоретико-методологічні висновки наукового пізнання шляхом детермінації соціальної реальності у правову сферу, надання їй юридичної форми вираження та існування [1, с. 99]. Тому питання методології дослідження правової регламентації адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів вимагають ґрунтовного вивчення.

Стан дослідження. Окремі проблемні аспекти розвитку методології у XX – на початку XXI століть досліджували такі вітчизняні та зарубіжні вчені: Г. Бірта, Ю. Бондар, М. Брайтін, С. Бобровник, О. Васильєв, С. Вітвіцький, С. Вишновецька, В. Гвоздецький, Д. Голосніченко, Д. Єрмоленко, Л. Жук, В. Завальнюк, О. Зайчук, В. Казимирчук, Ж. Карбоньє, Д. Керимов, М. Костицький, В. Краєвський, О. Левченков, Р. Лукич, В. Лук'янець, М. Марчук, Ю. Оборотов, Н. Оніщенко, М. Орзіх, В. Остроухов, З. Петери, О. Петришин, К. Петряев, В. Полонський, М. Попадинець, В. Протасов, П. Рабінович, О. Романович-Славатинский, О. Розвадовський, В. Селіванов, М. Стрельбицький, О. Сурилов, В. Тацій, О. Тихомиров, Ю. Тихомиров, А. Фальковський, В. Федоренко, Ф. Чмиленко, В. Шаповал, Ю. Шемшученко, Е. Юдін та інші науковці. Зазначені автори зробили вагомий внесок у розвиток методології дослідження проблем правозастосовної діяльності. Проте методологічна основа формування ефективної моделі адміністративно-юрисдикційної діяльності вітчизняних правоохоронних органів потребує постійного оновлення, враховуючи її органічний взаємозв'язок із тенденціями державотворення в Україні.

Метою статті є визначення методологічних підходів і методів дослідження теоретичних та правових засад адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів у сучасних умовах.

Виклад основного матеріалу. У дослідницькій літературі загальновизнаним є те, що адміністративно-юрисдикційна діяльність – це один із найважливіших складників адміністративного процесу. Разом із тим зазначена діяльність у нашій державі постійно вдосконалюється через нові форми та методи здійснення. Глобалізаційні процеси громадсько-політичної та соціально-економічної трансформації суспільства і держави вимагають відповідної правової регламентації адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України. На підставі отриманих аналітичних матеріалів відбувається формування цілісної системи знань про адміністративно-юрисдикційну діяльність, що надає змогу встановити значення цього явища у соціокультурному відтворенні суспільства, утвердженні світо-

© А. Благодарний, 2018

глядних орієнтацій громадянина – сучасника і учасника суспільних трансформацій. Зазначеному сприятиме свідомо вибрана методологія, яка дозволяє оцінювати ефективність методів, що використовуються для вирішення наукових і практичних завдань у певній сфері. Ніщо не може бути вдосконалено без його пізнавального опанування, якість якого визначається насамперед тим, на якій методологічній основі воно здійснюється [2, с. 50]. Методологія відображає певний кут зору на предметне поле дослідження, який висвітлює увесь процес досягнення наукового результату, передбачає використання відповідних засобів, прийомів та способів пізнання [3, с. 32]. Наукове забезпечення державотворчих і правотворчих процесів тісно пов'язане з необхідністю посилення методологічної озброєності юридичної науки, відходу її від застарілих наукових догм [4, с. 40].

Відзначимо, що метод (від гр. «спосіб пізнання») – у найбільш широкому сенсі це «шлях до чого-небудь», спосіб діяльності суб'єкта в будь-якій її формі [5, с. 19]. У науковій діяльності – це знання, за допомогою яких добуваються нові знання. Тобто один і той же фрагмент знання може розглядатись: а) як теорія, як розроблювальне знання; б) як метод – знання, за допомогою якого розробляється теорія [6, с. 65-67]. Головне призначення будь-якого методу – на основі відповідних принципів (вимог, приписів і т. ін.) забезпечити успішне вирішення певних пізнавальних і практичних проблем, приріст знання, оптимальне функціонування і розвиток тих чи інших об'єктів [5, с. 20]. До характерних ознак наукового методу найчастіше відносять об'єктивність, відтворюваність, евристичність, необхідність, конкретність та інші [5, с. 23].

Сучасні здобутки наук філософії та філософії права дають нам можливість спостерігати розмаїття методологічних засад наукового дослідження. Вченими може бути застосована будь-яка методологія, сфера знань, підхід. Український філософ-правник В. Шаповал зазначає: «Сучасна філософія права – досить розгалужена сфера філософії, яка має свій предмет, метод, засоби взаємодії з конкретними галузями позитивного права та виходами на соціальну конкретику» [7, с 129].

Заслуговує на увагу ретельне дослідження проблем методології права, здійснене Д. Керимовим у монографії «Методологія права». Основою його концепції є визнання методології інтегральним явищем, що поєднало в собі такі компоненти, як світогляд, фундаментальні загальнотеоретичні концепції, загальні філософські закони і категорії, загальнонаукові і приватно-наукові методи. Він зазначає, що методологію не можна зводити до одного з названих компонентів, зокрема до методу чи до вчення про методи, оскільки за її межами залишаться інші компоненти. ... Методологія зовсім не являє собою просте підсумовування теоретико-світоглядних концепцій, принципів, методів і засобів пізнання, вироблених окремими галузями науки. Як неможливо лише із сукупності емпіричних даних вивести теорію предмета науки, так і сума компонентів методології не утворить її системи [8, с. 46].

Д. Керимов зазначає, що методологія права є не що інше, як загальнонауковий феномен, який поєднує всю сукупність принципів, засобів і методів пізнання (світогляд, філософські методи пізнання і вчення про них, загально- і приватно-наукові поняття і методи), що вироблені усіма суспільними науками, у тому числі й комплексом юридичних наук, і застосовуються у процесі пізнання специфіки правової дійсності, її практичного перетворення [8, с. 52].

Водночас слід погодитись із тим, що активно пропагований методологічний плюралізм не повинен перетворюватись на методологічну анархію (а її симптоми можна подекуди спостерігати як у правознавстві, так і в інших суспільних науках), оскільки це віддаляє від положень, адекватних предмету пізнання, гальмує формування практично корисних висновків [9, с. 19].

У правовій науці основною методологічною галуззю виступає теорія держави і права, методологія якої нині трактується переважно з гносеологічних позицій [10, с. 26]. Разом із тим, як слушно вказує В. Лук'янець, сучасна гносеологія виключає жорстку конкуренцію теоретичних позицій, що визнаються істинними, та передбачає принципове входження суб'єкта пізнання до структури пізнавального об'єкта, розуміння діалогічного характеру наукового пізнання [11, с. 113]. Такий підхід стосовно пізнання сутності адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів передбачає проведення ґрунтовного аналізу різних наукових підходів з урахуванням генезису їх формування та зумовленості зв'язку із загальними соціокультурними і політико-правовими процесами, що відбуваються у суспільстві.

Викликає зацікавленість науковий підхід В. Краєвського, В. Полонського та інших науковців, які розділяли методологію (методологію науки) на два типи: описову (дескриптивну) методологію – про структуру наукового знання, закономірності його наукового пізнання тощо – та нормативну (прескриптивну) – спрямовану на регуляцію діяльності, що являє собою рекоменда-

ції і правила здійснення наукової діяльності [12, с. 261].

Зважаючи на вказане та виходячи з предмета наукового аналізу, можна запропонувати розглядати методологію адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України у дескриптивному і прескриптивному аспектах. Дескриптивна методологія формується у логічному взаємозв'язку і взаємозумовленості із гносеологією та прагне до моделі ідеального знання, а прескриптивна є набором способів і прийомів наукового пізнання, що дозволяють опанувати (виявити, сформувати) мету зазначеної правозастосовчої діяльності та досягти її за допомогою сформованого правового інструментарію, впровадженого у чинне законодавство [10, с. 261]. Під правовим інструментарієм мається на увазі узагальнення конкретних рекомендацій щодо ефективного здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності, яка б відповідала сучасному рівню розвитку суспільства та держави.

Вказане зумовило формування методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності у системному поєднанні дескриптивного та прескриптивного аспектів. Дескриптивний аспект методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів – це сукупність підходів, методів, прийомів і способів, що застосовуються для дослідження зазначеного виду адміністративно-юрисдикційної діяльності. Прескриптивний аспект методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності зазначених суб'єктів – це галузь знань, яка вивчає підходи, методи, принципи та способи (прийоми) їхньої практичної діяльності. Дескриптивний аспект методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів тісно взаємодіє з прескриптивним аспектом, оскільки ефективність методу перевіряється практикою. Водночас прескриптивний аспект методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності передбачає формування належної моделі, включаючи як розробку пропозицій перспективного законодавства, так і вдосконалення чинного законодавства. Зазначене стосується впровадження новітніх форм і методів адміністративно-юрисдикційної діяльності, що зумовлюються процесом реформування правоохоронної системи України, коригуванням завдань і функцій правоохоронних органів, запровадженням нових принципів їхньої діяльності та критеріїв оцінки роботи для ефективного забезпечення правопорядку в державі, підвищення рівня захисту прав і свобод громадян від протиправних посягань.

Слід зазначити, що останнім часом у юридичній літературі спостерігається тенденція до певного синтезу різноманітних поглядів учених щодо розуміння концептуальної єдності ряду компонентів методології юридичної науки [13, с. 29]. М. Байтін виокремлює загальну та конкретну групи методології правознавства [14, с. 22-28]. На думку Т. Радька, М. Тарасова та інших науковців, методологія правознавства включає загальнофілософські методи, загальнонаукові та приватно-правові методи [15, с. 32; 16, с. 212]. Ще одна група авторів (О. Зайчук, Д. Єрмоленко, В. Червонюк, Е. Юдін та ін.) розширює розуміння методології правових явищ до чотирьох компонентів, що в умовах розвитку методологічного плюралізму видається найбільш доцільним та обґрунтованим, та виділяє такі групи методів: загальнофілософські методи (застосовуються вченими в усіх науках, на кожній стадії дослідження); загальнонаукові методи пізнання (розкривають загальнофілософський метод); спеціальні методи (розроблені конкретними науками та застосовуються у юриспруденції); власні методи правознавства (використовуються на стадії пізнання юридичної практики) [4, с. 50; 17, с. 58; 18, с. 42-44; 19, с. 56].

Узагальнюючи представлені погляди науковців щодо компонентів методології юридичної науки, доцільно сформувати певну ієрархічно побудовану поліметодологічну систему дослідження проблематики адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України, яка включатиме такі чотири основні рівні: 1) загальні (філософські) підходи (діалектика, феноменологія, аксіологія, герменевтика, антропологія, синергетика тощо); 2) загальнонаукові методи (логічний, аналізу і синтезу, структуралізм, абстрагування, системного аналізу, класифікації тощо); 3) спеціальні методи (анкетування, контент-аналіз, деонтичний); 4) конкретні методи (правові) (формально-догматичний, порівняльно-правовий, соціологічно-правовий, прогностично-правовий, історико-правовий тощо).

Усі названі групи методів, безумовно, необхідні для проведення повноцінного, всебічного, завершеного державно-правового дослідження, кожна з них може знадобитися на якомусь етапі дослідження, тому вже навіть через це методологія має бути множинною, плюралістичною. Проте роль цих методів у науковому пошуку різна.

Диференціація методології дослідження адміністративно- юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України за рівнями має досить умовний характер, проте взаємозв'язок її елементів очевидний.

Так, філософсько-світоглядний (загальний) рівень охоплює найзагальніші категорії, положення, ідеї, принципи діалектичного взаємозв'язку, що відтворюють засади будь-якої пізнавальної діяльності та конкретизуються на інших трьох (нижчих) рівнях. Загальнонаукові методи формуються у логічному взаємозв'язку із філософськими методами та враховують предметну спрямованість наукового пошуку, конкретизують абстрактні філософські конструкції та створюють методологічне підґрунтя формування шляхів вирішення поставленої проблеми. Спеціально-наукові методи можна інтерпретувати як методи пізнання соціальних явищ. Конкретно-науковий рівень становлять методи дослідження об'єктів державно-правової дійсності [10, с. 34, 35].

Висновок.

Методологія дослідження теорії та практики правової регламентації адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України – це складне та багатопланове явище, яке не є чимось принципово відмінним від наукової методології у цілому. Як частині останньої, їй властиві загальні закономірності пізнання. Максимальному досягненню істини в дослідженні правової регламентації адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів сприяє застосування поліметодологічного підходу, що охоплює такі групи методів, як філософські (діалектичний, феноменологічний, аксіологічний, герменевтичний, антропологічний, синергетичний тощо), загальнонаукові (абстрагування, аналізу і синтезу, структуралізму, системного аналізу, класифікації тощо); спеціальні (анкетування, контент-аналізу, деонтичний тощо); правові (історико-правовий, порівняльно-правовий, формально-догматичний, теоретико-експериментальний тощо). Надалі основним напрямом наукових досліджень у зазначеній сфері має стати вдосконалення методології дослідження адміністративно-юрисдикційної діяльності правоохоронних органів України у системному поєднанні дескриптивного та прескриптивного аспектів.

Список використаних джерел:

1. Левченков О. І. Проблеми правового регулювання суспільних відносин: загальнотеоретичні аспекти : монографія. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2012. 527 с.
2. Сурилов А. В. Теория государства и права : учеб. пособие. К. - О. : Вища школа, 1989. 439 с.
3. Петришин О. В. Теорія держави і права : підручник. / за ред. О. В. Петришина. Х. : Право, 2014. 366 с.
4. Зайчук О. В. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. К. : Юрінком Інтер, 2006. 688 с.
5. Бірта Г. О., Бургу Ю. Г. Методологія і організація наукових досліджень : навч. посіб. К. : «Центр учбової літератури», 2014. 142 с.
6. Тосака Дзюн. Теория науки. М.: Наука, 1983. 192 с.
7. Шаповал В. М. Соціологічні антропологічні виміри розвитку філософії права в Україні. Проблеми філософії права. Київ-Чернівці, 2003. Т. 1. С. 129–131.
8. Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-е изд. М.: Аванта+, 2001. 560 с.
9. Гвоздецький В.Д. Методологія дослідження адміністративно-правових засад запобігання і протидії корупції. Міліція України. 2012. № 5-6. С. 19-21.
10. Вітвіцький С. С. Контроль як гарантія законності діяльності публічної адміністрації: дис... докт. юрид. наук: 12.00.07. Дніпро., 2016. 480 с.
11. Лук'янець В. С., Кравченко О. М., Озадовська Л. В. Сучасний науковий дискурс: оновлення методологічної культури : монографія. К. : Центр практ. філософ., 2000. 304 с.
12. Краевский В. В., Полонский В. М. Методология для педагога: теория и практика : учеб. пособие. / под ред. П. И. Пидкасистого. М.; Волгоград : Перемена, 2001. 323 с.
13. Вишновецька С. В. Методологія науки трудового права : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. К., 2013. 477 с.
14. Байтин М. И. Метод изучения теории государства и права. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М.: Библиотекарь, 2007. С. 22-28.
15. Радько Т. Н. Теория государства и права : учеб. для вуз. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2005. 811 с.
16. Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки : монография. Екатеринбург : Изд-во Гуманит. ун-та, 2001. 264 с.
17. Єрмоленко Д. О. Теоретико-правові засади правосвідомості молоді : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01. Запоріжжя, 2014. 451 с.
18. Червонюк В. И. Теория государства и права : учебник. М. : ИНФРА-М, 2006. 704 с.
19. Юдин Э. Г. Системный подход и принцип деятельности: меодологические проблемы современной науки. М. : Наука, 1978. 392 с.

В статье рассматриваются вопросы методологии исследования правовой регламентации административно-юрисдикционной деятельности правоохранительных органов Украины, а также особенности применения полиметодологического подхода, охватывающего философские, общенаучные, специальные и правовые методы.

Ключевые слова: методология исследования; методы исследования; административно-юрисдикционная деятельность правоохранительных органов.

The article focuses on the study methodology of legal regulation of administrative and jurisdictional activity of law enforcement bodies in Ukraine, in particular, the application of the poli-methodological approach which embraces philosophical, scientific, special and legal groups of methods.

Key words: research methodology; research methods; administrative and jurisdictional activity of law enforcement bodies.

УДК 342.9

Ярослав Буряк,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

ПРОЦЕДУРА ГРОМАДСЬКОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ: НА ПРИКЛАДІ ЛЬВІВСЬКОЇ ОБЛАСНОЇ ДЕРЖАВНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ

Стаття присв'ячується дослідженню процедури громадської експертизи діяльності органів публічного управління на прикладі Львівської обласної державної адміністрації. Аналізуються запити інститутів громадянського суспільства (громадських організацій) стосовно проведення громадської експертизи діяльності Львівської облдержадміністрації та її окремих структурних підрозділів.

Ключові слова: громадська експертиза, запит, інститут громадянського суспільства, діяльність, органи виконавчої влади, розпорядження голови, наказ.

Постановка проблеми. Нині дедалі актуальнішою постає проблема громадських експертиз діяльності органів публічного управління, зокрема місцевих органів державної виконавчої влади.

Процедура громадської експертизи дає можливість інститутам громадянського суспільства оцінити ефективність діяльності певного органу виконавчої влади, ефективність виконання державних програм, якість надання адміністративних послуг чи дотримання законодавства.

Під час дослідження цього питання були поставлені такі цілі:

– дослідити правові засади здійснення громадської експертизи;

– охарактеризувати порядок проведення громадської експертизи;

– проаналізувати громадські експертизи, що проводились інститутами громадянського суспільства у Львівській облдержадміністрації.

Виклад основного матеріалу. Постановою Кабінету Міністрів України від 05.11.2008 було запроваджено порядок громадської експертизи органів виконавчої влади. Так, відповідно до цієї постанови громадська експертиза діяльності органів виконавчої влади є складником механізму демократичного управління державою, який передбачає проведення інститутами громадянського суспільства оцінки діяльності органів виконавчої влади, ефективності прийняття і виконання такими органами рішень, підготовку пропозицій щодо розв'язання суспільно значущих проблем для їх урахування органами виконавчої влади у своїй роботі [1]. Фактично цією постановою було запроваджено один із правових механізмів реалізації конституційного права громадян на участь в управлінні державними справами, що передбачено ст. 38 Конституції України [2].

Відповідно до цього Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України № 976, громадській експертизі підлягає діяльність органів виконавчої влади, а орган виконавчої влади не може відмовити інституту громадянського суспільства у проведенні такої експертизи.

Більше того, такий орган виконавчої влади після надходження від інституту громадянського суспільства письмового запиту щодо проведення громадської експертизи: видає у тижневий строк наказ (розпорядження) про проведення такої експертизи і заходів, пов'язаних з підготовкою матеріалів; утворює у разі потреби робочу групу для підготовки матеріалів із залученням представників інституту громадянського суспільства, що ініціює проведення громадської експертизи; розміщує у тижневий строк інформацію про надходження запиту щодо проведення громадської експертизи та заходи, здійснені органом виконавчої влади з метою сприяння її проведенню, на власному веб-сайті; подає інституту громадянського суспільства матеріали або завірені в установленому порядку їх копії з урахуванням вимог та строку, визначених Законом України «Про інформацію».

© Я. Буряк, 2018

Порядком проведення консультацій із громадськістю з питань формування та реалізації державної політики передбачено, що консультації з громадськістю проводяться з метою залучення громадян до участі в управлінні державними справами, надання можливості для їх вільного доступу до інформації про діяльність органів виконавчої влади, а також забезпечення гласності, відкритості та прозорості діяльності зазначених органів [3]. Саме проведення консультацій із громадськістю має сприяти налагодженню системного діалогу органів виконавчої влади з громадськістю, підвищенню якості підготовки рішень з важливих питань державного і суспільного життя з урахуванням громадської думки, створенню умов для участі громадян у розробленні проектів таких рішень.

Варто зауважити, що на виконання вищенаведеного законодавства низкою громадських організацій Львівської області були скеровані запити на проведення громадської експертизи діяльності Львівської облдержадміністрації.

Так, розпорядженням голови Львівської облдержадміністрації у 2013 році на підставі запиту на проведення громадської експертизи Всеукраїнської молодіжної громадської організації «Студентське братство» щодо діяльності обласної державної адміністрації із забезпечення вимог законодавства стосовно регіональних цільових програм, втілення антикорупційних стандартів, проведення публічного громадського обговорення звітів та проектів нормативно-правових актів було затверджено проведення громадської експертизи [4].

Відповідно до експертних пропозицій Всеукраїнської молодіжної громадської організації «Студентське братство», метою проведення громадської експертизи було удосконалення діяльності Львівської облдержадміністрації у сфері забезпечення вимог законодавства щодо регіональних цільових програм, втілення антикорупційних стандартів, проведення публічного громадського обговорення звітів та проектів нормативно-правових актів у процесі реалізації видатків в освітньо-культурній сфері, насамперед пов'язаній із виконанням Програми розвитку української мови, української культури та історичної свідомості громадян України на території Львівської області на 2012-2014 роки [5]. Подані експертні пропозиції були розглянуті як комплекс практичних порад, спрямованих на покращення роботи місцевого органу державної виконавчої влади [6].

Розпорядженням голови Львівської облдержадміністрації від 14.08.2013 року було затверджено проведення громадської експертизи на підставі запиту про проведення громадської експертизи громадською організацією «Західноукраїнський регіональний інститут громадянського суспільства ім. Ярослава Мудрого» щодо стану виконання структурними підрозділами обласної державної адміністрації законодавства України стосовно розвитку інформаційного суспільства [7] (зазначена експертиза так і не була проведена).

У 2015 році Центр громадської адвокатури звернувся до Департаменту охорони здоров'я Львівської облдержадміністрації із запитом про проведення громадської експертизи діяльності Львівської обласної державної адміністрації щодо залучення громадськості до бюджетного процесу у сфері охорони здоров'я [8]. Підставою проведення громадської експертизи у сфері охорони здоров'я є те, що одним із напрямів у сфері охорони здоров'я відповідно до Програми соціально-економічного та культурного розвитку Львівської області на 2015 рік була оптимізація мережі лікувально-профілактичних закладів з метою забезпечення відповідного доступу населення до медичних послуг усіх рівнів надання медичної допомоги, подальша реалізація програмно-цільового методу фінансування для розвитку пріоритетних напрямів галузі охорони здоров'я. Ефективним способом підвищення якості певних реформ, розробки програм є залучення громадськості, окрім того, це визнається як необхідна умова належного управління бюджетними ресурсами [8, с. 1].

Наказом директора департаменту охорони здоров'я від 22.10.2015 № 805 доручено сприяти громадській організації «Центр громадської адвокатури» у проведенні такої експертизи [9].

За результатом проведеної громадської експертизи інститутом громадянського суспільства були надані такі пропозиції [10]:

1) застосовувати системне залучення громадської участі до формування та реалізації політики у тому числі у питаннях бюджету.

Ідеться про посилення інформування та використання таких форм, як громадські обговорення, консультації з громадськістю, електронні консультації щодо проектів рішень, особливо бюджетних програм, залучення представників пацієнтських організацій;

2) застосування такого інструменту, як «консультації з громадськістю», у практиці діяльності Департаменту охорони здоров'я.

За даними про стан проведення консультацій у Львівській обласній державній адміністрації, проведено 48 заходів із кон-

сультацій із громадськістю різними структурними підрозділами адміністрації, за даними за 2015 рік (окрім даних першого кварталу року) – 76 консультацій. З таких, які стосувались проектів рішень та питань бюджету, обласних програм – 40 консультацій у 2014 році, та 6 у 2015 році за наявними даними (окрім першого кварталу 2015 р.) [10, с. 3];

3) підвищення інформативності веб-сайту Департаменту охорони здоров'я, подання інформації, яка є цікавою для пацієнтів, НУО, медиків. Створення окремої рубрики на сайті Департаменту охорони здоров'я, яка стосується консультацій із громадськістю та інших можливостей, включення бюджетної інформації у контент веб-сайту.

Вимоги щодо оприлюднення інформації про бюджетні питання містить низка законодавчих актів. Так, відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації» є ряд законодавчих вимог, у тому числі оприлюднення інформації про бюджет. Більша відкритість та оприлюднення інформації, яка є цікавою для громадськості, пацієнтів, представників медичної спільноти, що стосується саме діяльності органу влади у сфері охорони здоров'я та пов'язана з бюджетними питаннями, обсягами та предметами фінансування, сприяє збільшенню активності та залученню громадян;

4) проведення консультацій із громадськістю щодо обласних бюджетних програм.

Ідеться про використання консультацій у формах громадських обговорень, посилення інформування шляхом розсилки на електронні скриньки організацій, медичних спільнот щодо питань, які є на обговоренні через електронні консультації, у соціальних мережах, що натепер стають хорошими майданчиками комунікації;

5) розробка та прийняття рішень у сфері бюджетних питань, у тому числі обласних програм, на основі вивчення проблем галузі, системного планування та дотримання визначених стратегічних напрямів.

Ідеться про узгоджений підхід до розробки та прийняття відповідних програм;

6) впровадження соціального замовлення як способу залучення громадських неурядових організацій до профілактики та попередження захворювань.

Побудова ефективної структури охорони громадського здоров'я не є можливою без залучення громадських неурядових організацій, які об'єднують пацієнтів. Таке залучення має бути не тільки до певних інформаційних кампаній, але і, як зазначалося вище, спільної побудови плану дій щодо профілактики, надання соціальних послуг;

7) запрошувати профільні пацієнтські організації на розкриття пропозицій конкурсних торгів (станом на сьогодні не актуально, враховуючи внесення змін до законодавства про державні закупівлі).

Таким чином, Типове положення про громадську раду, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 р., надає громадським радам при органах виконавчої влади право також проводити громадську антикорупційну експертизу нормативно-правових актів, тобто перевірку проектів актів на предмет наявності в них положень, що сприяють або можуть сприяти вчиненню корупційних правопорушень.

Порядок проведення такої експертизи був розроблений Міністерством юстиції та затверджений постановою Кабінету Міністрів України.

Список використаних джерел:

1. Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 р. № 976. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/976-2008-%D0%BF/ed20120312.

2. Конституція України від 28.06.1996 року (зі змінами). URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/print1510817628933811.

3. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Кабінету Міністрів України від 3.11.2010 № 996 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/996-2010-%D0%BF/print1510817626076526.

4. Про проведення громадської експертизи: Розпорядження голови Львівської облдержадміністрації від 16.08.2013 № 541/0/5-13 URL: http://loda.gov.ua/rozporyadchi-dokumenty.

5. Експертні пропозиції Всеукраїнської молодіжної громадської організації «Студентське братство». URL: http://loda.gov.ua/provedeni_gromadski_ekspertuzu.

6. Лист Львівської облдержадміністрації щодо розгляду експертних пропозицій. URL: http://loda.gov.ua/provedeni_gromadski_ekspertuzu.

7. Про проведення громадської експертизи щодо стану виконання структурними підрозділами обласної державної адміністрації законодавства України стосовно розвитку інформаційного суспільства : Розпорядження голови Львівської облдержадміністрації від 14.08.2013 № 538/0/5-13 URL: http://loda.gov.ua/rozporyadchi-dokumenty.

8. Запит про проведення громадської експертизи діяльності Львівської обласної державної адміністрації щодо залучення громадськості до бюджетного процесу у сфері охорони здоров'я. URL:

http://loda.gov.ua/upload/users_files/24/upload/Gromads_ka%20ekspertYza%20LODA%20oh%20zdorovya.pdf.

9. Про сприяння проведенню громадської експертизи діяльності Львівської обласної державної адміністрації щодо залучення громадськості до бюджетного процесу у сфері охорони здоров'я : Наказ Департаменту охорони здоров'я Львівської облдержадміністрації від 22.10.2015 № 805 URL: http://loda.gov.ua/upload/users_files/24/upload/Nakaz%20pro%20gromads_ku%20ekspertYzu%20p.1.PDF.

10. Пропозиції інституту громадянського суспільства (на підставі Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади, що затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 05.11.2008 № 976). URL: http://loda.gov.ua/upload/users_files/24/upload/PropozYc_i%20GE%20Centr%20gromads_koi%20advokaturY.pdf.

11. Питання проведення антидискримінаційної експертизи та громадської антидискримінаційної експертизи проектів нормативно-правових актів : Постанова Кабінету Міністрів України від 30 січня 2013 р. № 61 URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-%D0%BF.

Статья посвящается исследованию процедуры общественной экспертизы деятельности органов публичного управления на примере Львовской областной государственной администрации. Анализируются запросы институтов гражданского общества (общественных организаций) по проведению общественной экспертизы деятельности Львовской облгосадминистрации и ее отдельных структурных подразделений.

Ключевые слова: общественная экспертиза, запрос, институт гражданского общества, деятельность, органы исполнительной власти, распоряжения председателя, приказ.

The article is devoted to the study of the procedure of public examination of the activities of public administration bodies on the example of the Lviv Regional State Administration. The needs of civil society organizations (non-governmental organizations) regarding the conduct of public expertise of the Lviv Regional State Administration and its separate structural units are analyzed.

Key words: public examination, request, institute of civil society, activity, executive bodies, order of the chairman, order.

УДК 342.9

Євгенія Гусєва,
здобувач кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету

ПРО РОЗВИТОК НОВИХ ФОРМ УЧАСТІ ГРОМАДЯН У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ: ДО ПИТАННЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ

У статті розглянуто сучасні проблеми забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. Особливу увагу приділено стану участі громадян в забезпеченні безпеки дорожнього руху, як реалізації своїх прав та свобод у формуванні громадянського суспільства. На підставі дослідження робіт фахівців з адміністративного права та інших галузей права, зроблено висновки щодо необхідності дослідження сучасних проблем участі громадян, громадськості в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Зазначається, що сучасний розвиток доктрини адміністративного права створив підґрунтя до таких висновків, дозволив відійти від традиційних поглядів на участь громадян у цій сфері, які є здебільшого проявами адміністративного права радянського періоду. Здійснено аналіз законодавчого врегулювання можливостей участі громадян та громадських формувань в охороні громадського порядку та громадської безпеки в частині участі в забезпеченні безпеки дорожнього руху. Робиться висновок щодо незадовільного стану забезпечення безпеки дорожнього руху, який, на думку автора, можна покращити за активізації участі громадськості. Добровільна (ініціативна) участь громадян та громадських об'єднань в охороні громадського порядку та громадської безпеки, та їх складової частини – безпеки дорожнього руху – є важливою складовою громадянського суспільства. Зазначений процес має характер двосторонньої взаємодії правоохоронних органів та представників суспільства, які не пов'язані між собою службовими відносинами, підпорядкування тощо, але які бажають прийняти участь в забезпеченні безпеки дорожнього руху. В умовах зниження довіри до правоохоронних органів, громадяни покладаються лише на публічно-владні структури, які в умовах високого рівня корупції та застарілих форм роботи в цій сфері не здатні відповідати очікуванням суспільства. Такий рівень довіри знижує активність громадян у сприянні забезпеченню безпеки дорожнього руху. Реформа правоохоронних органів створює підґрунтя для активної участі громадян в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Пошук та підтримку сучасних форм забезпечення безпеки дорожнього руху необхідно здійснювати через дослідження наукових підходів щодо забезпечення безпеки дорожнього руху, обґрунтування доцільності розробки стратегії державної політики в сфері дорожнього руху як складової національної безпеки; сформулювати концептуальні засади теорії забезпечення безпеки дорожнього руху та її адміністративно-правової складової частини; розкриття сутності міжнародних стандартів, особливостей моделей поліцейської діяльності у сфері безпеки дорожнього руху та визначити шляхи їх впровадження в Україні; визначення місця та ролі громадян у забезпеченні безпеки дорожнього руху та розробки вітчизняної моделі забезпечення безпеки дорожнього руху за активною участю громадян. Основний висновок полягає в тому, що мають створюватися необхідні умови розвитку нових правих форм впливу громадян на публічне адміністрування в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.

Ключові слова: забезпечення безпеки дорожнього руху, правосвідомість, активізація участі громадян, форми участі.

Постановка проблеми. В Національній стратегії сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016 – 2020 роки зазначається необхідність створення державою сприятливих умов для розвитку громадянського суспільства, різноманітних форм демократії участі, налагодження ефективної взаємодії громадськості з органами державної влади та органами місцевого самоврядування з метою налагодження ефективного діалогу та партнерських відносин, підтримки ініціативи громадськості, передусім з питань забезпечення прав і свобод громадянина [1]. Активне, впливове і розвинене громадянське суспільство є важливим елементом будь-якої демократичної держави та відіграє одну з ключових ролей у впровадженні нагальних суспільних змін і належного врядування, в управлінні державними справами і вирішенні питань місцевого значення, роз-

© Є. Гусєва, 2018

робці і реалізації ефективної державної політики у різних сферах, утвердженні відповідальної перед людиною правової держави, розв'язанні політичних, соціально-економічних та гуманітарних проблем. Основні проблеми розвитку громадянського суспільства в Україні полягають в тому, що взаємодія органів державної влади та органів місцевого самоврядування з громадськістю залишається малоефективною через недостатню прозорість діяльності цих органів та забюрократизовані процедури такої взаємодії. Низький рівень взаємної довіри та недосконалість чинного законодавства створює штучні бар'єри для реалізації громадських ініціатив, утворення та діяльності окремих видів організацій громадянського суспільства, розгляду та врахування громадських пропозицій органами державної влади, органами місцевого самоврядування.

Безумовно, однією зі складних загроз національній безпеці є правопорушення, що обумовлює потребу в реалізації заходів з протидії йому. Необхідно підкреслити, що Конституція України покладає цей обов'язок на державу та спеціально утворювані нею органи. [2, с. 49]. Держава несе відповідальність за формування стратегії протидії правопорушенням, системи заходів та засобів вирішення цих проблем. Основні напрями правоохоронної діяльності держави становлять зміст її політики у сфері протидії правопорушенням. Юридична конструкція завдань адміністративного права повинна бути сприйнята суспільством та владою, належним чином доктринально розроблена для оптимізації адміністративної політики, правотворчої та правозастосовної практики, спираючись до того ж на підтримку суспільства.

Втім кількісне та якісне зростання транспортних засобів призводить до протиріч між органами публічного адміністрування: водіями та учасниками дорожнього руху. Треба зазначити, що індивідуальна та колективна свідомість містить в собі такі обсяги знань в сфері запровадження правил поведінки, але кожного разу виникає необхідність удосконалення відносин в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Власне, розширення життєвого простору прискорює комунікативне поле соціуму, яке потребує відповідних механізмів захисту всіх від всього.

Забезпечення цих відносин переважно засобами репресивного спрямування (встановленням, посиленням та зміненням адміністративної та кримінальної відповідальності) не має належного впливу. Отже розширення життєвого простору прискорює комунікативне поле соціуму, яке потребує відповідних механізмів захисту всіх від всього.

Мета статті. Розглянути сучасні проблеми забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. Особливу увагу приділити стану участі громадян в забезпеченні безпеки дорожнього руху, як реалізації своїх прав та свобод у формуванні громадянського суспільства. Здійснити аналіз законодавчого врегулювання можливостей участі громадян та громадських формувань в охороні громадського порядку та громадської безпеки в частині участі в забезпеченні безпеки дорожнього руху. .На підставі дослідження робіт фахівців з адміністративного права та інших галузей права, зробити висновки щодо необхідності дослідження сучасних проблем участі громадян, громадськості в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.

Аналіз публікацій. За роки незалежності України питанням громадян як суб'єктів адміністративного права приділено значну увагу у працях В.Б. Авер'янова , В.М. Бевзенко, Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, І.П. Голосніченко, Є.В. Додіна, В.К. Колпакова, А.Т. Комзюка, Т.О. Коломоєць, Є.В. Курінного, О.В. Кузьменко, Т.О. Мацелик, П.С. Лютікова, Р.С. Мельника, О.І. Миколенко, В.Я. Настюка, Д.В. Приймаченко. Проблемам, пов'язаним з участю громадян та їх об'єднань у різних публічно-правових відносинах присвячено дослідженням М.Ю. Віхляєва, В.В. Головка, С.Ф. Денисюка, Т.М. Олексенко та інших.

Різним проблемам забезпечення безпеки дорожнього руху з акцентом на участь громадян, приділена увага фахівців адміністративного права, серед яких: Л.Ю. Весєлова; Р.В. Гаврилюк; В.В. Гаркуша; Т.О. Гуржій; В.А Головко; В.В. Доненко; А.О. Собакарь; О.Л. Міленін; В.В. Новіков; О.Ю. Салманова; А.М. Подоляка та інших учених, проте комплексно питання громадської участі у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху не досліджувались і тому відсутні уніфіковані підходи до розв'язання зазначеної проблематики.

Віддаючи належне попереднім дослідженням, ми можемо зробити припущення щодо необхідності розвитку нових форм (інструментів) участі громадян у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, які мають стати предметом окремого наукового аналізу.

Виклад основного матеріалу. Різноплановість проблем, які пов'язують з безпекою дорожнього руху, породжує різноманітні погляди на стан її забезпечення. Принаймні ми маємо ситуацію, коли відносна амбівалентість в питаннях забезпечення безпеки дорожнього руху призводить до висновків про

неспроможність людей щодо її забезпечення та абсолютизації заходів з захисту громадян від дорожньо-транспортних пригод. Жахливі аварії, які трапились у жовтні 2017 року в Харкові та квітні 2018 року у Кривому Розі, які спричинили великий суспільний резонанс в соціальних мережах є прикладом такого розуміння. В умовах, коли щоденно засоби масової інформації повідомляють про численні аварії, в результаті чого проблема забезпечення безпеки дорожнього руху виходить на новий рівень.

Активна участь громадян у забезпеченні безпеки дорожнього руху постає важливим чинником розвитку громадянського суспільства. Відносини, які в результаті цього виникають мають обопільний характер взаємодії правоохоронних органів та представників суспільства. З урахуванням сучасного стану розвитку адміністративного права, ми можемо констатувати реординаційний характер розвитку відносин між громадянином та державою, відносин рівності, за якими громадяни мають у законний спосіб вимагати від держави виконання певних зобов'язань щодо них. З одного боку, громадяни проявляють певну ініціативу, а з іншого, правоохоронні органи мають забезпечити можливості практичної реалізації суспільних ініціатив. Зрештою, держава має створити правові гарантії для можливості для зазначеної взаємодії у соціальному партнерстві з метою забезпечення безпеки дорожнього руху.

Мова йде про нове бачення ролі адміністративного права, про його розуміння не як зовнішньої, об'єктивованої системи норм, відокремлених від учасників правової комунікації, а інтерпретацію його переважно в суб'єктному вимірі, про розуміння його як сфери, в якій матеріалізуються правові інтереси людини щодо держави, формуються як загально-соціальні, так і громадянські особливості [3, с. 10].

На цей період мають повно реалізовуватися вимоги статті 3 Конституції України, за якими людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави.

У вітчизняній адміністративній доктрині добровільна участь громадян, громадських об'єднань переважно розглядалася у сфері охорони громадського порядку та громадської безпеки. В цьому питанні ми солідарні з вченими, які підтримують необхідність визначення безпеки дорожнього руху як категорії, зміст якої розкривається через поняття «громадська безпека», а саме захищеності життєвоважливих інтересів учасників дорожнього руху і суспільства в цілому від загрози виникнення дорожньо-транспортних пригод і їх негативних наслідків. А також наголошуємо на реалізації цих положень у практичну площину [4].

Розвиток громадянського суспільства неможливий без участі громадських ініціатив. Добровільна (ініціативна) участь громадян та громадських об'єднань в охороні громадського порядку та громадської безпеки, та їх складової частини – безпеки дорожнього руху – є важливим складником громадянського суспільства. Зазначений процес має характер двосторонньої взаємодії правоохоронних органів та представників суспільства, які не пов'язані між собою службовими відносинами, підпорядкуванням тощо, але які бажають прийняти участь в забезпеченні безпеки дорожнього руху. В цьому сенсі: з одного боку громадяни проявляють певні ініціативи, а правоохоронні органи мають сприяти її практичній реалізації. Держава має створювати відповідні правові гарантії для реалізації такої участі.

Таким чином, вивчення аспектів, пов'язаних з участю громадян в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, набуває особливої нагальності та актуальності. Перед нами стоїть питання глибокого дослідження проблем безпеки дорожнього руху; питання участі громадян в забезпеченні безпеки дорожнього руху; визначення сучасних форм участі та їх класифікація за різними підставами участі громадян .

Проблема участі громадян в чинному законодавстві акцентована лише в частині забезпечення громадського порядку та громадської безпеки, незважаючи про необхідність практичного визнання складової частини безпеки дорожнього руху. Відтак, у Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» [7] лише фрагментарно зазначено, що основними завданням громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону є: участь у забезпеченні безпеки дорожнього руху та боротьбі з дитячою бездоглядністю і правопорушеннями неповнолітніх; надається право взаємодіяти з іншими органами громадської самодіяльності, що беруть участь у заходах, спрямованих на: забезпечення безпеки дорожнього руху. На наш погляд, зазначене положення законодавства обмежує можливості участі громадян у забезпеченні саме безпеки дорожнього руху, і тому, нами підтримуєть-

ся пропозиція щодо необхідності розробки проекту закону про участь громадян у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. В такому законі треба передбачити сучасні форми участі громадян та громадських об'єднань у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху; стимулювати таку участь громадян; організувати порядок взаємодії з поліцією; врахувати особливості особистої участі та створення громадських формувань; створити громадські ради при відповідних органах публічної адміністрації; використовувати відеофіксації, мережі інтернет; оголосити права та обов'язки щодо участі в забезпеченні безпеки дорожнього руху тощо.

Треба зазначити, що процес участі громадян має обопільний характер для правоохоронних органів та громадськості. Вони мають дещо опосередковане відношення до безпеки дорожнього руху, яке охоплюється поняттям «учасник дорожнього руху» і бажають більшої власної ролі в цих процесах. Тому ініціативу мають виявляти саме громадяни. Водночас органи публічного адміністрування мають забезпечити відповідну практичну реалізацію зазначеної ініціативи, створюючи відповідні правові гарантії.

В той же час, активність участі громадян в суспільних справах носить несистемний характер, до того ж обтяжений радянським та пострадянським досвідом, згідно з яким всі суспільні ініціативи, активності та участі здійснювалися виключно в межах необхідних державі. Такий підхід мав на увазі підтримку суспільством держави, її органів і був спрямований на задоволення потреб самої держави, а не конкретного громадянина. Для цього створювалися відповідні громадські формування, які діяли виключно за вказівкою державних органів. Будь яка ініціатива мала відбуватися у визначеному державою форматі та дозвільному характеру їх ініціатив.

На жаль, рудименти старої доби продовжують впливати на активність громадян. На думку авторитетного українського видання DT.UA «корінь багатьох наших проблем, не просто в пасивності переважної більшості людей, а у відсутності навичок об'єднуватися для досягнення спільних творчих цілей». В цьому ж виданні наводяться результати відповідей респондентів на запитання: «Чи вважаєте Ви себе активним громадянином?». 70,8% відповіли, що «не бачать сенсу та не мають часу»; 17,7% зазначили, що важко відповісти, 3,8% відповіли, що вони вже входять до громадської організації; 2,8% відповіли, що вони приймають участь у волонтерському русі; 1,5% відповіли, що вони є членами прибудинкового комітету; 2,1% відповіли, що вони приймають участь в інших видах діяльності [8].

Слід зауважити, що рівень підтримки громадянами діяльності правоохоронних органів в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху слугує своєрідним індикатором громадської підтримки та довіри їх діяльності. Мова йде про добровільність, участь за власним бажанням, а не за адміністративним примусом. Співвідношення правових, організаційних, методичних та інших засобів участі громадян (спільно з поліцією або самостійно) у забезпеченні безпеки дорожнього руху є показником довіри до діяльності органів публічної адміністрації та відповідної підтримки. Цікавий алгоритм розвитку відносин між державою та особою на початку минулого століття запропонував Андрієвський І.Є., який зазначав, що в усіх випадках, коли окрема особа своїми силами і засобами не може створити таких умов безпеки і добробуту, без яких розвиток її неможливий, на допомогу їй повинна прийти діяльність інших, що називається поліцейською. Відтак, таку діяльність здійснюють окремі особи, товариства і їх союзи. І тільки в тих випадках, коли такої діяльності окремих осіб, союзів і цілої громади виявиться недостатньо, має бути надана допомога з боку уряду (поліцейська діяльність у вузькому розумінні) [9, с. 17–18].

Наведене дозволяє здійснювати кроки пошуку оптимальної моделі забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні та місці громадян в цьому процесі. Пошук та підтримку сучасних форм забезпечення безпеки дорожнього руху необхідно здійснювати через дослідження наукових підходів щодо забезпечення безпеки дорожнього руху. Доцільним буде обґрунтування стратегії державної політики в сфері дорожнього руху як складової частини національної безпеки; сформулювати концептуальні засади теорії забезпечення безпеки дорожнього руху та її адміністративно-правової складової; розкрити сутність міжнародних стандартів, особливостей моделей поліцейської діяльності у сфері безпеки дорожнього руху та визначити шляхи їх впровадження в Україні; визначити місце та роль громадян у забезпеченні безпеки дорожнього руху та розробити вітчизняну моделі забезпечення безпеки дорожнього руху за активною участю громадян.

Таким чином, постає питання визначення та нормативного закріплення сучасних форм (інструментів) участі громадян в забезпеченні безпеки дорожнього руху, серед яких слід виокремити загальні форми (інструменти) участі громадян: консультації з громадськістю; громадські експертизи, громадські ради, громадські слухання; громадські обговорення (конференції, круглі столи, семінари, тренінги); надання самостійної, за умови чіткої ре-

гламентації зазначених прав, участі громадян у зазначеній сфері як суб'єктів громадянського контролю (направлення відповідних звернень, направлення позитивної або негативної інформації про діяльність поліції); участь у правозахисній діяльності; використання інтернет-сервісів для оперативного реагування на події; внесення пропозицій; моніторинг громадської думки; опитування особливо в межах місцевого самоврядування тощо. Наголошуємо на необхідності регламентації та розвитку можливості індивідуальної (персональної) участі громадянина у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху: сприяння попередженню, припиненню, фіксації порушень правил дорожнього руху, виконанню первинних дій на місці дорожньо-транспортних пригод, надання медичної допомоги тощо.

Висновки.

Зазначене слід розглядати як можливість розвитку правових форм впливу громадян на публічне адміністрування в сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. А «перетворення інституту участі громадян в дієвий механізм співпричетності громадянського суспільства до державного управління потребує вирішення різнопланових завдань: формування активного громадянина, який усвідомлює свої власні та суспільно-державні інтереси» [10, с. 18].

Список використаних джерел:

1. Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні; Указ Президента України № 68/2016 від 26 лютого 2106 року. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/68/2016.
2. Колпаков В. К. Адміністративно-деліктний феномен: монографія. К., 2004. С. 49.
3. Олексенко Т.М. Правове регулювання адміністративних відносин між державою та громадянами в Україні: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Запоріжжя, 2015. 208 с.
4. Новиков В.В. Адміністративно-правові основи профілактики порушень правил дорожнього руху: Автореф. дис.... канд..юрид. наук. К., 1997. 16 с.
5. Развадовський В.Й. Адміністративно-правове регулювання правовідносин у транспортній сфері України: монографія. Харків: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ., 2004 282 с.
6. Доненко В.В. «Громадський порядок», «громадська безпека», «безпека дорожнього руху»: до питання співвідношення категорій. // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. Львів, 2007. Вип. 1. С. 116–125.
7. Закон України «Про участь громадян у охороні громадського порядку та державного кордону». // Відомості Верховної Ради України ВВР, 2000, № 40. Ст. 338.
8. // DT.UA від 27 січня, 18:46 ZN № 1178, 27 січня — 2 лютого.
9. Андриевский И.Е. Полицейское право. СПб., 1874. 648 с.
10. Гражданское общество: первые шаги. / под ред. А.Ю. Сунгурова СПб.: Норма, 1999. 272 с.

В статье рассматриваются современные проблемы обеспечения безопасности дорожного движения в Украине. Особое внимание уделяется со стоянию участия граждан в обеспечении безопасности дорожного движения в качестве элемента реализации своих прав и свобод в формировании гражданского общества. На основе работ специалистов по административному праву и других отраслей права, предлагается необходимость исследования современных проблем участия граждан в сфере обеспечения безопасности дорожного движения. Подчеркивается, что современное развитие доктрины административного права составляет основу для полученных выводов и необходимость отхода от старых форм как проявлений административного права советского периода. Осуществлен анализ законодательного регулирования возможностей участия граждан и их формирований в охране общественного порядка и общественной безопасности в обеспечении безопасности дорожного движения. Сделан вывод о неудовлетворительном состоянии обеспечения безопасности дорожного движения, улучшить которое можно за счет активизации участия гражданского общества. Добровольное (инициативное) участие граждан и их общественных объединений в охране общественного порядка, общественной безопасности и их составляющей – безопасности дорожного движения, выступает важной составляющей гражданского общества. Указанный процесс имеет характер двустороннего взаимодействия правоохранительных органов и представителей общества, которых не связывают служебные отношения, но которые желают принять участие в обеспечении безопасности дорожного движения. В условиях снижения доверия к правоохранительным органам, граждане полагаются только на публично-властные структуры, которые в условиях высокого уровня коррупции и устарелых форм в этой сфере, не способны отвечать ожиданиям общества. Реформы правоохранительных органов создают условия для активного участия граждан в сфере обеспечения безопасности дорожного движения. Поиск и поддержка современных форм обеспечения безопасности дорожного движения необходимо осуществлять путем изучения новых подходов по обеспечению безопасности дорожного движения; обоснования необходимости разработки стратегии государственной политики в сфере обеспечения дорожного движения как составляющей национальной безопасности; формирования концептуальных основ теории обеспечения безопасности дорожного движения и ее административно-правовой составляющей; раскрытия сути международных стандартов,

особенностей моделей полицейской деятельности в этой сфере и определения путей их внедрения в Украине; определения места и роли, форм участия граждан в обеспечении безопасности дорожного движения при активном участии граждан. Основной вывод заключается в необходимости создания условий для развития новых правовых форм воздействия граждан на публичное администрирование в сфере безопасности дорожного движения.

Ключевые слова: обеспечение безопасности дорожного движения, правосознание, активизация участия, формы участия.

The article deals with modern problems of road traffic safety in Ukraine. Particular attention is paid to the state of citizens' participation in ensuring road safety as an element of realizing their rights and freedoms in the formation of civil society. Based on the work of specialists from administrative law and other branches of law, it is assumed that there is a need to study the current problems of citizens' participation in the field of ensuring road safety. It is emphasized that the modern development of the doctrine of administrative law forms the basis for the conclusions obtained and the need for the transition from the old forms as manifestations of the administrative law of the Soviet period. The analysis of the legislative regulation of the possibilities of participation of citizens and their formation in the protection of public order and public safety in the field of road traffic safety was conducted. The conclusion is made of the unsatisfactory state of ensuring road safety, which can be improved by increasing the participation of civil society. Voluntary (initiative) participation of citizens and their public associations in the protection of public order and public safety, and their component - road safety is an important component of civil society. The said process has the character of bilateral interaction between law enforcement bodies and representatives of the society, which are not linked to official relations, but who wish to take part in ensuring road safety. In a context of lowering confidence in law enforcement agencies, citizens rely only on public authorities who, in a high level of corruption and outdated forms in this area, are not able to meet the expectations of society. Reforms of law enforcement agencies create conditions for active participation of citizens in the field of road safety. The search and support of modern forms of road safety should be implemented through the study of new approaches to ensuring road safety, justification for the need to develop a strategy of state policy in the field of road traffic as a component of national security; formation of the conceptual foundations of the theory of ensuring the safety of traffic and its administrative-legal component; disclosure of the essence of international standards, peculiarities of models of police activity in this sphere and determination of ways of their introduction in Ukraine; determination of the place and role, forms of participation of citizens in ensuring road safety with the active participation of citizens. The main conclusion is that there is a need to create conditions for the development of new legal forms of citizens' exposure to public administration in the field of road safety.

Key words: provision of road traffic safety, legal awareness, activation of participation, participation forms.

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 КООРДИНАЦІЇ ДІЯЛЬНОСТІ СУБ'ЄКТІВ ЗАСТОСУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ У СФЕРІ ОРГАНІЗАЦІЇ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

Розглядається необхідність дослідження проблеми координації діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань як передумови реформування пенітенціарної системи України. Визначено основні нормативно-правові акти, які встановлюють та визначають основи координації діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань. Проаналізовано погляди вчених на проблеми координації діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань.

Ключові слова: координація, режим, адміністративно-правовий режим, Державна кримінально-виконавча служба, пенітенціарна система України.

Постановка проблеми. Процес істотного реформування Української держави, зумовлений не в останню чергу регіональною і глобальною політикою трансформації сучасного соціуму у широкому розумінні слова, ставить на порядок денний чимало завдань. Визначальним вектором цього процесу є, без сумніву, подальший розвиток суспільних відносин, який, однак, неможливий без розв'язання такого ключового завдання, як всебічне забезпечення публічної безпеки та правопорядку. Однією з ланок такого забезпечення є створення й функціонування в системі органів державної влади пенітенціарних органів. Однак, для того щоб зазначені органи якомога ефективніше реалізовували свою діяльність, вони мають взаємодіяти з іншими органами державної влади, громадськими об'єднаннями та іншими суб'єктами такої взаємодії. Іншими словами, важливість виконуваних завдань щодо убезпечення, в кінцевому підсумку, суспільства від злочинних проявів передбачає й спільність діяльності багатьох суб'єктів через поєднання їхніх зусиль. Однак будь-яка взаємодія на рівні керованих систем потребує належного правового оформлення, або, іншими словами, правового регулювання. У спеціальній літературі цілком справедливо зауважується, що правове регулювання як один із магістральних напрямів дії права має загальну соціальну мету, а саме: створення необхідних умов для безпечного розвитку усіх інституцій суспільства, при цьому загальною юридичною метою подібного регулювання є створення в суспільстві стабільного правопорядку, а також системи органів, здатних цей правопорядок підтримувати і захищати [1, с. 190].

Актуальність теми дослідження. Проблема координації діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань є однією з малодосліджених як у науці кримінально-виконавчого права, так і в науці адміністративного права.

Стан дослідження. У доктринальній площині дослідженню тих чи інших аспектів адміністративно-правового регулювання взаємодії різних органів державної влади, в тому числі й органів пенітенціарної системи, приділяли увагу у своїх дослідженнях такі вчені, як: Є. Ю. Бараш, В. В. Галунько, С. В. Зливко, В. Я. Настюк, В. І. Олефір, М. Н. Пихтін, В. Ф. Пузирний, В. О. Серьогін, А. Х. Степанюк, С. Г. Стеценко, В. І. Теремецький, О. Г. Ткаченко, В. І. Трубніков, Ю. М. Фролов, Р. В. Шагієва, М. Ю. Яковчук, О. Н. Ярмиш та ін. Однак ґрунтовного дослідження з урахуванням реалій сьогодення до цього часу проведено так і не було.

Мета та завдання статті – з'ясувати, по-перше, сутність поняття «координація взаємодії у сфері організації виконання покарань», а по-друге, здійснити аналіз його адміністративно-правового регулювання.

© В. Карелін, 2018

Виклад основного матеріалу. Спеціальні адміністративно-правові режими, до яких належить і відповідний режим у сфері організації виконання покарань, як правило, не виключають ті чи інші форми взаємодії між суб'єктним складником механізму адміністративно-правового режиму та іншими учасниками взаємодії. Зрозуміло, що така взаємодія здійснюється з метою підвищення ефективності реалізації тих завдань, які покладаються на зазначену складову частину певного адміністративно-правового режиму. Напевно, це попереднє знання про одну із властивостей режиму може бути розглянуте й крізь призму аналізованого адміністративно-правового режиму.

Як відомо, у діяльнісному аспекті взаємодія найчастіше відбувається у формі координації. У найбільш універсальному розумінні (безвідносно до конкретної сфери регуляції) під координацією розуміється погодження, зведення до відповідності, установлення зв'язку, контакту в діяльності людей, між діями [2, с. 572]; взаємоузгоджена діяльність кількох суб'єктів для досягнення ними спільної мети [3, с. 290]. Водночас координація розглядається й багатьма юридичними галузями, які відбивають у її розумінні індивідуальні властивості як її сутності, так і правового регулювання певної взаємодії різних суб'єктів, що є предметом розгляду тієї чи іншої галузі юриспруденції. Так, наприклад, фахівці із прокурорського нагляду зауважують, що координація діяльності у боротьбі зі злочинністю – це заходи, що організовуються прокурорами з метою забезпечення узгодженості зусиль правоохоронних органів держави, з урахуванням їх компетенції, у вирішенні спільних завдань [4, с. 167].

Представники кримінологічної науки стверджують, що координація діяльності правоохоронних органів із протидії злочинності та корупції – це передбачена законом, об'єктивно зумовлена, узгоджена та постійна взаємодія з метою реалізації учасниками правоохоронної діяльності спільних заходів за найбільш пріоритетними напрямами протидії злочинним та корупційним проявам, що здійснюється під організаційним керівництвом відповідного прокурора [3, с. 290].

У літературі довідкового плану термін «координація» визначається так: 1) взаємозв'язок, узгодженість, поєднання, приведення у відповідність [5, с. 626]; 2) погодження, зведення до відповідності, установлення взаємозв'язку, контакту в діяльності людей, між діями, поняттями [6, с. 453]; 3) узгодження, становлення функціональної взаємозалежності дій і засобів досягнення цілей, одна з функцій управління [7, с. 145] та ін.

Що стосується адміністративного права, то коли йдеться про координацію як певне змістове явище, то найчастіше говорять про метод координації, що є протилежним методу субординації. Так, наприклад, стверджується, що метод координації формує децентралізоване, диспозитивне регулювання, що проводиться на паритетних засадах; джерелом юридичної енергії за такого регулювання є будь-які суб'єкти правовідносин, у зв'язку із чим статус суб'єктів характеризується насамперед їх рівноправним становищем у правовідносинах [8, с. 35]. Цікаву думку з приводу місця координації в адміністративно-правовому механізмі висловили В. Я. Настюк та В. В. Бєлєвцева. Вони зазначають; «У новітній юридичній літературі щодо поняття предмета адміністративного права існують кілька різних поглядів, що сформувались у зв'язку з радикальними соціально-економічними перетвореннями, які відбулися у нашій країні останніми роками та спричинили відповідні зміни у правовій сфері, особливо стосовно сучасного визначення предмета адміністративного-правового регулювання..., < зокрема >, ... сталося перенесення центру державного впливу прямого підпорядкування на координацію діяльності суб'єктів управління у різних галузях...» [9, с. 20]. Разом із тим ще за радянських часів у спеціальній літературі зазначалося, що організація внутрішньої і зовнішньої взаємодії, координація діяльності установ виконання покарань з іншими правоохоронними органами, іншими державними органами, громадськими організаціями; організація контролю тощо належать до кола завдань та функцій адміністративної діяльності установ виконання покарань [10, с. 35].

Стосовно сутності поняття координації взаємодії у сфері організації виконання покарань зазначимо, що ця діяльність має поєднувати зусилля принаймні двох груп суб'єктів – безпосередніх учасників такої діяльності, не враховуючи, власне, органів системи виконання покарань. З одного боку, це правоохоронні органи, органи влади та місцевого самоврядування, а з другого – інституції громадськості. Спільна діяльність, що має ознаки саме координації зусиль, виявляється в узгодженні й одновекторності дій суб'єктів, що не є адміністративно підлеглими один одному. У цьому полягає специфіка побудови відносин між такими суб'єктами. Водночас вони діють спільно, і їх спільність заснована: по-перше, на принципах рівності в опрацюванні й прийнятті будь-яких спільних рішень (чи то внесення пропозицій, чи то розробка документів рекомендаційного характеру та ін.); по-друге, на визнанні самостійності й

відповідальності будь-якого суб'єкта у межах закріплених за ним законом повноважень; по-третє, на виключенні підміни функцій одного суб'єкта іншим під час реалізації координаційних заходів; по-четверте, на розумінні своєчасності й оперативності у вжитті організаційних заходів координаційної спрямованості; по-п'яте, на необхідності концентрації кадрів (представників) відповідної кваліфікації різних соціальних інституцій й найбільш доцільних засобів на координованому напрямі (ділянці) взаємної діяльності, що вимагає пріоритетної уваги; по-шосте, на визначенні провідної ролі, як правило, будь-якого одного спеціального суб'єкта, що виконує функцію з організації й скеровування спільних дій; по-сьоме, на врахуванні специфіки тієї діяльності, що координується.

Отже, на підставі викладеного слід зазначити, що координація діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань – це спільна діяльність, з одного боку, органів та установ виконання покарань, а з другого – державних та правоохоронних органів, органів місцевого самоврядування, а також громадських інституцій із закріпленням провідної ролі, як правило, за будь-яким одним спеціальним суб'єктом, що заснована на принципах рівності в опрацюванні й прийнятті будь-яких спільних рішень зі збереженням самостійності й відповідальності цих суб'єктів у межах закріплених за ними законом повноважень і що реалізується своєчасно й оперативно шляхом концентрації кадрів (представників) відповідної кваліфікації (спеціалізації) й найбільш доцільних засобів з метою підвищення ефективності реалізації завдань зазначених режимів у сфері організації виконання покарань. Таким чином, координація діяльності пенітенціарних органів та інших компетентних державних, правоохоронних органів, а також громадських інституцій в кінцевому підсумку виявляється цілеспрямованим колективним впливом перелічених суб'єктів цієї взаємодії на відносини, що виникають між зазначеними суб'єктами під час їхньої спільної режимної діяльності, визначеної нормами адміністративного та кримінально-виконавчого права, з метою забезпечення узгодженості й одновекторності у певній царині людської активності. При цьому у широкому аспекті досягнення цілі координації, як справедливо зазначається у спеціальній літературі, забезпечується розв'язанням таких завдань, як усунення роз'єднаності, паралелізму й дублювання у діяльності правоохоронних органів у боротьбі зі злочинністю, її активізація, надання цій діяльності більшої цілеспрямованості та ін. [11, с. 36]. Якщо виходити з того, що однією із цілей покарання, про яке йдеться у ч. 2 ст. 50 КК України, є запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так й іншими особами, то не буде помилковим вважати, що координація в режимній діяльності не оминає й цього аспекту проблеми взаємодії.

Із викладеного випливає кілька висновків методологічного характеру. Насамперед, координаційна діяльність суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань за своєю природою є однією із самостійних функцій, покладених на органи й установи Державної кримінально-виконавчої служби України, що своїм безпосереднім завданням має укріплення законності у процесі реалізації покарань і підвищення дієвості запобігання злочинним проявам під час відбування-виконання цих покарань. Крім того, така діяльність виявляється своєрідним відходом від імперативності однойменного методу правового регулювання, що належить до основних елементів адміністративно-правового режиму і ґрунтується на централізованому засобі та відповідному типі регулювання з відбиттям юридичної нерівності суб'єктів правовідносин [12, с. 268]. Координацією охоплюється лише спеціальна сфера діяльності, пов'язана із функціонуванням адміністративно-правових режимів виконання покарання як таких з обмеженим, а саме конкретно визначеним, колом суб'єктів відповідної діяльності.

Щодо нормативного складника регуляції координаційної діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань, то треба зазначити, що натепер до нормативно-правових актів, які покликані забезпечити взаємодію між вказаними органами, слід віднести перш за все Кримінально-виконавчий кодекс України та інші нормативно-правові акти, предметом яких є у тому числі закріплення статусу суб'єктів кримінально-виконавчої діяльності. Тут лише нагадаємо, що згадані нормативно-правові акти визначають, зокрема, систему та гарантії кримінально-виконавчої діяльності в Україні, засади організації правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб пенітенціарної системи. Водночас у них закріплені й деякі аспекти взаємодії зазначеного органу з правоохоронними органами України та органами влади і місцевого самоврядування, а також органами судової влади та ін. Наприклад, це стосується: 1) визначення правового статусу пенітенціарних органів та установ як такого, що важливий для

розуміння засад такої взаємодії; 2) можливих напрямів взаємодії пенітенціарних органів та установ із правоохоронними органами; в) визначення компетенції пенітенціарних органів та установ під час взаємодії з органами влади, правоохоронними органами та ін.; г) обміну інформацією пенітенціарних органів та установ з органами прокуратури та Національною поліцією, зокрема, про стан законності, боротьбу зі злочинністю, умови виконання покарань та результати діяльності на відповідній території; д) вирішення спільно з відповідними органами Національної поліції питань щодо створення належних умов для служби та відпочинку співробітників пенітенціарної служби та поліцейських; е) регулювання відносин пенітенціарних органів та установ із судами загальної юрисдикції; тощо.

Цікавою у плані аналізу правового регулювання самого процесу координації діяльності органів та установ пенітенціарної системи видається думка М. Г. Вербенського, який свого часу зазначив, що «на управління в установах виконання покарань поширюються всі управлінські закони та закономірності, оскільки доводиться вирішувати загальний для всієї кримінально-виконавчої системи комплекс управлінських проблем, основними з яких є: 1) обґрунтування цілей, функцій і завдань системи та її складових елементів; 2) пошук оптимальних організаційних і організаційно-штатних структур системи; 3) напрацювання ефективних управлінських рішень на всіх рівнях системи; 4) оптимізоване інформаційне забезпечення систем та процесів управління; 5) забезпечення ефективного функціонування системи: її елементів як цілісних організаційних структур; 6) оптимальна організація праці персоналу на основі теорії наукової організації управлінської праці; 7) оптимізація психологічного клімату в системі (найбільш важливою складовою частиною цього завдання є робота з кадрами); 8) напрацювання та використання критеріїв і показників оцінювання ефективності функціонування системи в цілому та її елементів, зокрема; 9) засвоєння кібернетико-математичних методів управління та електронного оброблення інформації, електронно-обчислювальної та комп'ютерної техніки» [13, с. 6].

Ще один нормативно-правовий акт, що заслуговує на увагу в плані визначення вектора взаємодії пенітенціарних органів та установ з іншими суб'єктами координаційної діяльності, а саме з правоохоронними органами, є Закон України «Про Національну поліцію України», в якому регламентовано правові засади організації та діяльності Національної поліції України, статус поліцейських, а також порядок проходження служби в Національній поліції України. Важливою видається вказівка на те, що поліція у процесі своєї діяльності взаємодіє з органами правопорядку та іншими органами державної влади, а також *органами кримінально-виконавчої служби* відповідно до цього Закону та інших нормативно-правових актів. Крім того, у згаданому Законі вказані конкретні напрями взаємодії поліції з пенітенціарними органами, що є предметом координаційної діяльності. До таких належать: 1) взаємодія між керівниками територіальних органів поліції та представниками пенітенціарних органів; 2) виконання спільних проектів, програм та заходів для забезпечення порядку виконання покарань та покращення ефективності виконання поліцією покладених на неї завдань в даній сфері суспільних відносин; 3) здійснення спільних проектів на засадах партнерства; 4) співпраця між поліцією та пенітенціарними органами, що спрямована на виявлення та усунення проблем, пов'язаних із здійсненням поліцейської діяльності, і сприяння застосуванню сучасних методів для підвищення результативності та ефективності здійснення такої діяльності; 5) підтримка поліцією програм правового виховання, пропагування правових знань в освітніх закладах установ виконання покарань, засобах масової інформації та у видавничій діяльності за певною тематикою [14]. На наш погляд, у характері цієї взаємодії можна виокремити принаймні три складника: а) організаційний, що визначає уповноважених осіб такої взаємодії (керівний склад відповідних органів та установ); б) функціональний (реалізація різноманітних проектів, планів, заходів спеціальної спрямованості) та окремо в) просвітницький (участь, так би мовити, в оздоровленні суспільства).

Положення наведених нормативно-правових актів в основному регулюють діяльність пенітенціарних органів та правоохоронних органів, але не стосовно тієї сфери, що потребує підвищеної уваги, тобто така взаємодія відрізняється найзагальнішим характером, має ніби безособовий характер. Однак, на нашу думку, слід також відзначити нормативні акти, що регулюють взаємодію у певних напрямах спільної діяльності зазначених органів. Серед таких документів насамперед слід вказати Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» [15]. Основними завданнями цього Закону є: створення загальних правових і організаційних засад у сфері організації боротьби з організованою злочинністю, сприяння її попередженню

та ліквідації; визначення системи державних органів, що ведуть боротьбу з організованою злочинністю, та їх взаємовідносин; встановлення повноважень спеціальних державних органів по боротьбі з організованою злочинністю та спеціальних заходів, що здійснюються ними на території, у тому числі й установ виконання покарань та ін. Стаття 8 розділу II «Спеціальні державні органи по боротьбі з організованою злочинністю, їх компетенція» зазначеного Закону наголошує, що координацію діяльності всіх державних органів, на які цим Законом покладено обов'язки здійснювати цю боротьбу, здійснює Координаційний комітет по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю. При цьому до складу зазначеного органу, окремих посадових осіб, конкретно визначених аналізованим Законом, можуть входити й керівники інших міністерств та відомств, які беруть участь у боротьбі з організованою злочинністю. Безумовно, одним із таких відомств є й Державна кримінально-виконавча служба України, керівник якої за посадою може входити до Координаційного комітету з боротьби з корупцією і організованою злочинністю. Водночас слід зазначити, що особливістю цієї сфери боротьби зі злочинністю є те, що функція координатора покладається на відповідний спеціально створений державний орган.

Видається за необхідне звернутися ще до одного нормативно-правового акта, яким закладаються засади спільної діяльності щодо боротьби з таким видом правопорушень, як незаконний обіг наркотичних засобів. Законом України «Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними» [16] визначено відповідні завдання, серед яких, зокрема, визначення системи суб'єктів та заходів, спрямованих на протидію незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживання ними. У ч. 3 ст. 3 розглядуваного Закону прямо закріплюється, що координація діяльності у сфері протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів здійснюється органами виконавчої влади, уповноваженими на вирішення завдань у сфері протидії їх незаконному обігу. Виходячи з тексту нормативних приписів, до цієї протидії може залучатися широке коло державних органів, у тому числі й органи та установи виконання покарань, які у відповідних ситуаціях взаємодіють один з одним, наприклад у разі виявлення адміністративного чи кримінального порушення порядку цього обігу (надсилання інформації або подання матеріалів до відповідних правоохоронних органів, які ведуть боротьбу з незаконним обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів). У цьому полягає елемент взаємодії та координованості суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань (звісно ж, якщо про такі факти незаконного обігу наркотичних засобів стало відомо під час відбування особою покарання).

Ще одним пріоритетним напрямом боротьби зі злочинністю визнається протидія корупційним проявам. У цьому зв'язку окремо слід наголосити на можливості координації суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань у цій площині. Закон України «Про запобігання корупції» [17], визначаючи правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, зміст та порядок застосування превентивних антикорупційних механізмів, правила щодо усунення наслідків корупційних правопорушень, має безпосереднє відношення й до функціонування об'єктів пенітенціарної інфраструктури. Водночас згаданий закон визначає правові засади координації та надання Національним агентством з питань запобігання корупції державним органам, відповідно й органам пенітенціарної системи, методичної допомоги щодо виявлення корупційних ризиків у своїй діяльності та реалізації цими органами заходів для їх усунення, у тому числі підготовки та виконання антикорупційних програм, здійснення аналізу ефективності діяльності уповноважених підрозділів (уповноважених осіб) з питань запобігання та виявлення корупції. Як випливає із тексту Закону, роль координуючої ланки тут покладається на Національне агентство з питань запобігання корупції.

Висновок.

Підводячи підсумок вищевикладеного, справедливим буде зауважити, що за допомогою адміністративного права під час координації діяльності суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань з будь-якими іншими державними інституціями регулюються різноманітні відносини управлінського характеру, що спрямовані на запобігання проявам тих чи інших негативних соціально-правових явищ (злочинність, корупція, наркоманія тощо). При цьому відзначимо, що норми адміністративної галузі права регулюють відносини, які мають загальний характер для всіх напрямів будь-якої координаційної взаємодії. Однак разом із тим адміністративно-правове регулювання взаємодії органів

місцевого самоврядування, правоохоронних органів та суб'єктів застосування адміністративно-правових режимів у сфері організації виконання покарань спрямовано лише на окремі сфери спільної діяльності зазначених органів у межах режимного впливу.

Список використаних джерел:

1. Бурбика В.О. Взаємодія органів місцевого самоврядування з правоохоронними органами. Сучасні проблеми адміністративного права та процесу: тези доп. учасників Всеукр. наук.-практ. конф., 30 черв. 2017 р Харків: ХНУВС, 2017. С. 190-193.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з додатками. і доповненнями.) / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусела. Київ: Перун, 2005. 1728 с.

3. Мозгова В.А. поняття та рівні координації діяльності правоохоронних органів із протидії злочинності й корупції. Часопис Київського університету права. 2013. № 2. С. 290-294.

4. Прокурорський нагляд в Україні: курс лекцій / Нор В.Т., Береський Я.О., Когутич І.І., Котик З.Д., Гузела М.В. та ін. Львів: Тріада плюс, 2002. 280 с.

5. Советский энциклопедический словарь / под. ред. А. М. Прохорова. Москва. : Сов. энцикл., 1985. 1600 с.

6. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.

7. Осипов Г.В. Социологический энциклопедический словарь. Москва: Изд-во НОРМА, 2000. 488 с.

8. Колпаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України: підручн. Київ: Юрінком Інтер, 2003. 544 с.

9. Настюк В. Я., Бєлєвцева В. В. Адміністративно-правові режими в Україні: монографія. Харків: Право, 2009. 128 с.

10. Аксенов А. А. Управление органами, исполняющими наказания: учеб. пособ. Рязань: Рязан. высш. шк. МВД СССР, 1989. 107 с.

11. Шалумов М.С. Проблемы функционирования российской прокуратуры в условиях формирования демократического правового государства: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.11. Екатеринбург, 2002. 50 с.

12. Адміністративне право України: підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дьяченко та ін.; за ред. Ю.П. Битяка. Київ, Юрінком Інтер, 2006. 544 с.

13. Організація управлінської діяльності в органах і установах кримінально-виконавчої системи / Вербенський М. Г., Мендель М. В., Промогайбенко В. В., Серов В. І.; за ред. В. А. Льовочкіна. Київ: ДДУПВП., 2004. 75 с.

14. Про Національну поліцію України: Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/580-19.

15. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю: Закон України від 30.06.1993 № 3341-XII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3341-12.

16. Про заходи протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів та зловживанню ними: Закон України від 15.02.1995 № 62/95-ВР / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/62/95-вр.

17. Про запобігання корупції: Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18.

Рассматривается необходимость исследования проблемы координации деятельности субъектов применения административно-правовых режимов в сфере организации выполнения наказаний как предпосылки к реформированию пенитенциарной системы Украины. Определены основные-правовые акты, которые устанавливают и определяют основы координации деятельности субъектов применения административно-правовых режимов в сфере организации выполнения наказаний. Проанализированы взгляды ученых на проблемы координации деятельности субъектов применения административно-правовых режимов в сфере организации выполнения наказаний.

Ключевые слова: координация, режим, административно-правовой режим, Государственная уголовно-исполнительная служба, пенитенциарная система Украины.

Need for problems of co-ordinations of activity of subjects of application in the execution 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 co-ordinations of activity of subjects of application in the execution administrative and legal regimes research in the execution of sentences are outlined. The scientists of co-ordinations of activity of subjects of application in the execution administrative and legal regimes research in the execution of sentences on the are analyzed.

Key words: co-ordination, regime, administrative and legal regime, state penitentiary service, penitentiary system of Ukraine.

УДК 342.9

Олена Карнаух,
аспірант кафедри міжнародного права
та порівняльного правознавства
Національного університету біоресурсів
та природокористування України

ПРОМИСЛОВІ ВІДХОДИ ЯК ПРЕДМЕТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

У статті досліджується сутність, зміст та сучасні наукові погляди на поняття «промислові відходи» через призму адміністративно-правового регулювання. Звернено увагу на відсутність законодавчого закріплення поняття «промислові відходи» та проаналізовано негативні наслідки такої ситуації, з огляду на що запропоновано авторське визначення вказаного поняття.

Ключові слова: промислові відходи, відходи виробництва, утилізація, адміністративно-правове регулювання, законодавство у сфері регулювання поводження з відходами.

Постановка проблеми. Сучасний період розвитку людської цивілізації характеризується підвищеним техногенним навантаженням на навколишнє природне середовище і, як наслідок, зростанням ступеня загрози для життя та здоров'я людини [7].

Попри те, що сьогодні адміністративно-правове регулювання є найбільш ефективним механізмом забезпечення ефективного та безпечного поводження з промисловими відходами, поняття «промислові відходи» залишається поза увагою вчених-адміністративістів.

Його дослідження та формулювання допоможе більш чітко зрозуміти предмет регулювання, а також позитивні та негативні риси сучасного стану адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами для його подальшого вдосконалення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню окремих напрямів адміністративно-правового регулювання поводження з різними категоріями відходів було присвячено праці таких вітчизняних та зарубіжних вчених-правників, як Т. Л. Антонова, О. М. Гаврилюк, О. В. Гладій, О. В. Горобець, Н. О. Максіменцева, О. В. Малєй, С. В. Размєтаєв, І. Л. Трофімов, В. О. Юрескул, Є. В. Шульга. Однак, незважаючи на досить значні напрацювання науковців, продовжує існувати низка проблемних питань, передусім пов'язаних із відсутністю єдності щодо термінологічного визначення досліджуваного поняття та глибинного наукового вивчення методів та засобів адміністративно-правого впливу на поводження з промисловими відходами.

Метою дослідження є аналіз теоретико-практичного обґрунтування необхідності виокремлення категорії промислових відходів та вивчення особливостей цієї категорії як предмета адміністративно-правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Промисловість України переживає складний етап. Промислове виробництво різко скоротилося у першій половині 2015 року через збройний конфлікт на Сході України. Втрата доступу до російського експортного ринку, на частку якого припадало близько 25 % експорту в останнє десятиліття, і втрата території у високорозвинених індустріальних районах Східної України є прямою загрозою майбутній економічній стабільності країни [10].

Звуження промислового сектору в Україні зовсім не означає вирішення всіх проблем щодо звалищ відходів, утворених внаслідок виробництва підприємств, та появу ефективного їх адміністративно-правового регулювання.

Виходячи з аналізу чинного національного законодавства у сфері охорони навколишнього середовища та екології, констатуємо, що поняття «промислові відходи» у чіткому розумінні національного законодавства відсутнє. Наявні різні класифікації твердих промислових відходів (за галузями промисловості: відходи паливної, металургійної, хімічної та інших галузей; за конкретними виробництвами: відходи сірко кислотного, содового, фосфорокислотного та інших ви-

© О. Карнаух, 2018

робництв; за агрегатним станом: тверді, рідкі, газоподібні; за горінням: горючі та негорючі; за методами переробки; за рівнем небезпеки промислові відходи поділяються на чотири класи небезпеки: I – надзвичайно небезпечні, II – високо небезпечні, III – помірно небезпечні, IV – мало небезпечні), на законодавчому рівні закріплено загальне поняття «відходи», але щодо визначення промислових відходів є певні складнощі [4].

Що стосується термінології, то в Законі України «Про відходи» надані основні терміни у сфері рулювання відходів, які досить узагальнено дають поняття про види відходів та методи їх утилізації. Згідно з цим Законом, до відходів належать будь-які речовини, матеріали і предмети, що утворилися у процесі виробництва чи споживання, а також товари (продукція), що повністю або частково втратили свої споживчі властивості та не мають подальшого використання за місцем їх утворення чи виявлення і від яких їх власник позбувається, має намір або повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення [6].

Варто зазначити, що в опублікованому ООН «Results of the United Nations Economic Commission for Europe survey on legal instruments and information exchange in the area of waste statistics in the countries of Eastern Europe, Caucasus and Central Asia» від 23.05.2012 Азербайджан та Киргизстан надали визначення промислових відходів [1].

На думку представників із Азербайджану, промислові відходи – це речовини, предмети і матеріали, які утворюються в процесі виробництва, в сільському господарстві, у сфері обслуговування і непридатні до використання на місці утворення, а також повністю або частково втратили первинні споживчі властивості [1].

У свою чергу, «відходами виробництва» представники влади Киргизстану вважають залишки матеріалів, сировини, напівфабрикатів, що утворилися в процесі виробництва продукції або виконання робіт і втратили в цілому або частково свої споживчі властивості, а також супутні речовини, що утворюються в процесі виробництва і не знаходять застосування в цьому виробництві [1].

Нормативна база України у сфері рулювання поводження з відходами охоплює досить великий спектр відносин суб'єктів господарювання й органів держаної влади та, зокрема, здійснення контролю та нагляду за дотриманням законодавства першими. Однак навіть серед вітчизняних науковців немає одностайності щодо визначення сутності понять «промислові відходи», «відходи виробництва» тощо. Безумовно, це ускладнює їх розуміння, чітке розмежування і призводить до розбіжностей у правильному застосуванні та дотриманні норм законодавства щодо відходів у цілому.

В Україні існує Державний класифікатор відходів, який є основоположним документом щодо інформаційного забезпечення та управління відходами. Він передбачає класифікацію відходів на основі системи обліку із дотриманням гармонізації з міжнародними нормативними документами, стандартами у сфері екології, ресурсозбереження та повторного використання сировини [5].

У цілому відходи поділяються на дві основні групи: відходи виробництва (промислові відходи) та відходи споживання (відходи вжитку).

До відходів виробництва належать матеріали, речовини, вироби, які утворилися в процесі виробництва продукції, виконання робіт чи надання послуг та не знаходять застосування на певному підприємстві (організації), або ті, які повністю чи частково втратили свої споживчі властивості. На них припадає близько 90 % загальної маси відходів, накопичених в Україні. Відходи споживання містять у собі вироби, матеріали, речовини, які втратили повністю або частково свої споживчі властивості у процесі масового чи особистого споживання [13].

Слід зазначити, що доречним було б уведення в норми законодавства поняття «промислові відходи», що полегшило б відмежування їх від інших видів відходів, та забезпечило би більш ефективну реалізацію норм законодавства у цій сфері.

Формулюючи поняття "промислові відходи", варто було б відштовхуватись від загального поняття "відходи" з урахуванням специфіки саме цього виду відходів.

Неощадливе і великомасштабне використання природних ресурсів і високий рівень відходності в минулому призвели до накопичення тих відходів, які за сучасних умов перейшли в категорію ресурсно-цінних [12, с. 70].

Треба також враховувати, що промисловість у світі загалом та в Україні зокрема не стоїть на місці, постійно розвивається, внаслідок чого з'являються нові, до цього часу невідомі види промислових відходів. Крім того, можуть з'явитися виробництва, для яких те, що вчора вважалось безумовними відходами, буде ідеальною сировиною без необхідності попередньої обробки.

У зв'язку з цим поняття «промислові відходи» повинне мати якнайширший рівень універсалізації, не будучи при цьому відверто декларативним та відірваним від реального застосування на практиці.

Втрата споживчої цінності як критерій для надання речовині, матеріалу чи предмету

статусу відходів у промисловості не може відігравати провідну роль, оскільки речовина, матеріал чи предмет можуть не мати жодного застосування у технологічному процесі на місці свого утворення, але при цьому мати значну цінність та попит як сировина для інших виробництв, іноді в тому самому секторі промисловості.

Автоматичне надання речовині, матеріалу чи предмету статусу промислових відходів за неможливості чи небажання виробника використовувати їх у своїх технологічних процесах звужує свободу бізнесу, спричиняє необґрунтовані додаткові обтяження з боку держави, що, своєю чергою, не відповідає актуальним вимогам та можливостям промислових виробництв та не відображає справжній стан речей та реальні проблеми, які потребують адміністративно-правового регулювання.

Наприклад, алмазна крихта може бути непотрібною конкретному ювелірному підприємству після обробки алмазів, а для виробників шліфувальних кругів це є чи не найкращою сировиною. Чи вважати при цьому таку крихту відходом ювелірної промисловості, а процес виробництва кругів – утилізацією крихти? Навряд чи. Чи можна вважати крихту товаром, оскільки підприємець може отримати прибуток від її реалізації виробнику кругів? Чому б і ні. А якщо ювеліру простіше обміняти на щось інше чи подарувати крихту виробнику кругів, ніж зберігати її чи платити за подальшу її утилізацію чи видалення? Однак якщо ювелір не знайде того, кому потрібна крихта, то він змушений буде визначатися з її подальшою долею все-таки як з відходом, тобто передавати її на утилізацію чи видалення. При цьому якщо ювелірне підприємство в певний момент забажає розширити види діяльності і стане виробляти шліфувальні круги, то чи зникає взагалі питання, оскільки речовина знайде своє застосування за місцем виробництва. Але ж змушувати вибирати види діяльності не можна.

З огляду на різні нормативно-правові акти, традиційним підходом до контролю діяльності з управління відходами є адміністративно-управлінський підхід, який повинен бути передбачений у законодавстві. Законодавство має бути забезпечене механізмами, що гарантують його застосування, а отже, створювати прямі зобов'язання, які мають виконуватися, і встановлювати санкції за їх недотримання. Рівень нормативно-правової відповідності може бути різним, залежно від кола повноважень у сфері забезпечення дотримання норм того чи іншого контролюючого органу. Якщо таке коло повноважень є досить вузьким, а мотивації до добровільного дотримання норм є слабкими, адміністративно-управлінський регуляторний підхід може мати незначний вплив на вирішення екологічних питань [8].

Якщо вважати промисловими відходами все, що не має застосування на місці виробництва, то матимемо кілька суперечностей: 1) у навколишньому середовищі опиниться менше відходів, ніж сума задекларованих відходів усіх виробництв; 2) держава вимагатиме проводити процедури утилізації чи видалення у тих випадках, де для цього немає необхідності; 3) підприємцям залежно від змоги реалізовувати постійно речовини, предмети чи матеріали доведеться змінювати їх статус у документації технологічного процесу та бухгалтерському обліку з відходу на товар і навпаки, що сьогодні однозначно спричинить труднощі з фіскальними та іншими контролюючими органами.

У науковому середовищі лунають думки про необхідність реформування підходу до визначення статусу промислових відходів та, відповідно, підходів до адміністративно-правового регулювання поводження з ними. Так, О. В. Гладій пропонує замінити правовий режиму відходів гірничодобувної промисловості з відходів техногенних родовищ корисних копалин на техногенні мінеральні утворення з наданням податкових пільг та знижок на користування об'єктами їх утворення та розміщення та широким впровадженням їх використання в т. ч. у будівельній промисловості [2, с. 62].

На сайті Міністерства екології та природних ресурсів України з'явився Проект Національної стратегії поводження з відходами від 11.05.2017, що підготовлений міжнародними експертами за результатами роботи експертної групи та консультаційних підгруп в Україні, для подальшого громадського обговорення [9]. Цей проект містив різні додатки, в яких детально описано проблеми поводження з тими чи іншими відходами, а також способи їх вирішення (наприклад, Додаток 1. Муніципальні відходи; Додаток 2. Промислові відходи і т. д.) [10].

На підставі піврічних обговорень, внесених змін та доповнень 08.11.2017 схвалено розпорядженням КМУ Національну стратегію управління відходами в Україні до 2030 року, суть якої полягає у необхідності вирішення критичної ситуації, яка склалася з утворенням, накопиченням, зберіганням, переробленням, утилізацією та захороненням відходів і характеризується подальшим розвитком екологічних загроз [11].

Прийняття нових нормативно-правових актів, що здійснюють адміністративно-правове регулювання у сфері поводження з промисловими відходами, – це досить повільний процес через низку причин, зокрема через брак інформації, невизначеність (щодо екологічних процесів та їхньої незворотності тощо), державні поступки (тобто коли дії уряду на захист навколишнього середовища мають конкурувати за обмежені адміністративні та фінансові ресурси з іншими соціальними й економічними цілями), що значно впливає на погіршення стану навколишнього середовища.

Проте державні органи влади та інші організації можуть стимулювати управління навколишнім середовищем шляхом надання рекомендацій та інформації про об'єкти, які накопичують небезпечні промислові відходи. Ця інформація має:

– допомогти об'єктам, які накопичують відходи, зрозуміти законні вимоги до управління промисловими відходами;

– допомогти їм зрозуміти переваги запобігання накопиченню надмірної кількості відходів та мінімізації відходів, інформацію про які будуть поширювати, наприклад, центри екологічно чистого виробництва;

– підвищити рівень їхньої обізнаності щодо належних практик управління промисловими відходами [3].

Очевидно, що адміністративно-правове регулювання поводження з промисловими відходами напряму залежить від чіткості та універсальності поняття «промислові відходи», практичності його застосування.

Висновок.

У результаті дослідження було виявлено відсутність законодавчого визначення поняття «промислові відходи», що призводить до низького рівня ефективності адміністративно-правового регулювання поводження з промисловими відходами.

З огляду на це, під промисловими відходами пропонується розуміти будь-які речовини, матеріали, предмети, які утворились у результаті виробництва продукції (товарів), виконання робіт або надання послуг, не мають подальшого використання в технологічних процесах суб'єкта господарювання, внаслідок діяльності якого вони утворились, не передаються як товар або сировина іншим особам і від яких їх власник позбувається, має намір або повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення.

Список використаних джерел:

1. «Results of the United Nations Economic Commission for Europe survey on legal instruments and information exchange in the area of waste statistics in the countries of Eastern Europe, Caucasus and Central Asia» від 23.05.2012. URL: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/ece/ces/ge.33/2012/mtg2/ECE.CEP-CES.GE.1.2012.7.pdf.

2. Гладій О. В. Сутність проблеми накопичення техногенних відходів, техногенних родовищ в Україні. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2017. Вип. 25. С. 61-64. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_jur_2017_25_17.

3. Горобець О. В. Напрями удосконалення управління поводженням з відходами в Україні. Економіка. Управління. Інновації. 2013. № 1.

4. Державний класифікатор України. Класифікатор відходів ДК 005-96. URL: http://plast.vn.ua/DK005-96.html.

5. Довідково-методична настанова щодо застосування ДК 005-96 "Класифікатор відходів" від 27.03.2007. URL: http://uazakon.com/big/text999/pg1.htm.

6. Про відходи : Закон України URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/187/98-%D0%B2%D1%80

7. Максіменцева Н.О. Правове забезпечення поводження з небезпечними відходами: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.06. К., 2006. 19 с. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgibin/irbis64r_81/cgiirbis_64.exe.

8. Малєй О.В., Ключка А.О. Щодо питання розвитку сучасної системи поводження з відходами в Україні. Екологічний менеджмент у загальній системі управління: збірник тез доповідей Тринадцятої щорічної всеукраїнської наукової конференції, м. Суми, 17-18 квітня 2013 р. / відп. за вип. О.М. Теліженко. Суми : СумДУ, 2013. С. 91–94.

9. Міністерство екології та природних ресурсів України. URL: https://menr.gov.ua/

10. Національна стратегія поводження з відходами для України. Додаток 2: Промислові відходи. URL: https://menr.gov.ua/content/tehnichna-redakciya-proektu-nacionalnoi-strategii-povodzhennya-z-vidhodami-dlya-podalshogo-gromadskogo-obgovorennya.html.

11. Національна стратегія управління відходами в Україні до 2030 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/820-2017-%D1%80.

12. Размєтаєв С.В. Правові питання визначення техногенних родовищ корисних копалин. Актуальні питання кодифікації екологічного законодавства України : зб. тез наук. доп. учасн. «круглого столу», 9 листоп. 2012 р. Х., 2012. С. 70–73.

13. Трофімов І.Л. Оцінка впливу відходів побутового походження на екологічний стан України. Восточно-Европейский журнал передовых технологий. 2014. Т. 2. № 10(68). С. 25-39.

В статье исследуется сущность, содержание и современные научные взгляды на понятие «промышленные отходы» через призму административно-правового регулирования. Обращено внимание на отсутствие законодательного закрепления понятия «промышленные отходы» и проанализированы негативные последствия такой ситуации, в связи с чем предложено авторское определение указанного понятия.

Ключевые слова: промышленные отходы, отходы производства, утилизация, административно-правовое регулирование, законодательство в сфере регулирования обращения с отходами.

The article explores the essence, content and contemporary scientific views on the concept of "industrial waste" through the prism of administrative-legal regulation. The attention was paid to the lack of legislative consolidation of the term "industrial waste" and the negative consequences of such a situation were analyzed, considering that the author's definition of this definition was proposed.

Key words: industrial wastes, waste products, utilization, administrative and legal regulation, legislation in the field of waste management.

УДК 342.951:342.726-053.2 (477)

Наталія Коломоєць,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного права і процесу факультету № 3
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПОВНОВАЖЕННЯ ОСВІТНЬОГО ОМБУДСМЕНА У СФЕРІ ЗАХИСТУ ПРАВ ДИТИНИ

У статті розглянуто окремі аспекти правового захисту прав дитини у сфері освіти. Актуалізується перспективність впровадження інституту освітнього омбудсмена; досліджується його правовий статус. Наголошується на тому, що створення такої інституції сприятиме подальшому розвитку громадянського суспільства, його правосвідомості та підвищенню якості надання освітніх послуг у державі.

Ключові слова: права дитини, освітній омбудсмен, механізм захисту, адміністративно-правовий захист, правовий статус.

Постановка проблеми. В умовах сьогодення органи державної влади на стадії державотворення починають відігравати все більшу роль у сфері розвитку та захисту основних прав і свобод людини, а не реалізовувати виключно волю держави. Утворюються нові міжнародні, регіональні та національні інституції, спрямовані на недопущення порушення прав людини в тій чи іншій сфері суспільних відносин. Більше того, позитивною є динаміка захисту прав дітей. На жаль, вона здебільшого зумовлена тим, що правовий статус дитини дуже довго залишався поза увагою громадськості через «більш глобальні» з погляду дорослої людини проблеми економічного, політичного, ідеологічного характеру тощо. Але, по суті, дитина, яка залишилася без уваги держави, не зможе в майбутньому забезпечити її розвиток. Тому мають бути вироблені дієві механізми забезпечення розвитку дитини як особистості та, зокрема, як соціальної одиниці суспільства, яка буде спроможна розбудовувати демократичну, соціальну, конкурентоспроможну державу.

Освічена особистість є гарантом інтелектуального розвитку суспільства і держави. Тому **метою** статті є вивчення особливостей становлення окремих інституційних механізмів, спрямованих на захист прав дитини у сфері освіти, а саме впровадження спеціального органу в структурі органів державної влади – освітнього омбудсмена.

Стан дослідження. Питанням дослідження основних прав дитини в Україні присвячено чималу кількість наукових та публіцистичних праць. Серед великої кількості дослідників у цій сфері плідно працювали: Б. Андрусишин, Л. Заблоцька, В. Журавський, К. Левченко, А. Ковальчук, О. Миськів, Є. Науменко, Н. Оніщенко, Н. Опольська, В. Оржеховська, В. Селюков, В. Синьов, В. Чорна, О. Шульц та ряд інших. Утім дослідження механізмів захисту прав дитини потребують постійної актуалізації, оскільки маємо безперервне реформування як органів державної влади, які тією чи іншою мірою стосуються захисту прав дитини, так і законодавства у цій сфері.

Результати дослідження. Освіта є основою інтелектуального, духовного, фізичного і культурного розвитку особистості, її успішної соціалізації, економічного добробуту, запорукою розвитку суспільства (об'єднаного спільними цінностями і культурою) та держави. Її метою є:

– всебічний розвиток людини як особистості та найвищої цінності суспільства;

– всебічний розвиток талантів людини, її інтелектуальних, творчих і фізичних здібностей;

– формування цінностей і необхідних для успішної самореалізації компетентностей;

– виховання відповідальних громадян, які здатні до свідомого суспільного вибору та спрямування своєї діяльності на користь іншим людям і суспільству;

– збагачення на цій основі інтелектуального, економічного, творчого, культурного потенціалу Українського народу;

– підвищення освітнього рівня громадян задля забезпечення сталого розвитку України та її європейського вибору [2].

Та між органами освіти й здобувачами освіти має існувати незалежна інституція, здатна вивчати основні проблеми забезпечення освітнього процесу, що виникають як під час виконавчо-розпорядчої діяльності та адміністрування навчального процесу орга-

© Н. Коломоєць, 2018

нами державної влади, так і безпосередньо серед здобувачів освіти, їхніх батьків, законних представників, а також педагогічних, науково-педагогічних і наукових працівників. Таким гарантом взаємодії та медіатором у сфері освіти запропоновано вважати освітнього омбудсмена.

Так, враховуючи останні зміни до чинного законодавства України в освітній сфері, зазначимо, що Законом України «Про освіту» було передбачено необхідність затвердження Кабінетом Міністрів України Положення про освітнього омбудсмена, яке має містити порядок та умови звернення до освітнього омбудсмена, а також процедуру створення Служби освітнього омбудсмена. Таке Положення передбачає появу якісно нового механізму забезпечення права дитини на здобуття якісної та доступної освіти, заходи щодо відновлення порушених прав здобувачів освіти, їхніх батьків, законних представників, педагогічних, науково-педагогічних і наукових працівників та додержання законодавства України про освіту в межах наданих повноважень освітнім омбудсменом.

Дана інституція (освітній омбудсмен) є новою для України, а тому потребує уважного дослідження як з боку наукових представників, так і з боку громадськості, оскільки подібних аналогів у нашій державі не було. Певна річ, інститут омбудсмена – Уповноваженого Верховної ради України з прав людини – як такий існує в нашій державі. Його авторитет пояснюється багатьма демократичними рисами, які характеризують статус омбудсмена та забезпечують ефективність його діяльності. Важливість наявності цього інституту підтверджує той факт, що він встановлений і закріплений на наддержавному рівні – Європейським Союзом [1, с. 66]. Тобто він є необхідним елементом національної системи захисту прав людини та забезпечує здійснення контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини і громадянина та захист прав кожного на території України і в межах її юрисдикції.

Окрім того, у 2011 році з метою забезпечення належних умов для реалізації громадянських, економічних, соціальних та культурних прав дітей в Україні, беручи до уваги необхідність особливого піклування про дитину, на виконання Україною міжнародних зобов'язань у сфері прав дитини та відповідно до статті 102 Конституції України Указом Президента України було затверджене Положення про Уповноваженого Президента України з прав дитини. Але, як показує правозастосовна практика, цього сьогодні замало для гармонійного розвитку дитини та захисту її прав. Зумовлено це тим, що і Уповноважений Верховної Ради з прав людини, і Уповноважений Президента України з прав дитини не наділені необхідним обсягом повноважень. Їхніми слабкими сторонами залишаються:

– недоліки чинного законодавства (Закону України «Про звернення громадян», процесуальних кодексів тощо);

– недостатнє представництво в регіонах;

– недостатність статистичних даних для оцінки ефективності діяльності;

– відсутність системи постійного навчання новим тенденціям та інструментам у сфері захисту прав людини, що проводяться міжнародними експертами;

– відсутність системи електронного документообігу, зокрема, для полегшення координації між структурними підрозділами вказаних інституцій тощо [4, с. 10–11].

Вказані недоліки призвели до того, що окремі сфери захисту прав дитини залишилися невирішеними, хоча мають суттєве значення для її розвитку. Отже, постало питання якісного реформування законодавства у сфері освіти, яке полягало в тому, щоб удосконалити правовий механізм реалізації конституційного права громадян на рівний доступ до якісної освіти. Тому статтею 73 Закону України «Про освіту» було передбачено утворення інституту освітнього омбудсмена, метою діяльності якого було визначено забезпечення належних умов для реалізації права особи на освіту.

У проекті Положення про освітнього омбудсмена були сформовані основні його завдання. Ними, відповідно, є: 1) сприяння реалізації єдиної державної політики, спрямованої на забезпечення права особи на здобуття якісної та доступної освіти; 2) здійснення заходів щодо додержання законодавства України про освіту; 3) вжиття заходів для забезпечення належних умов для рівного доступу до здобуття освіти; 4) сприяння виконанню Україною міжнародних зобов'язань щодо додержання в Україні прав людини на освіту; 5) співпраця та взаємодія з Міністерством освіти та науки України та іншими центральними органами державної влади, органами місцевого самоврядування, закладами освіти всіх рівнів незалежно від форми власності та підпорядкування, органами управління освітою, правоохоронними органами; міжнародними організаціями; неурядовими громадськими організаціями з питань, що належать до його компетенції [3].

Для реалізації зазначених завдань законодавець закріпив за освітнім омбудсменом такі права:

– розглядати скарги та перевіряти факти, викладені у скаргах, поданих здобувачами освіти, їхніми батьками, законними представниками, а також педагогічними, науково-педагогічними і науковими працівниками;

– отримувати від закладів освіти та органів управління освітою інформацію, необхідну для виконання своїх функцій, у тому числі інформацію з обмеженим доступом;

– за результатами проведених перевірок приймати рішення щодо обґрунтованості чи необґрунтованості скарги і на його основі надавати рекомендації закладам освіти та органам управління освітою, повідомляти правоохоронні органи щодо виявлених фактів порушення законодавства;

– безперешкодно у встановленому законом порядку відвідувати органи державної влади, органи місцевого самоврядування, заклади освіти всіх рівнів незалежно від форми власності, а також брати участь в установленому порядку у засіданнях державних органів з питань, що належать до його компетенції;

– звертатися до органів державної влади, правоохоронних органів щодо виявлених фактів порушення права людини на освіту та законодавства у сфері освіти;

– надавати консультації здобувачам освіти, їхнім батькам, законним представникам, а також особам, які навчають;

– представляти інтереси особи у суді [2].

Викладене дає підстави стверджувати, що впровадження інституту освітнього омбудсмена матиме наслідком зростання правової культури та правового виховання здобувачів освіти, їхніх батьків та законних представників, акцентуватиме увагу педагогічної спільноти на потребах їх вихованців та напрямах удосконалення освітнього процесу, призведе, зрештою, до руху усіх державних інституцій, які були створені для забезпечення належних умов освітнього процесу та захисту прав дітей у державі.

Прогресивність цього інституту зумовлюється, зокрема, і тим, що проект Положення про освітнього омбудсмена передбачає утворення й Служби, яка забезпечуватиме діяльність освітнього омбудсмена. Це сприятиме зниженню проявів бюрократії та корупції, оскільки завданнями Служби є організаційне, правове, консультативне, інформаційно-аналітичне, експертне, контрольне, матеріально-технічне, фінансове та інше забезпечення діяльності освітнього омбудсмена, зокрема, щодо: 1) узагальнення практики застосування законодавства з питань, що належать до компетенції Служби, розроблення пропозицій щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та подання Міністерства освіти і науки України; 2) здійснення перевірок фактів, наведених у скаргах, поданих здобувачами освіти, їхніми батьками, законними представниками, а також педагогічними, науково-педагогічними і науковими працівниками; 3) виявлення причин, що призводять до порушення прав і законних інтересів здобувачів освіти, їхніх батьків, законних представників, а також педагогічних, науково-педагогічних і наукових працівників, систематичне здійснення щоквартального аналізу та узагальнення інформації, що міститься у скаргах до освітнього омбудсмена; 4) опрацювання кореспонденції, яка надходить до Служби, та підготовка в установленому порядку за результатами її розгляду проектів відповідей; 5) підготовки рекомендацій закладам освіти всіх рівнів незалежно від форми власності та підпорядкування, органам управління освітою щодо виявлених фактів порушення законодавства у сфері освіти; 6) забезпечення взаємодії освітнього омбудсмена з: а) Міністерством освіти і науки України та іншими центральними органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, закладами освіти всіх рівнів незалежно від форми власності та підпорядкування, органами управління освітою, правоохоронними органами; б) міжнародними організаціями; в) неурядовими громадськими організаціями; 7) забезпечення висвітлення діяльності освітнього омбудсмена у засобах масової інформації [3].

Зокрема, додатковою перевагою освітнього омбудсмена є те, що це альтернативна й додаткова можливість врегулювання конфліктів. Водночас у разі звернення до освітнього омбудсмена не виключається можливість використання судової форми або інших позасудових процедур врегулювання спорів. Тобто розвиток інституту освітнього омбудсмена дозволить не тільки реалізовувати демократичні механізми освітнього процесу, а й захищати права дитини відповідно до вітчизняного і міжнародного законодавства. На наш погляд, створення такої інституції сприятиме подальшому розвитку громадянського суспільства, його правосвідомості та, як наслідок, підвищенню якості самої освіти.

Висновок.

Підводячи підсумки, варто зазначити, що діяльність освітнього омбудсмена не посягає та не обмежує компетенцію наявних центральних та територіальних органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування у сфері освіти. Його роль полягає у сприянні реалізації дитиною її конституційного права на освіту. Особливість діяльності освітнього омбудсмена полягає у тому, щоб: 1) виступати в якості гаранта захисту прав ди-

тини у сфері реалізації освітніх послуг; 2) допомогти практично забезпечити нормативні вимоги освітнього процесу; 3) сприяти соціалізації здобувачів освіти; 4) забезпечити належний рівень правової освіти серед молоді; 5) бути джерелом інформації для здобувачів освіти; 6) ініціювати та забезпечувати оптимальні шляхи подальшого розвитку освітніх послуг в Україні.

Список використаних джерел:

1. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: учебник. М.: Проспект, 2005. 547 с.

2. Про освіту: Закон України від 5 вересня 2017 року № 2145-VIII / База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2145-19.

3. Проект Положення про освітнього омбудсмена / Офіційний веб-портал Міністерства освіти і науки України. URL: https://mon.gov.ua/storage/app/media/gromadske-obgovorennya/ombudsmen-popravleno.docx.

4. Стратегічний план діяльності Уповноваженого Верховної ради України з прав людини на 2016–2017 роки. Київ, 2016. 20 с.

В статье рассмотрены отдельные аспекты правовой защиты прав ребенка в сфере образования. Актуализируется перспективность внедрения института образовательного омбудсмена; исследуется его правовой статус. Подчеркивается, что создание такого института будет способствовать дальнейшему развитию гражданского общества, его правосознания и повышению качества предоставления образовательных услуг в государстве.

Ключевые слова: права ребенка, образовательный омбудсмен, механизм защиты, административно-правовая защита, правовой статус.

Some aspects of legal protection of the child's rights in the sphere of education are studied in the article. The perspective of the introduction of the institution of the educational ombudsman is being considered; its legal status is examined. It's emphasized that the establishment of such an institution will contribute to the further development of civil society, its legal awareness and the escalation of the provision of educational services quality in the state.

Key words: child's rights, educational ombudsman, mechanism of protection, administrative and legal protection, legal status.

УДК 342.951

Віталій Кондратенко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри галузевого права та правоохоронної діяльності
Центральноукраїнського державного педагогічного університету
імені Володимира Винниченка

СУЧАСНА МОДЕЛЬ СИСТЕМИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу вітчизняної моделі системи адміністративно-правових засобів соціального забезпечення осіб з інвалідністю, з'ясуванню та характеристиці підстав і порядку їх застосування органами публічної адміністрації, а також визначенню ключових напрямів удосконалення відповідного законодавства.

Ключові слова: адміністративно-правові засоби, органи публічної адміністрації, особи з інвалідністю, пенсії по інвалідності, соціальне забезпечення, соціальні послуги.

Постановка проблеми. Фінансова незалежність населення слугує рушійною силою сталого розвитку громадянського суспільства. Вона дозволяє реалізовувати кожному індивіду свій внутрішній потенціал, бути соціально корисним, напряму не залежати від перманентних економічних змін у державі. Усі намагання публічної адміністрації щодо дієвого забезпечення прав і свобод осіб з інвалідністю у сфері освіти, працевлаштування та зайнятості мають суттєве значення для їхнього матеріального забезпечення. Водночас більшість представників вказаної категорії осіб неспроможні на достатньому рівні самостійно утримувати себе та родину.

Сьогодні простежуються тенденції до руйнування застарілої системи соціального забезпечення у вигляді соціальних виплат, надання соціальних послуг і догляду за непрацездатними особами у відповідних закладах усіх форм власності, однак ще не відбувся перехід до відповідних європейських стандартів. Отже, нагальним є продовження реформування соціальної публічної підтримки окремих верств населення, де важливим складником має стати осучаснена модель системи адміністративно-правових засобів соціального забезпечення осіб з інвалідністю.

Аналіз останніх досліджень. Суспільна важливість розвитку питань публічного адміністрування соціального забезпечення осіб з інвалідністю зумовили активі наукові пошуки, які реалізувалися у певній кількості праць. На особливу увагу заслуговують публікації останніх декількох років таких учених: Г. О. Барабаш, Н. М. Вапнярчука, А. М. Куцої, С. В. Пасічніченко, Є. Ю. Соболя, В. С. Тарасенко, М. В. Чічкань. Разом із тим проблеми з'ясування підстав і порядку застосування адміністративно-правових засобів соціального забезпечення осіб з інвалідністю мають фрагментарний характер, а також залишаються не досить дослідженими в контексті теперішнього етапу адміністративної реформи в Україні.

Метою статті є теоретико-правовий аналіз сучасної моделі системи адміністративно-правових засобів соціального забезпечення осіб з інвалідністю, з'ясування підстав і порядку їх застосування, а також визначення ключових напрямів удосконалення відповідного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Структура категорії «соціальний захист» осіб з інвалідністю», співвідношення із «соціальним забезпеченням» у законодавстві та наукових колах залишається до цих пір не узгодженим, що певною мірою негативно відбивається на нормотворчості та правозастосовній діяльності публічної влади. Навіть у Законі України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» визначення соціального захисту застосовано у вузькому розумінні, згідно з яким він полягає у наданні пенсії, державної допомоги та інших виплат, пільг, соціальних послуг, здійсненні реабілітаційних заходів, встановленні опіки або догляду [1]. Наведена дефініція не узгоджується з положеннями цього закону, в якому окреслено значно більше напрямів реалізації соціальної захищеності.

© В. Кондратенко, 2018

У цьому разі йдеться не про ототожнення подібних явищ, оскільки соціальних захист осіб з інвалідністю – ширша категорія, ніж їхнє соціальне забезпечення. В. С. Тарасенко наголошує, що соціальний захист передбачає систему економічних, соціальних і правових державних заходів, що забезпечують умови для подолання та компенсації наявних в осіб з інвалідністю обмежень шляхом надання матеріальної допомоги, соціально-побутового, медичного забезпечення та створюють інші умови необхідні умови з урахуванням рівних можливостей [2, с. 53-54]. На переконання А. М. Куцої, соціальний захист осіб з інвалідністю – система заходів, спрямованих на забезпечення у разі загрози виникнення або наявності будь-яких ризиків, що можуть спричинити втрату ними можливостей задоволення життєво важливих потреб, мінімально необхідного життєвого рівня, на надання їм можливостей розвиватися, реалізовувати свої здібності [3, с. 28].

Незважаючи на розбіжність наукових поглядів на сутність піднятого питання, узагальнюючи вищевикладене, треба зазначити, що соціальний захист осіб з інвалідністю є складовою частиною соціальної державної політики, що передбачає застосування органами публічної влади сукупності організаційно-правових, соціально-економічних, фінансових та інших необхідних заходів, спрямованих на гарантування дотримання їхнього соціального статусу за рахунок соціальної підтримки відповідних сфер життєдіяльності згідно з встановленими державними стандартами і нормативами, з огляду на особливості психофізичного стану здоров'я такої категорії громадян, з метою забезпечення прав, свобод і законних інтересів осіб з інвалідністю.

Поділяємо думку представників наукової спільноти, що визначають соціальне забезпечення осіб з інвалідністю функціональним складником соціального захисту, який реалізовує його завдання за рахунок грошової та матеріальної підтримки, організації реабілітації, соціального догляду та піклування [4, с. 48]. Зважаючи на відповідні конституційні положення, норми трудового та соціального законодавства, зазначимо, що державна політика України в частині соціального забезпечення осіб з інвалідністю значною мірою відповідає корпоративістській моделі, увібравши в себе її характерні ознаки, систему та принципи управління.

Організаційний та виконавчо-розпорядчий вплив вітчизняної публічної адміністрації на окреслені процеси має системний та цілеспрямований характер. Він враховує специфіку конкретного виду соціального забезпечення, включаючи матеріальні та соціально-побутові аспекти. Грошовий вираз такої державної підтримки здійснюється через пенсії по інвалідності та соціальні виплати, адміністративно-правовий механізм нарахування та виплати яких включає велику та розгалужену систему відповідних юридичних засобів.

Пенсії по інвалідності обчислюються за встановленими нормами у визначених процентах до середньомісячного заробітку, який громадяни одержували перед зверненням за її нарахуванням, відповідно до групи інвалідності. У разі наявності достатнього трудового стажу базою обрахунку виступають розмір пенсії за віком. Відмова від формалізованого підходу у сфері пенсійного забезпечення цієї категорії громадян реалізується через встановлення мінімальних розмірів пенсій на рівні соціальної пенсії по відповідній групі інвалідності [5]. Констатуємо, що за рахунок встановлення допустимих меж пенсійного забезпечення публічна влада дотримується і розвиває передбачені Конституцією та законами України державні соціальні норми і стандарти щодо осіб з інвалідністю.

У цьому контексті слід наголосити на можливості особи з інвалідністю самостійно захистити своє право на соціальне забезпечення не лише у судовому порядку, але й за адміністративною процедурою, що гарантується положеннями постанови правління ПФУ України від 12.10.2007 № 18-6 [6]. Йдеться про важливий адміністративно-правовий засіб, який завдяки чітко встановленому порядку дозволяє у розумні строки поновити порушені права, не допускати зволікання та зловживання з боку відповідних органів публічної адміністрації.

Органи публічної адміністрації, у тому числі Мінсоцполітики України, ПФУ України, територіальні органи ПФУ України, здійснюють організаційно-правове забезпечення адміністрування внесків на державне пенсійне страхування, виплати та доставки пенсій та ін. За рахунок цього досягається стабільність реалізації комплексного механізму регулятивного впливу на суспільні відносини щодо пенсійного забезпечення населення. Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 23.07.2014 № 280 ці органи влади наділені контрольними повноваженнями та правом на застосування окремих заходів адміністративного примусу. Серед цих заходів ключова роль належить внутрішньому та зовнішньому рівням їх втілення у практичну площину. Внутрішній складник зумовлений необхідністю дотримання законності, протидії корупції й підвищення ефективності діяльності системи органів пенсійного забезпечення.

Зовнішній рівень передбачає низку заходів адміністративного впливу у сфері пенсійного забезпечення, зокрема здійснення перевірок, притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності (ст. 1651, 18823 КУпАП).

Отже, основними завданнями адміністративно-правових засобів пенсійного забезпечення осіб з інвалідністю є: а) гарантування дотримання публічною владою права найбільш уразливих верств населення на належний життєвий рівень; б) забезпечення державних грошових виплат, не нижчих від прожиткового мінімуму для непрацездатних громадян; в) створення рівних можливостей доступності до державної системи пенсійного забезпечення; г) встановлення чітких і прозорих правил призначення та перерахунку пенсій по інвалідності; д) надання реальної можливості захисту та поновлення порушених прав громадян на соціальний захист; е) стимулювання та зобов'язання суб'єктів публічного і приватного права до належної реалізації своїх прав і виконання юридичних обов'язків у сфері пенсійного забезпечення; є) протидія правопорушенням у сфері пенсійного забезпечення із застосуванням адміністративних і фінансових санкцій.

Обов'язковою ланкою адміністративно-правового забезпечення соціального забезпечення осіб з інвалідністю є також створення і реалізація організаційно-правових і фінансових механізмів оформлення, нарахування та направлення адресатам державних соціальних виплат. У положеннях Законів України «Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та особам з інвалідністю» та «Про державну соціальну допомогу особам з інвалідністю з дитинства та дітям з інвалідністю» визначено коло осіб, які мають право на такі виплати.

Встановлена процедура отримання щомісячної матеріальної допомоги є в цілому стандартизованою [7]. Специфіка такого виду допомоги полягає в тому, що вона має компенсаційний характер, стосується законодавчо визначеної категорії осіб з інвалідністю. Громадянам, які отримують соціальні виплати, нижчі від розміру прожиткового мінімуму, встановлюється щомісячна державна адресна допомога до пенсій та державних соціальних допомог у сумі, що її не вистачає до зазначених розмірів. Такі цілі ставить держава, встановлюючи адресну допомогу особам з інвалідністю внаслідок війни, де об'єктом компенсації виступає щомісячний розмір пенсійних виплат для цієї категорії громадян, а також для внутрішньо переміщених осіб – покриття витрат на проживання та оплату житлово-комунальних послуг.

Основними суб'єктами надання одноразової матеріальної допомоги виступають Мінсоцполітики України та управління соціального захисту місцевих органів публічної адміністрації, які у межах стандартів надання послуг соціальної підтримки населенню [8] та згідно з порядком, встановленим відповідними адміністративно-правовими нормами, за заявою осіб з інвалідністю надають допомогу у разі їхньої тривалої хвороби, стихійного лиха та інших особливих обставин. Із вищевикладеного випливає, що державні соціальні виплати не є уніфікованими за змістом і характером свого спрямування, владними суб'єктами їх призначення і виплати.

Водночас вони у своїй сукупності спрямовуються на спільне виконання соціальних завдань, які забезпечуються компетентними органами публічної адміністрації за допомогою відповідних юридичних засобів, у тому числі: а) забезпечення права осіб з інвалідністю на достатній рівень соціальної захищеності за рахунок унормування допустимих мінімальних рамок матеріального забезпечення; б) гарантування державної матеріальної підтримки окремих категорій осіб, незважаючи на освітній рівень, зайнятість, трудових стаж та інші подібні чинники; в) врахування складних життєвих обставин осіб з інвалідністю, насамперед пов'язаних із малозабезпеченістю та вимушеним переміщенням у межах країни у зв'язку з військовим конфліктом; г) підтримка найбільш уразливих осіб з інвалідністю, зокрема дітей з інвалідністю, людей з I групою інвалідності; д) здійснення додаткового матеріального забезпечення, передбаченого спеціальним законодавством.

Ключовими суб'єктами публічної адміністрації, які залученні до цієї діяльності, є Мінсоцполітики України, місцеві публічні адміністрації в особі соціальних інспекторів та інших уповноважених посадових (службових) осіб. Вони реалізують наглядові (контрольні) повноваження з метою недопущення порушення права на соціальне забезпечення, особливо коли це стосується найбільш уразливих верств населення. Вважаємо за необхідне прийняти законодавчий акт з питань забезпечення публічного контролю у сфері соціальної підтримки уразливих верств населення, де закріпити повноваження соціальних інспекторів і соціальних аудиторів, унормувати процедурні аспекти перевірки умов проживання і матеріального забезпечення сімей, окремих громадян. У пропонованому документі мають бути дотримані такі вимоги: 1) встановлення граничних нормативів кількості соціальних інспекторів та аудиторів залежно від кількості населення, що обслу-

говується; 2) закріплення процедури перевірки фактів і відомостей, викладених у заявах фізичних осіб щодо невідповідності рівня матеріального забезпечення призначеним соціальним виплатам; 3) недопущення ініціювання двох і більше одночасних перевірок матеріально-побутового становища, підстав для пільги і компенсації, цільовий характер їх використання; 4) проведення перевірок місць проживання, постійного чи тимчасового перебування лише у передбачених законодавством випадках, без порушення конституційних норм щодо недоторканості житла та невтручання в особисте і сімейне життя.

У системі соціального забезпечення осіб з інвалідністю державна підтримка у вигляді постійних чи разових грошових виплат доповнюється можливістю отримання соціальних послуг, що передбачають комплекс заходів з надання допомоги особам, які перебувають у складних життєвих обставинах, зокрема спричинених інвалідністю, з метою розв'язання таких проблем [9]. Перелік і зміст основних видів соціальних послуг, підстави та умови платності та безоплатності їх надання, відповідні тарифи, чітко унормовані публічною адміністрацією для недопущення зловживання у цій сфері, та надання неякісної допомоги уразливим верствам населення.

Першочерговими надавачами соціальних послуг є органи соціального захисту. Безпосередніми виконавцями таких функціональних обов'язків виступають соціальні працівники та інші уповноважені службові (посадові) особи. До зазначених суб'єктів встановлюються суттєві вимоги у тому числі в частині статутних документів, кваліфікації персоналу, матеріально-технічного забезпечення та інші вимоги [10]. Аналізована сфера підлягає стандартизації, тому органи соціального захисту мають право проводити перевірки організації надання соціальних послуг; здійснювати оцінку, моніторинг і контроль за якістю надання соціальних послуг та ін.

Основними установами, через які реалізується право громадян на отримання соціальних послуг, виступають територіальні центри соціального обслуговування (надання соціальних послуг), які є бюджетними установами, що утворюються за рішенням місцевих органів влади [11]. Поряд із наведеним адміністративно-правовий механізм забезпечення права осіб з інвалідністю на соціальні послуги передбачає порядок визначення потреб населення адміністративно-територіальних одиниць у таких послугах шляхом збирання, узагальнення та аналізу інформації про становище і життєві обставини населення конкретного села, районна, селища, міста. Вказане здійснюється з метою прийняття управлінських рішень щодо розвитку й оптимізації системи соціальних послуг на певній території або в регіоні.

Таким чином, офіційна процедура визначення кількості, видів та обсягів соціальних послуг, які надаються в конкретному регіоні, має централізований характер, охоплює всі ланки відповідної владної вертикалі. Аналізований порядок виконує декілька завдань: сприяє оптимальному плануванню й перерозподілу відповідних бюджетних коштів; дозволяє ефективного надавати і розвивати ті соціальні послуги, які найбільш необхідні для конкретного регіону; запобігає виникненню випадків ненадання особі певної послуги через не передбачення на неї коштів; уможливлює раціональне використання робочого часу соціальних працівників та інших осіб у цій сфері.

Сфера надання соціальних послуг для осіб з інвалідністю має низку невирішених складних проблем, не дозволяючи задовільнити значною мироюі їхні потреби. Важливим є комплексний підхід до вказаного, у тому числі прийняття нового Закону України «Про соціальні послуги», в якому окреслити правовий статус суб'єктів у сфері надання соціальних послуг, механізми публічного управління, моніторингу та нагляду (контролю) за відповідною діяльністю, систему державних соціальних гарантій для осіб з інвалідністю. Основними соціальними гарантіями мають стати: а) затверджений перелік соціальних послуг, що надаються особам, не здатним до самообслуговування, і перелік безоплатних базових послуг для осіб з інвалідністю, які надаються всіма відповідними суб'єктами незалежно від форми власності, зокрема соціально-психологічних, інформаційних, юридичних, консультаційних послуг; б) включення сурдоперекладу до переліку соціальних послуг для осіб з відповідним порушення сенсорних функцій організму, де така соціальна підтримка виступає не лише додатковим видом послуг, але й комунікаційним каналом взаємозв'язку з окромною групою громадян; в) передбачення адміністративної відповідальності за відмову ненадання соціальних послуг особам з інвалідністю, а також за невиконання законних вимог соціальних інспекторів і аудиторів.

Висновки.

Проведене дослідження дозволяє зробити висновок, що система адміністративно-правових засобів у сфері соціального забезпечення осіб з інвалідністю включає два складника, першаий з яких – регулятивні засоби, які унормовують питання реалізації та дотримання спеціального правового статусу залучених суб'єктів приватного і

публічного права; втілюють у життя адміністративний механізм перерозподілу бюджетних коштів на соціальні виплати, надання соціальних послуг; визначають порядок, підстави й умови їх отримання і оскарженням населенням. Другий складник – охоронні засоби, які спрямовані на забезпечення фінансового правопорядку та нагляду (контролю) за раціональних використанням публічних коштів, а також гарантування прав осіб з інвалідністю на гідний рівень життя. У соціальній сфері напрями, форми і ступінь владного впливу публічної адміністрації зумовлені таким: державними соціальними стандартами і гарантіями; встановленим рівнем прожиткового мінімуму; соціальними нормами і нормативами; офіційними нормативами публічних витрат.

Сфера соціального забезпечення характеризується надзвичайно великою кількістю законодавчих, підзаконних і відомчих нормативно-правових актів, які значною мірою є застарілими та не відповідають вимогам сьогодення в частині дієвого забезпечення прав і свобод осіб з інвалідністю з боку органів публічної адміністрації. Важливим є прийняття нового законодавчого акта у сфері забезпечення прав і свобод осіб з інвалідністю, який на відмінну від Закону України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» закріпить базовий механізм реалізації, захисту та відновлення порушених прав вказаної категорії осіб незалежно від сфери своєї дії з урахуванням державних стандартів і практик європейської спільноти.

Список використаних джерел:

1. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні: Закон України від 21.03.1991 № 875-XII. Голос України від 27.04.1991.

2. Тарасенко В. С. Правове забезпечення соціального захисту дітей-інвалідів в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Одеса, 2005. 194 с.

3. Куца А. М. Адміністративно-правове регулювання соціального захисту інвалідів: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя., 2011. 297 с.

4. Намчук В А. Моделі соціальної держави: вибір для України. Публічне управління: теорія та практика. 2013. Вип. 2. С. 44-50.

5. Про пенсійне забезпечення: Закон України від 05.11.1991 № 1788-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 3. Ст. 10.

6. Про затвердження Порядку розгляду скарг на рішення органів Пенсійного фонду України щодо пенсійного забезпечення: постанова правління ПФУ від 12.10.2007 № 18-6. Офіційний вісник України. 2007. № 84. Ст. 3120.

7. Про затвердження Порядку надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам: наказ Мінсоцполітики України, МОЗ України та Мінфін України від 30.04.2002 № 226/293/169. Офіційний вісник України. 2002. № 24. Ст. 1191.

8. Про затвердження стандартів надання послуг соціальної підтримки населенню: наказ Міністерства соціальної політики України від 05.01.2015 № 1. Офіційний вісник України. 2015. № 9. Ст. 261.

9. Про соціальні послуги: Закон України від 19.06.2003 № 966-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 45. Ст. 358.

10. Про затвердження критеріїв діяльності суб'єктів, що надають соціальні послуги: Постанова Кабінету Міністрів України від 14.11.2012 № 1039. Урядовий кур'єр. 2012. № 242.

11. Деякі питання діяльності територіальних центрів соціального обслуговування (надання соціальних послуг): Постанова Кабінету Міністрів України від 29.12.2009 № 1417. Урядовий кур'єр. 2010. № 10.

Статья посвящена теоретико-правовому анализу отечественной модели системы административно-правовых средств социального обеспечения лиц с инвалидностью, выяснению и характеристике оснований и порядка их применения органами публичной администрации, а также определению ключевых направлений совершенствования соответствующего законодательства.

Ключевые слова: административно-правовые средства, органы публичной администрации, лица с инвалидностью, пенсии по инвалидности, социальное обеспечение, социальные услуги.

In the article are considered to the theoretical and legal analysis of home model of the system of administrative facilities of public welfare of persons with disability, to finding out and description of grounds and order of their application by the organs of public administration, and determination of key trends of perfection of corresponding legislation.

Key words: administrative facilities, organs of public administration, person with disability, pensions on disability, public welfare, social services.

УДК 342.9:347.214.2 (477)(4-672ЄС)

Богдан Остропільський,
аспірант кафедри правознавства
Київського національного торговельно-економічного університету

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕЄСТРАЦІЇ ПРАВ ВЛАСНОСТІ НА НЕРУХОМІСТЬ У ДЕРЖАВАХ-ЧЛЕНАХ ЄС КОНТИНЕНТАЛЬНОЇ (НАПОЛЕОНІВСЬКОЇ) ГРУПИ

Стаття присвячена аналізу адміністрування реєстрації прав на нерухоме майно в державах ЄС, що входять до континентальної (наполеонівської) групи. У контексті дослідження об'єкта юридичного реєстру, функцій реєстру нерухомості та статусу реєстраторів як осіб, що відповідальні за ведення реєстру власності.

Ключові слова: континентальна група (наполеонівська), нерухоме майно, кадастровий облік, європейський досвід.

Постановка проблеми. Розвиток доктрини в науці адміністративного права щодо регулювання реєстрації речових прав на нерухомість висвітлюється через розкриття типології світових систем управління нерухомим майном. Вдосконалення правової системи відбувається через дослідження типології систем, окремою ланкою якої є континентальна (наполеонівська) група. Проблематика управління національними реєстрами (централізована система) держав ЄС полягає в тому, що адміністрування відбувається виключно державою, але функції виконання робіт передано на муніципальний рівень відповідних служб.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі питання адміністрування реєстрації прав на нерухоме майно у ЄС знайшли своє висвітлення в дослідженнях таких учених: Я. Барц, А. Кеча, С. Куприянов, С. Очарук, Ю. Синица, Н. Сироєдов, Г. Черемшинський та інші.

Метою статті є дослідження питань правової науки щодо адміністрування забезпечення реєстрації прав на нерухоме майно у ЄС–континентальна група (наполеонівська), зокрема, в Іспанії.

Виклад основного матеріалу. Серед континентальної групи реєстраційних систем у юридичній науці виділяють наполеонівську адміністративну систему, яка представлена державами Півдня Європи (Франція, Іспанія, Італія, Греція) [1, с. 59–64].

У державах із наполеонівською системою головна мета кадастру – оподаткування власності (фіскальний кадастр), і С. Куприянов зазначає, що не має функцій юридичного кадастру (або системи, спрямованої на захист прав власності) [2, с. 130].

Так, в Іспанії реєстри нерухомості – є юридичними реєстрами. Ці реєстри містять відомості щодо фактів чи обставин, але вони також мають юридичні наслідки. Вони надають юридичну силу будь-якому юридичному акту, який зареєстрований (наприклад, через ці юридичні можливості, незареєстроване набуття права власності на нерухомість не може бути протипоставлене зареєстрованому набуттю права власності, а незареєстрованої іпотеки, навіть, юридично не існує).

Є також інші реєстри такого типу. До них, зокрема, відносяться: Торговий реєстр (корпорація чи товариство з обмеженою відповідальністю не мають статусу юридичної особи, доки вони не будуть зареєстровані в Торговому реєстрі (Registro Mercantil)); Громадський реєстр, який має юридичні наслідки, що можуть бути застосовані щодо третіх осіб у сфері особисто-правових відносин (наприклад, легітимація сімейного стану тощо).

Усе це робить юридичні реєстри відмінними від адміністративних реєстрів, які забезпечують лише повідомлення, донесення до відома людей інформації, без будь-яких юридичних наслідків, окрім спеціальних ресурсів через які оголошуються нормативно-правові акти.

Така відмінність, зокрема наведена в Конституції Іспанії і означає, що адміністративні реєстри в принципі управляються незалежними автономними громадами (регіонами Іспанії), тоді, як юридичні реєстри, такі як реєстр нерухомості, торговий реєстр, реєстр особистого майна та державний реєстр, адмініструються державою та залежать від держави.

© Б. Остропільський, 2018

Належним об'єктом юридичного реєстру власності є нерухоме майно. Акти та контракти щодо особистої рухомої власності не можуть бути зареєстровані в реєстрі власності (майна). Тим не менш, було створено спеціальний документ такого плану – це Реєстр рухомої власності. Цей реєстр регулюється принципами й нормативними актами, на кшталт реєстру нерухомого майна, але основними об'єктами, що реєструються, – є купівля в розстрочку, договори лізингу або оренди, доповнення тощо.

Юридичний статус осіб, відповідальних за ведення реєстру власності – реєстраторів майна в Іспанії. Отже особи, відповідальні за ведення реєстраційних дій, є реєстраторами майна й у їхньому віданні знаходяться спеціальні реєстраційні офіси. Реєстратори майна діють у двох юридичних площинах:

1) вони є державними службовцями;

2) вони виконують свою державну функцію як правові експерти (legalprofessionals), спеціалісти з приватного сектору.

Як правові експерти (професіонали) у галузі юстиції, вони належать до офіційної Асоціації реєстраторів реєстрів власності, торгового та рухомої власності в Іспанії.

Кожен реєстратор організовує свій офіс приватним способом, а співробітники офісу (службовці реєстру та допоміжний персонал) не є адміністративними державними службовцями, а є найманими працівниками реєстратора.

Реєстратори – це правові експерти, професіонали, які виконують державні функції, і фактично рівні по статусу з національними державними службовцями; і в такий спосіб вони залежать від Міністерства юстиції (офіційний сайт www.mjusticia.gob.es/) через Генеральний Директорат із реєстрів та нотаріальних справ, однак їхня місія принципово лежить у юридичній площині: вони повинні ретельно перевіряти всі акти та контракти, подані для реєстрації, аби переконатись, що ці документи є дійсними та вірними, і вони повинні розкривати інформацію про власність та обтяження нерухомого майна.

Реєстратори користуються незалежністю і є за статусом незалежні, і не можуть бути зміщені з офісу. Це єдиний спосіб забезпечити постійно діючу роботу системи реєстрації. Акт реєстрації передбачає передачу права власності, що є дуже важливим для економічного розвитку. Реєстратор є суддею чи неупередженим суддею, який має однакову юридично незалежну позицію щодо учасників акту чи контракту, та має дотримуватися цієї позиції. Правила є однаковими й непорушними для всіх юридичних агентів, включаючи й саму владу, коли вона діє як приватна особа (не наділена публічною владою і не виступає як суверен). Саме тому, реєстратори не можуть залежати від призначення уряду, від дискредитаційної позиції держави, адже вони мають бути дійсно незалежними, а система реєстрації має бути нейтральною та ефективною. Те ж саме стосується і недоторканості офісу реєстраторів. Якщо реєстратори можуть бути зміщені на розсуд державних органів або їхня робота призупинена в будь-який час вигідний органам державної влади, то вони не будуть неупередженими, що може вплинути на стабільність економіки країни й ринку нерухомості.

Реєстратори перевіряють законність майнових угод, актів. Після того, як транзакції успішно пройдуть випробування перевірки й будуть внесені до Реєстру, вони будуть захищені державою як «офіційна юридична достовірність». Незареєстроване право власності може бути передане через укладання такого контракту (щоправда, цей процес має відбуватися на території Іспанії), але незареєстрована власність не має юридичної цінності, юридичної значущості. Це розглядається як «неофіційна власність». Зареєстровані права власності потенційно більш цінні у вартості в юридичному сенсі [3; 4].

Незалежність та незмінність реєстраторів супроводжується системою рефінансування для реєстраційних офісів. Реєстраційні офіси фінансуються не через податки, а через сплату спеціальної плати, що направляється безпосередньо для покриття витрат офісу й самого реєстратора. Тому система реєстрації є нейтральною щодо видатків державного бюджету. Лише зацікавлена особа або користувач послугами, які надає система, повинен сплатити спеціальні плату за реєстраційні дії.

Той факт, що реєстраційні служби та реєстратори працюють незалежно (здійснюють публічну функцію приватно), не означає, що вони працюють у своєму робочому режимі й незалежно. Для реєстраторів запроваджена дуже сувора система цивільної відповідальності (регулюється Цивільним кодексом (Codigo Civil, англ. Civil Code of Spain in 1889)), дисципліна (регулюється законом про іпотечне право) та, навіть, кримінальна відповідальність (де реєстратори – це державні службовці). Крім того, професійна етика гарантується існуванням корпорації, організованої в рамках публічного права – як зазначалося вище, офіційної Асоціації реєстраторів реєстрів власності, торговельного та рухомого майна Іспанії, якій делеговані повноваження і функції Міністерства юстиції та яка здійснює власні дисциплінарні й контролюючі повноваження та функції.

Структура асоціації як такої дозволяє: об'єднувати реєстраційну діяльність; контролювати реєстраційну діяльність; заохочувати інвестиції в технології та підготовку персоналу; короткочасно модернізувати функцію реєстраторів та їхню роботу. Це не було б можливим без організованих індивідуальних дій реєстраторів, бо включення їх у систему адміністративної підпорядкованості або наявність бюрократизації функцій реєстраторів призведе до більшої затримки в обробці документів та значному збільшенню витрат [5].

Треба зауважити, що без таких системних реєстрів, кожному покупцеві доведеться перевіряти право власності продавця на майно, що призведе до здороження угод по передачі права власності на майно. І водночас покупець ніколи не буде абсолютно впевненим, що продавець є справжнім власником, як на момент укладання договору, так і на будь-який момент у майбутньому.

У різних державах різниться підхід щодо визначення прав, які підлягають реєстрації згідно з національним законодавством. Відповідно до іспанського права, реєструватися мають такі права:

1) Передусім зазвичай найважливішим і найпоширенішим правом, що має бути зареєстроване, є право власності, яке, власне, включає право користування, розпорядження майном, визнання такого права за власником і захист його у разі порушення.

2) Обмежені права в режимі реального часу, також називаються «правами на сторонню власність» або «правами на власність третіх осіб». До них належать права на користування (узуфрукт, оренда, суперфіцій, сервітути, права на проживання тощо).

3) Нарешті, є такі права на майно як «застава» та «право першої відмови». Права на майно як заставу включають, насамперед, іпотечні кредити. Права першої відмови включають передбачуване право першої відмови, яке може мати місце в силу закону або домовленості.

Ці типи речових прав можуть бути зареєстровані й повинні бути зареєстровані, якщо всі їхні юридичні наслідки мають місце в реалізації їхніх умов. Якщо вони не зареєстровані, вони не можуть вплинути на покупців, власників або третіх осіб; єдині обтяження, які повинен враховувати будь-який покупець, це лише ті, які зареєстровані.

Особисті права (особисті угоди, зобов'язання; дані щодо вчинення певних дій; виконання або утримуватися від виконання певних дій; обіцянки тощо) не реєструються. Реєстратори часто відмовляються реєструвати права, щодо яких є численні застереження, зазначені у нотаріальних актах, договорах, тому що такі застереження не мають реальної ефективності (тобто такі положення не можуть бути застосовані навіть в примусовому порядку щодо третьої особи).

Аналіз законодавства щодо реєстрації іпотечного права доводить, що необов'язково реєструвати певні види прав, що захищаються в Іспанії. Їхня «юридична чистота» вже має місце в силу закону і вони підлягають виконанню в будь-якому разі, а це означає, що зацікавлена особа не отримає більшого захисту від реєстрації, ніж той захист, що вже наданий законодавством Іспанії.

Юридичні права передбачуваної та ретроспективної першої відмови, сервітути міських забудов або планів, і зобов'язань, що випливають із містобудівного планування, є деякими прикладами прав, які необов'язково реєструються. Вони є обов'язковими для учасників і третіх осіб, навіть, якщо вони не зареєстровані. За межами цих особливих випадків, речові права мають бути зареєстровані для того, аби бути обов'язковими для третіх сторін і у разі необхідності мати відповідний захист. Це не означає, що речові права не можуть існувати без реєстрації, але вони не мають такої юридичної сили щодо будь-яких третіх осіб і не можуть бути предметом переговорів або можливих господарських операцій, через те, що такі треті особи, перевіряючи реєстри, не знаходять нерухомості щодо якої відбувається пошук.

Існує лише один випадок, коли реєстрація не тільки має ефект наділення права щодо третіх осіб з ефективністю або необхідною мірою санкцій (декларативний ефект), але, також, має ефект зареєстрованого права для існування в юридичній площині (конституційний ефект), і цей випадок – реєстрація іпотеки.

Права на іпотечні права є речовими правами, які є настільки важливими для фінансової стабільності та господарського обігу, що не можуть існувати без реєстрації. Незареєстрований іпотечний кредит є недійсним не лише щодо третіх сторін, але й між самими учасниками іпотеки. Втім, спочатку іпотечне законодавство дозволило зареєструвати титул «володіння», як стимулюючий засіб у право відносинах кредитора та боржника. Проте, поступово, зважаючи на невизначеність титулу «володіння» як надійного доказу права на річ, можливість реєстрації володіння (по суті титул «володіння») була призупинена.

На сьогодні, титули, що стосуються простого факту володіння, не можуть бути зареєстровані. Однак це не означає, що володіння, як право, не має зв'язку з реєстром.

Навпаки: реєстр нерухомості надає важливі презумпції та наслідки щодо володіння зареєстрованого титулу власності.

Декларативна процедура – один із способів захисту права власності через реєстратора. Ця процедура не має ефекту res judicata; вона обмежується підтримкою або не підтримкою зареєстрованого власника проти особи, що незаконно зайняла площу відповідної нерухомості або земельної ділянки або вчинила інші дії, чим порушила законні права та інтереси власника зареєстрованого титулу. Проте остаточне рішення про права сторін у власності залишається в ініціюванні декларативного процесу (declaratory action), який може зініціювати будь-яка зі сторін. У такому випадку провадження буде проводитися згідно з правилами пленарних засідань.

Необхідна вимога про автентичне титулування (право), як достовірність титулування (права власності), зазначається в Розділі 3 Закону Іспанії про іпотеку (у 2017 році, сталося чимало змін, які набули чинності в першій половині 2018 року) [6], згідно з яким визначений титул має бути формалізований як загальне правило в державному юридичному документі для того, щоби здійснити доступ до реєстрації.

Існує певна доктринальна дискусія щодо того, чим є зареєстрований акт чи контракт – документом або титулом (правом). Ми вважаємо, що найправильнішим підходом є такий, згідно з яким вважається, що документи подаються до органів реєстрації, та реєструються права, що оформлюються в актах чи контрактах, здійснених у належній формі, й, таким чином, через реєстрацію розкривається в юридичному сенсі відповідний титул[3].

Функція реєстраторів як контролерів розглядається в праві Іспанії як добровільна юрисдикція. Це не є сфера адміністративного акту чи дії щодо учасників цивільного акту або до самого цивільного акту, поданого до реєстрації, адже реєстратори діють незалежно, самостійно та на власну відповідальність, а тому рішення щодо їхнього розгляду не підлягають оскарженням відповідно до адміністративного права.

Отже це «функціональне поле реєстратора знаходиться десь посередині» між судовим та адміністративним функціями; і це юрисдикційне поле визначається в Іспанії як добровільна юрисдикція.

Висновки.

Система реєстрації в Іспанії демонструє специфіку обліку в реєстрі та характеризується тим, що відображає спеціальну так звану «реальну фоліо техніку». У науці це означає, що реєстраційні записи організовані відповідно до власності та прав на неї; для кожного нерухомого об'єкта, для кожної власності відкрито один фоліо, і цей фоліо містить повну юридичну історію майна. Будь-які обтяження, арешти або обмеження права, які не введені у фоліо, не будуть проблемою для покупців або для діючих власників ні в майбутньому, ні нині. Обмежені права на нерухоме майно, права на майно як заставу та, як правило, будь-яке обтяження або обмеження права власності чи прав на нерухомість, повинні бути введені там, де зареєстроване майно або право, аби мати наслідки щодо третіх сторін або використовувати це проти оспорювання з боку третіх осіб.

Список використаних джерел:

1. Барц Я.Є. Порівняльно-правовий аналіз національних систем реєстрації прав на нерухоме майно // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 8 – 9. С. 59–64.

2. Куприянов С.Л. Анализ международного опыта регистрации и кадастрового учёта недвижимости / Предпринимательство. 2010. № 1(2). С. 128–132.

3. CAMARA LAPUENTE S. "Registration of Interests as a Formality of Contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the Frame of European Private Law", in European Review of Private Law, 6–2005.

4. GUTIÉRREZ JEREZ L.J.Transmisión de la propiedad y contrato de compraventa, Madrid, 2009.

5. Синица Ю.С. Анализ мировых земельных кадастровых систем / Имущественные отношения. 2014. № 10 (157). С. 55-66. URL: file:///C:/Users/%D0%B0%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD/Downloads/analiz-mirovyh-zemelnyh-kadastrovyh-sistem.pdf (дата звернення 12.03.2018. Назва з екрану).

6. Ley hipotecaria de 30 de diciembre de 1944. Ley Hipotecaria y del Regsitro de la Propiedad poticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lh.html (дата звернення 31.03.018. Назва з екрану).

Статья посвящена анализу администрирования регистрации прав на недвижимое имущество в государствах ЕС, входящих в континентальную (наполеоновскую) группу. В контексте исследования объекта юридического реестра, функций реестра недвижимости и статуса регистраторов как лиц, ответственных за ведение реестра собственности.

Ключевые слова: недвижимость, кадастровый учёт, европейский опыт, континентальная группа (наполеоновская).

The article is devoted to the analysis of the administration of the registration of rights to real estate in the EU states that are part of the Continental (Napoleonic) group. In the context of studying the subject of the legal register, the functions of the register of real estate and the status of registrars as persons responsible for keeping the register of ownership.

Key words: real estate, cadastral registration, European experience, continental (Napoleonic) group.

УДК 342.841(477)

Олександр Падалка,
канд. юрид. наук,
начальник Управління забезпечення захисту
Департаменту внутрішньої безпеки Національної поліції України

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ПОЛІЦІЇ ПОЛЬСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ

У статті розглянуто становлення та розвиток діяльності органів поліції Польської Республіки. Звернено увагу на особливості взаємодії поліції та населення. Проаналізовано рівні довіри громади до поліції в окремі історичні періоди. Детально розглянуто завдання поліцейського на підставі чинного законодавства Польської Республіки.

Ключові слова: поліція Польщі, взаємодія з громадою, завдання поліції Польської Республіки, Інтерпол, Європол, реформування поліції.

Постановка проблеми. Сьогодні відбувається процес розвитку та переорієнтації діяльності правоохоронних органів загалом та Національної поліції зокрема. Євроінтеграційний курс розвитку України вимагає вивчення та впровадження стандартів ЄС у сфері діяльності органів охорони правопорядку. Вбачається важливим вивчення досвіду діяльності державних органів країн Європейського Союзу загалом та країн колишнього Радянського Союзу, які нині є у складі ЄС. Розвиток Польщі, як країни-новачка ЄС, є найстрімкішим. Саме тому вивчення досвіду становлення та розвитку діяльності органів поліції зазначеної країни є надзвичайно актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сьогодні питанню дослідження досвіду діяльності поліції Республіки Польщі приділено достатньо уваги. У фахових періодичних виданнях оприлюднено результати досліджень низки вчених України та зарубіжжя, а саме: О. Бандурки, І. Банкурки, О. Безпалової, О. Джафарової, Л. Келлі, К. Левченко, У. Новаковської, Н. Матюхіної, Р. Мельника, М. Качинської, Л. Шевченко та інших.

Не вирішені раніше проблеми. Однак, з огляду на реформування діяльності державних органів охорони правопорядку Польщі, приведення внутрішнього законодавства у відповідність до норм та стандартів міжнародного права, деякі питання потребують подальшого наукового з'ясування.

Після здобуття незалежності громадяни Польщі визначили нову філософію процесу реформування Польської поліції. Вона була заснована на службі на користь суспільству, зокрема місцевих громад. Ця нова філософія вимагала нових форм дій поліції. Поліція, крім репресивної (пост-соціальної) діяльності, впровадила багато профілактичних заходів на основі співпраці з органами місцевого самоврядування та громадами. 1990-ті роки – це період структурних змін для поліції, зосереджений на пріоритеті наближення до місцевих громад. Одним з елементів таких змін у той час було створення місцевої (муніципальної) поліції [1, с. 123].

Багатосторонні зміни польської поліції були помічені на міжнародній арені. 27 вересня 1990 р. на засіданні Генеральної асамблеї Інтерполу в місті Оттава Польща була знову прийнята до цієї організації. З 1998 року міжнародне співробітництво у тому числі з Інтерполом відбувається через Офіси співробітництва Міжнародної поліції Коменди Глувней Поліції (Головного управління поліції) у Варшаві[1, с. 123].

Другою міжнародною поліцейською організацією є Європол. До приєднання до Європейського Союзу Польща не могла розраховувати на приєднання до Конвенції про Європол. Проте вона могла встановити офіційні контакти з ним як третя країна. Польща разом із такими країнами, як Сполучені Штати Америки, Болгарія, Угорщина, висловила бажання встановити офіційні контакти з цією організацією. Конвенція встановлювала інституційні контакти та неформальне співробітництво у конкретних питаннях, обмін інформацією в прогностичних і аналітичних цілях, а також акредитацію офіцера [2, с. 47].

Зі зміною формації діяльності поліції Польщі у 90-х змінили своє поліцейське обличчя й відомчі видавництва. Наприклад, тижневик "На службі нації" замінено журналом "Кримінальний журнал 997", "Газету поліції" – часописом під назвою "Поліція 997". 90-ті роки розпочали новий стиль управління польською поліцією. Почали широко застосовуватись дослідження громадської думки та соціальні дослідження щодо оцінки почуття безпеки [1, с. 123].

© О. Падалка, 2018

Важливою подією того періоду, що вплинула на процес формування громадської думки та реформування поліції, стало вбивство 25 червня 1998 року бувшого Головного коменданта поліції підполковника поліції Марка Папави. У відповідь на зростаючу організовану злочинність у 2000 році було створено Головне слідче бюро. 1 січня 1999 року було розпочато адміністративну реформу Польщі, яка, у свою чергу, теж спричинила ряд змін в організаційній структурі та діяльності поліції. З початком нового тисячоліття правоохоронці приклали чимало зусиль у напрямі євроінтеграції, що увінчалися вступом країни до ЄС 1 листопада 2004 року [3, с. 35].

Після 1990 року Польща також уклала двосторонні угоди з низкою країн у сфері протидії злочинності та тероризму, а саме: Австрією, Бельгією, Болгарією, Хорватією, Кіпром, Чехією, Фінляндією, Францією, Нідерландами, Ірландією, Литвою, Латвія, Марокко, Німеччиною, Росією, Румунією, Словаччиною, США, Північнною Америкою, Тунісом, Туреччиною, Італією та Україною [2, с. 207].

Починаючи з березня 1992 року польські експерти брали участь у діяльності миротворчих місій ООН. Приєднання Польщі до Європейського Союзу та, як наслідок, приєднання до Шенгенської зони поставили нові завдання перед поліцією, що були пов'язані зі скасуванням прикордонного контролю. Одиним із найважливіших стало завдання, що було пов'язане з реалізаціями норм Закону Польської Республіки від 24 серпня 2007 р. «Про участь Польської Республіки в Шенгенській інформаційній системі та Візовій інформаційній системі». Координацію співпраці було покладено на Польське бюро SIRENE, що розпочало свою діяльність у повному обсязі 10 вересня 2007 року у тісній співпраці з черговими офіцерами Інтерполу та Європолу [1, с. 123].

У поліції Польщі, завдяки запровадженню використання баз даних AFIS та KSIP, інформаційно-аналітична робота перейшла на значно вищий рівень. На процес удосконалення діяльності поліції вплинули положення програми від 12 січня 2007 року «Про модернізацію Поліції, Прикордонної служби, Державної пожежної безпеки і Бюро охорони уряду у період 2007–2011 рр.». Реалізація цієї програми забезпечила надходження новітніх обладнаних поліцейських авто, службової форми та збільшення заробітних плат [1, с. 123].

Вступ Польщі до ЄС спричинив ряд якісних змін у системі поліції. Ці зміни стосувалися всіх без винятку сфер діяльності поліції. Поліція почала отримувати значні кошти з різних фондів ЄС для забезпечення безпеки дорожнього руху, взаємодії та інформаційного обміну, діяльності поліцейських лабораторій. У 2013 році вступила в силу наступна програма – зі стандартизації команд та комісаріатів (управлінь та відділень) поліції. Головною метою програми, окрім створення єдиних стандартів діяльності підрозділів, було розроблення нових вимог несення служби поліцейськими. До кінця січня 2014 року було створено та модернізовано 51 управління і відділення [4, с. 28-30].

Для підвищення престижу роботи поліцейського, розвитку культурних надбань та традицій служби було відновлено офіцерські бали. Перший такий бал було проведено 18 січня 2014 року. Головною ідеєю балу була підтримка Фонду допомоги сім'ям поліцейських, що загинули на службі, яких на час проведення заходу було понад 230 сімей [3, с. 36].

Поліція стала головним ініціатором проведення різного роду профілактичних заходів у сфері безпеки. Ряд ідей щодо превенції розробляються разом у тісній співпраці поліції із соціальними партнерами, тобто поліція реалізує ідеї громадянського суспільства. Наприклад, розробка та проведення попереджувальної Програми "Профілактика і ви "(раніше створеною під назвою "Профілактика та театр"). Цільовою аудиторією програми була молодь, метою – активізація її діяльності щодо пропагування життя без пристрастей (алко-, наркозалежності) та профілактика реагування на соціальні патології (різного виду прояви девіантної поведінки) [1, с. 124].

Поліція почала змінювати систему управління, впроваджуючи інструменти стратегічного управління у тому числі у сферах планування, звітування та оцінки роботи поліції, і на їх основі формулювати пріоритетні напрями дій. Для оцінки всього процесу реформування поліції надзвичайно важливою стала оцінка його громадською думкою. Завдяки цьому було встановлено, що протягом кількох років поліція користується великою соціальною довірою (70 % респондентів оцінюють роботу поліції добре) [5, с. 29].

Проаналізуємо рівень довіри населення до діяльності поліції Польщі у період з 1990 року, з часу здобуття незалежності, до 2004 року, вступу до Європейського Союзу.

1) У 1990–1993 рр. поляки підтримували будь-які структурні підрозділи новоствореної демократичної держави. Громадська думка відзначалась значним «кредитом довіри» до всіх державних установ. Водночас поліція, яка була відкрита для громадськості, поступово отримувала все більше прихильників.

Суспільна довіра росла з 56 % в 1990 році до 72 % в 1993 році [6, с. 184].

2) У 1994-1999 рр. був період стабілізації суспільної довіри до представників влади, у тому числі поліції. Вона залишалася на рівні 70-60 %. У 1999 році був високий 70-процентний рівень довіри. І це було цілком зрозуміло, адже саме у цей період було створено Центральне бюро розслідувань та реалізовувалась ефективна стратегія боротьби з організованою злочинністю.

3) У 2000 році відбувається зниження суспільної довіри до поліції. Це, ймовірно, пов'язано із загальним спадом соціальних настроїв, викликаним невдоволенням реформами та перебігом змін у країні. Соціальна довіра явно знизилася з 70 до 60 %. Проте вже в 2001-2004 роках вона систематично зростала і перевищувала 70 % [7, с. 29].

Натепер усі працівники поліції Польщі незалежно від займаної посади, службового ступеня чи стажу зобов'язані виконувати такі службові обов'язки:

– служити вірно народу;

– берегти встановлений Конституцією Речі Посполитої правовий устрій;

– охороняти безпеку держави та його громадян у тому числі ціною життя;

– бути вірними конституційним органам Республіки Польща;

– дотримуватись службової дисципліни, а також виконувати накази вищестоящих керівників;

– зберігати таємницю державну та службову;

– берегти повагу, гідність служби та дотримуватись правил професійної етики [8, с. 46].

Проте слід пам'ятати, що працівник поліції зобов'язаний відмовитися виконувати накази чи вказівки начальника, а також наказ прокурора, органу державної адміністрації або органу місцевого самоврядування, якщо їх виконання пов'язане з вчиненням злочину. У разі такої відмови виконання наказу або рекомендації працівник поліції зобов'язаний безпосередньо проінформувати Головного коменданта поліції [9, с. 102].

До обов'язків поліцейського слід зарахувати також і такі:

1) обов'язок носити формений одяг, обладнання тощо;

2) під час проведення розслідування та слідчих дій, адміністративно-превентивних заходів поліцейський зобов'язаний пред'являти службове посвідчення;

3) не порушувати заборону займатись оплачуваними видами діяльності у неробочий час без відповідного дозволу на це керівництва;

4) дотримуватись заборони участі у політичних партіях;

5) повідомлювати керівника про заплановану закордонну подорож;

6) щорічно проходити профілактичний медичний огляд та ін. [8, с. 46].

Відповідно до чинного законодавства Польської Республіки до завдань поліції слід віднести:

– захист життя та здоров'я людей та майна від незаконних посягань на них;

– охорона безпеки та порядку, забезпечення миру в громадських місцях, у приватному та громадському транспорті на суші чи воді;

– виявлення та переслідування осіб, які вчинили злочини та правопорушення, превенція правопорушень, а також протиправної поведінки групою осіб;

– контроль за дотриманням публічного порядку;

– управління інформацією, підтримка баз даних Шенгенської інформаційної системи;

– співпраця з поліцією інших держав, а також з органами та установами Європейського Союзу, виконання завдань, що випливають із підписаних міжнародних угод та окремих правил;

– збір, обробка та передача кримінальної інформації;

– виконання завдань, що випливають із положень законодавства Європейського Союзу та міжнародних угод та домовленостей на умовах і в межах, визначених у них;

– ведення баз даних, що містять інформацію, зібрану компетентними органами, а саме: відбитки пальців, сліди невпізнаних відбитків пальців з місця злочину, а також результати аналізу дезоксирибонуклеїнової кислоти (ДНК);

– нагляд за місцевими/муніципальними гвардіями та іншими спеціалізованими збройними формуваннями [10].

Отже, безперечним є той факт, що приєднання держави до будь-якої спільноти є тривалим та клопітким процесом. Позитивний досвід Польщі, як країни, що змогла приєднатись до Європейського Союзу та стати однією з тих, хто найшвидше розвивається, є успішним результатом реформ державних органів. Останнє стало можливим завдяки злагодженій взаємодії поліції та громадськості.

Список використаних джерел:

1. Glowacz D., Bartosiak Z. Od Policji Państwowej. Kwartalnik Policyjny. 2014. № 2. С. 117-124.

2. Misiuk A. Historia policji w Polsce. A. Misiuk, Od X wieku do współczesności, Warszawa, 2008.
3. Paciorkowski J. Swienta, bale, reduty. Policja 997. 2014. Lipiec. C. 34-36.
4. Babiński A., Bagdalski P. Policja w strukturach administracji publicznej, Szczytno, 2005.
5. Liedel K. Zwalczanie terroryzmu międzynarodowego w polskiej polityce bezpieczeństwa. Zarządzanie bezpieczeństwem. Warszawa, 2010. Str. 29.
6. Misiuk A. Instytucje policyjne w Polsce. Szczytno, 2006. Str. 204.
7. Misiuk A. Historia policji w Polsce. Od X wieku do współczesności. Warszawa, 2008.
8. Piotrowski D. Stuktura organizacyjna policji po 1989 r. Security, Economy, Law. 2015. Nr. 7. Str. 39-52.
9. Misiuk A., Nowakowski Z., Pomykała M., Rajchel K. Zarządzanie ochroną porządku i bezpieczeństwa publicznego w państwie. Rzeszów, 2005. Str. 148.
10. Про поліцію : Закон Польської Республіки від 06 квітня 1990 р. URL:http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU19900300179.

В статье рассмотрено становление и развитие органов полиции Польской Республики. Обращено внимание на особенности взаимодействия полиции и населения. Проанализированы уровни доверия населения к полиции в отдельные исторические периоды. Детально рассмотрены задачи полицейского на основании действующего законодательства Польской Республики.

Ключевые слова: полиция Польши, взаимодействие с населением, задачи полиции Польской Республики, Интерпол, Европол, реформирование полиции.

The article deals with the formation and development of the Polish police authorities. The attention is paid to the specifics of the interaction between the police and community. The level of community trust in the police in certahistorical periods has been analyzed. The legal police officer duties in the Poland were considered in detail.

Key words: polish police, interaction between the police and community, police tasks, Interpol, Europol, reforming of police.

УДК 342.95

Євгеній Паніотов,
аспірант Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені академіка Степана Дем'янчука, заступник начальника Департаменту міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України

ПРАВОВИЙ СТАТУС НАЦІОНАЛЬНОГО ЦЕНТРАЛЬНОГО БЮРО ІНТЕРПОЛУ В СТРУКТУРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу адміністративно-правового статусу Національного центрального бюро Інтерполу у період після нещодавнього реформування Міністерства внутрішніх справ України та покладання функцій з виконання зобов'язань України в рамках членства Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерпол – на Національну поліцію України.

Ключові слова: НЦБ Інтерполу, Робочий апарат Укрбюро Інтерполу, Департамент Інтерполу та Європолу, Департамент міжнародного поліцейського співробітництва, Національна поліція, міжнародне правоохоронне співробітництво.

Постановка проблеми. Національне центральне бюро Інтерполу (далі – НЦБ Інтерполу) – це орган, який починаючи з 1993 року організовує міжнародне співробітництво правоохоронних органів України у питаннях протидії злочинності в рамках членства нашої країни в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерпол (далі – МОКП – Інтерпол). До 2015 року в межах співпраці з МОКП – Інтерпол від України як НЦБ Інтерполу виступало МВС України, у зв'язку з чим у МВС функціонував відповідний структурний підрозділ – Робочий апарат Укрбюро Інтерполу. Після утворення в 2015 році Національної поліції України Робочий апарат Укрбюро Інтерполу був включений до структури центрального органу управління Національної поліції України та протягом наступних трьох років, уже в структурі Національної поліції України, був двічі реформований. Відповідно, відбувалися зміни в нормативних адміністративно-правових актах, що регламентують його діяльність.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Питанням правового статусу суб'єктів адміністративно-правових відносин приділяється неабияка увага в юридичній літературі. У свою чергу, діяльність НЦБ Інтерполу завжди викликала неабиякий інтерес у науковців правників, що представляють різні галузі права, у тому числі міжнародне, адміністративне, кримінально-процесуальне, а також здійснюють дослідження у галузі криміналістики та оперативно-розшукової діяльності. Відповідно, перелік таких вчених є доволі широким, серед них, зокрема: В. А. Бабич, О. М. Бандурка, Я. М. Бельсон, П. Д. Біленчук, І. П. Блищенко, С. В. Бородін, В. М. Волженкина, О. І. Виноградова, Л. Н. Галенська, Є. А. Говійко, В. П. Зімін, Г. В. Ігнатенко, І. І. Карпец, О. Н. Карпов, М. О. Корнієнко, В. Н. Кудрявцев, В. С. Кузьмічов, О. В. Культенко, О. І. Леженіна, Є. Г. Ляхов, В. В. Меркушин, В. С. Овчинський, В. П. Панов, Г. І. Прокопенко, С. Т. Пунь, К. С. Родіонов, В. І. Самарін, В. Б. Смелік, В. Ш. Табалдієва, Л. Д. Тимченко та інші. Тим не менш стрімке реформування, що відбувалось і продовжує зараз відбуватись у Національній поліції у питаннях організації міжнародного співробітництва, спричинило значні зміни в адміністративно-правовому регулюванні діяльності НЦБ Інтерполу та в його правовому статусі.

Мета даної статті – дослідити правовий статус НЦБ Інтерполу на сучасному етапі реформування Національної поліції України.

Виклад основного матеріалу. Ю. С. Шемшученко та Н. М. Пархоменко визначають правовий статус як сукупність прав і обов'язків фізичних та юридичних осіб [1, с. 717]. Н. М. Мужикова так визначає поняття «правовий статус»: це юридична категорія, що за допомогою застосування наукових підходів дослідження відображає сутність і зміст правового становища того чи іншого державного органу [2, с. 9]. В. Б. Авер'янов та О. А. Задихайло зазначають, що структурні підрозділи органів державної влади також є суб'єктами адмі-

© Є. Паніотов, 2018

ністративно-правових відносин [4, с. 63] [5, с. 184-185] і, відповідно, як суб'єкти адміністративно-правових відносин можуть мати певні права та обов'язки у сфері державного управління, сформульовані в адміністративно-правових нормах, і можуть вступати в адміністративно-правові відносини [4, с. 62]. В. Я. Малиновський розглядає поняття «правовий статус» як багатоелементну категорію, що складається з таких основних елементів: завдання та цілі; компетенція, відповідальність, порядок формування та процедури діяльності цих органів [3, с. 378]. Ю. О. Тихомиров не застосовує поняття «правовий статус», проте говорить про «компетенцію органів виконавчої влади», яку визначає як покладений у законний спосіб на уповноваженого суб'єкта обсяг публічних справ. До елементів компетенції він відносить: нормативно поставлені цілі; предмети відання як юридично визначені сфери і об'єкти впливу; владні повноваження як гарантовану законом міру прийняття рішень і вчинення дій [6, с. 188]. Стосовно повноважень зауважимо, що, на думку Ю. О. Тихомирова, публічна сфера передбачає поєднання прав і обов'язків у формулу «повноваження» як правообов'язку, який не можна не реалізувати в публічних інтересах [6, с. 189].

В основному погоджуючись із вищевикладеними науковими висновками щодо теоретичного поняття адміністративно-правового статусу, розглянемо адміністративно-правовий статус НЦБ Інтерполу. Для цього ми пропонуємо взяти за основу такі елементи:

перший – порядок утворення НЦБ Інтерполу, його місце в системі органів державної влади, підпорядкованість;

другий – компетенція НЦБ Інтерполу, що включає нормативно визначені його завдання (або цілі), а також повноваження.

Розглядаючи питання правового статусу НЦБ Інтерполу, ми не можемо не відзначити, що з моменту його створення у 1993 році адміністративно-правове регулювання діяльності цього підрозділу, зокрема, в частині визначення його правового статусу зазнавало певних змін. Особливо це стосується останніх років, зокрема періоду після 2014 року, коли активно здійснювалась реформа органів та підрозділів системи Міністерства внутрішніх справ та була створена Національна поліція України. Розглянемо вказане питання докладніше у тому числі в історичному контексті.

НЦБ Інтерполу було створене Постановою Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 220 [7]. Згідно з редакцією цієї постанови 1993 року «Міністерство внутрішніх справ України виступає як Національне центральне бюро Інтерполу, і для цього в його структурі утворюється «робочий апарат Бюро». Пунктом 2 указаної постанови також затверджувалось Положення про Національне центральне бюро Інтерполу. Відповідь на питання про місце НЦБ Інтерполу в структурі апарату МВС містилася в абзаці 5 пункту 1 вищевказаної постанови, де йшлося про статус «керівника робочого апарату Бюро», зокрема про те, що він «за граничним спеціальним званням, дисциплінарними правами і умовами оплати праці прирівнюється до начальника головного управління Міністерства внутрішніх справ».

Після реформування МВС місце НЦБ Інтерполу в системі органів виконавчої влади змінилось, оскільки НЦБ Інтерполу увійшло до складу Національної поліції України.

Так, відповідно до підпункту 32) пункту 4 Положення про Національну поліцію, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 року № 877, Національна поліція «здійснює представництво та забезпечує виконання зобов'язань України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі» [8].

Пізніше Урядом була прийнята Постанова від 13.12.2017 № 968 [9], згідно з якою були внесені відповідні зміни до вищезгаданої Постанови Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 220 [7]. Тепер, згідно з новою редакцією Постанови Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 220, зокрема відповідно до абзацу третього пункту 1, саме Національна поліція виступає як Національне центральне бюро Інтерполу, а відповідно до абзацу п'ятого пункту 1 «начальник робочого апарату Бюро за дисциплінарними правами прирівнюється до начальника департаменту апарату центрального органу управління Національної поліції» [7].

Крім того, Постановою Кабінету Міністрів України від 06.12.2017 № 922 [10] були внесені зміни до пункту 3 переліку центральних органів виконавчої влади, інших державних органів, відповідальних за виконання зобов'язань, що випливають із членства України в міжнародних організаціях, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2002 р. № 1371 «Про порядок участі центральних органів виконавчої влади у діяльності міжнародних організацій, членом яких є України», що визначили Національну поліцію основним відповідальним центральним органом виконавчої влади України за виконання зобов'язань, що випливають із членства України в МОКП – Інтерпол [11].

Таким чином, виходячи із членства нашої держави в МОКП – Інтерпол, рішення

про утворення НЦБ Інтерполу приймається Кабінетом Міністрів України, що визначає центральний орган виконавчої влади, який виконуватиме зобов'язання України як члена цієї Організації. Натепер таким ЦОВВ є Національна поліція України.

У свою чергу, визначення структурного підрозділу, що безпосередньо виконуватиме завдання і функції НЦБ Інтерполу, належить до повноважень Голови Національної поліції. Так, згідно з пунктом 10 частини 1 статті 22 Закону України «Про Національну поліцію» керівник поліції затверджує положення про самостійні структурні підрозділи апарату поліції [12]. Відповідно до підпункту 28) пункту 11 Положення про Національну поліцію, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2015 року № 877 [8], Голова Національної поліції затверджує штатний розпис (штат) центрального органу управління Національної поліції, а відповідно до підпункту 8) пункту 11 цього ж Положення – затверджує положення про структурні підрозділи центрального органу управління Національної поліції [8].

Як вже зазначалося вище, з часу створення національного підрозділу Інтерполу в Україні у 1993 році його назва в організаційно-штатних структурах МВС декілька разів змінювалась. Такими назвами зокрема були «Робочий апарат НЦБ Інтерполу», «Укрбюро Інтерполу», «робочий апарат Укрбюро Інтерполу» та ін.

У 2017 році, вже в структурі Національної поліції України, наказом Національної поліції від 26.04.2017 № 64 «Про затвердження штату апарату Національної поліції» Робочий апарат Укрбюро Інтерполу був реорганізований в Департамент Інтерполу та Європолу Національної поліції України [13]. У цьому ж 2017 році був утворений Департамент міжнародного поліцейського співробітництва (далі – ДМПС) на базі ліквідованих Департаменту Інтерполу та Європолу й Управління міжнародного співробітництва Національної поліції України.

НЦБ Інтерполу підпорядковується Голові Національної поліції, що випливає зі змісту Положення про Національну поліцію, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2015 року № 877, зокрема підпункту 1) пункту 11, згідно з яким Голова очолює Національну поліцію та здійснює керівництво її діяльністю [8].

Другим елементом правового статусу НЦБ Інтерполу, як нами зазначалось вище, є його компетенція, що включає нормативно визначені завдання (або цілі), а також повноваження, що включають права і обов'язки.

Основним завданням, або ціллю, НЦБ Інтерполу, на наш погляд, є безпосереднє представництво та забезпечення виконання зобов'язань України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі, що визначено у підпункті 32) пункту 4 Положення про Національну поліцію, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2015 року № 877 [8].

Повноваження НЦБ Інтерполу охоплюють комплекс усіх питань, пов'язаних зі співробітництвом України та Інтерполу, які, зокрема, детально викладені в Положенні про Департамент міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України, затвердженому наказом Національної поліції України від 06.02.2018 № 111 [14]. Так, відповідно до пункту 1 розділу II цього Положення, ДМПС є структурним підрозділом апарату центрального органу управління поліції, який забезпечує планування, організацію, взаємодію та координацію дій структурних підрозділів апарату Національної поліції України, територіальних та міжрегіональних територіальних органів поліції та інших органів державної влади України щодо здійснення міжнародного співробітництва з компетентними органами іноземних держав та міжнародними організаціями з питань, що належать до компетенції поліції, Інтерполу та Європолу, а також реалізацію повноважень щодо здійснення представництва та забезпечення виконання зобов'язань України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі та Європейському поліцейському офісі (Європолі), повноважень Національної поліції України як Національного центрального бюро Інтерполу та Національного контактного пункту Європолу в Україні [14].

Серед завдань ДМПС, визначених у розділі II Положення, – забезпечення представництва України в Інтерполі та Європолі, а також координація, організація та забезпечення співробітництва органів та підрозділів поліції, інших державних органів України з компетентними органами іноземних держав у сфері протидії злочинності з використанням можливостей Інтерполу, Європолу, інших міжнародних організацій та структур, з якими співпрацює Національна поліція України (пункти 3 і 4 розділу II) [14].

У розділі III Положення про ДМПС визначені функції підрозділу, пов'язані з виконанням зобов'язань України в МОКП – Інтерпол, у тому числі з організації співробітництва правоохоронних органів України та іноземних держав з використанням можливостей цієї організації. У пункті 22 окремо зазначається, що ДМПС виконує функції НЦБ Інтерполу.

Водночас, ґрунтуючись на класифікації повноважень, запропонованій Ю. О. Тихомировим [6, с. 189], на нашу думку, можна виділити такі основні повноваження НЦБ Інтерполу:

– організація та координація міжнародного співробітництва правоохоронних органів України з використанням можливостей МОКП – Інтерполу на підставі адміністративно-правових нормативних актів, а також актів МОКП – Інтерпол;

– здійснення управління та контролю за сферою міжнародного співробітництва правоохоронних органів України відповідно до адміністративно-правових нормативних актів, а також актів МОКП – Інтерпол;

– визначення на підставі актів МОКП – Інтерполу адміністративно-правових процедур співробітництва правоохоронних органів України з НЦБ Інтерполу як органом МОКП – Інтерполу, у тому числі розроблення адміністративно-правових нормативних актів, що регламентують порядок такого співробітництва;

– встановлення заборон та обмежень щодо міжнародного співробітництва з використанням можливостей МОКП – Інтерпол у конкретних справах чи питаннях відповідно до адміністративно-правових нормативних актів України, а також актів МОКП – Інтерпол.

Висновки.

Таким чином, сьогодні у взаємовідносинах України та МОКП – Інтерполу саме Національна поліція виступає як Національне центральне бюро Інтерполу. При цьому робочим апаратом НЦБ Інтерполу в структурі Національної поліції є Департамент міжнародного поліцейського співробітництва, повноваження і компетенція якого щодо організації співробітництва правоохоронних органів України з МОКП – Інтерпол регламентовані в нормативних адміністративно-правових актах, що регламентують діяльність Національної поліції та безпосередньо діяльність цього Департаменту, зокрема в актах Кабінету Міністрів України та відомчих нормативних документах. До цього можна додати, що нині Національною поліцією спільно з іншими центральними органами виконавчої влади опрацьовується питання щодо доцільності регламентації на законодавчому рівні правового статусу Національної поліції як Національного центрального бюро Інтерполу у взаємовідносинах України та МОКП – Інтерпол.

Список використаних джерел:

1. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. К.: Вид-во «Юридична думка», 2012. 1020 с.

2. Мужикова Н.М. Органи виконавчої влади в Україні: правовий статус. Сіверський інститут регіональних досліджень / ред. кол.: В.М. Бойко (голова ред.) [та ін.]. Чернігів : Сіверський центр післядипломної освіти, 2013. 100 с.

3. Малиновський В.Я. Державне управління: навчальний. К.: Атіка, 2003. 576 с.

4. Задихайло О.А. Адміністративне право України (Загальна частина): навч. посіб. Х.: Право, 2016. 298 с.

5. Адміністративне право України. Академічний курс: підручник : у 2-х томах. Т. 1. Загальна частина / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). К.: Юрид. думка, 2004. 584 с.

6. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс : Полный курс. М. : [Тихомиров], 2005. 696 с.

7. Постанова Кабінету Міністрів України від 25.03.1993 № 220 «Про Національне центральне бюро Інтерполу». Збірник постанов Кабінету Міністрів України. 1994. № 2. С. 114.

8. Положення про Національну поліцію, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 25 жовтня 2015 року № 877. Урядовий кур'єр від 06.11.2015 № 207.

9. Постанова Кабінету Міністрів України від 13.12.2017 № 968 «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 25 березня 1993 р. № 220». Урядовий кур'єр від 16.12.2017 № 238.

10. Постанова Кабінету Міністрів України від 06.12.2017 № 922 «Про внесення зміни до пункту 3 переліку центральних органів виконавчої влади, інших державних органів, відповідальних за виконання зобов'язань, що випливають із членства України в міжнародних організаціях». Урядовий кур'єр від 12.12.2017 № 234.

11. Постанова Кабінету Міністрів України від 13 вересня 2002 р. № 1371 «Про порядок участі центральних органів виконавчої влади у діяльності міжнародних організацій, членом яких є України». Офіційний вісник України від 04.10.2002. № 38. С. 36. Стаття 1776.

12. Закон України «Про Національну поліцію». Відомості Верховної Ради (ВВР). 2015. № 40-41. Ст. 379.

13. Наказ Національної поліції України від 26.01.2017 № 64 «Про затвердження штату апарату Національної поліції».

14. Положення про Департамент міжнародного поліцейського співробітництва Національної поліції України, затверджене наказом Національної поліції України від 06.02.2018 № 111.

Статья посвящена анализу административно-правового статуса Национального центрального бюро Интерпола в период после недавнего реформирования Министерства внутренних дел и возложения функций по исполнению обязательств Украины в рамках членства в Международной организации уголовной полиции – Интерпол – на Национальную полицию Украины.

Ключевые слова: НЦБ Интерпола, Рабочий аппарат Укрбюро Интерпола, Департамент Интерпола и Европола, Департамент международного полицейского сотрудничества, Национальная полиция, международное правоохранительное сотрудничество.

The article is devoted to analysis of administrative legal status of INTERPOL National Central Bureau in period after reforms, which recently had place in Ministry of Internal Affairs and further authorization of National police of Ukraine to execute obligations of Ukraine in the framework of membership in International Criminal Police Organization (I.C.P.O. – INTERPOL).

Key words: NCB INTERPOL, Department of Interpol and Europol, National Police, Department of International Police Cooperation, international law-enforcement cooperation.

УДК 342.95 (477)

Ярослав Сідей,
суддя Хустського районного суду
Закарпатської області

РОЗМЕЖУВАННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ З ІНШИМИ ВИДАМИ ЮРИСДИКЦІЇ У СФЕРІ СУДОВОЇ КОМПЕТЕНЦІЇ

Стаття присвячена дослідженню проблем розмежування адміністративної юрисдикції з іншими видами юрисдикції у сфері судової компетенції. Розкриваються підходи до визначення поняття «адміністративна юрисдикція». Аналізуються проблеми розмежування юрисдикції адміністративних та господарських судів.

Ключові слова: юрисдикція, адміністративна юрисдикція, адміністративний суд, компетенція, підвідомчість.

Постановка проблеми. Конституцією України 1996 р. зі змінами та доповненнями від 2 червня 2016 р. проголошено положення про поширення юрисдикції судів на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи (ч. 3 ст. 124 Конституції України). Це вказує на посилення ролі суду в українській державі, оскільки компетенція суду поширюється на будь-який юридичний спір. Тому із реалізацією нових положень Конституції України та прийняттям нових процесуальних кодексів зменшується актуальність дослідження відомого в адміністративно-правовій теорії інституту підвідомчості.

Аналіз юридичної літератури показав, що в сучасних умовах проблеми адміністративної юрисдикції залишаються не досить розробленими. Так, відсутній єдиний підхід вчених-правників до визначення адміністративної юрисдикції, яка доволі спрощено ототожнюється з підвідомчістю, що видається спірним. З практичної точки зору дослідження адміністративної юрисдикції зумовлено неоднозначним вирішенням питання про належність того чи іншого спору або іншого правового питання до відання конкретного суду, що в кінцевому підсумку призводить до порушення права людини на справедливий розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Усе це зумовлює актуальність даного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми. Дослідженню питань розмежування юрисдикції загальних судів присвячено праці таких вчених: В. Авер'янова, В. Бевзенка, А. Бутирського, С. Демченка, С. Ківалова, Р. Куйбіди, О. Пасенюка, А. Селіванова, М. Смоковича та ін. Однак, незважаючи на численність публікацій та наукових розвідок у даній сфері, доводиться констатувати, що проблеми адміністративної юрисдикції залишаються не досить розробленими, особливо у контексті останніх законодавчих змін.

Метою статті є дослідження проблем розмежування адміністративної юрисдикції з іншими видами юрисдикції у сфері судової компетенції.

Виклад основного матеріалу. Суд як носій публічної влади покликаний забезпечувати справедливість, відстоюючи права і свободи людини і громадянина, дотримуючись балансу приватних та публічних інтересів [1, с. 66]. Однак при цьому велике значення має правильний вибір суду, уповноваженого розглядати ту чи іншу справу. Особливо гостро проблеми розмежування юрисдикцій постають в адміністративному судочинстві. Проблема визначення поняття та змісту категорії «адміністративна юрисдикція» у теорії українського адміністративного права набирала актуальності на тлі розгортання наукової дискусії про зміст і структуру адміністративного процесу. Один із найбільш поширених поглядів на це питання базується на концепції поділу всього масиву адміністративних проваджень на адміністративно-юрисдикційні і адміністративно-регуляторні. Прихильники цієї концепції зводять адміністративну юрисдикцію до діяльності з розгляду справ про проступки й інші правові спори, застосування правової санкції, відновлення порушеного права. З огляду на зазначене, вони виокремлюють адміністративно-юрисдикційні провадження, до яких відносять: провадження по справах про ад-

© Я. Сідей, 2018

міністративні проступки, провадження по застосуванню в адміністративному порядку заходів примусу, дисциплінарне провадження, виконавче провадження тощо [2, с. 7].

Широкий зміст адміністративної юрисдикції охоплює встановлений законом порядок розгляду й вирішення індивідуально-конкретних (адміністративних) справ, що виникають у сфері державного управління (у цьому разі зазначене поширюється й на сферу місцевого самоврядування), спеціально уповноваженими на те органами (посадовими особами) та у відповідних випадках загальними (звичайними) судами. В юридичній літературі підкреслюється відсутність охоплення широким підходом розгляду справ в адміністративних судах і заміна класичного розуміння процесу широким і вузьким тлумаченням цього терміна. Необхідно зазначити і те, що питання про види адміністративно-юрисдикційної діяльності залишаються дискусійними, єдиної концепції з цього приводу не вироблено. Крім того, в юридичній літературі трапляються суперечливі погляди щодо віднесення до адміністративної юрисдикції заходів адміністративного примусу [3, с. 89].

Отже, адміністративна юрисдикція охоплює комплекс матеріальних і процесуальних правовідносин, що виникають у зв'язку з необхідністю ліквідації конфліктних ситуацій у сфері функціонування органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, стабілізації правозахисної діяльності в цій сфері, забезпечення та відновлення режиму законності в публічному управлінні. При цьому аналіз наукових праць дає змогу зробити висновок про те, що, хоча дефініція «адміністративна юрисдикція» використовується у вузькому та широкому підході, частіше всього використовується її трактування у вузькому значенні та ототожнюється з діяльністю щодо застосування санкцій правових норм.

На наш погляд, адміністративна юрисдикція пов'язана з адміністративною юстицією як у широкому, так і у вузькому значенні, тобто характеризує і судове вирішення адміністративно-правових спорів, і діяльність з притягнення в судовому порядку до адміністративної відповідальності. Більшість учених характеризують адміністративну юстицію як виключно судову діяльність [4, с. 51; 5, с. 206]. Так, семантично юстиція трактується як судова діяльність, однак ототожнювати адміністративну юстицію та адміністративне правосуддя не можна.

Аналіз юридичної літератури свідчить, що науковці по-різному визначають юрисдикцію адміністративних судів. Найбільше уваги цьому поняттю приділяють російські вчені. Так, Ю. Тихомиров досить широко визначає юрисдикцію, виділяючи ще й справи у спорах про законність притягнення до адміністративної відповідальності, всі справи, що мають публічно-правовий характер, тематичні спори, які випливають із податкового, митного, бюджетного та іншого спеціалізованого законодавства. За такого підходу до адміністративного судочинства слід віднести вирішення справ про адміністративні правопорушення, які розглядаються судом, оскільки ця діяльність суду є судочинством [6, с. 39].

У юридичній літературі сформувалися три основні тенденції в розумінні адміністративної юстиції, яку розглядають як:

1) особливий порядок вирішення адміністративно-правових спорів судами та уповноваженими на те державними органами (згідно з цим підходом до поняття адміністративної юстиції включається розгляд публічно-правових спорів не тільки судами, а й іншими державними органами. Можна дійти висновку, що в цьому разі наголос зроблено на розумінні терміна «justitia» як «справедливості». Іншими словами, справедливість під час вирішення спорів може бути забезпечена не лише судами, а й адміністративними органами під час розгляду скарг громадян у сфері адміністративної діяльності);

2) самостійна галузь правосуддя, метою якої є вирішення судами спорів між громадянами та органами управління (адміністрацією) або між самими органами управління, тобто адміністративне судочинство (такий підхід є більш вузьким: до поняття адміністративної юстиції віднесено тільки судовий порядок вирішення публічно-правових спорів, тобто адміністративна юстиція є діяльністю виключно судовою. У такому розумінні наголос зроблено на розумінні терміна «justitia» як «правосуддя», яке відповідно до положень сучасної правової доктрини здійснюється виключно судами);

3) не тільки особливий вид судочинства, а й система спеціалізованих судів або спеціальних судових підрозділів, які здійснюють адміністративне судочинство (згідно з цим підходом адміністративною юстицією є не будь-яке вирішення публічно-правових спорів, а тільки те, що здійснюється спеціально утвореними для цього судовими органами – окремими судами чи спеціалізованими структурними підрозділами загальних судів, тобто обов'язковою ознакою адміністративної юстиції є наявність у судовій системі адміністративних судів або адміністративних палат у структурі судів загальної юрисдикції).

Зазначені підходи до тлумачення терміна «адміністративна юстиція» відповідають трьом критеріям, які використовуються

вченими-адміністративістами для розкриття сутності цього правового інституту: 1) матеріальному, пов'язаному з природою спору (такий критерій дозволяє виявити особливий публічно-правовий характер спорів у сфері державного управління і відокремити їх від приватноправових відносин, що регулюються цивільним правом); 2) організаційному, зумовленому наявністю спеціальних органів, що здійснюють розгляд спорів; 3) формальному, що відповідає особливому порядку розгляду спорів [7, с. 45-47].

На думку Н. Саліщевої, адміністративна юрисдикція – це окремий вид виконавчо-розпорядчої діяльності, яка пов'язана з можливістю реалізації у примусовому порядку відповідних адміністративно-правових актів, які визначають права та обов'язки учасників матеріальних адміністративних правовідносин [8, с. 11]. Я. Ващук визначає адміністративну юрисдикцію як сукупність елементів, які використовуються під час розгляду адміністративно-правових спорів, справ про адміністративні правопорушення суб'єктами публічної адміністрації та судами [9, с. 111-112].

Е. Демський пропонує таке визначення адміністративної юрисдикції: це встановлена чинним законодавством компетентність (сукупність повноважень) органів публічної адміністрації (посадових осіб) здійснювати свої функції у сфері публічного управління і розглядати будь-які адміністративні справи у відповідній, визначеній адміністративними актами, адміністративно-процесуальній формі, виносити по них рішення із застосуванням у необхідних випадках заходів адміністративного примусу [10, с. 138-139].

Так, на думку С. Василів, адміністративну юрисдикцію слід визначати як процесуальну діяльність, що зумовлюється сукупністю повноважень, прав та обов'язків певного державного органу (посадової особи), зокрема, стосовно розгляду та вирішення справ про адміністративні правопорушення та місцем цього органу (посадової особи) у державній ієрархії. Що ж до підвідомчості, то у визначенні цієї правової категорії акцент слід робити саме на розмежуванні компетенції з розгляду справ про адміністративні правопорушення між різними юрисдикційними органами [11, с. 57].

На думку А. Селіванова, поняття «адміністративна юрисдикція» пов'язане з певного роду або виду виконавчо-розпорядчої діяльності держави, в процесі якої дійсно розв'язується (вирішується) спір про право, і, хоча ці дії не обов'язково пов'язані з покаранням, все ж наявність системи органів каральної адміністративної юрисдикції є іншою стороною цього виду діяльності [12].

У науці панує точка зору, що судовий процес є більш прийнятним за адміністративний порядок розгляду спорів. Саме судова юрисдикція була використана ще у 80-х роках минулого століття, коли до компетенції судів загальної юрисдикції було передано розгляд скарг на неправомірні дії органів державної влади, які порушують права громадян. Застосування адміністративного порядку порушення та розгляду справи відрізняється від судового порядку. Розрізняються не тільки повноваження, але й не збігається предмет розгляду.

Доречно зауважити, що чинні процесуальні кодекси, зокрема Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПК України), Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК України), містять детальні норми, які регулюють оскарження в судах актів нормативного та ненормативного характеру органів державної влади та органів місцевого самоврядування, незаконних рішень, незаконних дій посадових осіб. Також слід вказати, що Кодекс України про адміністративні правопорушення регулює діяльність як загальних судів, так і адміністративних органів (їх посадових осіб) і, по суті, є (поряд із Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України), ЦПК України та ГПК України) четвертим процесуальним законом, який регулює судочинство. Але таке регулювання стосується тільки загальних судів.

Питання розмежування юрисдикцій є актуальним у науці адміністративного права. Так, Р. Мельник зазначає, що головна проблема щодо розмежування господарської, цивільної та адміністративної юрисдикції полягає у слабкій розробленості теоретичних категорій, таких як «адміністративно-правові відносини» та «публічно-правові відносини» [13, с. 55-64], що, у свою чергу, спричинене нехтуванням теорією поділу права на приватне та публічне.

На думку В. Рєзнікової, «при вдосконаленні норм щодо розмежування підвідомчості справ між адміністративними і господарськими судами законодавцеві необхідно: а) виходити з окреслених в ч. 1 ст. 2 КАС України завдань, зокрема, щодо захисту прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, в тому числі на виконання делегованих повноважень; б) враховувати положення ч. 2 ст. 2 КАС, яка допускає інший, ніж встановлено зазначеним

кодексом, порядок судового провадження щодо рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень, тобто є правовою підставою можливості розгляду господарськими судами справ із спорів, що виникають в організаційно-господарських відносинах» [14, с. 30]. А. Бутирський стверджує, що адміністративним судам не повинні бути підвідомчі справи, де позивачем є суб'єкт, що здійснює владні управлінські функції на основі законодавства, а відповідачем – фізична або юридична особа, крім випадків, прямо передбачених законом [15, с. 255].

На існуванні проблеми розмежування юрисдикції судів з причин відсутності визначення поняття «публічно-правовий спір» наголошував і Вищий господарський суд України у зверненні до Конституційного Суду України з проханням надати офіційне тлумачення положень пунктів 1 і 14 ч. 1 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства України [16].

Вітчизняне судочинство пішло хибним шляхом, коли в основу розмежування судових юрисдикцій із прийняттям КАС України було покладено такий загальний критерій, як публічний характер спору. Він є надто невизначеним, оскільки відсутні чіткі теоретико-методологічні засади розмежування повноважень між цивільними, адміністративними та господарськими судами. По суті, визначення юрисдикції адміністративних судів шляхом віднесення до неї публічно-правових спорів призвело, з одного боку, до конкуренції юрисдикцій, а з іншого – до подвійної юрисдикції одних і тих самих спорів [17, с. 87].

На думку В. Коверзнева, здійснюючи розмежування адміністративних і господарських правовідносин, перш за все треба визначати, яку саме компетенцію здійснює в спірних правовідносинах орган державної влади або орган місцевого самоврядування. Якщо названі органи влади виконують господарську компетенцію, спрямовану на організацію господарської діяльності, то вирішення спору належить виключно до юрисдикції господарського суду [18, с. 225]. Головним критерієм розмежування господарської та адміністративної судових юрисдикцій повинен бути не суб'єктний склад учасників спірних правовідносин, а насамперед предмет спору та зміст спірних правовідносин. При цьому спори з господарських відносин, як ці відносини розуміються у чинному законодавстві, підлягають розгляду господарськими судами за правилами господарського судочинства [18, с. 229].

Висновки.

Незважаючи на постійну зміну законодавства щодо компетенції судів стосовно визначення юрисдикції, знайти оптимальну модель її розмежування не вдається. Визначення юрисдикції спору здебільшого залишається досить складною проблемою для практики, що зумовлено не лише недосконалим законодавством, а й наявними в науці та практиці догмами. Особливі проблеми в розмежуванні юрисдикції виникають у разі, якщо у визначенні критеріїв такого розмежування закон виходить із різнопланових ознак, не узгоджених між собою, внаслідок яких один і той самий спір формально може бути розглянутий судами різних юрисдикцій. Вирішуючи такі питання, процесуальна наука та практика, керуючись неписаним правилом щодо неможливості альтернативи у визначенні судової юрисдикції, всі свої зусилля спрямовує на вирішення начебто наявних колізій.

Список використаних джерел:

1. Щербанюк О. В. Роль органів правосуддя в забезпеченні балансу приватних та публічних інтересів. Науковий вісник Чернівецького університету. Серія «Правознавство». 2013. Вип. 714. С. 65-69.
2. Колпаков В. К., Гордєєв В. В. Юрисдикція адміністративних судів. Монографія. В 2-х книгах. Книга 1. Х.: Харків юридичний, 2011. 352 с.
3. Мартиновський В. В. Проблема класифікації адміністративно- юрисдикційних проваджень. Державне будівництво та місцеве самоврядування. Випуск 24. 2012. С. 85-91.
4. Бахрах Д. Н. Административное право России. Учебник. Часть общая. М.: БЕК, 1993. 330 с.
5. Старилов Ю. Н. Административная юстиция и правовая конфликтология. Правовая наука и реформа юридического образования: Сб. науч. трудов. Вып. 13: Правовая конфликтология: Теоретические проблемы междисциплинарного юридического исследования. Воронеж, Изд-во. ВГУ, 2002. С. 201-223.
6. Мостова Н. Юрисдикція адміністративних судів щодо вирішення адміністративних справ. Закон и жизнь. 2013. № 6. С. 38-40. С. 39.
7. Смокович М. І. Визначення юрисдикції адміністративних судів та розмежування судових юрисдикцій: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2012. 304 с.
8. Салищева Н. Г. Административный процесс в СССР. М., 1964. 158 с.
9. Ващук Я. В. Правова характеристика адміністративної юрисдикції. Форум права. 2011. № 3. С. 111-114.
10. Демський Е. Ф. Адміністративне процесуальне право України : навчальний посібник. К. : Юрінком Інтер, 2008. 496 с.

11. Висилів С. С. Адміністративно-правові засади підвідомчості розгляду справ про адміністративні правопорушення : дис. ... на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук зі спеціальності 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право». Л.: Національний університет «Львівська політехніка», 2016. 245 с.

12. Селіванов А. О. Адміністративний процес в Україні: реальність і перспективи розвитку правових доктрин. К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2000. 68 с.

13. Мельник Р. С. Ще раз про сутність та ознаки публічно-правових відносин. Вісник Вищого адміністративного суду України. 2008. № 4. С. 55-64.

14. Рєзнікова В. Підвідомчість справ господарським судам України: проблеми теорії та практики. Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2014. Вип. 1. С. 24-32.

15. Бутирський А. А. До проблемних питань визначення підвідомчості справ адміністративним судам. Держава і право. Вип. 45. С. 253-257.

16. Ухвала Конституційного Суду України про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Вищого господарського суду України про офіційне тлумачення положень пунктів 1, 4 частини першої статті 3 Кодексу адміністративного судочинства України від 15 лютого 2007 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v014u710-07 (дата звернення: 20.05.2018).

17. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / [В. В. Комаров, В. І. Тертишніков, В. В. Баранкова та ін.]; за заг. ред. В. В. Комарова. Х.: Харків юридичний, 2008. 928 с.

18. Коверзнев В. О. Розмежування юрисдикції адміністративних та господарських судів: проблеми теорії і практики. Форум права. 2013. № 2. С. 223-229.

Статья посвящена исследованию проблем разграничения административной юрисдикции с другими видами юрисдикции в сфере судебной компетенции. Раскрываются подходы к определению понятия «административная юрисдикция». Анализируются проблемы разграничения юрисдикции административных и хозяйственных судов.

Ключевые слова: юрисдикция, административная юрисдикция, административный суд, компетенция, подведомственность.

The article is devoted to the study of the problems of delimitation of administrative jurisdiction with other types of jurisdiction in the field of judicial competence. Approaches to the definition of "administrative jurisdiction" are revealed. The problems of delimitation of the jurisdiction of administrative and economic courts are analyzed.

Key words: jurisdiction, administrative jurisdiction, administrative court, competence, subordination.

УДК 342.9

Олександр Сливка,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права
Ужгородського національного університету

ПОСТАУДИТ ЯК ФОРМА МИТНОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ ТА ЙОГО ПЕРСПЕКТИВИ

Стаття присвячена висвітленню сутності та змісту такої форми митного контролю, як «постмитний контроль». Проаналізовано підходи різних учених щодо розуміння поняття «пост митний контроль». Автор наводить авторське поняття постмитного контролю та розкриває його зміст.

Ключові слова: постмитний контроль, митний аудит, податковий контроль, митний контроль.

Постановка проблеми. Постмитний контроль у розвинутих демократичних державах є однією з основних форм митного контролю, які застосовуються митними органами під час здійснення митного контролю. Україна перебуває на етапі впровадження дієвого інституту постмитного контролю. Саме тому дослідження даного питання має велике як практичне, так і наукове значення.

Стан дослідження. Проблеми постмитного контролю у своїх наукових працях порушували О. М. Вакульчик, О. О. Кнішек, О. О. Берзан, О. Е. Кудрявцева, В. В. Соловйова, О. А. Гончарук, П. В. Пашко та інші. Думки цих учених не тільки розвинули, але й суттєво оновили традиційні наукові уявлення в цій галузі. Тому, досліджуючи питання постмитного контролю, обов'язкову увагу потрібно звертати на висновки стосовно даного питання зазначених учених. Сьогодні в науковій літературі немає єдиного підходу до розуміння поняття постмитного контролю. Точаться дискусії стосовно того, хто повинен проводити цей вид контролю. Функціонування інституту постмитного контролю є однією з умов, поставлених Україні для вступу України в ЄС. Постмитний контроль є одним з елементів гармонізації та спрощення митних процедур. Саме це й вимагає від нас Європейська спільнота. Саме тому **метою** статті є вивчення поняття та особливостей постмитного контролю в Україні та розробка рекомендацій стосовно реформування митного законодавства в частині постмитного контролю.

Виклад основного матеріалу. Вивчення постмитного контролю в Україні з наукової точки зору має велике практичне значення та дасть поштовх для розвитку на законодавчому рівні цього питання. Для аналізу постмитного контролю нам потрібно проаналізувати поняття постмитного контролю, його сутність, зміст, систему та законодавчу базу.

Постмитний контроль у науковій літературі ототожнюють із такими поняттями, як митний аудит, митний пост-аудит.

На законодавчому рівні також немає чіткого поняття, сутності та змісту постмитного контролю.

Ця невизначеність та не конкретизованість як у науковій, так і в законодавчій сфері не може гарантувати забезпечення прав і свобод громадян.

Існує різноманітний понятійний апарат постмитного контролю. О. М. Вакульчик та О. О. Кнішек вважають, що постмитний контроль – це система заходів, методів та прийомів, які використовують посадові особи митних органів під час організації та проведення на основі методів аудиту контролю законності, повноти й достовірності відображення зовнішньоекономічних операцій у системі бухгалтерського обліку і звітності, правильності нарахування та своєчасності сплати митних податків і платежів підприємствами-суб'єктами ЗЕД до державного бюджету [1, с. 52].

У свою чергу О. О. Берзан визначає, що митний аудит – це комплекс взаємопов'язаних заходів, які здійснюються митними органами з метою проведення перевірок діяльності учасників ЗЕД після завершення митного оформлення [2, с. 74]. О. Е. Кудрявцева, В. В. Соловйова та І. В. Соловйової у своїх наукових дослідженнях визначають митний аудит як форму митного контролю, яка є систематичним процесом збору та оцінки відомостей, що були заявлені під час митного оформлення товару, з метою визначення ступеня відповідності цих відомостей законодавству [3, с. 97]. Підтримуємо думку, що однозначно постмитний контроль є однією з форм митного контролю і повинен здійснюватися за принципами здійснення митного контролю.

О. А. Гончарук зазначає, що «митний пост-аудит – система обов'язкових контроль-

© О. Сливка, 2018

них дій (із застосуванням методів документального та фактичного контролю) з перевірки законності, доцільності, достовірності інформації, наданої суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, що перевіряється під час здійснення митного контролю, а також законності та правильності дій посадових осіб (представників) суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності» [4, с. 166].

І. В. Співак зазначає, що «митний пост-аудит – перевірка діяльності учасників зовнішньоекономічної діяльності, що здійснюється після завершення митного оформлення» [5, с. 148]. Відповідно до визначення Л. М. Івашової, Т. С. Єдинак та В. Ю. Єдинак, «митний пост-аудит є різновидом зовнішнього загальнодержавного контролю, що здійснюється спеціальними органами державної влади – митними органами – після завершення процедури митного контролю та митного оформлення випущених в обіг товарів» [6, с. 16]. Оскільки постмитний контроль є однією з форм митного контролю, то не можна трактувати його як вид загальнодержавного контролю, який здійснюється після завершення процедури митного контролю.

Підтримуємо думку Є. П. Луньової про те, що митний аудит є невід'ємною частиною системи митного контролю (адміністрування), що являє собою комплекс взаємопов'язаних заходів, що здійснюються митними органами з метою проведення перевірок діяльності учасників зовнішньоекономічної діяльності після завершення митного оформлення [7].

Немає єдиного підходу щодо розуміння постмитного контролю. Зустрічаємо низку схожих понять. Оскільки постмитний контроль є однією з форм митного контролю, тому вважаємо, що доцільніше було б вживати саме цей термін. Навіть у МК ЄС передбачено саме термін «постмитний контроль», який здійснюється на основі методів аудиту. Тобто одним з основних елементів, за допомогою якого він проводиться, є саме аудит. Неоднозначність у понятійному апараті полягає і в тому, що даний термін не передбачений на законодавчому рівні, не дає право говорити про наявність дієвого механізму забезпечення прав осіб під час його здійснення.

Унаслідок створення Державної фіскальної служби проведення постмитного контролю було покладено на Департамент податкового та митного аудиту, який зараз називається Департамент аудиту. У свою чергу, це призвело до поглинання податковою такої форми митного контролю, як постмитний контроль. Точаться багато дискусій стосовно того, хто повинен здійснювати дану форму митного контролю.

Н. Б. Гусак визначає предметом податкового аудиту документи бухгалтерського обліку та звітності, декларації та розрахунки зі сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), інші документи фінансово-господарської діяльності, активи суб'єкта господарювання та його технологічні процеси тощо. До об'єкта податкового аудиту він відносить платників податків, зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів всіх рівнів та державних цільових фондів. Суб'єктом він вважає посадових осіб контролюючих органів, уповноважених на проведення податкового аудиту. А метою проведення податкового аудиту в загальному контексті визначає підтвердження того, що податкова звітність, надана до контролюючих органів, точно відображає усі аспекти господарської діяльності, а сама діяльність відповідає вимогам чинного законодавства [8, с. 37-38].

Предметом постмитного контролю є документи і відомості, які стосуються товарів або комерційних операцій, проведених до або після випуску товарів, у яких дані товари брали участь. Суб'єктом є особи відповідних контролюючих органів, яким надано право здійснювати митний контроль, у тому числі постмитний контроль. Об'єктом є суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності.

Мету проведення митного аудиту можна визначити як перевірку правильності заповнення декларацій на товари та достовірності зазначених у них даних під час перевірки будь-яких документів і відомостей, які стосуються даних товарів або комерційних операцій, проведених до або після випуску товарів, у яких дані товари брали участь, з метою недопущення порушень митного законодавства.

Порівнявши податковий аудит з митним, ми можемо побачити, що це зовсім різні поняття. Саме тому про ототожнення цих двох понять не може бути й мови.

Однозначно постмитний контроль є однією з форм митного контролю. А це, у свою чергу, означає, що здійснювати його вправі виключно митниця. Протягом останнього періоду ми бачимо поступ у напрямі ефективного функціонування інституту постмитного контролю на теренах України. Вважаємо, що для ефективного функціонування даного інституту потрібно:

– створити відповідний орган постмитного контролю при митницях;

– провести кваліфікований підбір кадрів;

– проводити систематичні тренінги з набуття необхідних навичок посадових осіб, на яких покладено обов'язок здійснювати постмитний контроль;

– законодавчо визначити поняття постмитного контролю в МК України;

– забезпечити необхідну взаємодію митних органів з іншими органами державної влади для ефективного та об'єктивного проведення постмитного контролю.

Висновки.

Проаналізувавши думки вчених, можна дійти висновків, що постмитний контроль здійснюється:

– на основі методів аудиту;

– з метою проведення перевірок діяльності учасників ЗЕД після завершення митного оформлення;

– є процесом збору та оцінки відомостей, що були заявлені під час митного оформлення товару;

– для перевірки законності, доцільності, достовірності інформації, наданої суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, шляхом перевірки фінансових документів, декларацій та інших документів суб'єкта ЗЕД, що надаються до митного органу під час переміщення товарів та транспортних засобів;

– після випуску товарів.

Проаналізувавши визначення вчених, можна навести більш чітке та конкретизоване поняття постмитного контролю. Постмитний контроль є однією з форм митного контролю, яка здійснюється митними органами з координацією з іншими органами виконавчої влади на основі методів аудиту з метою перевірки правильності заповнення декларацій на товари та достовірності зазначених у них даних шляхом перевірки будь-яких документів і відомостей, які стосуються даних товарів або комерційних операцій, проведених до або після випуску товарів, у яких дані товари брали участь, з метою недопущення порушень митного законодавства.

Список використаних джерел:

1. Вакульчик О. М., Кнішек О. О. Концептуальні засади діяльності митних органів з постмитних перевірок суб'єктів ЗЕД. Вісник академії митної служби України. 2009. № 2. С. 46–54.

2. Берзан А. А. Развитие методических основ посттаможенногоконтроля : дис. ... канд. эконом. наук : 08.00.05. М., 2007. 151 с.

3. Кудрявцев О. Е., Соловьев В. В., Соловьева И. В. Выбор объектов таможенного аудита с использованием системы анализа и управления рисками : пособие. Ростов-н/Д : РИОРостовского филиала РТА, 2005. 105 с.

4. Гончарук О.А. Формування та розвиток системи пост митного контролю в Україні. Форум права. 2011. № 3. С. 163–167.

5. Співак І.В. Технології митного контролю доцільно удосконалити. Вісник Нац. тех. ун. України «Київський політехнічний інститут». 2010. № 2 (6). С. 146–150.

6. Івашова Л.М., Єдинак Т.С., Єдинак Ю.В. Основи митного постаудиту : навч. посібник. Дніпропетровськ: АМСУ, 2011. 200 с.

7. Луньова, Є. П. Методичні та організаційні основи митного аудиту експортно-імпортних операцій учасників зовнішньоекономічної діяльності: монографія / за заг. ред. д. е. н., професора Л. А. Поповой. М.: РІО РОТА, 2003. С. 7.

8. Гусак Н.Б., Гусак Ю.Д. Контроль податкових органів за діяльністю підприємств : навчальний посібник. К.: Центр учбової літератури, 2007. 320 с.

Статья посвящена освещению сущности и содержания такой формы таможенного контроля, как «посттаможенный контроль». Проанализированы подходы различных ученых к пониманию понятия «посттаможенный контроль». Автор приводит авторское определение понятия «посттаможенный контроль» и раскрывает его содержание.

Ключевые слова: посттаможенный контроль, таможенный аудит, налоговый контроль, таможенный контроль.

The article is devoted to highlighting the nature and content of such forms of customs control as "customs post". The approaches of different scholars in understanding the concept of "customs post". The author gives copyright term "customs post" and reveals its contents.

Key words: post customs control, customs audit, tax control, customs control.

УДК 342.951

В'ячеслав Турчин,
аспірант кафедри загальноправових дисциплін
Київського національного торговельно-економічного університету

ЗАКОРДОННИЙ ДОСВІД СТВОРЕННЯ ЄДИНОГО РЕЄСТРУ НЕРУХОМОСТІ

У статті досліджується необхідність створення в Україні уніфікованого реєстру речових прав на нерухоме майно разом із земельним кадастром. Розглянуто закордонний досвід та проаналізовано основні переваги наявності єдиного реєстру стосовного всього нерухомого майна в країні. Сформовано бачення щодо об'єднання земельного кадастру та реєстру прав на нерухоме майно в Україні.

Ключові слова: реєстрація речових прав на нерухоме майно, реєстрація нерухомості, державний реєстр нерухомості, державний земельний кадастр.

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні речові права на земельні ділянки, а також на об'єкти нерухомого майна, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких неможливе без їх знецінення, реєструються у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень (далі – реєстр нерухомого майна). Крім того, існує також ще й Державний земельний кадастр, через який здійснюється реєстрація самих земельних ділянок та присвоєння їм кадастрових номерів. Отже, виникає ситуація, коли земля знаходиться в одному реєстрі, а будинок, який побудований на цій землі, – в іншому. Незручність такого підходу у реєстрації нерухомості полягає не тільки у дублюванні частини інформації у реєстрі та кадастрі, але й у тому, що заявнику потрібно звертатись до більшої кількості державних органів, що, своєю чергою, збільшує часові та матеріальні витрати.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо об'єднання реєстру нерухомого майна та земельного кадастру, а також створення на їх базі єдиного реєстру нерухомого майна досліджувалися такими закордонними науковцями, як: О. С. Болтанова, В. В. Вилєгжаніна, Д. М. Вєтошкін, К. М. Іванєц, Н. С. Івчатова, І. В. Пархоменко тощо.

Варто зазначити, що в Україні цьому питанню не приділено достатньої уваги. З огляду на це, необхідно дослідити відповідний іноземний досвід та розглянути можливість об'єднання в Україні реєстру нерухомості та земельного кадастру у єдиний реєстр речових прав на нерухоме майно.

Такими чином, **мета** статті – проаналізувати переваги запровадження в Україні єдиного реєстру речових прав на нерухоме майно, що буде включати в себе, зокрема, й технічні відомості, що містить Державний земельний кадастр.

Результати дослідження. Кожна, принаймні демократична, країна має прагнути до вдосконалення процесу надання адміністративних послуг. У наш час держава, виконуючи свої функції, повинна мати у бізнес середовищі так званий клієнтоорієнтований підхід, що спрямований насамперед на задоволення потреб громадян та інших осіб, що звертаються за відповідними адміністративними послугами. З огляду на цілі цієї статті, проаналізуємо топ позиції країн у рейтингу Світового банку «Doing Business» щодо легкості ведення бізнесу у сфері реєстрації нерухомості, що наведено у таблиці нижче:

Отже, серед країн, що знаходяться у топі рейтингу, бачимо багато пострадянських країн, що не тільки попереду України, але і багатьох інших високорозвинених країн, а саме: Литва, Грузія, Білорусь, Естонія, Киргизстан, Російська Федерація, Вірменія, Казахстан і Молдова. Серед них більшість має єдину базу даних про права на нерухоме майно та плани земельних ділянок, але й є такі, що мають різні, але пов'язані між собою бази даних. Для початку детальніше розглянемо декілька прикладів успішного об'єднання земельного кадастру та реєстру нерухомого майна на пострадянському просторі.

Литва.

Бачимо з таблиці вище, що Литва знаходиться на 3 місці у рейтингу, що є одним із найкращих показників. Більшість державних реєстрів Литви веде Центр реєстрів Литви, який є державним підприємством. Протягом свого існування він створює та адмініструє основні державні реєстри Литви та є аналогом нашого вітчизняного підприємства «Національні інформаційні системи», яке адмініструє Державний реєстр речових прав на нерухоме майно та, крім іншого, з 2015 року також реєстр юридичних осіб та фізичних осіб підприємців [1; 2].

© В. Турчин, 2018

Центр реєстрів здійснює оцінку нерухомості для оподаткування, публікує відкриті дані про нерухомість, а саме енергоефективність об'єктів нерухомості, реальний аналіз ринку нерухомості за даними, які містяться в його базах [4].

Нині основними реєстрами Литви є [5]:

- реєстр нерухомого майна та кадастру;
- реєстр юридичних осіб;
- реєстр адрес;
- реєстр жителів.

Із цього переліку, зокрема, цікавим є використання для спільної мети реєстру адрес та реєстру жителів. Отже, реєстр адрес належить до головних державних реєстрів, що адмініструється Центром реєстрів, а наповнюється органами місцевого самоврядування, які й присвоюють адреси. База реєстру адрес використовується також у реєстрі жителів, реєстрі юридичних осіб, реєстрі нерухомого майна та кадастру. Особливість даних адрес полягає в тому, що вони є унікальними. Тобто жодна адреса не має повторитися (атрибутом адреси є номер квартири або нежилого приміщення, будівлі, споруди). Використовувати адресу мають право тільки після її реєстрації в реєстрі. У свою чергу, реєстр жителів містить дані про усіх постійних жителів Литви. Реєстр жителів веде Міністерство внутрішніх справ, адмініструє – Центр реєстрів [4].

Зазначається, що консолідація інформаційних ресурсів держави в одному місці, продумана концепція побудови реєстрів дозволяє не дублювати дані в різних реєстрах, а отримувати інформацію з кожного з них в тій частині, за яку відповідає відповідний реєстр. Обмін даними між реєстрами відбувається в режимі реального часу. У разі зміни даних в одному реєстрі вони одразу стають актуальними та доступними в іншому реєстрі [4].

Усі електронні послуги в Литві – платні як для фізичних, так і для юридичних осіб (включаючи держструктури). Це створює

Таблиця

Рейтинг	Країна	Наявність єдиної бази даних [1]	Використання єдиного номеру [2]
1.	Нова Зеландія	Єдина база даних	Так
2.	Руанда	Різні, але пов'язані бази даних	Так
3.	Литва	Єдина база даних	Так
4.	Грузія	Єдина база даних	Так
5.	Білорусь	Єдина база даних	Так
6.	Естонія	Різні, але пов'язані бази даних	Так
7.	Словаччина	Різні, але пов'язані бази даних	Так
8.	Киргизстан	Єдина база даних	Так
9.	Швеція	Різні, але пов'язані бази даних	Так
10.	ОАЕ	Різні, але пов'язані бази даних	Так
11.	Данія	Різні бази даних	Так
12.	Російська Федерація	Єдина база даних	Так
13.	Вірменія	Єдина база даних	Так
14.	Норвегія	Різні, але пов'язані бази даних	Так
15.	Ісландія	Різні, але пов'язані бази даних	Так
16.	Швейцарія	Різні, але пов'язані бази даних	Так
17.	Казахстан	Різні, але пов'язані бази даних	Так
18.	Тайвань, Китай	Єдина база даних	Так
19.	Сінгапур	Різні, але пов'язані бази даних	Так
20.	Молдова	Різні, але пов'язані бази даних	Так
64.	Україна	Різні бази даних	Ні

1 Наявність єдиної бази даних про права на нерухоме майно та плани земельних ділянок

2 Використання єдиного ідентифікаційного номеру нерухомості в системі земельного кадастру та державного реєстру нерухомості

Джерело: зведено автором за матеріалами [1]

атмосферу відповідальності за надання цих послуг державою. "Центр реєстрів" щороку заробляє на цьому мільйони євро і вкладає гроші в нові технічні розробки. При цьому вартість послуг часто істотно нижча від тієї суми, яку платять в Україні, поки проходять весь шлях, щоб зібрати потрібні документи й довідки. Зареєструвати фізичну або юридичну адресу в Литві можна повністю в режимі онлайн, а потім також електронним способом підписувати різні договори. Система автоматично перевірить дані про власників приміщень [6].

Грузія.

Грузія є однією з трьох країн, крім Нової Зеландії та Португалії, в яких можна зареєструвати право власності на нерухоме майно лише за один день. Це досягнуто шляхом максимального показника оцифрованості документів та єдності державних реєстрів, для того щоб не втрачати дорогоцінний час на бюрократичну взаємодію між державними органами. Таким чином, шляхом інституційних реформ в Грузії всі наявні реєстри було об'єднано в одне агентство – Національне агентство публічного реєстру. Інформація з різних реєстрів централізовано доступна в одному агентстві, а система управління ним є незалежною від центральних та місцевих органів влади. З часом агентство стало самофінансованою організацією, а його вдала робота призвела до розширення сфери його діяльності. Наприклад, у 2011 році агентству були передані повноваження з питань геодезії та картографії [7]. До агентства також входить, крім іншого, реєстр юридичних осіб і реєстр адрес.

Цікавим елементом системи державних органів Грузії є Будинок юстиції, в рамках якого також здійснюється надання адміністративних послуг, зокрема реєстрації речових прав на нерухоме майно. Будинок юстиції – державна установа, особливість якої полягає в концентрації ряду державних послуг в одній будівлі. Тут об'єднані послуги Нотаріальної палати, Національного агентства державного реєстру, Агентства цивільного реєстру, Національного архіву та Національного бюро з питань правопорядку. Мета Будинку Юстиції – видача документів та надання послуг, що знаходяться у виключному віданні держави. Будинок Юстиції було створено у 2011 році та нині він об'єднує до 400 сервісів [8].

Білорусь.

У Білорусі реєстр нерухомості та земельний кадастр об'єднано у Республіканське унітарне підприємство «Мінське міське агентство з державної реєстрації та земельного кадастру» ще 2003 року. Натепер підприємство перебуває у підпорядкуванні Державного комітету з майна Республіки Білорусь. Основне завдання створеного агентства – державна реєстрація нерухомого майна, прав на нього та угод із ним, здійснення технічної інвентаризації, перевірки характеристик нерухомого майна, оцінка нерухомості, надання документів і відомостей з єдиного державного реєстру нерухомого майна, прав на нього та угод з ним [9].

К. М. Іванєц вказує, що об'єднання кадастру і реєстру прав на нерухомість характерно лише для невеликих за розміром країн, де таке об'єднання не призводить до надмірного навантаження реєстраторів технічної інформації. Якщо реєстр призначений для фіксації прав, то кадастр необхідний для проведення економічних розрахунків, оподаткування, перевірки дотримання адміністративних обмежень [10, с. 75].

Російська Федерація.

Відомо, що з 2017 року в Російській Федерації вже офіційно на законодавчому рівні здійснено об'єднання державного кадастру нерухомості та державного реєстру прав на нерухоме майно. Таким чином, враховуючи те, що об'єднання кадастру і реєстру було реалізовано в країні такого великого розміру, то її досвід у цьому напрямі важливо також розглянути.

Отже, до 2012 року всі установи, підвідомчі російській Федеральній службі державної реєстрації, кадастру і картографії, перейшли на централізоване ведення кадастрового обліку із застосуванням автоматизованої інформаційної системи державного кадастру нерухомості, яка зараз охоплює інформаційним простором усю територію Росії. При цьому базові інформаційні ресурси державного кадастру нерухомості та Єдиного державного реєстру прав на нерухоме майно та угод із ним існували як взаємозалежні, але самостійні системи, що призводило до дублювання або до суперечливості відомостей, що містяться в них [11, с. 14].

З 1 жовтня 2013 року Закон від 21 липня 1997 року № 122-ФЗ «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та угод з ним» передбачає, що відомості про характеристики об'єкта нерухомості, що містяться у кадастрі, є відомостями єдиного державного реєстру нерухомості. 10 жовтня 2013 року уряд Російської Федерації затвердив Федеральну цільову програму «Розвиток єдиної державної системи реєстрації прав та кадастрового обліку нерухомості (2014-2019 роки)». Так, серед основних завдань програми названі:

- об'єднання Єдиного державного реєстру прав на нерухоме майно та угод із ним і державного кадастру нерухомості в єдиний

державний інформаційний ресурс – Єдиний державний реєстр нерухомості;

• забезпечення організації надання послуг за принципом «одного вікна» [11, с. 14].

Для ефективного контролю і скорочення термінів проходження документів потрібне створення і впровадження систем спеціального електронного документообігу. Як показує практика, для простих схем взаємодії, прикладом яких служить режим «Єдиного вікна» при реєстрації прав на раніше враховані земельні ділянки, досить ефективними є відносно прості способи обліку і контролю проходження документів – акти прийому-передачі, реєстрів отриманих та переданих документів і т. д. Разом із тим очевидно, що зі збільшенням кількості взаємодіючих підрозділів і відомств, з підвищенням інтенсивності взаємодії потрібне позбавлення від документів на паперових носіях та впровадження систем використання електронних документів. Режим «Єдиного вікна» скорочує кількість необхідних звернень заявників до органу кадастрового обліку і тим самим позитивно впливає як на самих громадян-заявників, так і на імідж держаних органів [12, с. 45].

З 1 січня 2017 року набув чинності Федеральний закон від 13 липня 2015 року № 218-ФЗ «Про державну реєстрацію нерухомості». Розробники цього законопроекту у пояснювальній записці підкреслювали, що створення єдиного державного інформаційного ресурсу у сфері нерухомості дозволить знизити ризики операцій на ринку нерухомості, звести до мінімуму паперовий документообіг і здійснити надання послуг переважно в електронному вигляді за умови збереження комфортних умов надання послуг заявникам [11, с. 15].

Взагалі ж, основною метою створення системи є включення до Єдиного державного реєстру нерухомості інформації про весь земельний фонд країни, оскільки інформаційний ресурс повинен бути основою і головним інструментом системи управління земельними ресурсами. Головний засіб досягнення мети – підвищити швидкодію системи та її зручність для користувачів [13, с. 142].

Цікавим є також досвід Австрії, хоча країна не входить до топ 20 рейтингу, щодо того, як в рамках Міністерства юстиції поєднуються різні служби, що відповідають за наповнення єдиної бази, в якій знаходиться як правова, так і технічна інформація. Наприклад, система баз даних нерухомості підтримується спільно земельним реєстром і кадастром, що включає реєстр нерухомості і земель. До цієї роботи залучається ряд організацій: Міністерство юстиції зі своїми відділеннями земельних реєстрів, Федеральний департамент метрології та межування зі своїми кадастровими відділеннями і Федеральний обчислювальний центр послуг. Правова, а також технічна інформація міститься в одній базі даних. Відділення земельного реєстру займаються оновленням правової інформації, а кадастрові відділення несуть відповідальність за технічну інформацію, в тому числі за цифрову кадастрову карту [14].

Щодо України, то ідея об'єднання реєстру та кадастру виникла ще 2015 року [15], але серйозні наміри були підтвердженні Міністром юстиції України (далі – Мін'юст) вже у 2017 році. За словами Міністра, роздільне адміністрування Державного земельного кадастру Держгеокадастром і Державного реєстру речових прав на нерухоме майно Мін'юстом неефективне, створює умови для зловживань, і обидва реєстри повинні бути об'єднані. Подібна ситуація також із Державним реєстром актів цивільного стану, який веде Мін'юст, і Єдиним державним демографічним реєстром, розпорядником якого з 2016 року є Державна міграційна служба [16; 17].

Хоча, з іншого боку, сьогодні Мін'юст в Україні відповідає за понад двадцять реєстрів, серед них: реєстр нерухомості і реєстр юридичних осіб, від ефективності яких залежить дуже багато правових відносин. Одне відомство не може самостійно відповідати за складний ланцюг послуг. Наприклад, Мін'юст може визначати методологію і стратегію розвитку сервісів, а базою даних реєстру адрес може займатися Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру. Право на внесення даних можна надати органам місцевого самоврядування [6].

Таким чином, потрібно дуже ретельно обдумати інституційний складник питання об'єднання реєстру нерухомості та кадастру. Найкращим варіантом, на нашу думку, буде передача повноважень з технічного адміністрування земельного кадастру в об'єднаному реєстрі державному підприємству "Національні інформаційні системи", але базу даних мають наповнювати Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру, а також органи місцевого самоврядування.

Крім того, важливим кроком в Україні є розробка єдиного реєстру адрес, що допоможе уникнути проблем з ідентифікацією нерухомості в ситуаціях, коли є де-факто один об'єкт, але при цьому власність зареєстрована на кілька юридичних адрес. Як відомо, подібні схеми дають підґрунтя для шахрайства [6].

Варто зазначити, що в Україні задля вдосконалення системи ідентифікації вже визначено, що єдиним адміністратором усіх державних та єдиних реєстрів, держателем

яких є Мін'юст, буде новостворене державне підприємство, що належить до сфери управління Мін'юсту, яким зрештою і виявилось державне підприємство «Національні інформаційні системи» [18].

Зокрема, є ідея додати до майбутнього реєстру нерухомості, бізнесу ще й реєстр судових рішень для того, щоб зробити управлінські процеси в бізнесі ще зручнішими та швидшими.

Висновки.

Загалом, можна зробити висновок, що з розвитком технологій спостерігається тенденція до уніфікації всіх даних та реєстрів, якими оперує держава, заради спрощення доступу до них користувачів. Не винятком є й система реєстрації прав на нерухоме майно. Враховуючи досвід зарубіжних країн, Україні також потрібно створити єдиний реєстр нерухомості, який буде містити як технічну, так і правову інформацію щодо всієї нерухомості в країні, що буде зручним як для держави, так і для простих громадян, оскільки не потрібно буде проходити багато бюрократичних процедур, щоб зареєструвати право власності на нерухоме майно.

Список використаних джерел:

1. The ranking of economies on the ease of registering property. Doing Business 2018 URL: http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/registering-property (дата звернення: 21.02.2018).

2. Деякі питання щодо визначення адміністратора Єдиних та Державних реєстрів, держателем яких є Міністерство юстиції України: Наказ Міністерства юстиції України від 25.06.2015 № 1059/5. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0754-15 (дата звернення: 17.03.2018).

3. Питання адміністрування Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Наказ Міністерства юстиції України від 31.05.2016 № 1565/5. URL: https://nais.gov.ua/article/shanovni-panove-koristuvachi-222 (дата звернення: 19.03.2018).

4. Сидоренко А. Досвід роботи реєстрів Литви. Веб-сайт відділення Нотаріальної палати України в м. Києві. URL: http://vnpu.kiev.ua/?p=1582 (дата звернення: 22.03.2018).

5. Центр реєстрів. Литва. Офіційний веб-сайт. URL: http://www.registrucentras.lt/en/ (дата звернення: 24.03.2018).

6. Довідас Віткаускас. Електронний реєстр адрес: що Україні варто перейняти у Литви. Європейська правда. 30.11.2017. URL: http://www.eurointegration.com.ua/experts/2017/11/30/7074367/ (дата звернення: 20.02.2018).

7. Інституційна реформа. Національне агентство державного реєстру. Грузія. Офіційний веб-сайт. URL: http://napr.gov.ge/p/146 (дата звернення: 01.04.2018).

8. Будинок юстиції. Вікіпедія : вільна енциклопедія. URL: https://ka.wikipedia.org/wiki/იუსტიციის_სახლი (дата звернення: 01.04.2018).

9. Історія підприємства. Мінське міське агентство з державної реєстрації та земельного кадастру. Білорусь. URL: http://mga.by/about/history/ (дата звернення: 01.04.2018).

10. Иванец К. М. Кадастр и реестр природных ресурсов как правовые формы учета в области охраны окружающей среды. Известия Гомельского государственного университета имени Ф. Скорины. 2016. № 2 (95). С. 71-77.

11. Болтанова Е. С. Единый государственный реестр недвижимости – новый информационный ресурс. Имущественные отношения в Российской Федерации. № 7. июль 2016 г. С. 14-23.

12. Ветошкин Д. Н., Ивчатова Н. С., Пархоменко И.В. Реализация принципа «единого окна» в системе государственного кадастрового на примере новосибирской области. Вестник Сибирского государственного университета геосистем и технологий. 2011. № 14-1. С. 40-48.

13. Мамонтова С. А., Колпакова О. П. Развитие единой государственной системы регистрации прав и кадастрового учета недвижимости. Вестник Омского государственного аграрного университета. 2016. № 1. С. 138-145.

14. Мишустин М. Мировой опыт описания и учета объектов недвижимости. Порталус: научная цифровая библиотека. 21.10.2007. URL: http://portalus.ru/modules/economics/rus_readme.php?subaction=showfull&id=1192972793&archive=1480161668&start_from=&ucat=& (дата звернення: 21.02.2018).

15. В Україні мають намір об'єднати земельний кадастр і реєстр нерухомості. РБК-Україна. 30.01.2015. URL: https://www.rbc.ua/ukr/news/v-ukraine-namereny-obedinit-zemelnyy-kadastr-i-reestr-30012015132300 (дата звернення: 25.03.2018).

16. Земельний кадастр і реєстр нерухомості пропонують об'єднати. Інтерфакс-Україна 10.08.2017. URL: https://ua.interfax.com.ua/news/general/441675.html (дата звернення: 25.03.2018).

17. Про визначення адміністратора Єдиного державного демографічного реєстр : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 7 грудня 2016 р. № 931-р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/931-2016-%D1%80 (дата звернення: 26.03.2018).

18. Деякі питання удосконалення системи ідентифікації особи і функціонування державних та єдиних реєстрів: Розпорядження Кабінету Міністрів України від 5 червня 2015 р. № 628-р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/628-2015-%D1%80 (дата звернення: 26.03.2018).

В статье исследуется необходимость создания в Украине унифицированного реестра прав на недвижимое имущество вместе с земельным кадастром. Рассмотрен зарубежный опыт и проанализированы основные преимущества наличия единого реестра для всего недвижимого имущества в стране. Сформировано виденье объединения земельного кадастра и реестра прав на недвижимое имущество в Украине.

Ключевые слова: регистрация прав на недвижимое имущество, регистрация недвижимости, государственный реестр недвижимости, государственный земельный кадастр.

It is explored in the article the need to create in Ukraine a unified register of rights to real estate together with the land cadastre. The foreign experience is considered and the main advantages of having one single registry regarding all of the real estate property in the country are analyzed. A vision for the unification of the land cadastre and the register of rights to real estate in Ukraine was formed.

Key words: registration of rights to real estate, registration of real estate, state register of real estate, state land cadastre.

УДК 342.723

Яна Троян,
приватний нотаріус
Харківського міського нотаріального округу Харківської області,
аспірант кафедри загальноправових дисциплін факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ІНСТИТУТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВ І СВОБОД: ПОНЯТТЯ, ОСНОВНІ ОЗНАКИ

Статтю присвячено висвітленню проблеми тлумачення, складових елементів та суті терміна «забезпечення прав людини і громадянина». Розкрито поняття та зміст основної категорії – «інститут». Визначено необхідні властивості, що перетворюють організаційний інститут на інститут забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Наведено авторську позицію щодо наукової обґрунтованості елементів забезпечення прав і свобод людини.

Ключові слова: забезпечення, забезпечення прав і свобод людини та громадянина, система забезпечення прав і свобод людини, інститут, інституція.

Постановка проблеми. Однією із найважливіших задач України на шляху входження її до європейського правового простору є втілення в Український правопорядок європейських гуманітарних стандартів, насамперед стандартів у галузі прав людини. Не випадково положення про права і свободи внесено в число перших, проголошених Конституцією України. Конституційний обов'язок держави щодо дотримання і захисту прав та свобод людини і громадянина полягає у створені необхідних і достатніх умов для їх реалізації та механізму їх захисту. Реалізація зазначених обов'язків держави відбувається за допомогою інституцій, які входять у систему забезпечення прав та свобод людини і громадянина. Гостро стоїть питання про необхідність створення їх розгалуженої системи та ефективне функціонування, що зумовлює важливість і актуальність дослідження.

Для сучасної юридичної науки ця проблематика не є новою. Так, дослідженню підлягали питання забезпечення прав і свобод людини в межах окремих прав, певної діяльності органів державної влади, міжнародних стандартів прав людини, вивчалась та аналізувалась система забезпечення прав і свобод. Питання забезпечення прав і свобод людини і громадянина мають міжгалузевий предмет, а їх дослідженням опікуються науковці різних сфер юридичної науки. Свого часу проблематиці забезпечення прав і свобод людини та громадянина у своїх працях приділяли увагу М. М. Алмаші, Р. В. Бараннік, О. П. Васильченко, М. В. Вітрук, В. О. Демиденко, Є. Ю. Захаров, Р. В. Зуєв, О. Ф. Калініченко, А. М. Колодій, М. А. Кучук, А. Ю. Олійник, П. М. Рабинович, А. А. Романова, В. В. Пацкан, Ю. М. Тодика, О. Ф. Фрицький, М. В. Цвік та ін.

Метою цього дослідження є наукова розробка і системний аналіз інституту забезпечення конституційних прав і свобод; заповнення теоретичних прогалин, що мають місце в конституційно-правовій теорії з цієї проблематики. Проте розпочати пропонується зі встановлення змісту та суті терміна «забезпечення прав людини».

Так, питання забезпечення прав і свобод людини та громадянина традиційно перебувають у полі зору як теоретиків права, так і юристів-практиків; об'ємною та різноплановою є й присвячена цій проблематиці спеціальна література.

Конституція України закріпила дуалістичне бачення громадянського та політичного суспільства і обумовлене таким баченням сприйняття особи одночасно як члена громадянського суспільства та громадянина, що, у свою чергу, передбачає розмежування категорій прав людини і прав громадянина. Захист прав людини – це не другорядне, побічне завдання перетворень, що відбуваються в українському суспільстві, – це основна мета, яка повинна створити гідні умови життя кожному, гарантувати свободу та забезпечити фундаментальні права. Права і свободи людини повинні бути не засобом контролю держави над громадянами та їх об'єднаннями, а засобом забезпечення індивідуальної автономії особистості і її взаємодії з іншими людьми, різними соціальними структурами, суспільством та державою.

Термін «забезпечення» має досить широке значення і трактується як надання (по-

© Я. Троян, 2018

стачання) чогось кимось у достатній кількості, створення усіх необхідних умов для здійснення чого-небудь; гарантувати щось; захищати, охороняти когось, що-небудь [1, с. 273]. У зв'язку з цим можна констатувати використання різного його термінологічного значення, як-то: «забезпечення», «реалізація», «здійснення», «гарантування».

Що стосується забезпечення прав і свобод людини та громадянина, то їх визначення є численними, однак їх можна об'єднати у дві основні групи. На думку одних авторів, це стадія реалізації прав людини. Згідно з цією точкою зору забезпечення виконує допоміжну роль по відношенню до реалізації. Проте такий підхід не отримав широкої наукової підтримки.

Прибічники іншого підходу тлумачать забезпечення прав людини більш широко, як систему їх гарантування. Так, під забезпеченням прав і свобод розуміється система загальних (політичних, економічних, духовних та ін.) і спеціально юридичних засобів та інститутів, спрямованих на створення умов для реалізації прав людини, а також забезпечення їх всебічної охорони та захисту від порушень [2, с. 456].

На думку В. О. Деміденко, утвердження прав і свобод людини й громадянина, з точки зору головного обов'язку України (ч. 2 ст. 3 Конституції), являє собою діяльність держави, спрямовану на визнання певних можливостей людини, необхідних для її нормального існування й розвитку у конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлених досягнутим рівнем розвитку суспільства [3, с. 3].

М. В. Вітрук під забезпеченням конституційних прав і свобод розуміє систему загальних умов і спеціальних (юридичних) засобів, які забезпечують їх правомірну реалізацію, а в необхідних випадках – і охорону [4, с. 101]. Як справедливо зазначає А. Ю. Олійник, забезпечення конституційних свобод в Україні – це створення сприятливих умов для їх здійснення, охорона, захист суб'єктивних свобод від правопорушення, відновлення порушеного права компетентними державними органами чи органами місцевого самоврядування, їх посадовими або службовими особами та об'єднаннями громадян здійснення матеріальних чи процесуальних юридичних засобів [5, с. 47].

Забезпечення прав і свобод людини – це створення умов для здійснення прав і свобод людини. На думку П. М. Рабиновича, воно «включає такі три елементи державної діяльності: сприяння для здійснення прав і свобод людини ...; охорона прав і свобод людини ...; захист прав і свобод людини (відновлення порушення правомірного стану, притягнення порушників до відповідальності)» [6, с. 45].

Так, реалізація прав і свобод людини – це форма буття прав і свобод, що зводиться до переводу соціальних благ, які закріплені нормами права, в стан їх можливого і дійсного використання конкретною особою (особами) з метою задоволення своїх різноманітних потреб та інтересів [7, с. 257-258].

Охорона прав і свобод людини і громадянина – це діяльність з усунення потенційної загрози охоронюваним суспільним відносинам. В одному випадку вона може витупати як система правових норм, що охороняють суспільні відносини в різних сферах, що різняться між собою характером і способом впливу на поведінку людей [8, с. 39-40]. В іншому – безпосередня діяльність уповноваженого суб'єкта, спрямована на створення умов реалізації прав і свобод людини.

Слід зазначити, що категорія «захист прав і свобод людини» в основному використовується у вузькому значенні, тобто необхідність в останньому виникає у разі загрози або реального зазіхання на них або в результаті їх порушення. Захист прав і свобод особи за своїм змістом спрямовані на регламентацію порядку дій суб'єктів права з метою недопущення порушення гарантованих прав, максимального усунення можливостей такого порушення або порядку відновлення порушених прав шляхом закріплення відповідних прав, повноважень цих суб'єктів та органів.

З наведених визначень можна зробити висновок, що забезпечення, сферою застосування якого є права і свободи особи, – це цілісна система зі створення спеціальним суб'єктом необхідних умов для реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини та громадянина. Система забезпечення прав і свобод людини та громадянина являє собою сукупність взаємопов'язаних елементів, спрямованих на досягнення єдиної мети – забезпечення прав і свобод. Система забезпечення прав і свобод людини і громадянина, як і будь-яка інша система, має певну структуру.

У науковій літературі висловлюється думка, що елементами системи є політико-правові, соціально-економічні, матеріально-технічні, ідеологічні та інші умови для реалізації, охорони та захисту встановлених чинним законодавством прав та свобод людини та громадянина на основі визнання та дотримання цих прав і свобод, поваги до них і нетерпимості до їх порушення [9, с. 161–165].

На думку А. А. Романової, така система складається з чотирьох підсистемних елементів, а саме: інституційне забезпечення;

правове забезпечення; організаційне забезпечення; ресурсне забезпечення [10, с. 601].

Більш вдалою вбачається ідея, яку пропонує В. В. Пацкан, визначаючи, що до системи забезпечення прав та свобод людини та громадянина входить: інституційно-організаційне забезпечення; правове забезпечення; ідеологічне забезпечення; ресурсне забезпечення [11, с. 92]. Схожість цих елементів зумовлена єдністю мети, взаємозалежністю та взаємним впливом. Постійний зв'язок цих елементів створює взаємодіюче середовище забезпечення прав і свобод.

В аспекті теми нашого дослідження пропонується звернути увагу на перший елемент системи забезпечення прав і свобод людини та громадянина, а саме інституційно-організаційне забезпечення. Так, інституційно-організаційне забезпечення – це передбачені в законі суспільно-політичні інституції, на які покладаються відповідні функції і повноваження з організації забезпечення реалізації, охорони і захисту прав і свобод людини і громадянина. Вживання саме цього терміна дозволяє точніше розкрити значення і зміст цього феномену, на відміну від «інституційного забезпечення», поняття якого є занадто широким та охоплює собою три складники: інституційно-організаційне забезпечення; інституційно-правове забезпечення; інституційно-кадрове забезпечення [12].

Сутність понять «інститут», «інституції», «інституційне забезпечення» розкривається в працях представників економічної школи, що має назву «інституціоналізм». Т. Веблен, один із засновників інституційного напряму, визначає інститут як «поширений образ думки в тому, що стосується окремих відносин між суспільством і особистістю і окремих виконуваних ними функцій» [13, с. 201].

На думку Дж. Коммонса, інститут – це корпорація, сім'я, держава та ін., а в широкому сенсі – це колективна діяльність із керівництва, вивільнення та розширення ниви індустріальних дій [14, с. 650]. Інакше кажучи, він включав до інститутів правові норми, неорганізовані звичаї, а також організовані структури (наприклад, сім'ї, корпорації, холдинги, торговельні асоціації, профспілки, державу та ін.) на тій підставі, що всі вони здійснюють певний колективний контроль за діяльністю окремих осіб. Слід зазначити, що для представників «старого» інституціоналізму основним об'єктом дослідження був індивід, який розглядався криз призму групових взаємовідносин.

У 50–60-х рр. XX ст. розвиток неоінституційного напряму призвів до переосмислення поняття «інститут». Його засновник Д. Норт стверджує, що поняття "інституції" охоплює будь-які види обмежень, створені для спрямування людської взаємодії в певному напрямі, які охоплюють як заборону індивідам щось робити, так і умови, за яких іноді їм дозволяється здійснювати певні види діяльності. Цим він доводить, що "інституції – це творіння людей, тому їх розвивають і змінюють також люди. Формою ж прояву інституцій є інститути" [15, с. 14]. Таким чином, Д. Норт пропонує розглядати „інституції" як закони, правила, звичаї, норми, а „інститути" як організації, тобто державні органи, політичні партії, профспілки тощо.

Формою прояву інституцій є інститути (інший переклад – організації). Інститут є суб'єктом інституційного механізму. Як зазначає Д. Норт, «...не існує інших рішень, крім використання інституційних механізмів, щоб установити правила гри, і використання організації – щоб забезпечити дотримання цих правил» [15, с. 19].

На підтвердження цієї точки зору О. Є. Мазур підкреслює, що важливо відділяти інститути лише від індивідів, а не від організацій. Якщо виходити із загальноприйнятої тези, що всі інститути виражаються в системі вкорінених правил і норм, то з інституціональної точки зору організація – це комплекс інститутів, тобто впорядкована сукупність рутинізованих дій, які виконуються індивідами в процесі функціонування організації. Інститут завжди організовується, тому організацію теж цілком справедливо тлумачити як інститут, оскільки вона утворюється і працює як об'єднання людей на основі системи взаємопогоджувальних ролей, стандартів, норм поведінки. [16, с. 44].

Логіку обґрунтування наявності інститутів дослідники простежують за допомогою невід'ємних характеристик, які наголошують на організаційних формах їх функціонування. Серед цих характеристик, зокрема, виокремлюють психологічність, зазначаючи при цьому, що будь-який суспільний інститут за своєю ґенезою є психологічним утворенням, стійким продуктом обміну діяльністю. Наступною важливою характеристикою інституту є історичність: інститути позиціонуються як певний кінцевий продукт історичного розвитку суспільної сфери. Іншими не менш важливими ознаками інституту є структурність та функціональність. Структурність є підтвердженням того, що кожен інститут існує як наслідок своїх взаємодій з іншими інститутами соціальної системи. Функціональність означає, що інститути існують доти, допоки виконують визначені для них суспільством функції, сприяючи інтеграції суспільства й досягненню рівноваги [17].

Згідно із системно-організаційним аспектом головний зміст соціальної структури

створюють соціальні інститути, насамперед економіка, політика (держава), наука, освіта, сім'я, зберігаючи і підтримуючи наявні в суспільстві відносини і зв'язки. Ці інститути нормативно регулюють, контролюють і спрямовують поведінку людей у життєво важливих сферах, а також визначають стійкі, регулярно відтворювані їхні рольові позиції (статуси) у різних типах соціальних організацій.

В. О. Мандибура справедливо стверджує, що інститути включають увесь спектр надбудовних соціальних відносин. Інститути як елементи системно-організаційної структури суспільства поділяють на: 1) владно-організаційні інститути (інститути державної влади, інститут місцевого самоврядування); 2) базисно-господарські та функціонально-економічні системні інститути (інститут власності, інститут підприємництва, інститут грошей, фінансово-кредитний інститут, інститут ціноутворення); 3) господарсько-асоціативні інститути (домогосподарство, фірма, держава); 4) асоціативно-соціальні інститути (партії, профспілки, суспільні об'єднання, громадські організації) [18, с. 111].

Необхідно зазначити, що в сучасній юридичній літературі немає єдиного підходу до змісту понять «інститут» та «інституція». Їх тлумачення залежить від контексту їх використання та погляду автора, який це робить [19, с. 80-83]. Оскільки їх можна вважати однорідними словами, що не змінюють змісту того чи іншого явища, у нашому дослідженні надалі пропонується використовувати ці два поняття як синоніми.

Принагідно можна стверджувати, що коли права та свободи людини і громадянина (від міфологічних уявлень та ідей філософів, юристів в умовах античного світу, середньовіччя та нового часу) одержали нормативне закріплення у правових джерелах, виникла потреба в найадекватніших інститутах, що призвані їх боронити. Навіть за наявності прогресивної і добре налагодженої правової системи, системи прав і свобод людини, їх реалізація може і не відбутися, якщо державними органами, посадовими особами та громадськими організаціями не здійснюватиметься спеціальна організаційна робота із забезпечення прав та свобод людини і громадянина.

Ідеологи європейських буржуазних революцій, виходячи з гуманістичних традицій епохи Відродження, намагалися знайти дієві засоби забезпечення «природних прав» людини, соціальні й політичні інституції, спроможні захистити людську особистість, забезпечити їй можливість задовольняти насущні життєві потреби та вільну самореалізацію. Спочатку така роль повністю покладається на державу, однак згодом, коли стає очевидним, що остання не бажає задовольнятися статусом мудрого, доброго й покірного слуги й наставника людського загалу, у якому кожен індивід задовольняє свої приватні інтереси – так званого громадянського суспільства, пріоритети довелося змінювати. У концепціях ідеологів лібералізму суверенітет держави суттєво обмежується суверенітетом громадянського суспільства, яке з об'єкта турботи держави перетворюється на її корелята – самодостатній суб'єкт суспільного життя, здатний самостійно захищати свої інтереси, протидіючи зазіханням на них з боку держави [20, с. 58].

Висновки.

Підводячи підсумки проведеного вище дослідження, можна зробити такі висновки.

На державу покладається обов'язок не тільки визнання, а й забезпечення прав людини і громадянина. Забезпечення, сферою застосування якого є права і свободи особи, – це цілісна система зі створення спеціальним суб'єктом необхідних умов для реалізації, захисту та охорони прав і свобод людини та громадянина. Забезпечення прав і свобод людини – це створення відповідних умов для здійснення прав і свобод людини, що має три цілеспрямовані сфери державної діяльності: 1) сприяння реалізації прав і свобод людини (шляхом позитивного впливу на формування їх загальносоціальних та юридичних гарантій); 2) охорона прав і свобод людини (створення системи заходів, спрямованих на попередження правопорушень, усунення причин, що їх спричиняють); 3) захист прав і свобод людини у разі їх порушення (створення певної системи засобів та факторів, застосування яких пов'язане з наявністю ситуації, за якої порушуються права, та відновлення порушеного права).

Інститут забезпечення прав і свобод людини та громадянина – це уповноважений суб'єкт (державний орган, орган місцевого самоврядування, інститут громадянського суспільства), що виник у відповідь на потреби реалізації, охорони та захисту порушених прав і свобод людини і громадянина та який за допомогою спеціальних механізмів бере участь у забезпеченні прав і свобод людини.

Список використаних джерел:

1. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. К. : Алерта; ЦУЛ, 2011. 520 с.
2. Загальна теорія держави та права : підручник для студентів юридичних вищих навч. закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН

України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків : Право, 2011. 584 с.

3. Демиденко В.О. Утвердження і забезпечення конституційних прав та свобод людини й громадянина в діяльності міліції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. Київ, 2002. 24 с.

4. Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности : монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2017. 448 с.

5. Олійник А.Ю. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні : монографія. К. : Алерта, КНТ, Центр навчальної літератури, 2008. 153 с.

6. Рабинович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків : Вид-во «Право», 1997. 154 с.

7. Колодій А. М., Олійник А. Ю. Права, свободи та обов'язки людини і громадянина в Україні: підручник. К. : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 305 с.

8. Зуєв Р. В. Співвідношення правничих категорій "забезпечення", "охорона" і "захист" у діяльності міліції громадської безпеки щодо прав і свобод людини. Право і суспільство. 2012. № 3. С. 37-42. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2012_3_11.

9. Химинець В.В. Інституційні основи розвитку Карпатського регіону у контексті синьої економіки. Регіональна економіки демографія та соціальна політика. 2013. № 3 (20). С. 161–165.

10. Романова А.А. Система забезпечення прав і свобод людини та громадянина в Україні. Форум права. 2012. № 2. С. 599–602.

11. Пацкан В.В. Система забезпечення прав і свобод людини ті громадянина. Науковий вісник Херсонського державного університету. 2014. Випуск 6-1. Том 1. С. 91-95.

12. Глушко А. Д. Напрями вдосконалення інституційного забезпечення державної регуляторної політики. Інновації та традиції в науковій думці, економіка. URL: http://int-konf.org/konf082013/476-glushko-a-d-napryami-vdoskonalennya-nstitucynogo-zabezpechennya-derzhavnoyi-regulyatornoyi-poltiki.html (дата звернення: 23.02.2018).

13. Веблен Т. Теория праздного класса. М. : Прогресс, 1984. 367с.

14. Commons R. John. Institutional Economics. American Economic Review. 1931. Vol. 21. P. 648-657.

15. Норт Д. Інституції, інституційна зміна та функціонування економіки / пер. з англ. І. Дзюб. К. : Основи, 2000. 198 с.

16. Мазур О. Є. Систематизація підходів до визначення категорії «інститут». Економіка розвитку. 2014. № 1(69). С. 41-45.

17. Кармазіна М. "Інститут" та "інституція": проблеми розрізнення понять URL: http://politik.org.ua/vid/magcoment.php3?m=1&N=59&C=1308 (дата звернення: 08.02.2018).

18. Мандибура В. О. Інституційна архітектоніка власності та закономірності її функціонування. Інституційна архітектоніка та механізми економічного розвитку : матеріали наукового симпозіуму. Х. : ХНУ, 2005. С. 110-116.

19. Сльозко Т. М. Інституційна теорія в обліковій науці: деякі проблеми дефініцій. Materialy X Mizinarodni vedecko-prakticka conference ["Dny vedy – 2014"], (Praga 27.03.2014 – 05.04. 2014.) / Dil 5. Ekonomicke vedy. Praga. PH "Education and science s.r.o. 2014", 2014. С. 80–83.

20. Ситник П. К. Громадянське суспільство і держава: ос обливості їх взаємодії. Стратегічна панорама. 2002. № 4. С. 57-60.

Статья посвящена проблемам толкования, составляющим элементам и сути термина «обеспечение прав человека и гражданина». Раскрыто понятие и содержание основной категории – «институт». Определены необходимые свойства, которые являются характерными для института обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Приведена авторская позиция относительно научной обоснованности элементов обеспечения прав и свобод человека.

Ключевые слова: обеспечение, обеспечение прав и свобод человека и гражданина, система обеспечения прав и свобод человека, институт, институция.

The article is devoted to the problem of interpretation, which make up the elements and essence of the term "ensuring human and citizen's rights". The concept and content of the main category - the "institute" – is revealed. The necessary properties that are characteristic for the institution of ensuring the rights and freedoms of man and citizen are determined. The author's position on the scientific validity of the elements of ensuring human rights and freedoms is given.

Key words: providing, ensuring rights and freedoms of man and citizen, system of ensuring human rights and freedoms, institution, institution.

УДК 342.84

Олена Чернеженко,
канд. юрид. наук,
науковий співробітник відділу організації науково-дослідної роботи
Національної академії внутрішніх справ

РОЗВИТОК ПРОЦЕСУ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ В РУМУНІЇ

У статті висвітлюються проблеми та особливості процесу децентралізації в Румунії. Вивчається створення сучасної та ефективної системи державного управління. Досліджуються повноваження місцевих органів самоврядування Румунії. Аналізуються як позитивні зміни, так і низка недоліків у межах процесу децентралізації. Досліджується питання фінансових ресурсів місцевого врядування.

Ключові слова: децентралізація, місцеві органи, реформи, повноваження, автономія, округ, префект.

Постановка проблеми. Актуальною проблемою, яка потребує свого дослідження, є питання вибору найбільш ефективної моделі здійснення реформи вітчизняного механізму державної влади взагалі й органів місцевого самоврядування. Натепер не створено ідеальної моделі місцевого самоврядування чи універсального рецепту її реформування в жодній державі світу, але досвід кожної окремо взятої держави у цій сфері, зокрема Румунії, заслуговує на увагу та врахування.

Стан дослідження. Незважаючи на те, що у вітчизняній правовій науці цією проблематикою займалися такі вчені та практики, як М. О. Баймуратов, О. В. Батанов, Ю. І. Ганущак, П. Ф. Гураль, О. О. Колодяжний, О. В. Люта, М. О. Петришина, С. Г. Серьогіна, В. Л. Федоренко та інші, ціла низка актуальних питань стосовно вдосконалення вітчизняного механізму реформування моделі місцевого самоврядування залишається поза увагою.

Метою статті є аналіз наявної моделі місцевого самоврядування і визначення основних напрямів її реформування в умовах децентралізації влади в Румунії.

Виклад основного матеріалу. Румунія – унітарна держава з напівпрезидентською формою правління, де виконавча влада поділена між президентом і прем'єр-міністром. Президента обирають загальним прямим голосуванням на п'ятирічний термін; одна особа може обиратися не більше двох разів. Президент призначає прем'єр-міністра від партії, яка набрала найбільшу кількість голосів під час парламентських виборів; прем'єр-міністр своєю чергою призначає міністрів свого кабінету. Президент і уряд представляють виконавчу гілку влади в країні. Парламент є законодавчим органом і складається з двох палат – Сенату та Палати депутатів. Члени обох палат обираються що чотири роки за системою змішаного мажоритарно-пропорційного представництва.

Румунська судова система зазнала сильного впливу французької моделі, будучи організованою як ієрархічна система судів. Верховний суд країни – Високий касаційний суд справедливості. На місцевому рівні діють 15 апеляційних судів, 41 окружний суд та Міський суд Бухареста, а також 188 місцевих судів. Існують також військові суди та декілька спеціалізованих судів із розгляду господарських, сімейних і адміністративних справ. При кожному суді є прокуратура. Дві окремі гілки судової системи – це спеціалізовані антикорупційні суди та суди з розгляду справ про тероризм і організовану злочинність. Вища рада магістрату є установою, відповідальною за забезпечення незалежності судової системи[1]. Конституційний суд, що не є частиною загальної судової системи, оцінює відповідність ухваленого Парламентом законодавства нормам Конституції Румунії. Рішення Конституційного суду є остаточними та не можуть бути скасовані Парламентом або урядом [9, с. 353–358].

Румунія офіційно подала заявку на вступ до Європейського Союзу у 1995 році, будучи третьою пост-комуністичною державою після Угорщини та Польщі, що прагнула такого членства. До того, в 1993 році, вона приєдналась до Ради Європи. Після проведення необхідних реформ Румунія не змогла стати членом ЄС під час першої хвилі розширення у 2004 році; вона отримала членство разом із Болгарією 1 січня 2007 року. Щоправда, Румунія все ще не входить до Єврозони та Шен-

[1]Вища рада магістрату – презентація судової системи Румунії наявна за посиланням: http://www.csm1909.ro/csm/index.php?cmd=9401 [станом на 21 листопада 2015 року]

© О. Чернеженко, 2018

генської зони, хоча прагнення приєднатись до обох висловлювали декілька румунських урядів поспіль (Уряд Румунії 2013). Приєднання до Єврозони було відкладено з 2014 до 2019 року (Уряд Румунії 2014), оскільки Румунія все ще не ввела в дію II Європейський механізм обмінного курсу (ERM), що є передумовою для запровадження єдиної валюти. У справі приєднання до Шенгенської зони Румунія та Болгарія виконали технічні умови ще станом на 2011 рік, коли Європейський Парламент схвалив їхні заявки на участь. Однак Рада ЄС заблокувала це рішення через невідповідність цих двох країн певним критеріям, тому остаточну дату приєднання весь час відкладають [9, с. 353–358].

Під час переговорів про вступ Румунії до ЄС, останній ніколи офіційно не висловлював побажань щодо реформ, спрямованих на децентралізацію. Установи ЄС більше воліли бачити в країні функціонуючу систему вироблення й упровадження політики регіонального розвитку, що здатна була б освоїти фінансову допомогу ЄС. Децентралізацію розглядали як передумову забезпечення успішного регіонального розвитку (Європейська комісія 2005).

Після падіння комунізму виявились величезні розбіжності між Румунією та Західною Європою в урядуванні на місцевому рівні. Так, посткомуністичні уряди запропонували декілька ініціатив із надання більших повноважень місцевим органам влади. Проте основною політичною проблемою був розподіл політичної влади між центральним урядом та суб-національними органами влади, позаяк певні політики прагнули зберегти спадок високо централізованого управління державою. Крім того, у Румунії зросла активність політично організованих меншин, посиливши побоювання щодо можливих неочікуваних наслідків децентралізації.

Процес децентралізації в Румунії почався з ухваленням першої посткомуністичної Конституції 1991 року, яка законодавчо закріпила принципи місцевої автономії та децентралізації державних послуг. Вона також визначила функції місцевих рад, рад округів та префектів, що дало поштовх процесу деконцентрації влади. Водночас, згідно із Законом № 69/1991 про місцеві державні адміністрації, місцева автономія визначалась як суто адміністративна, без жодної фіскальної чи політичної складової. Після ратифікації в 1997 році Європейської хартії місцевого самоврядування на заміну Закону № 69/1991 було ухвалено Закон № 215/2001, що додавав фінансовий складник до поняття місцевої автономії, проте чітко встановлював, що про політичну децентралізацію не йшлося та що запроваджуваний процес жодним чином не мав загрожувати національній, унітарній та неподільній природі держави. Закон передбачав, що центральний уряд має проводити консультації з представниками місцевих органів влади[2] у ході ухвалення рішень, що стосуються місцевого врядування [7].

З ухваленням Постанови уряду № 15/1992 та Закону № 27/1994 Румунія запровадила концепцію місцевих податків та роз'яснення щодо того, як фінансуються місцеві органи влади. У 1998 році на законодавчому рівні було передбачено збільшення частки ВВП, що виділялась на фінансування місцевого розвитку, з 3,6 % у 1998 році до 6,5 % у 2001 році. Таким чином, частка місцевих видатків у загальній сумі державних видатків суттєво зросла з 14,4 % у 1998 році до 26,6 % у 2001 році. Центральний уряд зрештою погодився з необхідністю бюджетних трансфертів місцевим органам влади для надання їм підтримки у виконанні своїх розширених повноважень. Однак загалом зазначений процес проходив складно і наражався на численні практичні проблеми, оскільки, перш ніж по-справжньому впровадити процес децентралізації, необхідно було вирішити низку політичних питань [6, с. 433–442].

Однією з перших функцій, переданих від центрального уряду на місцевий рівень у 1997 році, були послуги із захисту дітей. У 2003 році було децентралізовано послуги із соціального забезпечення населення. Для того, щоб місцеві органи влади змогли впоратись із цими новими повноваженнями, центральний уряд ухвалив рішення збільшити частку податку на прибуток фізичних осіб, що збирався на відповідній території та залишався в розпорядженні місцевої влади. Проте правила розподілу повноважень все ще не були чітко визначеними через численні дублювання, що призводило до конфліктів і порушення нормальної діяльності [5], оскільки державні адміністративні та територіальні структури надавали перевагу централізованому підходу до управління "згори-донизу".

У 2003 році було переглянуто Конституцію та внесено зміни до Основаного Закону 1991 року. Згідно з новою редакцією Конституції, місцеве управління базується на принципах децентралізації, місцевої автономії та розосередження державних послуг. Вона також передбачала право національних меншин використовувати власну мову в місцевих органах управління, якщо вони пред-

[2]Асоціаціями місцевого рівня влади є Асоціація комун, Асоціація міст, Асоціація муніципалітетів, Національна спілка рад округів та інші асоціації, утворені відповідно до закону та спрямовані на відстоювання спільних інтересів.

ставляють значну групу населення у конкретному муніципалітеті чи окрузі. Відповідно до Конституції, на рівні муніципалітету місцеві жителі обирали і мера, і міську раду; водночас на рівні округу Конституція передбачала лише обрання ради округу. З 2008 по 2015 роки Парламент законодавчо дозволив жителям округів також напряму обирати голову ради округу[3]. Префект є представником центрального уряду в кожному з 41 округу та в Бухаресті, що здійснює нагляд за порядком і якістю надання децентралізованих послуг державного управління в кожному окрузі[4]. Служба префекта може оскаржити в адміністративному суді будь-який акт, ухвалений радою округу, місцевими радами чи мерами, якщо вважає його таким, що суперечить національному законодавству; на час адміністративного провадження дія такого акта призупиняється. За Конституцією, відносини між владою муніципалітету (радою і мером), радою округу та префектом не є відносинами підпорядкування [9, с. 353–365]. Це, радше, відносини, засновані на принципах автономії, законності, підзвітності, співпраці та солідарності у вирішенні питань на рівні округу. Ці принципи зумовили зростаючу роль ради округу у координуванні зусиль та діяльності місцевих рад з вирішення питань, спільних для відповідної юрисдикції.

Сьогодні повноваження префекта поширюються на такі децентралізовані послуги: цивільний захист та аварійно-рятувальні роботи, охорона здоров'я, культура та історичний спадок, захист прав споживачів, сприяння малому та середньому бізнесу, інспекція праці, управління пенсійним забезпеченням, зайнятість, соціальні пільги, координація послуг початкової та середньої освіти, справи молоді та спорту, державні кошти, митні послуги, різноманітні сільськогосподарські послуги, захист довкілля та контроль забруднення, контроль за використанням лісових і водних ресурсів, статистичний облік і безпека харчових продуктів[5].

Визнавши брак стратегічного скеровування з боку своїх державних інститутів, Румунія утворила Центральний підрозділ з питань реформування державного управління для вивчення ідеї про застосування інструментів стратегічного менеджменту в своїй системі державного управління. Першим кроком на цьому шляху стала розробка багаторічних програм модернізації, у ході яких центральні та місцеві органи влади мали визначити свої пріоритетні напрями реформи та працювати над їх здійсненням[6]. Тоді ж було сформовано Національну мережу фахівців з модернізації, що надавали підтримку в координації зусиль із виконання планів модернізації. Створення сучасної та ефективної системи державного управління було одним із пріоритетів, офіційно визначених у графіку підготовки Румунії до вступу в ЄС. У 2003 році Європейська комісія оприлюднила звіт про стан справ у країні, рекомендації якого підкреслювали, серед іншого, необхідність посилити адміністративну спроможність як самих інституційних структур, так і механізмів розробки політики та стратегій, їх упровадження та моніторингу, а також розбудувати управлінський потенціал на місцях для належного виконання децентралізованих повноважень [8, с. 3820–3829].

У 2006 році Парламент ухвалив рамковий Закон № 195/2006 про децентралізацію на заміну попередньому Закону № 339/2004, що недовго діяв, та вніс зміни й доповнення до низки інших нормативно-правових актів у сфері місцевого врядування. За новим Законом децентралізація у Румунії здійснюється із дотриманням принципів субсидіарності, відповідальності, стабільності, передбачуваності та справедливості. Ухвалюючи рішення про децентралізацію певних повноважень, центральний уряд має виходити з двох критеріїв: потенціал для економії на масштабі та географічний регіон застосування відповідних заходів. Три окремі положення Закону гарантують місцеву автономію [9, с. 356–376].

1) У межах національної економічної політики місцеві громади повинні мати достатні власні ресурси, які вони можуть витрачати на власний розсуд для належного здійснення своїх повноважень.

---

[3]До 2008 року та починаючи з 2016 року голова ради округу обирається опосередковано, тобто членами ради округу.

[4]Децентралізовані/розосереджені послуги включають управління системою охорони здоров'я, управління закладами освіти та культурною спадщиною, захист прав споживачів, служби зайнятості, управління системою соціальних пільг, ведення податкового обліку, розвиток сіл, захист довкілля, лісове господарство, безпека харчових продуктів, статистичний облік тощо.

[5]Відповідно до оновленого переліку, розміщеного на сайті Офісу префекта округу Клуй, наявного за посиланням: http://www.prefecturacluj.ro/institutii-publice/servicii-deconcentrate [станом на 21 листопада 2015 року]

[6]Спочатку Багаторічні програми модернізації були обов'язковими, але місцеві організації не дуже ретельно поставились до їх упровадження, що зумовило низьку якість таких програм. Тому починаючи з 2007 року виконання таких програм більше не є обов'язковою вимогою, а радше добровільною ініціативою. У результаті зміни ставлення якість реалізованих програм поліпшилась, хоча кількість залучених місцевих органів влади скоротилась.

2) Фінансові ресурси місцевих громад повинні бути пропорційними повноваженням, покладеним на них за законом; частина цих ресурсів має надходити з місцевих податків і зборів, розмір яких можуть встановлювати місцеві ради та ради округів, виходячи з конкретних місцевих обставин.

3) Центральний уряд не повинен встановлювати чи нав'язувати місцевим органам влади будь-яких зобов'язань у процесі децентралізації чи запроваджувати нові види державних послуг без гарантування належних фінансових ресурсів, що відповідали б отриманим повноваженням і децентралізованим компетенціям.

Закон також передбачає надання місцевим органам влади (муніципалітетам і округам) трьох видів повноважень: виключних, спільних (покладених одночасно на декілька рівнів влади) та делегованих.

Відповідно до Статті 21 рамкового Закону про децентралізацію, місцеві органи влади мають такі виключні повноваження:

• Органи влади муніципалітету:

– адміністративні послуги стосовно реєстрації державної та приватної власності;

– управління місцевою автодорожньою інфраструктурою;

– управління місцевими закладами культури;

– управління місцевими медичними закладами;

– розвиток територій та містобудування;

– забезпечення водопостачання;

– водовідведення та каналізація;

– громадське освітлення;

– санітарний нагляд;

– послуги соціального захисту дітей і літніх людей;

– послуги соціальної допомоги постраждалим від ґендерного насильства;

– місцевий громадський транспорт;

– інші повноваження, передбачені законом.

• Органи влади округу:

– управління місцевими аеропортами;

– адміністрування об'єктів державної власності округу;

– управління закладами культури в окрузі;

– управління медичними закладами округу;

– послуги соціальної допомоги постраждалим від ґендерного насильства;

– спеціалізовані послуги соціального захисту для літніх людей;

– інші повноваження, передбачені законом.

Відповідно до Статті 24 рамкового Закону про децентралізацію, місцеві органи влади мають такі спільні повноваження:

• Органи влади муніципалітету:

– надання послуг із центрального опалення;

– будівництво соціального житла;

– управління у галузі початкової та середньої освіти (за винятком спеціалізованих шкіл);

– громадська безпека;

– соціальні субсидії;

– запобігання надзвичайним ситуаціям та реагування на них;

– послуги з медичного та соціального забезпечення;

– базові послуги соціального забезпечення для осіб з інвалідністю;

– управління системою обліку населення;

– управління місцевою інфраструктурною мережею;

– інші повноваження, передбачені законом.

• Органи влади округу:

– управління інфраструктурною мережею округу;

– управління спеціалізованими закладами освіти;

– послуги з медичного та соціального забезпечення;

– послуги соціального захисту дітей;

– спеціалізовані послуги соціального забезпечення для осіб з інвалідністю;

– управління системою обліку населення;

– інші повноваження, передбачені законом.

Щодо делегованих повноважень, то Стаття 27 Закону покладає на місцеві органи влади відповідальність за виплату певних соціальних пільг і видів матеріальної допомоги.

Для виконання покладених на них повноважень адміністративно-територіальні одиниці можуть формувати асоціації з розвитку громад. Відповідно до Закону про місцеве управління 2001 року, це колективні структури з юридичним статусом, що створюються різними адміністративно-територіальними одиницями задля спільного виконання певних проектів розвитку зон чи регіонів або ж задля спільного надання певних державних послуг. Станом на 2005 рік такі об'єднання мали статус суспільно корисних і фінансувалися за рахунок бюджетів відповідних адміністративно-територіальних одиниць та інших джерел [9, с. 360–384].

Закон також вводить поняття асиметричної децентралізації, дозволяючи центральним органам державного управління диференційовано підходити до місцевих органів влади залежно від їх адміністративної спроможності ефективно виконувати децентралізовані повноваження. Якщо ограни державного управління на центральному рівні виявлять брак такої спроможності на рівні якоїсь муніципальної установи, яка

не може впоратись із покладеними на неї завданнями, то відповідні децентралізовані повноваження передаються на рівень ради округу.

Закон також описує методику подальшої децентралізації та передбачає створення міжміністерського комітету з координації цього процесу, очолюваного міністром у справах державного управління. Підзаконний акт, ухвалений на виконання зазначеного Закону, передбачає, що комітет створить низку робочих груп із запрошенням представників місцевих органів влади для консультацій. Він також окреслює конкретні кроки на етапі пілотування процесу децентралізації.

Наступний крок у процесі децентралізації було здійснено у 2010 році, коли центральний уряд передав радам муніципалітетів і округів повноваження з управління 368 лікарнями з 373, що діяли по всій країні. Більше того, держава створила місцеву поліцію, яка перебрала на себе певні функції національної поліції.

Зазначений Закон не регулював діяльність регіональних органів влади, проте в подальшому було ухвалено декілька актів законодавства про формування і такого інституту також. Регіональні органи влади не заміняють собою місцеві органи влади, створені у кожному окрузі, а радше координують роботу декількох органів влади у певних регіонах (без будь-якого прямого зв'язку з регіонами розвитку). Регіональні органи влади було сформовано у межах процесу розосередження державних послуг у низці галузей, як-от охорона довкілля (до 2012 року), адміністрування податків (станом на 2013 рік), статистичний облік, автомобільні дороги національного значення та магістральні дороги, метрологія, митна служба, прикордонна поліція, протидія шахрайству, комунікації, будівельні норми, поштові послуги тощо.

Після зміни політичного керівництва у 2012 році було підписано низку меморандумів щодо подальшої децентралізації повноважень і передання частини з них від центрального уряду на місця. Внаслідок цього наприкінці 2013 року уряд підготував проект закону, що мав на меті передати на місцевий рівень повноваження у таких галузях, як сільськогосподарське виробництво та розвиток сільських територій, культура та культурна спадщина, туризм, освіта, охорона навколишнього середовища та зміна клімату, рибне господарство, охорона здоров'я, справи молоді та спорту, транспорт. Було запропоновано ще декілька галузей, однак пізніше за результатами переговорів усередині урядової коаліції їх було вилучено із законопроекту. Парламент ухвалив відповідний закон, проте у 2014 році Конституційний суд визнав його таким, що порушує принципи місцевої автономії, а отже, неконституційним. Суд також зазначив, що проект закону не було належним чином обговорено у ході консультацій з представниками місцевих органів влади [9, с. 360–387].

У листопаді 2013 року, одразу ж після підготовки урядом вищезгаданого законопроекту, Центр кількісного та якісного аналізу опитав 1189 людей для з'ясування суспільної думки про поступ у процесі децентралізації[7]. Результати опитування засвідчили, що лише 54 % респондентів знали про запропонований законопроект щодо децентралізації. Менше половини опитаних (44 %) знали про результати відповідного голосування в Парламенті. Водночас 48 % учасників опитування заявили, що децентралізація є правильним заходом, порівняно з 27 % респондентів, які так не вважали, та 24 %, що не мали визначеної думки щодо цього. Відповідаючи на запитання про шість різних видів державних послуг, більшість респондентів зазначили, що ради округів краще впоралися б з їх наданням, ніж центральні міністерства. З іншого боку, 85 % опитаних вважали, що децентралізація може призвести до посилення впливовості місцевих керівників, а 75 % – що її наслідком може стати зростання корупції. Понад 50 % респондентів висловили побоювання, що цей процес може спричинити економічну нерівність між історичними регіонами країни. Майже 60 % із них не вбачали прямого зв'язку між децентралізацією та підвищенням рівня життя в Румунії [9, с. 360–387].

В цілому ж декілька посткомуністичних урядів Румунії під впливом комуністичного спадку "демократичного централізму" не були готові брати на себе великий ризик переформатування системи врядування [3, с. 647–669]. Тому процес децентралізації був погано продуманий і спланований, часто піддавався перегляду залежно від інтересів центрального уряду. Рішення щодо обмеженої кількості послуг, які були зрештою децентралізовані й передані в компетенцію суб-національних органів влади, були непослідовними, а їх реалізація постійно відкладалась. Існувала невідповідність між дійсними повноваженнями місцевих органів влади та повноваженнями, покладеними на них за законом, переважно через збережений жорсткий контроль за бюджетними витратами з боку центрального уряду [8, с. 3820–3829]. Деякі дослідники навіть вважають, що вся законодавча база щодо децентралізації є розпорошеною, суперечливою та недієвою [1, с. 3432–3436].

[7] Результати опитування наявні за посиланням: http://www.ccscc.ro/images/sondaje/raport%20presa%20sondaj%20CCSCC%20decentralizare.pdf [станом на 18 листопада 2015 року]

Отже, за останні 25 років у Румунії відбулися такі позитивні зміни на ниві децентралізації:

• у Конституції закріплено поняття децентралізації та місцевої автономії;

• на обох рівнях суб-національного врядування органи влади обираються напряму громадянами;

• декілька повноважень розосереджено до місцевого рівня, а деякі інші – передано в рамках децентралізації від центрального уряду на рівень округів;

• на центральному рівні ухвалено рамковий закон про децентралізацію, що описує методику подальшої децентралізації, та закон про державне фінансування місцевого рівня, що визначає принципи і джерела державного фінансування;

• декілька останніх урядів загалом спрямовують свою політику радше до децентралізації, ніж до централізації владних повноважень.

Разом із тим, як зазначено вище, залишається низка недоліків, зокрема [2, с. 181–194]:

• країна все ще зберігає адміністративну систему, створену в 1968 році комуністичним режимом;

• розвиток регіонів не є функціональним;

• повноваження на місцевому рівні є доволі обмеженими;

• центральний уряд контролює автономію місцевої влади у сфері управління фінансовими ресурсами, а самі ці ресурси недостатні для виконання переданих на місця повноважень;

• наявні механізми сприяють стандартизації та зрівнялівці по всій країні;

• за деякими напрямами політики повноваження передано не повною мірою;

• консультування між різними рівнями влади є обмеженим;

• у цілому посадовцям місцевого рівня бракує належної підготовки для здійснення подальшої децентралізації.

Більшість країн Центральної та Східної Європи, за винятком Польщі та меншою мірою Чеської Республіки, залишаються доволі централізованими. Процес має розпочинатись із закріплення принципу субсидіарності. Подальша децентралізація має проводитись більш послідовно та прозоро. Повноваження з надання державних послуг мають передаватись на місця лише за умови надання місцевим органам влади достатніх ресурсів, а також наявності компетентних державних службовців, здатних виконувати нові завдання. Стосовно фінансування місцевого рівня держава має запровадити справедливий механізм, який сприймався б як об'єктивний усіма причетними сторонами, та звернути особливу увагу на виділення коштів найбіднішим регіонам. Округи, що збирають найбільше податків, мають також отримувати більшу частку державного фінансування, що стимулювало б належне стягнення податків по всій країні [9, с. 353–387].

Оскільки закон 2010 року наразі не застосовується, необхідно розробити й ухвалити зрозумілий закон про оплату праці державних службовців для скорочення великих відмінностей у рівнях заробітної плати між центральними та місцевими органами влади. На місцевому рівні, особливо в тих галузях, які нещодавно було децентралізовано чи планується децентралізувати, необхідно забезпечити належну підготовку та навчання державних службовців.

Насамкінець, держава має надати більше повноважень регіонам розвитку, зробивши їх першим суб-національним рівнем врядування. Виборні регіональні ради повинні отримати право ухвалювати рішення щодо регіональних стратегій та координувати вирішення питань, що зачіпають два та більше округів. Реалізуючи зазначені принципи, Румунія зможе рухатись від розосередження повноважень і послуг до справжньої і дієвої децентралізації.

Список використаних джерел:

1. Catana E., Catana, M. The role of local public authorities in decentralizing Romanian public education system. Procedia Social and Behavioral Sciences, 2, 2010. P. 3432–3436.

2. Dobre A.M. The Dynamics of Europeanisation and regiomalisation: Regional reform in Romania. // Perspectives on European Politics and Society. Volume 10, 2009. Issue 2: The European Union's 2007 Enlargement. P. 181–194.

3. Dragoman D. Regional inequalities, decentralization and the performance of local governments in post-communist Romania. Local Government Studies, 37 (6). P. 647–669.

4. Government of Romania : Programme for government 2013–2016. Retrieved Nov. 21. 2015. URL: http://gov.ro/en/objectives/programme-for-government.

5. Ghinea A., Moraru, A. Aspects regarding the decentralization process in Romania. Bucharest: Institute of Public Policy, 2010.

6. Nientied, P., Racoviceanu, S. Local government training capacity in Romania: An institutional perspective. Habitat International, 24, 2000. P. 433–442.

7. Peteri G. Fiscal equalization in South Eastern Europe. Budapest: Fiscal Decentralization Initiative for Central and Eastern Europe, 2006. 86 p.

8. Poputoaia, D., Bouzarovski, S. Regulatory district heating in Romania: Legislative challenges and energy efficiency barriers. Energy Policy, 38, 2010. P. 3820–3829.

9. Profiroiu C.M., Profiroiu A.G., Szabo S.R. The Decentralization Process in Romania. In: José Manuel Ruano, Marius Profiroiu. (Eds.): The Palgrave Handbook of Decentralisation in Europe. Palgrave Macmillan, 2017. 512 p.

В статье освещаются проблемы и особенности процесса децентрализации в Румынии. Изучается создание современной и эффективной системы государственного управления. Исследуются полномочия местных органов самоуправления Румынии. Анализируются как позитивные изменения, так и ряд недостатков в рамках процесса децентрализации. Исследуется вопрос финансовых ресурсов местного управления.

Ключевые слова: децентрализация, местные органы, реформы, полномочия, автономия, округ, префект.

The article deals with the problems and peculiarities of the process of decentralization in Romania. It determines the creation of a modern and effective system of public administration. It explores the powers of the local authorities of Romania. It analyses both positive changes and a number of shortcomings within the framework of the decentralization process. The article goes on to examine the issue of financial resources of local government.

Key words: decentralization, local authorities, reforms, powers, autonomy, district, prefect.

УДК 347.97/.99

Микола Караман,
студент магістратури
факультету міжнародно-правових відносин
Національного університету «Одеська юридична академія»

СПІВВІДНОШЕННЯ РИТУАЛУ ТА СУДОВОГО РИТУАЛУ В СОЦІАЛЬНОМУ РЕГУЛЮВАННІ

Статтю присвячено співвідношенню ритуалу та судового ритуалу як норми соціального регулювання. Визначено роль судового ритуалу як складової частини ритуалів у соціальному регулюванні. Проведено паралель між ритуалами й судовими ритуалами. Порівнюються ритуали та судові ритуали як загальне та спеціальне. Охарактеризовано судові ритуали й основні підходи до їх вивчення.

Ключові слова: ритуал, судовий ритуал, соціальне регулювання, судовий процес, регулювання судового процесу.

Постановка проблеми. В умовах побудови сучасного українського суспільства на демократичних засадах нова модель судової влади в Україні повинна ґрунтуватись на нових цінностях, серед яких належне місце має бути відведене ритуалам, у тому числі судовим.

У регулюванні проведення судового процесу беруть участь два види норм соціального регулювання – норми закону (керуючись якими, суд приймає своє рішення) та ритуальні норми (що регламентують проведення судового процесу).

Проте ритуали пов'язані не лише із судовим процесом. Вони регулюють широке коло відносин у суспільстві, призначаючи соціальні ролі та наділяючи учасників відносин правами й обов'язками, притаманними тій чи іншій соціальній ролі. Норми українського закону, які регулюють проведення судового процесу, передбачають наявність певних специфічних ритуалів, а саме судових ритуалів, що мають на меті забезпечення поваги до суду, вплив на правосвідомість сторін та учасників судового процесу, а також створення сприятливих умов для здійснення правосуддя. Ритуал, у тому числі судовий, є складовою частиною соціального регулювання спільно з нормами закону та нормами соціального регулювання. З огляду на зазначене виникає питання про те, як співвідносяться ритуали та судові ритуали.

Говорячи про ритуали в судовому процесі, необхідно визначити, що являє собою ритуал. Відповідно до санскритичної етимології ритуал[1] визначається як наказ [1, с. 98]. Ритуальність в узагальненому вигляді при цьому варто розуміти як упорядкованість, тобто підпорядкування певному набору правил. Як правило, ритуали складають зовнішні прояви релігійної системи, за їх допомогою люди висловлюють своє ставлення до сакральних цінностей, не прагнучи досягти певної мети. Однак під сакральними цінностями може розумітись досить широкий спектр цінностей суспільства та індивіда, у тому числі правових. Поняття ритуалу включає в себе будь-які дії за традиційно або офіційно санкціонованим зразком, що підкреслюють їх загальний зміст за допомогою символів. Останніми є певні жести, словесні формули, предмети, місце здійснення ритуалу.

Термін «традиційний» визначається як «зумовлений укоріненою звичаєвою практикою». У праві термін «традиційний» відповідає тому, що називається звичаєво-правовим. За традиційного типу панування легітимність ґрунтується на «святості вікових норм і владних повноважень». Прикладами традиційного панування є Стародавній Китай, Єгипет, мусульманські країни [3, с. 67–73].

Метою статті є дослідження місця ритуалу та судового ритуалу в соціальному регулюванні.

Проблематика співвідношення ритуалів і судових ритуалів та їх місця в соціальному регулюванні перебувала в центрі уваги таких провідних учених-правознавців: С. Алексєєва, В. Бабкіна, В. Дудченко, О. Зайчука, А. Зайця, О. Копиленка, О. Оніщенко, Н. Пархоменко, О. Петришина, Т. Тарахонич, В. Сіренка, Ю. Тихомирова, Ю. Шемшученка, О. Ющика.

Виклад основного матеріалу. Роль символів у суспільному житті настільки вагома, що варто присвятити їй окреме дослідження.

[1]Рита – універсальний космічний закон, одне з ключових понять давньоіндійської міфології. Рита визначає перетворення неупорядкованого стану в упорядкований і забезпечує збереження основних умов існування всесвіту, людини та моральності.

© М. Караман, 2018

Однак у цій роботі ми розглядаємо символи як елементи ритуалу та обмежуємося загальним поняттям. Автор навчального посібника «Введение в философию» вважають: «Досить ясна мобілізуюча роль символів у соціальних зрушеннях, у державному будівництві (зокрема, символіка знамен, прапорів, гербів, емблем тощо, у якій, незважаючи на значний шар умовної знаковості, усе-таки первинний глибокий зміст). <...> Як і ідеальність психічного образу, ідеальність змісту та значення знаків, знаково-символічних систем пов'язана насамперед із тим, що сенс і значення висловлюють певну програму дії людей, які сприймають цей сенс і значення в цій системі культури» [2, с. 446]. Інакше кажучи, символізм ритуальних дій означає ідеальні образи дій, що допомагають індивідуальній і суспільній свідомості сприйняти та передати наступним поколінням інформацію про належний порядок. У цьому можна розпізнати також службову функцію ритуалів щодо права. В архаїчних суспільствах ритуал підміняв собою процесуальні норми та мав на меті служіння виконанню тих соціальних норм, на місці яких сьогодні перебувають норми матеріального права (так само як сучасні процесуальні норми мають на меті служіння виконанню норм матеріального права). За словами Г. Радбруха, мета процесуального права полягає в тому, щоб сприяти реалізації матеріального права [5, с. 195]. Процесуальні норми самі по собі незалежні та встановлюють порядок таким чином, щоб перешкоджати свавіллю під час приведення у виконання матеріальних правових норм. Так і ритуал встановлює початковий, «космічний» порядок у світі, що змінюється.

Під час розгляду ритуалу насамперед на думку спадають релігія та релігійні ритуали. Наприклад, середньовічні судові ритуали мають переважно релігійне походження. При цьому необхідно брати до уваги подвійне значення ритуалу, яке існувало в середньовіччі та є сьогодні, причому нині одне зі значень превалює над іншим. Це значення ритуалу як сакральної дії, що переслідує прагматичні цілі. Російський дослідник Є. Торчинов розрізняє ритуал та обряд, вказуючи: «Під ритуалом ми будемо розуміти сукупність певних актів, що мають сакральний сенс і спрямовані або на відтворення того чи іншого глибинного переживання, або на його символічну репрезентацію. Ритуал, що втратив зв'язок із глибинним переживанням навіть у формі символічної репрезентації, буде називатись нами обрядом» [6, с. 90].

Фактично обряд є засобом досягнення утилітарної мети через формальне відтворення обрядових актів, найменша помилка у виконанні яких веде до втрати дієздатності обряду. Надалі ми будемо брати до уваги це визначення обряду, оскільки воно найкраще дає змогу зрозуміти суть судового ритуалу із сучасної позиції.

Ритуал як тисячі років тому, так і сьогодні є невід'ємним засобом організації життя суспільства. Насамперед це явні дії особи або групи осіб, що звертають увагу оточуючих на певне явище чи факт. Для цього повинна мати місце відповідність низки умов, таких як загальновизнана умовність комплексу ритуальних дій, суспільна значущість події чи факту, що підкріплюється ритуалом, та усвідомлена мета ритуалу. Остання умова зберігає своє значення тільки завдяки звичаєвій нормі, з якою ритуал тісно пов'язаний. Інакше кажучи, якщо підтримується звичаєва норма, то ритуал важливий, його мета усвідомлена. Якщо звичаєва норма забута, то ритуал втрачає значну частку сенсу та відтворюється (якщо відтворюється взагалі) тільки «за інерцією», неусвідомлено. Природно, що в традиційних суспільствах ритуали, як і раніше, є регуляторами суспільного життя.

Мета ритуалу насамперед психологічна. Будь-яка значна подія або факт вимагає визнання в очах оточуючих. Насамперед це стосується індивідуальних переживань кожного окремого спостерігача, оскільки кожен оцінює оточуючі його події зі своєї позиції, за особистими критеріями. Отже, може існувати безліч власних думок щодо, наприклад, проведення судового засідання. Індивідуальна свідомість людини, яка володіє спеціальними знаннями (у цьому випадку юриста), буде сприймати те, що відбувається з позиції відповідності нормам процесуального права, свідомість інших спостерігачів може також помічати незначні деталі, які з формально-юридичної позиції не мають значення. Проте всі спостерігачі незалежно від відсутності чи наявності спеціальних знань будуть оцінювати те, що відбувається, з позиції належного виконання ритуалу, традиційних стереотипів, що передаються з покоління в покоління. Поведінка учасників, їх емоційне ставлення до подій, черговість виступів, навіть зовнішній вигляд – за такими ознаками формується ставлення до подій. Суд – це незалежний орган, який встановлює істину на підставі права, тобто довіра суспільства до судового процесу має бути непохитною. Такою вона може бути тільки за умови ретельного дотримання всіх судових ритуалів. Інакше недовіра до такого суду лише сприяє зміцненню правового нігілізму в суспільстві й державі. Розвиток досліджень про ритуали як про регулятори соціальних процесів розглядає В. Кабо в роботі «Походження релігії: історія проблеми».

Учений зазначає: «Велике місце в сучасній західній етнографії належить вивченню ритуалу як одного з найдавніших компонентів релігії, дослідженню його співвідношення з міфологією та соціальною організацією» [4].

У європейській, особливо англійській, соціальній антропології ця проблематика має глибоке коріння. Дж. Мідлтон виділяє три основні напрями у вивченні ритуалу. Перший вказує на те, що релігійні вірування й обряди утворюють єдину систему, пов'язану із соціальною організацією. Другий напрям розглядає цей зв'язок як центральну проблему. Цей напрям вивчення ритуалів розвиває А. Радкліфф-Браун, згідно з думкою якого головна функція ритуалу та міфу – консолідація соціальних груп і зміцнення їх солідарності. Третій напрям підкреслює значення й роль особистості в соціальних процесах.

Англійський етнограф Р. Ферс, розвиваючи структурно-функціональний підхід до первісних релігій, вказує на різноманітні зв'язки ритуалу з громадським життям. Ритуал у його роботах є символічним способом соціальної комунікації. Загалом представникам цього напряму властиві емпіризм і презентизм (недовіра до історичних реконструкцій).

Проте роботи Е. Еванс-Прічарда та Е. Ліча, що загалом позначені тими ж особливостями, розвивають у собі перехід до класичного структуралізму.

Якщо Р. Ферс та інші представники першого напряму прагнуть насамперед фіксувати поведінку людей, що спостерігається безпосередньо, у тому числі ритуальну, то дослідників другого напряму більше цікавить те, що люди думають і говорять про свою поведінку, ніж те, що вони роблять. Тому дослідники другого напряму велику увагу приділяють міфології. Перших цікавить структура суспільства, а других – структура свідомості [4].

Щодо судового ритуалу М. Малахов, наприклад, висловлюється таким чином: «Ритуал у судовому процесі можна також пояснити як дії чи комплекс дій, обов'язкових для виконання, у зв'язку з настановами тієї чи іншої влади».

Висновки.

Таким чином, судовий ритуал – це не джерело, а інструмент права, використовуваний судом та учасниками процесу в правозастосовній діяльності. Він пов'язаний з організацією судочинства настільки ж, наскільки формальними є юридичні вимоги, такі як термін виконання, порядок виклику, вимоги до учасників тощо. Можна сказати, що ритуал є механізмом переходу від хаосу до порядку. Символіка жестів, промов, поведінки ніби збирає окремі елементи судового розгляду в єдине ціле. Для учасників процесу це означає насамперед відповідність того, що відбувається, їхнім очікуванням, засвоєним завдяки культурним, історичним та іншим стереотипам.

Список використаних джерел:

1. Бенуас Л. Знаки, символы и мифы / пер. с фр. А. Калантарова. М.: ООО «Издательство Астрель»; ООО «Издательство АСТ», 2004. 160 с.
2. Фролов И. и др. Введение в философию: учеб. пособие для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Республика, 2003. 623 с.
3. Дудченко В. Про «типове» і «унікальне» в праві. Наукові праці Одеської національної юридичної академії. О.: Юридична література, 2008. Т. VII. С. 67–73.
4. Кабо В. Происхождение религии: история проблемы. Канберра: Алчеринга, 2002. URL: http://aboriginals.narod.ru/origins_of_religion.htm.
5. Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М.: Международные отношения, 2004. 240 с.
6. Торчинов Е. Религии мира: опыт запредельного. Психотехника и трансперсональные состояния. СПб.: Центр «Петербургское востоковедение», 1998. 384 с.

Статья посвящена соотношению ритуала и судебного ритуала в качестве нормы социального регулирования. Определена роль судебного ритуала как составной части ритуалов в социальном регулировании. Проведена параллель между ритуалами и судебными ритуалами. Сравниваются ритуалы и судебные ритуалы как общее и специальное. Охарактеризованы судебные ритуалы и основные подходы к их изучению.

Ключевые слова: ритуал, судебный ритуал, социальное регулирование, судебный процесс, регулирование судебного процесса.

The article is devoted to the correlation of ritual and judicial ritual as norms of social regulation. The role of the judicial ritual as an integral part of the rituals in social regulation is defined. A parallel is made between rituals and judicial rituals. Rituals and judicial rituals are compared as general and special. The judicial rituals and the main approaches to their study are characterized.

Key words: ritual, judicial ritual, social regulation, litigation, regulation of litigation.

УДК 342.9

Олена Калашнікова,
здобувач Київського міжнародного університету

СУТНІСТЬ І ЗМІСТ ПОНЯТТЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У ДЕРЖАВНІЙ МИТНІЙ СПРАВІ

У статті на основі аналізу наукових поглядів учених та норм чинного законодавства України надано авторське визначення поняття «інформаційні технології у державній митній справі». Встановлено, що інформаційна технологія поза відповідним змістовим наповненням втрачає сенс свого існування, оскільки в її межах не відбуваються основні інформаційні процеси – накопичення, аналіз, обробка, облік тощо відповідних відомостей, оперування якими необхідно для досягнення мети створення такої технології.

Ключові слова: інформація, технології, інформаційні технології, митна справа, інформаційні процеси.

Постановка проблеми. Здобувши незалежність, наша держава стала на шлях становлення дійсно правової, демократичної країни. Успішне проходження такого шляху передбачає постійне самовдосконалення, формування та розвиток основних державних і суспільних інституцій. Сьогодні країна перебуває в стані реформування, що зумовлено активними інтеграційними процесами у світове співтовариство, особливо в Європейський простір. Украй вагомого значення у цьому контексті набуває належне й ефективне забезпечення митної справи, оскільки під час її здійснення знаходять свій розвиток не лише відносини, що мають місце всередині країни, а й ті, в яких задіяні суб'єкти міжнародного права. А тому такі процеси мають вплив не лише на внутрішній розвиток нашої держави, а й на її характеристику як суб'єкта міжнародного права. Одним із найважливіших напрямів забезпечення уповноваженими суб'єктами державної митної справи є вдосконалення інформаційних відносин, які виникають, видозмінюються та знаходять свій розвиток у рамках здійснення такої діяльності. У межах таких відносин задля приведення їх у відповідність до світових стандартів компетентними суб'єктами активно використовуються інформаційні технології та інформаційні ресурси.

Стан дослідження. Окремі проблемні аспекти інформаційних технологій у державній митній справі розглядали: С. Л. Яценко, О. В. Карпенко, Г.М. Красноступ, К. І. Бєляков, Е. Я. Кольман, В. Л. Петрушенко, Є. В. Петров, А. Г. Дідук, Р. М. Шевчук, Є. Р. Бенькович, В. Ф. Коломієць та багато інших. Однак єдиного комплексного дослідження, присвяченого з'ясуванню сутності та змісту поняття інформаційних технологій у державній митній справі, так проведено і не було.

Саме тому **мета статті** – розглянути сутність та зміст поняття інформаційних технологій у державній митній справі.

Виклад основного матеріалу. На важливості та дієвості використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів заради підвищення ефективності як окремо взятого напряму діяльності, так і вдосконалення правових відносин, інституцій, в межах яких вони реалізуються, неодноразово наголошувалось у фахових джерелах. Зокрема, як цілком слушно із цього приводу зауважує С. Л. Яценко, вітчизняний і зарубіжний досвід свідчить про те, що широке впровадження інформаційних технологій дозволяє радикально підвищити ефективність функціонування відповідних інституцій за рахунок оптимізації процесів збирання й обробки інформації, автоматизованого аналізу великих масивів даних, а також забезпечення оперативного доступу керівників до розподілених інформаційних ресурсів [1, с. 190]. Із цього випливає, що використання інформаційних технологій та інформаційних ресурсів повинно істотно сприяти оперативності виконання поставлених перед відповідними суб'єктами завдань, підвищувати ефективність реалізації наданих їм функцій.

Більш того, як зауважує Г. М. Красноступ, широке впровадження комп'ютерних, електронних, інформаційних і комунікаційних технологій сприяло виникненню унікальних можливостей для масового активного й ефективного розвитку знань людини та суспільства [2, с. 4]. Тобто інформаційні ресурси й інформаційні технологій мають значення не тільки в аспекті діяльності окремо взятого суб'єкта правовідносин або навіть їх групи, вони покликані спростити життя всьому суспільству, забезпечити належний розвиток

© О. Калашнікова, 2018

найважливіших процесів, які мають місце в ньому. Ось чому правильною видається позиція О. В. Карпенко, який наголошує на тому, що в умовах становлення громадянського суспільства, проведення політичних реформ і подолання наслідків світової економічної кризи сучасний етап розвитку державотворення України вимагає ефективних механізмів його інформаційно-аналітичного забезпечення, що базується на сучасних інформаційно-комунікаційних технологіях [3, с. 5]. При цьому під час дослідження особливостей організаційно-правового та наукового забезпечення інформатизації в Україні К. І. Бєляков цілком слушно відзначає той факт, що інформаційна діяльність, професійне ставлення до роботи з інформаційними ресурсами, які існують у найрізноманітніших формах, відомі давно та поступово знаходять таку визначеність і вплив, що дають підставу поставити їх у ряд самостійних предметів правових відносин [4, с. 94].

Встановлення сутності й закріплення понятійного апарату, що використовується в межах відповідних правових відносин, має дуже позитивний вплив на належне формування останніх, а також підвищення ефективності їх нормативно-правового регулювання. Не є винятком і сфера відносин, що виникають і знаходять свій розвиток із приводу здійснення митної справи. Визначення сутності та змісту категорії «інформаційні технології та інформаційні ресурси в державній митній справі» буде сприяти уніфікації законодавчих положень, що її використовують, а також дозволить підвищити ефективність нормативно-правового регулювання таких правовідносин.

Дослідження сутності та змісту категорії «інформаційні технології та інформаційні ресурси в державній митній справі», перш за все, передбачає проведення аналізу її складових частин. Так, одним із центральних складників, що характеризує досліджуване явище, є категорія «інформація». Одне з перших визначень даної категорії належить математику Норберту Вінеру, який зазначав, що інформація являє собою визначення змісту, отриманого із зовнішнього світу в процесі нашого пристосування до нього та пристосування до нього наших почуттів. Процес отримання та використання інформації є процесом нашого пристосування до випадковостей зовнішнього середовища нашої життєдіяльності в цьому середовищі [5, с. 31]. Аналіз сучасного розуміння категорії «інформація» дозволяє стверджувати, що вона є широковживаною: зокрема, нею оперують у повсякденному житті, активно використовують у законодавчих положеннях, вживають на сторінках фахової літератури.

Так, на сторінках філософської літератури зауважують, що «інформація» є одним із фундаментальних понять сучасного пізнання, яке має поширення в різних сферах і науках, через що його неможливо визначити однозначно [6, с. 102]. З огляду на тематику й напрям нашого дослідження, категорія «інформація» повинна бути проаналізована з точки зору її сприйняття в юридичній науці. Це дозволить звузити підходи до її розуміння й пристосувати їх до досліджуваного явища. Так, на думку Є. В Петрова, інформація – це завжди результат, продукт діяльності людини, орієнтований на створення нових відомостей або зняття відомостей з інших об'єктів матеріального або духовного світу, для об'єднання цих відомостей у певний продукт і товар, необхідний для суспільства [7, с. 6]. Вважаємо, що таке сприйняття досліджуваної категорії потребує деяких уточнень. Зокрема, ототожнення інформації лише з «продуктом» діяльності людини є не зовсім правильним, оскільки вона може бути утворена й надалі розповсюджена поза волею особи. Окрім цього, такий результат або продукт у кінцевому результаті набуває форми відомостей. Проте зазначений автор відомості розглядає як явище, що існує поза інформацією. На думку А. Г. Дідук, інформація – це повідомлення, яке містить відомості про події та явища, що мали або мають місце в суспільстві, державі та навколишньому середовищі [8, с. 8]. Як безспірно позитивний аспект запропонованого А. Г. Дідук визначення сутності «інформації» можна назвати його компактність і внаслідок цього нескладність його сприйняття. Проте в цьому разі сутність інформації зводиться до відомостей, що мали місце в суспільстві, державі, навколишньому середовищі. Поза увагою залишаються відомості про конкретну особу.

Також увагу слід звернути на те, що категорія «інформація» отримала своє законодавче закріплення в низці нормативно-правових актів. Зокрема, основним нормативно-правовим актом, яким регламентовано суспільні відносини з приводу створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони та захисту інформації, є Закон України «Про інформацію» від 2 жовтня 1992 року. Відповідно до ст. 1 зазначеного акта законодавства, інформація – це будь-які відомості, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображенні в електронному вигляді [9]. Аналогічне визначення наводиться в ст. 200 Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 року. У ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» від 20 листопада 2012 року сутність інформації розкривається

як відомості, подані у вигляді сигналів, знаків, звуків, рухомих або нерухомих зображень чи в інший спосіб [10]. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11 січня 2001 року, інформація – відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості [11].

Аналіз наведених законодавчих визначень сутності категорії «інформація» свідчить про те, що вона ототожнюється з певними відомостями, які можуть бути зафіксовані відповідним чином. При цьому більш широкі її визначення пов'язані з намаганням законодавця навести перелік способів отримання таких відомостей. У контексті досліджуваного питання такі способи мають другорядне значення, оскільки основна увага повинна бути зосереджена на тому, що відповідні відомості, які внаслідок їх фіксування становлять собою вже інформацію, характеризують досліджувані технології та ресурси. А тому подальше розв'язання поставленого наукового завдання вимагає від нас проведення стислого аналізу категорій «технологія» та «ресурс».

Так, із погляду семантики слово «технологія» означає сукупність знань, відомостей про послідовність окремих виробничих операцій у процесі виробництва чого-небудь; сукупність способів обробки чи переробки матеріалів, виготовлення виробів, проведення різних виробничих операцій тощо [12, с. 1448]. Як зауважують на сторінках філософської довідникової літератури, категорію «технологія» можна розуміти в кількох значеннях, зокрема як: тип або спосіб зв'язку між собою вихідних елементів певного виробничого процесу; провідні форми соціально виправданих та ефективних способів використання техніки й технічних пристроїв; спосіб організації спільного суспільного життя, розподіл та узгодження функцій між різними верствами і групами суспільства [6, с. 212].

Аналіз наведених визначень щодо розуміння сутності категорії «технологія» свідчить, що їй притаманний системний характер, тобто здебільшого її сутність розкривають як сукупність певних (способів, засобів, дій, процесів тощо) елементів. У цьому контексті доречною виглядає позиція О. М. Давидюка, який, проаналізувавши підходи вчених до розуміння сутності досліджуваної категорії, зробив висновок стосовно певних особливостей внутрішньої природи технології, які є спільними для всіх сфер суспільного життя та економіки. Як одну з основних із таких особливостей вчений називає системність технології. Так, наголошує вчений, у будь-якій інтерпретації, у світлі будь-якої науки чи цілої галузі народного господарства це поняття визначається як: «сукупність методів», «сукупність процесів», «сукупність знань, відомостей», «сукупність прийомів, способів». При цьому науковець підкреслює те, що технологія не є окремим механізмом, пристроєм, верстатом, способом, прийомом, методом, процесом – це завжди поєднання декількох/багатьох складових частин. Таке поєднання не є хаотичним скупченням без всілякої мети та порядку, навпаки, це побудована в суворій послідовності та логічній взаємодії компонентів система, де кожна із її частин виконує свою функцію, що в сукупності дає очікуваний результат [13, с. 18].

Наведена позиція слугує додатковим обґрунтуванням системного характеру будь-якої технології. А тому й інформаційні технології будуть являти собою набір або ж сукупність певних засобів, за допомогою й у межах функціонування яких буде відбуватися «робота» із наперед фіксованими відомостями. Схожі підходи до розуміння інформаційних технологій можна побачити й на сторінках фахових джерел. Зокрема, на думку Р. М. Шевчука, інформаційна технологія – це ідеально-матеріальний, цілеспрямований феномен, що характеризується гармонійним поєднанням його структурних елементів (знань, дій, інформаційної сировини, інформаційно-орієнтованих засобів діяльності, інформаційних результатів), та визначальною роллю в ньому (в поєднанні) його ідеальної компоненти (знань, інформації, інформаційних ресурсів, інформаційних способів і прийомів, інформаційних продуктів, інформаційних послуг) [14, с. 143]. Тобто вкотре наголошується на тому, що технологія (в даному випадку інформаційна) має системний характер, що простежується й у ряді позицій, висловлених ученими, незважаючи на різноплановість їхніх досліджень.

Є. Р. Беньковича під інформаційними технологіями розуміє сукупність засобів збору, збереження, обробки та передачі інформації, що належать до технологій управління й обробки даних у тому числі із застосуванням обчислювальної техніки. Сьогодні під інформаційними технологіями найчастіше розуміють комп'ютерні технології. Зокрема, інформаційні технології мають справу з використанням комп'ютерів і програмного забезпечення для зберігання, перетворення, захисту,

обробки, передачі й одержання інформації [15, с. 17]. На думку В. Ф. Коломоєць, інформаційні технології – це технології, що пов'язані з основними технологічними операціями інформаційного процесу, а саме: прийняттям інформації, її запам'ятовуванням, обробкою інформації та її видачею [16, с. 13]. Із наведеного випливає, що інформаційним технологіям притаманні такі риси, як: системний характер; у їх межах фіксуються й надалі за цільовим призначенням використовуються відомості; їх функціонування відбувається в межах певних комп'ютеризованих систем або їх комплексів. При цьому, говорячи про інформаційні технології в митній справі, слід вказати, що їх використання повинно бути суворо регламентовано на нормативно-правовому рівні.

Так, свого нормативно-правового закріплення й регламентації інститут інформаційних технологій отримав в численних нормативно-правових актах. Враховуючи те, що в цьому дослідженні йдеться про інформаційні технології, що мають місце в митній справі, як основний серед таких актів слід розглядати Митний кодекс України від 13 березня 2012 року (далі – МК України). Зокрема, згадка про інформаційні технології, що застосовуються в митній справі, міститься в низці норм МК України: ч. 2 ст. 19; ч. 4 ст. 194; ч. 1, 2 ст. 197; ч. 2 ст. 248; ч. 5 ст. 255; ч. 8 ст. 259; ч. 3, 6 ст. 264; ч. 1, 6 ст. 319; ч. 2, 4 ст. 335; ч. 1, 4 ст. 337; ч. 22 ст. 356; п. 2 ч. 1 ст. 363; п. 16 ч. 2 ст. 544; п. 6 ч. 1 ст. 565. Проте в жодному випадку їх сутність не розкривається, а лише позначається, що компетентні суб'єкти здійснюють відповідну діяльність у сфері митної справи із застосуванням інформаційних технологій. Разом із тим Глава 5 Розділу I «Загальні положення» вищенаведеного нормативно-правового акта має назву «Інформаційні технології та інформаційні ресурси у державній митній справі». У ч. 1 ст. 31 МК України встановлено, що проведення митного контролю та митного оформлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення здійснюється з використанням інформаційних технологій, у тому числі заснованих на інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах, і засобів їх забезпечення [17].

Висновок.

Отже, аналіз наведених вище позицій дозволяє стверджувати, що інформаційні технології в митній справі являють собою сукупність інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем і засобів їх забезпечення, що використовуються уповноваженими суб'єктами під час здійснення митного контролю та митного оформлення товарів, транспортних засобів комерційного призначення. У такому разі йдеться про конкретні системи, засоби, на основі яких у межах здійснення митної справи функціонують відповідні інформаційні технології. Саме тому не зовсім вдалим вважаємо підхід до розуміння сутності інформаційних технологій у митній справі, що був запропонований авторським колективом митної енциклопедії. На думку учених, інформаційні технології в митній справі – це комплекс методів і процедур, за допомогою яких реалізуються функції збирання, передавання, оброблення, зберігання та доведення до користувача інформації в організаційно-управлінських системах з використанням вибраного комплексу технічних засобів [18, с. 318]. Зокрема, інформаційна технологія не може бути ані методом, ані процедурою, оскільки останніми прийнято позначати процес перебігу певної діяльності, способи впливу на відносини. Тому, скоріш за все, в наведеному випадку йдеться про окремі аспекти функціонування інформаційних технологій. При цьому також слід зазначити, що інформаційна технологія поза відповідним змістовим наповненням втрачає сенс свого існування, оскільки в її межах не відбуваються основні інформаційні процеси – накопичення, аналіз, обробка, облік тощо відповідних відомостей, оперування якими необхідно для досягнення мети створення такої технології.

Список використаних джерел:

1. Яценко С.Л. Адміністративно-правові засади діяльності керівника в органах внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. К., 2009. 225 с.

2. Красноступ Г. М. Організаційні та правові засади регулювання суспільних відносин щодо комп'ютерних програм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Ірпінь, 2009. 185 с.

3. Карпенко О. В. Функціонально-технологічні механізми інформаційно-аналітичного забезпечення органів державного управління : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.02. К., 2010. 256 с.

4. Бєляков К. І. Організаційно-правове та наукове забезпечення інформатизації в Україні: проблеми теорії і практики : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.07. К., 2009. 419 с.

5. Винер Н. Кибернетика и общество / пер. Е.Г. Панфилова. общ.ред. и предисл. Э.Я. Кольмана. М.: Сов радио, 1958. 200 с.

6. Петрушенко В. Л. Філософський словник: терміни, персоналії, сентенції. Львів : «Магнолія 2006», 2011. 352 с.

7. Петров Є. В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин : дис. ... канд. наук : 12.00.03. Х., 2003. 198 с.

8. Дідук А. Г. Правовий режим конфіденційної інформації: цивільно-правовий аспект : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.03. К., 2006. 544 с.

9. Про інформацію : Закон України : від 2 жовт. 1992 р. № 2657-XII. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.

10. Про телекомунікації : Закон України від 20 лист. 2012 р. № 5492-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 51. Ст. 716.

11. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11 січ. 2001 р. № 2210-III. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 12. Ст. 64.

12. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. ; Ірпінь : ВТФ "Перун", 2009. 1736 с.

13. Шевчук В. Технологія тактичної операції як різновид криміналістичних технологій. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 4 (75). С. 235-242.

14. Шевчук Р. М. Правові та організаційні засади інформатизації навчального процесу у вищих навчальних закладах Міністерства внутрішніх справ України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. К., 2008. 254 с.

15. Беньковича Є. Р. Підготовка студентів економічних спеціальностей до використання програмних комп'ютерних систем у професійній діяльності: дис. ... канд. пед. наук : 13.00.04. К., 2009. 203 с.

16. Коломієць В. Ф. Класифікація міжнародних інформаційних технологій. Інформаційно-аналітична діяльність в міжнародних відносинах: матеріали наук.-практ. конф., 24–25 квіт. 2003 р. Хмельницький, 2003. Ч. 1. С. 13–17.

17. Митний кодекс України : Закон України від 13 бер. 2012 № 4495-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 44-45, № 46-47, № 48. Ст. 552.

18. Митна енциклопедія: у 2 т. Т.1 / редкол.: ... І. Г. Бережнюк (відп. ред.) та ін. Хмельницький : ПП Мельник А.А., 2013. 472 с.

В статье на основе анализа научных взглядов ученых и норм действующего законодательства Украины представлено авторское определение понятия «информационных технологий в государственном таможенном деле». Установлено, что информационная технология вне соответствующего содержательного наполнения теряет смысл своего существования, поскольку в ее пределах не происходят основные информационные процессы – накопление, анализ, обработка, учет и т. д. соответствующих сведений, оперирование которыми необходимо для достижения цели создания такой технологии.

Ключевые слова: информация, технологии, информационные технологии, таможенное дело, информационные процессы.

In the article, based on the analysis of scientific views of scientists and the norms of the current legislation of Ukraine, the author's definition of the concept of "information technologies in the state customs business" is given. It is established that information technology outside of the corresponding content content loses the meaning of its existence, because within it there are no basic information processes - accumulation, analysis, processing, accounting, etc. relevant information, the operation of which is necessary to achieve the goal of creating such technology.

Key words: information, technologies, information technologies, customs, information processes.

УДК 34: 002 (477) (045)

Дарія Маріц,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри інформаційного права та права інтелектуальної власності
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ ФІКСАЦІЇ ЮРИДИЧНИХ ФАКТІВ В ІНФОРМАЦІЙНІЙ СФЕРІ

Стаття присвячена дослідженню законодавства України та інших держав щодо порядку фіксації юридичних фактів в інформаційній сфері. Вітчизняне законодавство не визначає чіткого механізму фіксації скріншотів веб-сайтів, які містять недостовірну інформацію про особу або інші факти, що спричиняє труднощі доказування у судовому процесі, про що свідчить неоднозначна судова практика. У статті аналізуються різні підходи щодо порядку фіксації скріншотів та порядку їх посвідчення. У результаті дослідження визначаються особи, які мають право здійснювати діяльність, пов'язану з фіксацією таких юридичних фактів, а також сам механізм правового регулювання посвідчення юридичних фактів в інформаційній сфері.

Ключові слова: юридичний факт, інформація, інформаційні відносини, скріншот, фіксація, Інтернет.

Постановка проблеми. Інформація виступає базисом будь-якого пізнання взагалі, і здобуті знання, фактичні дані в ході судового та досудового розгляду, належна їх фіксація й оформлення з дотриманням встановлених законом процедур становлять основу для всебічного розгляду справи і забезпечення справедливого правосуддя. Як із теоретичної, так і з практичної точки зору, на наш погляд, актуальним є питання порядку встановлення та фіксації юридичних фактів у інформаційній сфері. У цьому разі становить інтерес порядок фіксації фактів, поширених у мережі Інтернет. У міжнародному павутинні може поширюватись інформація про особу, зокрема, яка ганьбить її честь, гідність, ділову репутацію; інформація про товари, роботи, послуги, яка є недостовірною, тощо, однак механізм фіксації такої інформації наразі відсутній. У процесі фіксації того чи іншого юридичного факту вагомого значення набувають строки, адже з плином часу той чи інший факт просто неможливо буде зафіксувати, що унеможливлює надалі використовувати його як доказ у справі. Наприклад, сьогодні певна недостовірна інформація може бути розміщена у соціальній мережі, а завтра видалена, однак цього часу досить, щоб із нею ознайомилась численна аудиторія користувачів, яка може поширювати цю інформацію серед інших осіб. Саме тому знищення інформації в мережі Інтернет є тією перешкодою, що надалі унеможливлює доведення факту правопорушення. Таким чином, ми ставимо основними завданнями у цій публікації з'ясувати: який порядок фіксації юридичного факту, що міститься в мережі Інтернет; чи слугуватиме скріншот чи інша копія належним доказом у справі; яке правове підґрунтя отримання електронних доказів.

Актуальність вибраної проблематики зумовлюється не лише тим, що є не досить вивченою, а й викликами, що виникають на практиці, зокрема, які виявляються в поширенні недостовірної інформації про особу, розпаленні конфлікту шляхом штучно створеної деструктивної інформації (щодо окремої особи, її діяльності) з використанням спеціально створених веб-сайтів, аккаунтів у соціальних мережах, форумах, тощо. Правове регулювання знищення інформації фрагментарно розглянуто О. О. Золотар, О. А. Скоробагатько, П. Є. Антонюк, однак це питання залишається малодослідженим. Процедуру фіксації скріншотів досліджували О. Горбань, К. Зеров, Т. Жуковський, Ю. Охромєєв, Л. Лазебний, С. А. Петренко, Т. Рамазанова. Тому в межах даної публікації ми ставимо за мету комплексно дослідити порядок правого регулювання фіксації юридичних фактів у мережі Інтернет.

Виклад основного матеріалу. Як випливає зі змісту ч. 2 ст. 76 Цивільного процесуального кодексу України від 18.03.2004 № 1618-IV [1] (далі – ЦПК України), докази можуть бути: письмові, речові та електронні. Письмовими доказами є документи (крім електронних документів), які містять дані про обставини, що мають значення для правильного вирішення спору (ч. 1 ст. 95 ЦПК України). Стаття 100 ЦПК України визначає електронний доказ як інформацію в електронній (цифровій) формі, що містить дані про

© Д. Маріц, 2018

обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет). Водночас відзначимо, що новели про електронні докази закріплені у чинних процесуальних кодексах, а саме Господарському, Цивільному кодексах та Кодексі адміністративного судочинства. За особою, яка проводить фіксацію змісту сторінки в мережі Інтернет, може розрізнятися: фіксація, що проводиться самостійно правоволодільцем (чи його представником); фіксація, яку здійснюють треті особи (нотаріуси, судові експерти, патентні повірені, Інтернет провайдери); фіксація, яку здійснює суд. У свою чергу, можуть використовуватися такі способи фіксації за її характером: візуальні (за яких здійснюється лише візуальний огляд зображення, яке подається на екран пристрою виведення інформації) та технологічні [2]. К. Зеров дещо уточнює, що слід відносити до візуальних та технологічних способів фіксації. До візуальних способів він відносить: роздруківку веб-сторінки (Web-скріншот); фіксація особою контенту, що міститься на веб-сайті, шляхом його збереження на відповідних носіях (CD, DVD, магнітні диски, тощо); протокол огляду веб-сторінки нотаріусом; огляд доказів судом за їх місцезнаходженням; проведення відеозапису процесу дослідження будь-якою заінтересованою особою; проведення протоколу огляду веб-сайту адвокатом на підставі його професійного права на збирання відомостей про факти, що можуть бути використані як докази відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 20 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [3]. Наведена цитата є доволі дискусійною, зокрема, в частині огляду веб-сайту нотаріусом, про що ми зазначимо дещо згодом у статті.

Електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». Таке положення певною мірою відображає досвід Німеччини, де сила електронних доказів підкріплюється електронним цифровим підписом [4]. Однак учасник справи, який подає копію електронного доказу, повинен повідомити про наявність у нього або іншої особи оригіналу електронного доказу. Якщо подано копію (паперову копію) електронного доказу, суд за клопотанням учасника справи або з власної ініціативи може витребувати у відповідної особи оригінал електронного доказу. Як ми бачимо, законодавець у нормі застосовує словосполучення «паперова копія», хоча письмовими доказами згідно з ч. 1 ст. 95 ЦПК України є документи (крім електронних документів), які містять дані про обставини, що мають значення для правильного вирішення спору. Тобто це означає, що електронний документ все ж таки може мати письмову копію, однак така копія не є письмовим доказом. Якщо оригінал електронного доказу не подано, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність поданої копії (паперової копії) оригіналу, такий доказ не береться судом до уваги (ч. 5 ст. 100 ЦПК України). Таким чином, можлива ситуація, коли особа, чиє право порушено в мережі Інтернет, своєчасно не зробила копію розміщеної інформації, а на момент розгляду справи відсутній оригінал електронного доказу, у такому разі на підставі наведеної статті (ч. 5 ст. 100 ЦПК України) така копія не буде братися до уваги судом, що автоматично унеможливлює захист прав особи.

Однак тут треба задатися питанням: що слід мати на увазі під оригіналом електронного доказу? Наразі у законодавстві відсутнє визначення поняття «оригінал електронного доказу». Однак якщо ми ведемо мову про поширення недостовірної інформації в Інтернет, то така інформація може розміщуватись на особистій сторінці в соціальній мережі, на сайті (який, наприклад, спеціально створено для поширення негативної, неправдивої інформації), електронній пошті, тощо. Отже, із цього випливає, що саме ці джерела і є оригіналом доказу. Хоча з лексичної точки зору видається, що словосполучення «оригінал доказу» є неприйнятним для електронних джерел інформації. Крім того, з яких критеріїв необхідно виходити для того, щоб з'ясувати його «оригінальність»? Адже процедура визначення оригіналу документа (відмінність від підробки) передбачена лише для письмового документа, але аж ніяк не для електронного. Хоча у Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 № 851-IV [5], у ст. 7, зазначається, що оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 № 852-IV [6]. Зазначений закон

містить специфіку правовідносин, на які він поширюється, тому застосування його положень за аналогією до інших правових відносин не можливо. У зв'язку з цим у положеннях законодавства, які оперують терміном «оригінал електронного доказу», видається доцільним змінити на його «джерело електронного доказу». А отже, джерелами такої інформації можуть виступати і веб-сайти, соціальні мережі, форуми, тощо.

Крім цього, вважаємо, що не можна ототожнювати поняття «джерело доказу» та «носій інформації». Фактичні дані не можуть існувати самі по собі, абстрактно, вони можуть бути добуті із відповідного джерела. Тому ми цілком погоджуємося з авторами, які розмежовують поняття «джерело» та «носій» інформації [7, с. 51][1], обґрунтовуючи це тим, що джерело будь-якого явища, у тому числі й доказів, не може бути одночасно й формою цього явища. Джерело має перебувати поза цим явищем. Адже джерелом фактичних даних можуть бути такі об'єкти, які не можуть бути самі збережені та слугувати засобом збереження інформації. Втім, інформацію, яку вони містять, можна перенести на інші матеріальні носії, які надалі можуть використовуватись як похідні докази. Таким чином, збереження інформації, що розміщена в Інтернет на матеріальному носії (usb, флеш-накопичувач, папір) перетворює таку інформацію на речовий доказ, що міститься на відповідному матеріальному носії інформації. Сьогодні поняття електронних доказів законодавець розглядає через традиційні правові інститути та фактично відносить їх до письмових доказів або речових [8].

Ми вже зазначали, що учасники справи мають право подавати електронні докази на паперових копіях, посвідчених у порядку, передбаченому законом. У цьому разі законним посвідченням слід вважати електронний цифровий підпис. Однак цифровий підпис стосується лише електронної документації та електронного документообігу. Крім того, як зазначається в абз. 1 ст. 4 Закону України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 № 852-IV, електронний цифровий підпис призначений для забезпечення діяльності фізичних та юридичних осіб, яка здійснюється з використанням електронних документів. Тому у ч. 2 ст. 100 ЦПК зазначається, що законом може бути передбачено інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу. З цього приводу Я. І. Іванців, зазначає, що з першого погляду усе здається просто: копії документів завіряє нотаріус [9]. Втім, аналізуючи чинне законодавство, бачимо ряд пересторіг, що, по суті, унеможливлює процес нотаріального посвідчення документування інформації, розміщеної в Інтернет. Одним із невід'ємних етапів захисту від неякісної інформації та встановлення фактів скоєння правопорушень є підготовка доказової бази для подальшого вчинення необхідних процедур відповідно до вимог чинного законодавства та захисту законних інтересів держави та громадян. Фіксування або документування деструктивної інформації зараз актуальне, оскільки дані інтернет-ресурсів швидкозмінні, не є статичними, їх матеріалізація має умовний характер, а достовірність залежить від певного моменту часу [10]. У деяких країнах є спроби здійснити заходи щодо документування інформації, розміщеної на інтернет-ресурсах, використовується так звана процедура огляду сайту нотаріусом. Схематично сама процедура поділяється на певні етапи та починається з написання клієнтом заяви, де зазначаються причини, через які виникла необхідність забезпечення таких доказів. Такими етапами, як свідчить нотаріальна практика в Російській Федерації, є: перевірка доменного імені, встановлення DNS-серверів; перевірка відповідності IP-адреси; перевірка достовірності відображення вмісту сайту; відображення головної сторінки, переходи на сторінки, що цікавлять заявника; кожен крок фіксується в описовій частині протоколу, результати огляду (веб-сторінки, фотографії, скріншоти тощо) роздруковуються і підшиваються до протоколу [11].

Так, постає питання допустимості надання скріншоту як доказу в суді. Легального визначення поняття скріншоту в українському законодавстві немає, це, відповідно, спричиняє і неоднакове застосування норм матеріального права у судочинстві. Так, наведемо такі приклади судової практики. У Справі № 175/3823/13-ц [12] суд зазначає, що копії роздруківки скріншоту будь-якого веб-сайту суд не може розцінювати як законні та належним чином обґрунтовані докази. До речі, Т. Рамазанова вважає, що роздруківку веб-сторінки не можна ототожнювати з таким документом, оскільки подібні документи повинні містити найменування суб'єкта господарювання, дату, підпис уповноваженої особи, а в деяких випадках і печатку. Крім того, веб-сторінка не завжди містить посилан-

[1]Під ***джерелом*** розуміється те, що дає початок будь-чому, під ***носієм*** – те, що може слугувати засобом відображення, фіксації, збереження, перенесення // Теорія доказів : підручник для слухачів магістратури юридичних вузів / Антонов К.В., Сачко О. В., Тертишник В. М., Уваров В. Г. ; за заг. ред.. д.ю.н., професора В. М. Тертишника. К.: Алерта, 2015. С. 51.

ня на суб'єкт, який використовує Інтернет-сайт [13]. У справі № 317/3188/16-ц [14] позивач надала такі докази : скріншот з об'явою про продаж дачної ділянки в мережі Інтернет (сайт: http://ua.m2bomber.com/phone/ НОМЕР_1) із номерами телефонів ОСОБА_2; Скріншот з об'явою про продаж дачної ділянки в мережі Інтернет (сайт: http://zaporozhe.zp.besplatka.ua/obyavlenie/prodam-dachu-cb30da) із номерами телефонів ОСОБА_2. Такі докази були сприйняті судом як належні, і позовні вимоги було задоволено. У справі № 486/478/16-ц [15] часткове задоволення клопотання представника позивача прийняти докази (скріншоти) зумовлено виключно підставами повноти та всебічності розгляду справи, а тому жодних оцінок доказів під час судового розгляду справи судом не відбувалось. У справі № 621/1537/14-ц [16] суд цікаво підходить до розуміння «оригіналу» електронного доказу і виходить із того, що з опублікованої статті явно видно, що слова та думки, які приписані відповідачем, не відповідають дійсності. Сказане підтверджено скріншотом статті «ІНФОРМАЦІЯ_4» (Отзыв за заметку ОСОБА_2 в «ІНФОРМАЦІЯ_2») та оригіналом, який завжди доступний у режимі он-лайн за адресою: АДРЕСА_1. У справі № 22-ц/791/380/15 [17] суд бере до уваги як доказ скріншот сайту, що наданий позивачем до ПАТ КБ «ПриватБанк» – www.privat24.ua, через який він мав намір здійснити безготівкову платіжну операцію, обмінний курс придбання валюти на якому 05 жовтня 2014 року був заявлений на рівні 12,98 грн./долар США.

На круглому столі на тему «Нові механізми захисту прав у мережі Інтернет» Голова Вищого господарського суду України Богдан Львів заявив, що суди в якості доказів можуть приймати і звичайні скріншоти веб-сторінок, якщо друга сторона (відповідач) не проти, а також протоколи огляду веб-сторінок, які оформлені нотаріусами РФ [18]. Адже, відповідно до ст. 13 Конвенції «Про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах» [19] від 7 жовтня 2002 р., сторонами яких є члени Співдружності Незалежних Держав, документи, що на території однієї з Договірних Сторін виготовлені або засвідчені установою або спеціально на те уповноваженою особою в межах їх компетенції і за установленою формою і скріплені гербовою печаткою, приймаються на територіях інших Договірних Сторін без якого-небудь спеціального посвідчення.

Як вбачається із наведених справ, жодного нотаріального посвідчення скриншоту не здійснювалось і позивач самостійно. без будь-якого посвідчення надавав такий доказ у судовому процесі. Нині правове регулювання нотаріальної діяльності здійснюється Законом України «Про нотаріат» від 02.09.1993 № 3425-XII та Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України 22.02.2012 № 296/5. У ст. 75 Закону України «Про нотаріат» нотаріуси, посадові особи органів місцевого самоврядування, які вчиняють нотаріальні дії, засвідчують вірність копій документів, виданих підприємствами, установами і організаціями за умови, що ці документи не суперечать закону, мають юридичне значення і засвідчення правильності їх копій не заборонено законом. Достовірність копії документа, виданого громадянином, засвідчується у тому разі, коли справжність підпису громадянина на оригіналі цього документа засвідчена нотаріусом або посадовою особою органу місцевого самоврядування чи підприємством, установою, організацією за місцем роботи, навчання, проживання чи лікування громадянина. Таким чином, самовільно роздрукована інформація з Інтернет, яка містить недостовірну інформацію про особу, не дозволяє визначити належність інформації конкретній юридичній чи фізичній особі, що необхідно для засвідчення копії документа. Однак і Закон України «Про нотаріат» у ст. 83, і Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України у ст. 2 глави 6 дозволяють здійснювати посвідчення фактів – у даному випадку посвідчення часу пред'явлення документа. За таких умов документ повинен відповідати вимогам для його нотаріального посвідчення (має бути виданий юридичною або фізичною особою або пройти попереднє засвідчення у встановленому порядку підпису особи), що у нашому випадку не можливо.

Так, Ю. Г. Охромєєв серед основних проблем збирання доказів про вчинені правопорушення у мережі Інтернет називає: фіксацію вчинення правопорушення; фіксацію дати вчинення правопорушення [2]. Необхідно звернути увагу на Постанову Кабінету Міністрів України від 26.05.2004 № 680 «Про затвердження Порядку засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу». Стаття 2 цієї постанови визначає послугу фіксування часу: це процедура засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу шляхом додання до нього або логічного поєднання з ним позначки часу. Таку послугу надають акредитовані центри сертифікації ключів. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про центральний засвідчувальний орган» від 28 жовтня 2004 року № 1451 на Міністерство юстиції України покладено виконання функ-

цій центрального засвідчувального органу. Ця функція забезпечена шляхом створення засвідчувальних центрів органів виконавчої влади та центрів сертифікації ключів, що передбачено Положенням про Міністерство юстиції України, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 року № 228. Технічне і технологічне забезпечення виконання функцій центрального засвідчувального органу здійснюється державним підприємством «Національні інформаційні системи». Не менш важливим є те, що згідно зі ст. 10 Постанови «Про затвердження Порядку засвідчення наявності електронного документа (електронних даних) на певний момент часу» акредитований центр сертифікації ключів забезпечує надання послуги фіксування часу цілодобово.

Однак знову ж таки вказані нормативно-правові акти поширюють свою дію лише на електронні документи. Отже, доходимо висновку, що процедура нотаріального посвідчення електронних копій не є можливою, оскільки навіть якщо таке посвідчення і відбудеться, то воно стосуватиметься лише підпису особи, а не інформації, що міститься у такому документі. А для вирішення справи по суті значення має саме інформація і можливість надання такого документа як доказу у справі.

Водночас Д. Журавльов пропонує алгоритм дистанційного автоматизованого нотаріального засвідчення копій інтернет-сторінок, сайтів та даних на певний момент часу. На його думку, запровадження дистанційного автоматизованого нотаріального засвідчення копій інтернет-сторінок, сайтів та даних, розміщених на інтернет-ресурсах на певний момент часу не потребує розробки додаткових нормативних та регуляторних актів, а тільки певного їх коригування [20]. Це певною мірою обґрунтовує актуальність створення «Електронного нотаріату». Реалізація цього проекту дозволить розширити сферу використання передових інформаційних технологій, удосконалити процес надання нотаріальних послуг та оптимізувати затрати як клієнтів, так і держави [21]. Так, Міністерство юстиції України у найближчі три роки планує реалізувати «Електронний нотаріат» у нашій країні [22].

Однак згідно із законодавством України на замовлення зацікавлених осіб можуть проводитись експертні дослідження. Нині існують приватні установи, які можуть проводити такі дослідження. Зокрема, Центр Компетенції, який пропонує послуги з видачі Експертного висновку за результатами проведеної фіксації і дослідження змісту веб-сторінки (-ок) у мережі Інтернет, дозволяє встановити факт розміщення контенту в мережі Інтернет станом на певний момент часу для доказування [11]. Така діяльність може здійснюватися на підставі Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень від 08.10.1998 № 53/5 (далі – Інструкція) [23]. Згідно з пунктом 1.3. зазначеної Інструкції на замовлення адвокатів, захисників та осіб, які самостійно захищають свої інтереси, та їх представників, нотаріусів банківських установ, страхових компаній, а також інших юридичних і фізичних осіб виконуються експертні дослідження, що потребують спеціальних знань та використання методів криміналістики і судової експертизи. Результати експертних досліджень викладаються в письмових висновках експертних досліджень згідно з чинним законодавством України.

Таким чином, ми доходимо таких висновків. Так, процедура фіксації скріншотів веб-сторінок передбачає альтернативи використання того чи іншого механізму, який вправі вибрати зацікавлена особа. Проблема полягає у тому, що суд, як свідчить наведена нами судова практика, не завжди приймає такий доказ як належний. Натепер єдиним законним способом фіксації фактів в інформаційній сфері є дії експерта, який здійснює таку діяльність на підставі запиту. Зважаючи на широкий спектр інформаційних правових відносин (електронної комерції, а отже, і розміщення певної інформації про роботи, послуги; електронних засобів масової інформації; інтернет-ресурсів – соціальних мереж, форумів, тощо), можуть виникати ситуації розміщення інформації, що не відповідає дійсності, яка вводить в оману споживача, інформації, що порочить честь, гідність, ділову репутацію особи, тобто будь-які дії, пов'язані з поширенням інформації, яка може завдавати шкоди особі. У зв'язку з цим пропонуємо створення Державної автоматизованої системи фіксації інформації (певного юридичного факту), що розміщена в мережі Інтернет. Це може бути і розширення функцій та компетенцій вже створених Державних підприємств, зокрема ДП «Національні інформаційні системи». Таким чином, будь-яка особа, чиє право порушено, може у будь-який час, звернутись із запитом з метою отримання підтвердження щодо розміщення інформації на тому чи іншому ресурсі. Таке підтвердження матиме статус офіційного документа із зазначенням фіксування часу розміщення інформації. Створення такої системи передбачатиме: захист інформаційних прав осіб;

перешкоджання обігу недостовірної інформації; швидке виявлення правопорушень в інформаційній сфері. Крім того, надання таких інформаційних послуг відповідатиме завданням, які передбачені Законом України «Про національну програму інформатизації» від 04.02.1998 № 74/98-ВР та Концепцією національної програми інформатизації. Реальна реалізація положень, закріплених у наведених нормативно-правових актах, можлива шляхом створення інформаційних систем, які покликані розв'язати наявні проблеми в забезпеченні інформаційних потреб суспільства та держави Україна.

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 № 1618-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19 (дата звернення 27. 05. 2018).

2. Лазебний Л. Фіксація змісту веб-сторінки в мережі Інтернет як елемент здійснення права на захист авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. Щомісячний фаховий журнал «Адвокат». URL: http://iadvocate.com.ua/fiksatsiya-zmistu-veb-storinky-v-merezhi-internet-yak-element-zdijsnennya-prava-na-zahyst-avtorskyh-prav-na-tvory-shho-rozmishheni-v-merezhi-internet/ (дата звернення 27. 05. 2018).

3. Зеров К. Фіксація змісту веб-сторінки в мережі Інтернет як елемент здійснення права на захист авторських прав на твори, розміщені в мережі Інтернет. Протокол. Юридичний Інтернет-ресурс. URL: http://protokol.com.ua/ua/fiksatsiya_zmistu_veb_storinki_v_meregi_internet_yak_element_zdiysnennya_prava_na_zahist_avtorskih_prav_na_tvori_rozmishcheni_v_meregi_internet/ (дата звернення: 27. 05. 2018).

4. Кодола Б. Електронні докази: регулювання, яке буде складно застосувати на практиці. URL: http://zib.com.ua/ua/131203-elektronni_dokazi_regulyuvannya_yake_bude_skladno_zastosuvat.html (дата звернення: 27. 05. 2018).

5. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003 № 851-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/851-15 (дата звернення: 27. 05. 2018).

6. Про електронний цифровий підпис : Закон України від 22.05.2003 № 852-IV / Верховна Рада України. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/852-15 (дата звернення: 27.05.2018).

7. Теорія доказів : підручник для слухачів магістратури юридичних вузів. Антонов К. В., Сачко О. В., Тертишник В. М., Уваров В. Г. ; за заг. ред.. д.ю.н., професора В. М. Тертишника. К.: Алерта, 2015. 294 с.

8. Електронні докази: сьогодення і майбутнє. URL: http://radako.com.ua/news/elektronni-dokazi-sogodennya-i-maybutnie (дата звернення: 27.05.2018).

9. Іванців Я. І. Нотаріальне посвідчення інформації з мережі Інтернет: належність і допустимість доказів. Українське право. URL: http://ukrainepravo.com/scientific-thought/pravova-pozytsiya/notar-alne-posv-dchennya-nformats-z-merezh-nternet-nalezhn-st-dopustim-st-dokaz-v/ (дата звернення: 27.05.2018).

10. Дмитро Журавльов. Засвідчення нотаріусом копій Інтернет-сторінок. URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123634 (дата звернення: 27.05.2018).

11. Збирання доказової бази у випадках порушення прав у мережі Інтернет. URL: https://uba.ua/documents/text/27_01_2012Okhromeev.pdf (дата звернення: 27.05.2018).

12. Справа № 175/3823/13-ц. 23 травня 2014 року. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/39336138 (дата звернення: 01.06.2018).

13. Рамазанова Т. К вопросу о способах защиты прав интеллектуальной собственности в Интернете. Підприємництво, господарство і право. № 9. 2012. С. 25–28.

14. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 317/3188/16-ц від 10 серпня 2016 року. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/59694601 (дата звернення: 01.06.2018).

15. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа №: 486/478/16-ц від 28 квітня 2017 року. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/66417949 (дата звернення: 01.06.2018).

16. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 621/1537/14-ц від 27.10.2014. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/41136252 (дата звернення: 01.06.2018).

17. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 22-ц/791/380/15 від 19 березня 2015 року. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/43222749 (дата звернення: 01.06.2018).

18. URL : https://ua.112.ua/suspilstvo/rezultaty-fiksatsii-veb-storinok-notariusamy-naichastishe-ne-vidobrazhaiut-obiektyvnyi-stan-predmeta-doslidzhen--eksperty-317800.html (дата звернення: 01.06.2018).

19. Про правову допомогу і правові відносини в цивільних, сімейних та кримінальних справах : Конвенція від 7 жовтня 2002 року. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009 (дата звернення: 01.06.2018).

20. Дмитро Журавльов. Засвідчення нотаріусом копій Інтернет-сторінок. URL: http://legalweekly.com.ua/index.php?id=16061&show=news&newsid=123634 (дата звернення: 01.06.2018).

21. В Україні пропонують створити електронний нотаріат. Закон і бізнес. 2013. URL: http://zib.com.ua/ua/35042-v_ukraini_proponuyut_stvoriti_elektronniy_notariat.html (дата звернення: 01.06.2018).

22. URL : https://itc.ua/news/minyust-planiruet-vvesti-v-ukraine-elektronnyiy-notariat-za-schet-sozdaniya-edinogo-reestra-notarialnyih-deystviy/ (дата звернення: 01.06.2018).

23. URL : http://web-fix.org (дата звернення: 01.06.2018).

Статья посвящена исследованию законодательства Украины и других государств о порядке фиксации юридических фактов в информационной сфере. Отечественное законодательство не определяет четкого механизма фиксации скриншотов веб-сайтов, которые содержат недостоверную информацию о личности или другие факты, что вызывает трудности доказывания в судебном процессе, о чем свидетельствует неоднозначная судебная практика. В статье анализируются различные подходы к порядку фиксации скриншотов и порядку их удостоверения. В результате исследования определяются лица, имеющие право осуществлять деятельность, связанную с фиксацией таких юридических фактов, а также сам механизм правового регулирования удостоверения юридических фактов в информационной сфере.

Ключевые слова: юридический факт, информация, информационные отношения, скриншот, фиксация, Интернет.

The article is devoted to the study of legislation of Ukraine and other countries regarding the order of proving the identity of legal facts in the information sphere. Domestic legislation does not define a clear mechanism of proving the identity of website screenshots containing misleading information about an individual or some events. This may cause difficulties of proof at the trial as evidenced by the controversial jurisprudence cases. The article analyses the different approaches regarding the procedure of proving the identity of the screenshots and the order of their confirmation. As a result of the present research the persons who possess the right to carry out the activities related to proving the identity of such legal facts are determined, as well as the mechanism of legal regulation of the proving of legal facts in the information sphere is provided.

Key words: legal fact, information, information relationships, screenshot, procedure of proving the identity, Internet network.

УДК 347.72.032.1

Олексій Артикуленко,
здобувач
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВОСУБ'ЄКТНІСТЬ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ: СУЧАСНІ ВИКЛИКИ ТА НЕВИРІШЕНІ ПИТАННЯ

Стаття присвячена розгляду невирішених питань правосуб'єктності юридичної особи у контексті розгляду норм приватного права та позицій фахівців цивільного та господарського права. Акцентовано увагу на декількох основних проблемних аспектах щодо відсутності нормативного закріплення поняття «цивільна правосуб'єктність» в нормах чинного законодавства, застосування на рівні кодифікованих актів України різних понять – «правосуб'єктність» та «компетенці»я, – які відображають однакову змістовну наповненість одного й того ж правового явища, а також можливість використання категорії «цивільна правосуб'єктність» юридичної особи для інших галузей права.

Ключові слова: юридична особа, правоздатність, дієздатність, суб'єкт права, учасник цивільних правовідносин.

Постановка проблеми. Правосуб'єктність – категорія, яка міцно встановилася в цивілістичній теорії та науці, хоча законодавство відповідної термінології не використовує. Взагалі наука цивільного права, з незрозумілих причин, віддає пріоритет вивченню категорії «правосуб'єктність» у контексті дослідження проблематики правового статусу фізичних осіб, залишаючи майже без уваги питання виникнення, зміни та припинення її у юридичних осіб. Лише окремі праці цивілістів можна зарахувати до тієї категорії наукових робіт, які висвітлюють проблематику правосуб'єктності юридичних осіб. Це напрацювання А.В. Венедиктова, В.І. Борисової, С.М. Братуся, Ю.М. Жорнокуя, А.В. Зеліско, О.І. Зозуляк, Н.В. Козлової, В.М. Кравчука, О.А. Пушкіна, І.В. Спасибо-Фатєєвої та інших. Проте вказані напрацювання, порівняно з вивченням правосуб'єктності фізичних осіб, є недостатніми у контексті зміни економічних умов ведення підприємницької діяльності, зміни політичного вектору України (в тому числі й рецепції окремих положень європейського законодавства) та розвитку нових технологій, що призводить до новітніх підходів у суб'єктному складі учасників цивільних відносин (наприклад, обговорюється питання про наділення штучного інтелекту правами суб'єктів цивільних відносин (соціологізація штучного інтелекту) [1].

Метою статті є з'ясування окремих питань правосуб'єктності юридичної особи, які на сьогодні не мають однозначної відповіді у законодавстві та правовій доктрині.

Виклад основного матеріалу. З'ясування проблемних питань поняття, змісту та особливостей правосуб'єктності юридичних осіб натикається на невирішеність загальних цивілістичних підходів до розуміння самої категорії «правосуб'єктність». В юридичній літературі зазначено, що причина відсутності нормативного закріплення поняття «цивільна правосуб'єктність» пов'язана швидше із причинами не лише галузевого, але й загального теоретико-правового характеру – належність поняття «правосуб'єктність» до «категорій права» та існуючу у доктрині тенденцію до виокремлення, умовно висловлюючись, «різногалузевих правосуб'єктностей», у тому числі юридичних осіб.

Відсутність легально закріпленого поняття правосуб'єктності не означає, що його не існує і воно не використовується у цивільному законодавстві. У контексті ст. 91 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) «Цивільна правоздатність юридичної особи» та ст. 92 ЦК України «Цивільна дієздатність юридичної особи» варто звернути увагу, що відправною крапкою для розуміння цих категорій для юридичної особи є аналоги, які застосовуються вимогами ст. ст. 25 та 30 ЦК України щодо фізичної особи. Зокрема, в ЦК України закріплено визначення правоздатності та дієздатності, що отримали найбільшу підтримку в цивілістичній доктрині.

У питаннях правосуб'єктності юридичних осіб в ЦК України введено цілу низку положень, що є відмінними від тих, що існували раніше. Наприклад, на відміну від ЦК УРСР, який закріплював спеціальну (цільову) правоздатність юридичної особи (ст. 27), ЦК України визнав загальну правоздатність юридичної особи (ч. 1 ст. 91 ЦК України). Тим самим розширено (збільшено) об'єм правоздатності будь-якого із суб'єктів, який

© О. Артикуленко, 2018

має ознаки (властивості) юридичної особи. Такий підхід є загальним правилом і він поширюється на всі види юридичних осіб незалежно від мети їх створення. Отже загальна (універсальна) правоздатність визнається за всіма юридичними особами.

Звертає на себе увагу такий факт. Якщо чітко дотримуватися вимог ЦК України, який закріпив єдину підставу виокремлення юридичних осіб приватного права – порядок створення (ч. 2 ст. 81), то до таких юридичних осіб мають бути віднесені, наприклад, політичні партії, та профспілки, благодійні та інші непідприємницькі організації. Натомість, законодавчі акти, що визначають їх правове становище, на відміну від ч. 1 ст. 91 ЦК України, закріплюють не загальну, а спеціальну правоздатність (ст. 2 Закону України «Про професіональні спілки, їх права і гарантії діяльності», ст.ст. 11, 21, 39 Закону України «Про громадські об'єднання»). Отже можна констатувати існування конкуренції норм між ЦК України та вказаними спеціальними нормами. У цьому разі останніми слід керуватися при визначенні виду правоздатності вказаних організацій. Це означає, що правоздатність профспілок та громадських об'єднань є спеціальною. Отже виключити можливість введення в оману щодо загальної правоздатності всіх юридичних осіб можна було б, сформулювавши норму ч. 1 ст. 91 ЦК України як відсилочну.

Правило про закріплення загальної правоздатності щодо усіх юридичних осіб слід сприймати з певними винятками [2, с. 176]. Слід звернути увагу на п. 3.8 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України № 11 від 29.05.2013 р. «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» [3], в якому вказано, що цивільна правоздатність юридичної особи, за загальним правилом, є універсальною. Одночасно винятки із зазначеного правила встановлюються законом. Зокрема, ст. 86 ЦК України передбачено, що непідприємницькі товариства можуть поряд із своєю основною діяльністю здійснювати підприємницьку діяльність за умов, що інше не встановлено законом і якщо ця діяльність відповідає меті, для якої вони були створені, та сприяє її досягненню.

Фактично лише підприємницькі організації мають загальну правоздатність. Однак із цього загального правила є виключення і закон може встановлювати спеціальну правоздатність підприємницьких організацій на окремих ринках. Так, наприклад, не викликає сумніву визнання спеціальної правоздатності у банків, страхових компаній, інших фінансових установ. Таким чином, виключенням із загального правила про загальну правоздатність юридичних осіб є, по-перше, підприємницькі організації, що здійснюють виключні види діяльності, що й володіють виключною правосуб'єктністю, по-друге, непідприємницькі організації в силу прямої вказівки норм спеціальних законів, що закріплюють їх правове становище.

Певну суперечність у розуміння правосуб'єктності юридичної особи вносить відсутність єдиного розуміння категорії «правосуб'єктність» взагалі. Так, запропоноване СС. Алексєєвим розуміння правосуб'єктності як визнаної правопорядком юридичної якості особи, як абстрактної можливості бути суб'єктом права [4, с. 138] сприйняте як в загальній теорії права, так і в теорії цивільного права. Наведена думка отримала подальший розвиток в ідеї про те, що не природа, не суспільство, а лише держава в дійсності визначає, хто і за яких умов може бути суб'єктом права, а, як наслідок, і учасником правовідносин, які якості він повинен мати. Лише законом може встановлюватися і визнаватися та особлива юридична якість, чи властивість, яка дозволяє особі чи організації стати суб'єктом права. Ця якість чи властивість має назву правосуб'єктність [5, с. 646]. У повному ступені сказане стосується також і правоздатності та дієздатності, які є елементами правосуб'єктності юридичних осіб.

Наведення бачення правосуб'єктності не є єдиним в юридичній науці. Зазначається, що походження «правоздатності» жодним чином не пов'язується з позитивним правом, оскільки правоздатність це специфічна невід'ємна властивість людини, з якою вона вступає у світ в момент народження і яка забезпечуватиме її природне право на життя, вона є природною здатністю людини мати загальні права і обов'язки [6, с. 66]. Вважаючи, що категорія «правосуб'єктність» має існувати на рівні доктринальному, а не законодавчому, А.В. Зеліско підтримує точку зору про те, що правосуб'єктність означає характеристику суб'єкта права, тобто здатність бути носієм прав та обов'язків [7, с. 124].

Вважаємо, що відсутність єдиного розуміння категорії «правосуб'єктність» на доктринальному рівні викликана існуванням декількох теорій правосуб'єктності – теорією волі (Ф.-К. фон Савіньї)[1], теорією інтересу (Р. фон Ієринг), теорією юридичної особистості та комбінаційних теорій, які щодо тлумачення правосуб'єктності суб'єкта ци-

[1]Від вольової теорії правосуб'єктності слід відрізняти інші теорії, хоча вони ґрунтуються на її основних постулатах. До їх числа варто віднести 1) психологічну теорію (Л. І. Петражицький) та 2) класову теорію (економічну) (К. Маркс).

вільного права поєднували в собі елементи теорій волі та інтересу [8, с. 27–52]. Використання формально-юридичного підходу, що суб'єктом права є той, хто визнаний як такий об'єктивним правом відрізняється від теорій інтересу та волі зовсім не тим, що він знімає питання про нижню межу (умови визнання) правосуб'єктності. Проте, такий підхід надає можливість визнати суб'єктом права будь-кого (хоча й чисто теоретично). Такий підхід безпосередньо стосується нині існуючих теорій щодо визначення поняття «юридична особа».

Наступним проблемним аспектом у визначенні правосуб'єктності юридичних осіб є питання і про узгодженість законодавчого підходу під час визначення якісної характеристики підприємницьких організацій в ЦК України і Господарському кодексі України (далі – ГК України). У ГК України застосовується категорія «господарська компетенція», натомість цей нормативний акт взагалі не використовує категорію «правосуб'єктність» та її різновиди – правоздатністб та дієздатность.

ГК України (ч. 1 ст. 55, ч. 1 ст. 207) на відміну від ЦК України використовує категорію «господарська компетенція», яка визначається як сукупність прав та обов'язків суб'єкта господарювання. Доцільність допущених відмінностей у підходах законодавця під час визначення одного й того ж явища – юридичної характеристики (юридичної якості) суб'єкта є досить сумнівною. Однак В.С. Щербина вважає, що якщо в цивільному законодавстві і цивільному праві «канонічними» є категорії право- і дієздатності, що в своєму поєднанні утворюють «правосуб'єктність», то в господарському законодавстві і господарському праві України вживається термін «господарська компетенція» [9, с. 17], відповідно через неї виражається категорія «правосуб'єктність» в науці господарського права, яка традиційно досліджується «в теорії через «праводієздатність» [9, с. 11]. Отже, визначаючи поняття «компетенції» ширшим за обсягом, ніж поняття «правоздатності» та «дієздатності», вчені-господарники в такий спосіб виводять його за межі традиційних галузей права і включають у господарське право. Наведені позиції мають низку критичних зауважень[2].

В юридичній літературі існує й компромісна точка зору, за якою компетенція та правосуб'єктність юридичної особи – це різні правові категорії, кожна з яких визначає одну із сторін її самостійності. Ці поняття не слід ототожнювати чи порівнювати залежно від обсягу, їх слід розглядати у взаємозалежності та взаємодії, адже більшість правових питань, які виникають у сфері господарювання, неможливо вирішити, спираючись лише на правосуб'єктність чи компетенцію. Але при цьому перевагу слід надавати цивільній правосуб'єктності юридичної особи, яка, як елемент правового статусу останньої, виступає передумовою набуття суб'єктивних цивільних прав та обов'язків [2, с. 23–24, 31]. Викладене свідчить про необхідність узгодження положень ЦК та ГК України.

Щодо проблематики виокремлення «різногалузевих правосуб'єктностей» та місця в них цивільної правосуб'єктності варто зазначити відсутність єдиної думки науковців з цього питання та існування трьох наукових позицій.

Відповідно до першої не слід особливо виділяти цивільну правосуб'єктність, а взагалі вказати загальну правосуб'єктність. Інакше складається враження, що конструкція юридичної особи слугує лише для обслуговування цивільних правовідносин [12, с. 82–83]. За другим підходом основна ідея ґрунтується на тому, що юридична особа є носієм цивільної, адміністративної, фінансової, трудової та інших правосуб'єктностей, а вид правосуб'єктності визначається, в такому разі, метою і завданнями, які реалізуються юридичною особою і які зумовлюють її значення у правовому статусі юридичної особи [13, с. 402]. У противагу наведеному виокремлюється третя позиція, за якою пріоритет варто надавати саме цивільній правосуб'єктності юридичної особи, участь же в адміністративних, трудових та інших правових зв'язках є наслідком реалізації відповідної правосуб'єктності. Зокрема, Н.В. Козлова вказує, що правосуб'єктність юридичної особи має, в першу чергу, цивільно-правовий характер в силу того факту, що вона створюється, функціонує та припиняє свою діяльність відповідно до норм цивільного права [14, с. 126].

К.А. Флейшиць стверджує, що правоздатність є необхідною лише для цивільних правовідносин. Особа є носієм інших нецивільних прав та обов'язків не тому, що вона може бути їх носієм, а тому, що набуває їх згідно закону або інших підстав [15, с. 267].

[2]Зокрема, А.В. Венедіктов стверджував про потребу у розмежуванні цивільної та адміністративної правосуб'єктності, виступаючи проти «тенденції спотворити цивільно-правові та адміністративно-правові відносини в рамках єдиного господарського права» [10, с. 641–642]. Відповідно варто підтримати думку, що поняття «компетенція» є характерним для відносин влади і підпорядкування, тому, на погляд С.О. Лозовської, не є можливим застосування поняття компетенції під час характеристики юридичних осіб як суб'єктів цивільного права [11, с. 134].

Погоджуючись з наведеним, А.В. Зеліско вважає цивільну правосуб'єктність юридичної особи первинною, конститутивною та пріоритетною [7, с. 126–127].

Не дивлячись на те, що конструкція юридичної особи використовується не лише цивільним правом, але й іншими галузями, зважимо на те, що правосуб'єктність юридичної особи має цивільно-правовий характер.

У юридичній літературі навіть висловлена точка зору про недоцільності використання категорії «правосуб'єктність», що пояснюється «штучністю»[3] її походження, відсутністю реального змісту та стверджується, що всю повноту характеристик суб'єкта цивільного права можна розкрити через цивільну правоздатність та цивільну дієздатність [17, с. 18] або «праводієздатність». З таким підходом не погоджується О.І. Зозуляк, вказуючи, що правосуб'єктність виступає чи не єдиним узагальнюючим поняттям, яке виражає статус суб'єкта права в цілому [2, с. 13], хоча в подальшому сама собі суперечить вказуючи, що правосуб'єктність вже виступає складовим елементом правового статусу особи, і в цьому проявляється основна її цінність [2, с. 16] або цивільна правосуб'єктність є такою характеристикою особи, при якій правоздатність та дієздатність виступають передумовою формування правового статусу останньої [2, с. 18]. З таким підходом навряд чи можна погодитися, бо «статус суб'єкта» не є тотожним поняттю «правосуб'єктність», оскільки останній – це наявність у особи певного «набору» прав та обов'язків, у той час як правосуб'єктність – це передумова до можливості бути учасником цивільних відносин. У цьому контексті зважимо, що категорія правосуб'єктності закріплює *коло осіб, які володіють здатністю виступати носіями суб'єктивних прав та обов'язків* (виділено мною. – О. А.), визначає загальне правове становище, закріплене нормами цивільного права.

[3]У той же час висловлена думка, за якою потреба у використанні поняття «правосуб'єктність» обумовлена, по-перше, необхідністю розмежування правосуб'єктності як здатності суб'єкта мати права та нести обов'язки, а також набувати та здійснювати ці права та виконувати обов'язки своїми діями із суб'єктивними правами та обов'язками у правовідношенні, де праву однієї особи кореспондує обов'язок іншої і навпаки. По-друге, необхідністю розмежування понять «обмеження прав як елементів правосуб'єктності» та «обмеження прав у правовідношенні», оскільки обмеження прав як елементів правосуб'єктності здійснюється не через обсяг кореспондуючих обов'язків, а через встановлення загальних заборон або обов'язків на користь необмеженого кола осіб, додержання яких є необхідним для того, щоб вступити у правовідносини [16, с. 7].

Висновки.

На підставі викладеного доходимо висновку, що:

1. Юридичні особи повинні мати правосуб'єктність, яка означає здатність конкретної особи визнаватися учасником цивільних правовідносин. Наявність у особи правосуб'єктності допускає наявність у неї правоздатності, дієздатності, деліктоздатності та інших елементів правосуб'єктності, які такий суб'єкт отримує в результаті наділення його правами та обов'язками відповідно до норм цивільного законодавства. Поєднання всіх цих складових означає, що особа, що володіє ними, є суб'єктом цивільного права.

2. У контексті співвідношення норм ЦК України (ст. 91, 92) та ГК України (ст. 55) вважаємо, що незалежно від того яким нормативно-правовим актом визначається правове становище юридичної особи, щодо неї мають застосовуватися загальні положення ЦК України про її правоздатність та дієздатність. Відповідні норми є загальними та свідчать про визнання загальної правосуб'єктності за всіма юридичними особами. При цьому положення ст. 91 та ст. 92 ЦК України мають визнаватися бланкетними (відсилочними) щодо положень відповідних спеціальних нормативних актів, у тому числі й ГК України.

Виключенням із загального правила про загальну правоздатність юридичних осіб є, по-перше, підприємницькі організації, що здійснюють виключні види діяльності, що й володіють виключною правосуб'єктністю, по-друге, непідприємницькі організації в силу прямої вказівки норм спеціального законодавства, яке встановлює їх правове становище.

3. Призначення категорії правосуб'єктності як загальної передумови участі в цивільних правовідносинах полягає в тому, що за своєю роллю в механізмі правового регулювання правосуб'єктність виступає як засіб фіксації (закріплення) кола суб'єктів – осіб, які мають здатність бути носіями суб'єктивних прав та обов'язків, визначає закріплюване нормами права загальне правове становище суб'єктів.

Список використаних джерел:

1. Calo R. Robots in American Law. // Legal Studies Research Paper No. 2016-04. URL: http://ssrn.com/abstract=2737598.

2. Зозуляк О.І. Реалізація цивільної правосуб'єктності юридичних осіб у договірній формі: монографія / О.І. Зозуляк. Івано-Франківськ: Нова зоря, 2012. 216 с.

3. Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Постано-

ва Пленуму Вищого господарського суду України № 11 від 29.05.2013 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13.

4. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. Т. 2. М.: Юрид. лит., 1981. 360 с.

5. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учеб. / М.Н. Марченко. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 756 с.

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

7. Зеліско А.В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних відносин: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. 445 с.

8. Белов В.А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. М.: Изд-во Юрайт, 2011. 1093 с.

9. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права: монографія В.С. Щербина. К.: Юрінком Інтер, 2008. 264 с.

10. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М., Л.: АН СССР, 1948. 839 с.

11. Лозовская С.О. Правосубъектность в гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Моск. гос. юрид. акад. М., 2003. 220 с.

12. Мавліханова Р.В. Виробничі кооперативи як суб'єкти цивільного права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. 225 с.

13. Якушев В.С. Институт юридического лица в теории, законодательстве и на практике. Антология уральской цивилистики. 1925. – 1989 гг.: сб. статей. М., 2001. С. 398–410.

14. Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005. 476 с.

15. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав. Вопросы общей теории советского права. М.: Госюриздат, 1960. С. 267–282.

16. Курбатов А.Я. Правосубъектность кредитных организаций: теоретические основы формирования и проблемы реализации: автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2009. 26 с.

17. Субъекты гражданского права / отв. ред. Т.Е. Абова. М.: Ин-т государства и права РАН. Центр цивилист. исслед., 2000. 125 с.

Статья посвящена рассмотрению нерешенных вопросов правосубъектности юридического лица в контексте рассмотрения норм частного права и позиций специалистов гражданского и хозяйственного права. Акцентировано внимание на нескольких основных проблемных аспектах в отношении отсутствия нормативного закрепления понятия «гражданская правосубъектность» в нормах действующего законодательства, применения на уровне кодифицированных актов Украины различных понятий – правосубъектность и компетенция, – которые отображают одинаковое содержательное наполнение одного и того же правового явления, а также возможность использования категории «гражданская правосубъектность» юридического лица для других отраслей права.

Ключевые слова: юридическое лицо, правоспособность, дееспособность, субъект права, участник гражданских правоотношений.

The article is focused on the consideration of unresolved issues of legal personality of a legal entity in the context of reviewing the norms of private law and positions of specialists in civil and commercial law. The author has paid attention on several main problem areas regarding the lack of normative consolidation of the concept of «civil legal personality» in the norms of the current legislation; the application of various concepts at the level of codified acts of Ukraine – legal personality and competence – which reflect the same content of the same legal phenomena, as well as the possibility of using the category of «civil legal personality» of a legal entity for other branches of law.

Key words: legal entity, legal capacity, transactional capacity, subject of law, participant in civil legal relations.

УДК 340.1

Іванна Полонка,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри професійних та спеціальних правових дисциплін
ПВНЗ «Буковинський університет»

МЕХАНІЗМ НЕПРАВОМІРНОЇ ПОВЕДІНКИ В ТЕОРІЇ ПРАВА : АВТОРСЬКИЙ ПІДХІД

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу стадій розвитку механізму неправомірної поведінки, таких як: еволюційна негативна динаміка потреб людини, викривлення в системі правових інтересів, поява антигромадських мотивів поведінки, обґрунтування антиправової ціннісної орієнтації поведінки, асоціальна установка, постановка мети, спрямованої на порушення норм права та прийняття рішення про вчинення неправомірної поведінки. Запропоновано методику боротьби з неправомірною поведінкою та вказано на перспективи подальшого дослідження.

Ключові слова: неправомірна поведінка, механізм неправомірної поведінки, стадії розвитку неправомірної поведінки, методика боротьби з неправомірною поведінкою.

Постановка проблеми. Проблеми неправомірної поведінки людини є однією із найважливіших та нагальних сфер дослідження сучасної юриспруденції. Особливо актуальним видається вивчення механізму неправомірної поведінки, що в результаті дозволяє осмислити, передбачити та попередити процеси, які передують людській активності, визначити об'єктивні закономірності індивідуального сприйняття дійсності та встановити, яким чином середовище, в якому перебуває індивід, впливає на прийняття ним юридичних рішень, які мають неправомірний характер.

Комплексне пізнання механізму неправомірної поведінки допоможе виокремити поетапно всі його стадії та безпосередньо виявити шкідливий вплив на складові частини цього механізму, переорієнтовуючи розвиток негативних чинників, що сприяють вчиненню неправомірних діянь. Опанування процесу переходу однієї стадії механізму неправомірної поведінки в іншу, аналіз структурних елементів, що діють на рівні кожної стадії і сприяють такому переходу, відкриває реальну та цілісну картину причинно-наслідкових зв'язків розвитку неправомірної поведінки. А наявність закономірного зв'язку її вчинення, плюс знання цих закономірностей є повною методологічною основою для попередження та максимальної нейтралізації діянь антиправового характеру.

Стан дослідження. Серед теоретиків права, які вивчали інститут неправомірної поведінки, слід виділити таких, як: Т. З. Гарасимів [1], А. П. Гончарук [2], В. В. Комлик, В. В. Оксамитний, Н. М. Оніщенко [3], Г. В. Свириденко [4], В. І. Тимошенко [5], О. Ю. Фонарюк [6] та інші.

Відзначаючи напрацювання вказаних вчених у становленні сучасних поглядів на явище неправомірної поведінки, наголосимо на нагальності спрямування гносеологічного потенціалу на дослідження її теоретичного аспекту з урахуванням механізму її становлення, факторів, що беруть участь у цьому процесі, та методики боротьби з нею.

Мета дослідження полягає у здійсненні теоретико-правового аналізу стадій розвитку механізму неправомірної поведінки та вироблення методики боротьби з нею.

Виклад основного матеріалу. Реальна поведінка людини – це результат переведення механізму правової поведінки в дію, коли всі стадії працюють на своєму рівні, а в сукупності готують суб'єкта права до прийняття рішення, яке в майбутньому трансформується в дію. Слід враховувати, що на кожну стадію впливає певна група факторів, а багато з них продовжують свою дію і в інших стадіях, видозмінюючись на більш високому рівні.

Схема механізму неправомірної поведінки модифікується залежно від специфіки чинників впливу об'єктивного і суб'єктивного характеру. Аналіз усіх позитивних та негативних факторів впливу, під дією яких особа вибирає найбільш прийнятний для неї спосіб задоволення власних потреб, дозволяє визначити можливу поведінку суб'єкта.

Механізм неправомірної поведінки – це цілісна система формування у суб'єкта права потреб, інтересів, мотивів, ціннісних орієнтацій, цілей та установок щодо розуміння та сприйняття антиправа, які мають неправовий та позасоціальний характер і в результаті провокують особу на прийняття рішення про вчинення неправомірної поведінки.

© І. Полонка, 2018

Спробуємо відобразити основні стадії розвитку механізму неправомірної поведінки.

1. Еволюційна негативна динаміка потреб людини – це внутрішній спонукальний мотив людини, який провокує її до певного виду активності. Іншими словами, це прагнення суб'єкта права досягти певних цінностей, і, якщо йдеться про початковий етап неправомірної поведінки, то, відповідно, задоволення цих цінностей має антиправовий характер.

Суб'єкти неправомірної поведінки на рівні задоволення власних потреб не завжди мають протизаконну спрямованість, однак у результаті впливу ряду факторів можуть трансформуватися. На цей аспект впливають такі чинники:

– правовий інфантилізм – несформованість та недостатність правових знань у суб'єктів права, низький рівень правосвідомості та негативне сприйняття почуття відповідальності щодо своєї поведінки в рамках права;

– правова пасивність – володіння нормативною базою на достатньому рівні, однак свідоме небажання розуміння сенсу і цілей правового регулювання;

– деформоване розуміння права – суб'єкт ознайомлений з вимогами системи права, проте негативно ставиться до чинних норм права, підтримуючи антигромадську та антиправову позицію.

2. Викривлення в системі правових інтересів – це об'єктивно зумовлений мотив діяльності людини, що складається з усвідомленої та конкретизованої ним власної потреби та з'ясування умов і засобів її досягнення поза межами права.

На цій стадії внутрішньо сформована передумова можливої реалізації суб'єктом своїх прав та свобод (в основі якої лежить потреба) отримала певне викривлення, що полягає у невідповідності дій нормам права, тобто особа прагне задовольнити свої інтереси, порушуючи права інших осіб.

Наступним складником цієї стадії є формування суб'єктом права своєї антиправової позиції стосовно безпосереднього ставлення до чинних норм права, яка поділяється на:

– активну позицію – свідоме заперечення чинності нормативно-правових актів суб'єктом права;

– пасивну позицію – приховування реального ставлення до норм права у суспільстві, де перебуває особа;

– змішану позицію – визнання норм права публічно та внутрішнє нехтування ними.

3. Поява антигромадських мотивів поведінки – це внутрішнє суб'єктивне спонукання поведінки особи, яка суперечить інтересам громадськості, завдає шкоди суспільству та державі.

Вказана стадія бере свій початок із недоліків правового та морального виховання суспільства, невідповідності умов розвитку здібностей і психологічних властивостей суб'єкта, що у майбутньому впливає на несприятливе формування особистості та підштовхує до формування таких якостей людини, як егоїзм, жадібність, байдужість, комплекс неповноцінності, впевненість у пріоритеті грошей, багатства над іншими цінностями та ін. Зазначені характеристики в основному трансформуються в антигромадські мотиви поведінки.

4. Обґрунтування антиправової ціннісної орієнтації поведінки – це неправильне розуміння суб'єктом права нормативно вираженої зовні системи установок і ціннісних орієнтацій (при цьому суб'єкт права свідомо намагається реалізувати саме деформований зміст цінностей). На основі антиправових ціннісних орієнтацій у суб'єкта права виробляється асоціальна установка.

5. Асоціальна установка – конкретизація антиправових ціннісних орієнтацій, яка вже безпосередньо підводить суб'єкта права до дії. Вона включає в себе, крім готовності до певної дії, ще й конкретний спосіб та порядок здійснення, що вказує на вибір варіанту поведінки.

Стадія асоціальної установки виростає з потреб, інтересів та орієнтації людини і ближче всіх стоїть до прийняття суб'єктом права юридичного рішення.

Асоціальна установка перебуває в безпосередньому зв'язку з конкретною життєвою ситуацією суб'єкта права та індивідуальними особливостями особи. Саме ці фактори можуть стати імпульсом до вчинення суб'єктом неправомірних діянь.

Складовою частиною цієї стадії є вироблення готовності особи виправдати правопорушення, миритися із беззаконням, використовувати насильство як засіб розв'язання конфліктів та ін..

6. Постановка мети (цілі), спрямованої на порушення норм та принципів права, – це усвідомлені уявлення суб'єкта права про бажаний (суспільно шкідливий або небезпечний) результат, якого він прагне досягнути.

Мета відображається у свідомості суб'єкта права уявленням про майбутні події, пов'язані з його потребами, інтересами та орієнтаціями. Вона виводиться як закономірний результат попередніх стадій механізму неправомірної поведінки.

На цій стадії особа не тільки усвідомлює свою конкретну мету, а й аналізує, який варіант швидше за все призведе до її досягнення.

Суб'єкт права усвідомлює суспільно шкідливий (небезпечний) наслідок свого діяння, шкоду, яку він може спричинити, відповідальність, однак хоче реалізувати свою мету, яка для нього є дуже бажаною.

7. Прийняття рішення про вчинення неправомірної поведінки – це підсумкова стадія її механізму, на якій суб'єкт вирішує діяти саме неправомірним шляхом.

Усі попередні стадії є підготовчими. Особа, задовольняючи власні потреби, керується викривленими правовими інтересами, антигромадськими мотивами поведінки та антиправовою ціннісною орієнтацією, що провокує вироблення асоціальної установки та постановки спрямованої на порушення норм права мети. Взаємозв'язок вище вказаних стадій призводить до прийняття суб'єктом права саме неправомірного рішення, а неправомірна поведінка стає уже безпосередньо фактом.

Усі елементи вказаних стадій взаємопов'язані. На різних етапах вони відіграють неоднакову роль. В одному на передній план виступає одна грань того чи іншого чинника, в іншому – друга.

Розглянувши стадії механізму неправомірної поведінки, вважаємо закономірним розроблення заходів для максимальної нейтралізації і в перспективі (нехай і далекій) повного усунення негативних факторів, які мають вплив на вчинення неправомірних діянь.

Для забезпечення реальної можливості імплементації теоретичних напрацювань щодо подолання неправомірної поведінки у практичні заходи необхідне застосування оновленої методики боротьби з неправомірною поведінкою на різних стадіях її механізму.

Методика боротьби з неправомірною поведінкою – це здійснення компетентними органами держави або самим суспільством ряду заходів виховного, профілактичного, попереджувального характеру задля недопущення вчинення неправомірного діяння.

На стадії еволюційної негативної динаміки потреб людини необхідно вжити таких заходів:

а) систематичне здійснення правової інформованості суспільства (тобто потреба відповідного знання та правильного розуміння права), яка включає такі дії: посилення активізації програми правового всеобуча серед усіх верств населення нашої держави; постійне вдосконалення правової інформованості громадян із застосуванням засобів наочності; проведення аналізу суспільної думки щодо визначення основних потреб у суб'єкта права та активна спрямованість зусиль компетентних органів держави на їх безпосереднє задоволення;

б) нормативне та реальне панування соціальної забезпеченості суспільства, що вимагає вжиття таких заходів: встановлення єдності норм права і цінностей, які покликані охороняти свободу та рівність громадян; законодавче визначення чіткої функціональної залежності між тим, що дає суспільству суб'єкт права, і тим, що він отримує від нього; дотримання узгодженості внутрішньої правової системи з політичною, соціальною, економічною та іншими сферами життя суспільства;

в) забезпечення ефективного та досконалого правового регулювання, що передбачає глибоку обґрунтованість поставлених у нормативно-правовому акті цілей та підвищення престижності політико-правових директив і рекомендацій у законодавстві.

Стадія викривлення в системі правових інтересів потребує позитивних перетворень на державно-правовому та суб'єктивному рівні.

На державно-правовому рівні видається необхідним: конструювання такої моделі правового інтересу, яка б відповідала концепції інформаційного суспільства з урахуванням чинників глобалізаційного процесу світового соціуму; здійснення належного захисту національного інтересу, який виражає синкретичну єдність суспільного і державного інтересу та корелюється зі спільними цінностями розвинених країн світу.

На суб'єктивному рівні потрібно: проводити правове виховання громадян, яке включає не тільки правове інформування та навчання, а й переконання в справедливості чинних норм права; підвищувати рівень морального виховання особистості, починаючи із сім'ї, на рівні дошкільних закладів, школи та церкви, що в результаті формує стійкі моральні якості та навички правової поведінки людини.

На стадіях появи антигромадських мотивів поведінки та обґрунтування антиправової ціннісної орієнтації потрібно вжити заходи у таких сферах діяльності держави:

– в оборонній – забезпечити національну безпеку держави, територіальну цілісність, суверенітет, громадську злагоду населення та спокій людей;

– соціальній – змінити вектор соціальної політики держави щодо надання можливості отримання якісної освіти, належного рівня життя та реалізувати гідну соціальну допомогу населенню;

– економічній – активізувати програму підвищення рівня добробуту населення України, здійснюючи таким чином оздоровлення суспільства та зняття депресивного стану соціуму;

– духовній – виховання духовності нації, підтримання нормального морально-психологічного клімату в суспільстві, що передбачає викорінення явища екстремізму та протидію насильству як одному із методів вирішення конфліктів;

– організаційній – поліпшити діяльність судових та правоохоронних органів, тобто підвищити рівень ефективності їхньої роботи;

– медичній – проведення постійної профілактичної роботи з особами, які страждають на психічні розлади і схильні до скоєння злочину, та підлітками з неблагополучних сімей, які ведуть антигромадський спосіб життя.

Крім цього, на даних стадіях потрібно скоригувати поведінку суб'єкта права на соціально активному шляху, допомогти викривлений правовий інтерес скерувати в правомірну дію. Необхідно запропонувати суб'єкту права з багатьох шляхів реалізації своїх інтересів вибрати кращий, законний шлях.

Орієнтація поведінки може змінюватися залежно від соціальної ситуації. Вона завжди в руслі. Тому потрібно безперервно аналізувати діяльність державних органів у тій чи іншій сфері правового регулювання, щоб ціннісні орієнтації відповідали праву.

На стадії асоціальної установки та постановки мети (цілі), спрямованої на порушення норм та принципів права, треба вжити таких заходів: переорієнтувати засоби масової інформації з демонстрації культу жорстокості, цинізму і насильства на прищеплення молоді загальнолюдських цінностей та національних духовних традицій; нейтралізувати вплив необ'єктивних та неправдивих інформаційних технологій, трансформованих громадською думкою, на установку людини, тобто викорінити процес зомбування людей.

На стадії прийняття рішення про вчинення неправомірної поведінки потрібно скоригувати поведінку суб'єкта права за допомогою проведення таких заходів: започаткувати на телебаченні цикл науково-інформаційних програм для дітей, підлітків та дорослих з питань активної пропаганди здорового способу життя, правової освіти неповнолітніх та молоді; популяризувати інформаційно-освітні програми та тренінги, що орієнтують на підвищення рівня усвідомлення суспільством цінності власного здоров'я та відповідальності за його збереження.

Висновки.

Наукове моделювання механізму неправомірної поведінки дозволяє відтворювати та коригувати всі ті процеси та явища, які провокують суб'єкта права на вчинення неправомірних діянь. Тільки за умови такого багатовимірного, нелінійного підходу можна визначити місце і значення впливу зовнішніх і внутрішніх факторів правової дійсності на поведінку людини та переорієнтувати, у разі необхідності, потреби людини, викривлені правові інтереси, антигромадські мотиви поведінки, антиправову ціннісну орієнтацією, асоціальну установку та спрямовану на порушення норм права мету, адже саме вищевказані елементи призводить до прийняття суб'єктом права неправомірного рішення.

Крім того, не викликає сумнівів положення про те, що безперервний та систематичний аналіз взаємопов'язаних між собою стадій механізму неправомірної поведінки, закономірний перехід від початкового рівня (потреби) до підсумкового результату (неправомірне рішення) виступає методологічною базою якісного прогнозу правової поведінки, що може слугувати напрямом подальших досліджень.

Список використаних джерел:

1. Гарасимів Т. З. Природні та соціальні детермінанти формування девіантної поведінки людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Львів : Львівський держ. ун-т внутрішніх справ, 2012. 420 с.

2. Гончарук А. П. Механізм правової поведінки (загальнотеоретичний аспект) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2016. 198 с.

3. Оніщенко Н. М. Протиправна поведінка. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко [та ін.]. – К. : Укр. енцикл., 1998-2003. Т. 5 : П-С. 2003. С. 175.

4. Свириденко Г. В. Правомірна поведінка: теоретико-прикладні засади: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2017. 215 с.

5. Тимошенко В. І. Протиправна поведінка: визначення та мотивація. Бюлетень Міністерства юстиції України. 2011. № 12. С. 61-67.

6. Фонарюк О. Ю. Протиправна поведінка людини: філософсько-правовий вимір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. Львів, 2017. 204 с.

7. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані : кол. монографія / за ред. проф. О. В. Козаченка, проф. Є. Л. Стрельцова. Миколаїв : Іліон, 2016. 768 с.

Статья посвящена теоретико-правовому анализу стадий развития механизма неправомерного поведения, таких как: эволюционная отрицательная динамика потребностей человека, искажения в системе правовых интересов, появление антиобщественных мотивов поведения, обоснование антиправовой ценностной ориентации поведения, асоциальная установка, постановка цели, направленной на нарушение норм права, и принятие решения о совершении неправомерного поведения. Предложена методика борьбы с неправомерным поведением и указаны перспективы дальнейшего исследования.

Ключевые слова: неправомерное поведение, механизм неправомерного поведения, стадии развития неправомерного поведения, методика борьбы с неправомерным поведением.

The article is devoted to the theoretical and legal analysis of the stages of the development of the mechanism of unlawful behavior, which are divided into: the evolutionary negative dynamics of human needs, distortions in the system of legal interests, the emergence of anti-social motives of behavior, substantiation of illegal value orientation of behavior, antisocial installation, the formulation of a goal aimed at violating the rules of law and taking a decision on committing unlawful conduct. The means of combating unlawful behavior are proposed and prospects of further research are indicated.

Key words: unlawful behavior, mechanism of unlawful behavior, stages of development of unlawful behavior, methods of combating unlawful behavior.

УДК 342.9

Олександр Пучков,
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
Міжнародного гуманітарного університету

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ СУЧАСНОГО ПРАВОПОРЯДКУ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ

Стаття присвячена дослідженню доктринальних підходів щодо визначення поняття правопорядку у сфері національної безпеки. На основі наукових напрацювань описано характерні ознаки правопорядку у сфері національної безпеки.

Ключові слова: безпека, національна безпека, правопорядок, правопорядок у сфері національної безпеки, ознаки правопорядку.

Постановка проблеми. Однією з головних умов проведення якісних досліджень з отриманням науково обґрунтованих висновків є термінологічна точність. Тому дослідження поняття та ознак правопорядку у сфері національної безпеки є необхідним. Зазначена проблема у науці не знайшла свого належного комплексного дослідження, а роботи науковців присвячені вивченню сучасного правопорядку загалом, його аксіологічному аспекту або лише дослідженню категорії «національна безпека» без симбіозу з її реальним втіленням у формі правопорядку. Так, загальнотеоретична проблематика правовопорядку висвітлена у досить великій кількості наукових статей, дисертаційних досліджень, монографій відомих вітчизняних і зарубіжних дослідників, таких як М. Г. Александров, С. С. Алексєєв, В. В. Борисов, А. Ф. Крижановський, В. В. Лазарєв, М. М. Марченко, В. С. Нерсесянц, П. М. Рабінович, О. Ф. Скакун, Т. М. Шамба, Л. С. Явич та інших.

Метою статті є дослідження поняття та ознак сучасного правопорядку у сфері національної безпеки.

Виклад основного матеріалу. Для визначення категорії «правопорядок у сфері національної безпеки» проаналізуємо категорію «правопорядок» загалом і звернемося спочатку до словникової літератури. Енциклопедичні видання визначають правопорядок (англ. law and order) як одну зі складових частин громадського порядку, що складається в результаті реалізації різних видів соціальних норм, які регулюють різноманітні сфери суспільного життя й різняться між собою характером і відмінним способом впливу на поведінку людей (звичаї, норми моралі, правила діяльності громадських організацій тощо) [2, с. 345-346.]. В академічному тлумачному словнику ще залишається відголосок номенклатурного і застарілого підходу до дефініції правопорядку. Так, він визначається як суспільний порядок, урегульований правом, законом [12]. Тобто правопорядок регламентується правовими нормами, які прийняті у передбаченому в цій державі порядку. Фактично правопорядок як певний стан врегульованих правом суспільних відносин характеризується реальним рівнем законності, забезпеченістю та реалізацією суб'єктивних прав, дотриманням юридичних обов'язків усіма громадянами, органами й організаціями.

Однак дослідження правопорядку у сфері національної безпеки лише з позицій позитивного права буде явно неповним. Тому для вирішення таких питань необхідно звернутися до інших підходів до розуміння категорії «правопорядок».

Так, професор А.Ф. Крижановський доходить висновку, що у сучасній юриспруденції існують класичні, некласичні та постнекласичні теорії правового порядку. Постнекласичні теорії зосереджені на синергетичних основах правового порядку. При такому підході правовий порядок – це складна система, що породжує сама себе та розвивається нелінійно, в кожний окремий момент часу. У результаті кожної події порядок творить нові умови свого ж існування. Порядок – це нестабільний стан, один із різновидів хаотичного, невпорядкованого буття [1, с. 7]. Саме цей підхід є, на нашу думку, найбільш продуктивним у вивченні правопорядку у сфері національної безпеки, і він буде взятий за основу в подальших наукових пошуках.

Правопорядок – це цілісне інституційне соціально-правове явище, що являє собою самостійний феномен правової реальності.

© О. Пучков, 2018

Він є загальновизнаним наочним фактом і невід'ємною частиною офіційного, публічного і приватного правового життя, яке існує у суспільстві і щоденно має прояв у різноманітних обставинах життєдіяльності окремих особистостей та спільнот [5, с. 9-10].

Використовуючи наші напрацювання щодо дефініції «національна безпека» [9], можна згенерувати визначення поняття «правопорядок у сфері національної безпеки», що стане основою для подальших наукових пошуків. Так, правопорядок у сфері національної безпеки – реальний статико-динамічний стан соціально-правового життя, який характеризується захищеністю об'єктів національної безпеки та національних інтересів і цінностей усього народу від потенційних, реальних загроз і викликів.

Для більш чіткого розуміння сутності та природи правопорядку у сфері національної безпеки необхідно дослідити його ознаки. Проаналізувавши феноменологію та природу сучасного порядку, професор А. Ф. Крижановський визначає дев'ять ознак [6]. З огляду на специфіку предмету дослідження, вони стануть основою для вивчення правопорядку у сфері національної безпеки. Використовуючи матрицю ознак, що виділяє науковець, перенесемо на неї сферу національної безпеки. При такому вивченні можна дійти таких висновків.

По-перше, сучасний правовий порядок має ґрунтуватися на розумінні суспільною правосвідомістю ідеї права як міри свободи, справедливості та формальної рівності. Воно несумісне з нормативістським праворозумінням, яке виходить із того, що рамки свободи і справедливості визначаються державою. Правопорядок у сучасному розумінні розглядається не тільки і не стільки в оціночному (з точки зору його ефективності) і структурному (як система правовідносин, в яких реалізовується право) аспекті, а й у соціологічному ключі, який передбачає правопорядок як об'єктивну реальність, зумовлену безліччю факторів найрізноманітнішої природи (не тільки нормами і системою примусу). Правопорядок у сфері національної безпеки має свою специфіку, що пов'язана як з особливою цінністю для суспільства – власне станом захищеності, так і з окремими об'єктами безпеки – людини, суспільства, держави та іншими чинниками. Залежно від об'єкта природа правопорядку може мати різні джерела: наприклад, для держави це насамперед позитивне право, для суспільства і людини – це природнє. Як зазначає професор А. Ф. Крижановський, біологічний організм людини, людська свідомість та форми соціального життя з їх повсякденною плинністю владно визначають особливу пріоритетність для людини прагнення до порядку. Тенденція антропологізації правового порядку означає поглиблення «людського» у правовому порядку, тобто все більше втілення людської природи, іманентних якостей людини у самому феномені правового упорядкування [5, с. 5]. Стан захищеності за аналогією з прагненням до упорядкування також має антропологічне начало і є одним із найсильніших інстинктів організму. Антропологічна основа правопорядку приховується в самій біологічній природі людини, якій характерна поведінка для захисту себе. У разі екстраполювання такої поведінки на державу або суспільство, що можна визнати «організмами» суспільного буття, їм також характерна схожість формування стану захищеності від зовнішніх загроз. Це відбувається за рахунок формування тотожних або схожих цінностей в окремо взятих людей та переходу до масових явищ. Надалі при опредмечуванні такої діяльності та появі загроз безпеці і виробляються механізми, суб'єкти захисту, превентивний механізм тощо.

По-друге, сучасний правовий порядок має ґрунтуватися саме на плюралістичності правових джерел, передусім на тих, які мають витоки із природнього права, визнаних цивілізованим світом стандартах прав і свобод людини.

Роль правопорядку у сфері національної безпеки в його конкретній формі і місце в системі громадського правопорядку визначені змістовними характеристиками. Вони залежать як від нормативного ладу права або від правозастосовчої практики, так і від складного поєднання різних чинників суспільного буття – економічних, політичних, ідеологічних, моральних. Варто відзначити, що на сучасний правопорядок у сфері національної безпеки значний вплив справляють поширені кримінальні практики, такі як корупція, організована злочинність, торгівля зброєю тощо.

Правопорядок загалом і у сфері національної безпеки зокрема ґрунтується як на позитивному, так і на природньому праві, що формується у свідомості всіх членів суспільства. Представники правоохоронних органів є повноцінними членами суспільства, тому реагування на загрози національній безпеці необхідно здійснювати на превентивному рівні під час формування правопорядку в межах інституціоналізації окремих видів соціальних практик. За термінологічною конструкцією «правоохоронні органи» знаходиться соціалізована людина з розумінням моралі, цінностями, правовою культурою.

У цьому аспекті варто зазначити, що у механізм самоорганізації правового порядку

входять традиції його духовно-культурної основи, системоутворюючі зв'язки. Більш того, відтворення духовно-культурних традицій правового порядку (перш за все ідеал справедливості, пріоритет загальносуспільних інтересів, колективізм, тісний зв'язок права з релігією, взаємодопомога, повага до держави) як сутнісних норм юридичної діяльності може розглядатися як відтворення самого правопорядку. Для правового порядку в перехідний період безперервне оновлення стає необхідним, адже як сукупне ціле він підпорядковує собі необхідні явища і процеси правової дійсності і створює з них відсутні в ньому елементи. Звідси випливає самоорганізуючий характер правопорядку як системи [11].

По-третє, сучасний правовий порядок – це легітимний порядок у правовій сфері, тобто фактичний (реально існуючий) стан упорядкованості правової життєдіяльності суспільства, який підтримується домінуючою частиною суспільства, передусім громадянським суспільством. Правопорядок у сфері національної безпеки є результатом масово-стихійної соціальної активності людей або соціальних практик окремих груп суспільства. Легітимація у цьому аспекті набуває великого значення, особливо для забезпечення безпеки національних інтересів. Адже нормативно закріплених стандартів, цілей і правил поведінки не досить для забезпечення захищеності суверенітету, економічної свободи, національної автентичності тощо. Для цього необхідне усвідомлення більшою частиною суспільства національної безпеки як цінності, прийняття та постійне відтворення. Однак слід враховувати, що для забезпечення правопорядку у сфері національної безпеки не досить лише діяльності державних інституцій. Національна безпека, існування і розвиненість громадянського суспільства перебувають у прямій залежності від здатності правопорядку в його самоорганізованих формах конкурувати з державним правопорядком, що встановлюються специфічними засобами. Це необхідно насамперед для сталого розвитку суспільства і держави, постійного контролю за ефективністю державно-правового механізму захисту національної безпеки, а також для неможливості узурпації влади або її криміналізації, що буде становити загрозу для нормального функціонування та розвитку суспільства.

У питанні легітимації правопорядку у сфері національної безпеки і правопорядку загалом особливе місце займає питання наявності іншої частини суспільства, що не сприймає загальноприйнятні основи правопорядку, що склалися. Передусім ідеться про різні форми організованої злочинності та корупцію. Йдеться про формування альтернативного (кримінального) правопорядку, який існує на основі незаконних (альтернативних) правил поведінки. Однак з усіма можливостями і засобами ще жодному суспільству не вдалося повністю викорінити злочинність. Це пов'язано з тим, що кримінальні практики мають більшу ступінь самоорганізації та самовідтворюваності, що підтверджується збільшенням рівня злочинності, розвитком кримінальних субкультур, поширенням цінностей та норм, притаманних тюремній субкультурі. Більше того, на думку Е. Дюркгейма, злочинні практики є нормою для суспільства, головна задача якого – визначити соціально-допустимий рівень злочинності і контролювати її. Дійсно, кримінальний правопорядок є індикатором недосконалості, неврегульованості різного роду суспільних відносин. Як зазначає О. В. Юдін, кримінальний правопорядок є крайньою формою, альтернативною позитивному громадському правопорядку. Ступінь його самостійності, стійкості і негативної значущості для суспільства і держави у зв'язку зі зростанням організованої злочинності також зростає, що загострює проблему успішної реалізації права [13].

Із цього можна зробити висновок, що основним критерієм розрізнення форм правопорядку є характер формування, організації та відтворення. З цієї точки зору правопорядок або має зовнішнє джерело організації (він встановлюється), або має внутрішнє джерело організації (він самоорганізується). Перший умовно можна назвати державним, другий – не державним. Вбачається, що останній є більш гнучким до змін, бо не проходить складних процедур нормативного закріплення, а одразу реалізовується в соціальній практиці. За аналогією з відносинами, що складаються в соціумі між автономними і незалежними або між залежними суб'єктами, можна виокремити і третій – міжнародний. Саме специфічна природа правопорядку у сфері національної безпеки є першоосновою формування міжнародного правопорядку у вказаній сфері. Постійний діалог, у якому беруть участь суб'єкти міжнародних відносин (насамперед держави), зводиться до захисту власних національних інтересів.

Цілеспрямовано організований, узаконений, офіційний правопорядок спирається на позитивне право, що закріплює насамперед інтереси влади як національні інтереси. Стихійний, недержавний правопорядок складається, з одного боку, внаслідок суспільної реакції на офіційний правопорядок, як результат законослухняної

діяльності членів суспільства; з іншого боку, він складається внаслідок масової правової практики, суб'єктами якої виступають конкретні люди з узвичаєними уявленнями про права, обов'язки і відповідальність тощо. Міжнародний правопорядок більшою мірою підвладний нормам міжнародного права.

По-четверте, сучасний правовий порядок забезпечується необхідною, достатньою (але не надлишковою), раціонально організованою, діючою на юридично-професійній основі, ефективною системою спеціалізованих інституцій забезпечення правового порядку, які функціонують у рамках режиму правової законності, на основі права, за допомогою правових засобів і методів.

Системою спеціалізованих інституцій у цьому контексті виступає саме державно-правовий механізм забезпечення правопорядку у сфері національної безпеки, що включає як державні органи, так і громадські організації, які можуть функціонувати в межах названої системи, а також, як показує дійсність, і поза її межами, наприклад, діяльність цивільних корпусів добровольчих батальйонів тощо. Сучасний правопорядок у сфері національної безпеки складається з двох систем відносин різних типів – органічних і механічних, що мають певні відмінності у функціонуванні. Механічна система правопорядку встановлюється на рівні держави шляхом визначення пріоритетів розвитку, національних інтересів тощо, забезпечується та охороняється державними правоохоронними органами та окремими ініціативними спільнотами (наприклад, такі форми участі громадськості передбачені в Законі України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» [3] тощо). Її основою насамперед є позитивне право. Органічна система правопорядку встановлюється та охороняється суспільством у формі цінностей, правових звичаїв, корпоративних правил поведінки тощо. Обидві системи перебувають у симбіозі, вони безперервно впливають одна на одну, що породжує зміни у суспільному сприйняті правопорядку, цінності національних інтересів, необхідності тієї чи іншої політики держави у сфері національної безпеки.

У цьому аспекті В. М. Казаков зазначає, що правовий порядок являє собою не стільки керовану зверху (державою), скільки самоорганізуючу систему. Для забезпечення високої стійкості необхідна така авторегуляція в системі, яка відповідала б іррегулярному характеру суспільного життя. Саме тому правовий порядок, що підтримує стійкість та стабільність у доволі широкому діапазоні зовнішніх умов, у перехідний період у разі необхідності повинен бути організований ймовірним чином. Ця закономірність проявляється в перевазі диспозитивного (приватно) правового регулювання в перехідний період [4]. Підтримуючи вказане твердження, О. П. Сауляк зазначає, що з позиції індивідів та різних соціальних груп цінність правового порядку зумовлюється тим, якою мірою він виступає гарантом реалізації індивідуальних і корпоративних прав і свобод, забезпечує особисту та групову безпеку і справедливість. Отже, правопорядок – це об'єктивно необхідна соціальна форма, що забезпечує юридичну захищеність та безпеку [10].

Ідею розподілу правопорядку на державний правопорядок та суспільний правопорядок підтримує й Є. С. Папригін. У своєму дисертаційному дослідженні автор зазначає, що правопорядок має політичну (як оформлення власної державної волі), соціальну (потреба в суспільному порядку) та власне правову (необхідність справедливості) природу. У кожному реальному правопорядку його природа полягає в складному і неоднорідному поєднанні цих трьох компонентів [8]. Тому переосмислення природи правопорядку у сфері національної безпеки є неминучим процесом. Сьогодні багато правознавців-теоретиків, такі як Ю. М. Оборотов, П. М. Рабінович, А. Ф. Крижановський, В. І. Кузнєцов та інші, стверджують, що застосування постнекласичної методології в юриспруденції як ніколи актуальне з огляду на трансформації образу права і держави у свідомості сучасної людини. Крім цього, ірраціональний підхід дозволив виділити два способи правового регулювання: нормативний і ненормативний [6]. Останній у світлі подій у сфері національної безпеки України набуває особливого значення для його дослідження.

Висновки.

Отже, проведений аналіз дозволив встановити, що правопорядок у сфері національної безпеки – реальний статико-динамічний стан соціально-правового життя, який характеризується захищеністю об'єктів національної безпеки та національних інтересів і цінностей всього народу від потенційних, реальних загроз і викликів. Правопорядок у сфері національної безпеки є результатом масово-стихійної соціальної активності людей або соціальних практик окремих груп суспільства. Легітимація у цьому аспекті набуває важливого значення, особливо для забезпечення безпеки національних інтересів. За допомогою матриці ознак, що розробив професор А. Ф. Крижанівський, визначено характерні ознаки сучасного правопорядку у сфері національної безпеки.

Список використаних джерел:

1. Арабаджи Н.Б. Правовий порядок як цінність: загальнотеоретичне дослідження : автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2013. 31 с. С. 7.
2. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. К.: ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 992 с.
3. Закон України «Про участь громадян в охороні громадського порядку і державного кордону» № 1835-III від 22 червня 2000 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1835-14.
4. Казаков В. Н. Правовой порядок в юридической теории и практике : автореф. дисс. д-ра. юрид. наук. М., 2003. 55 с.
5. Крижановський А. Ф. Правопорядок суверенної України: становлення та тенденції розвитку (загальнотеоретичне дослідження) : автореферат дис. ... д-ра юрид. наук. Одеса, 2009. 42 с.
6. Крижановський А. Ф. Сучасний правопорядок: контури теорії. Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Вип. 49. 2009. С. 132-135.
7. Оборотов Ю. Н. Ценностно-нормативное регулирование в украинском праве. Актуальні проблеми політики: зб. наук. праць. О., 2007. Вип. 31. С. 27.
8. Папрыгин Е.С. Правопорядок в государствах с различными формами политико-правового режима : автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 11.
9. Пучков О. О. Національна безпека: концептуальні підходи до розуміння. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». Випуск 5. Том 1. 2017. С. 41–45.
10. Сауляк О.П. К вопросу о ценности правопорядка. Право как ценность: многообразие исторических форм и перспективы развития. Сочи, 2004. 270 с.
11. Сенчук С.С. Теоретические проблемы социальной природы правового порядка. Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 1(25). С. 226-229.
12. Словник української мови: в 11 томах. Том 7, 1976. С. 508.
13. Юдин А. В. Формы правопорядка в современном обществе : диссертация ... кан. юрид. наук : 12.00.01. М., 2009. 148 с.

Статья посвящена исследованию доктринальных подходов к определению понятия правопорядка в сфере национальной безопасности. На основе научных наработок описаны характерные признаки правопорядка в сфере национальной безопасности.

Ключевые слова: безопасность, национальная безопасность, правопорядок, правопорядок в сфере национальной безопасности, признаки правопорядка.

The article is devoted to the research of the doctrinal approaches to the definition of the concept of the legal order at the national safety sphere. It is described typical features of the legal order at the national safety sphere through using the scientific developments in this sphere.

Key words: safety, national safety, legal order, legal order at the national safety sphere, features of the legal order.

УДК 343.93

Андрій Боровик,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права і правосуддя
Міжнародного економіко-гуманітарного університету
імені академіка Степана Дем'янчука

ПРО ДЕЯКІ ЗМІСТОВІ ЕЛЕМЕНТИ КОМПЛЕКСНОГО ТА ІНДИВІДУАЛЬНОГО ПЛАНУВАННЯ ЗАХОДІВ ІЗ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ В УСТАНОВАХ ВИКОНАННЯ ПОКАРАНЬ

У статті розглянуті питання, пов'язані з організацією та реалізацією заходів комплексного та індивідуального планування діяльності із запобігання злочинам в установах виконання покарань України, а також визначені проблеми та розроблені науково обґрунтовані шляхи щодо їх вирішення по суті.

Ключові слова: комплексне планування; індивідуальне планування; запобігання злочинам; установа виконання покарань; персонал; засуджений; кримінально-виконавча діяльність.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Відповідно до вимог ч. 2 ст. 95 Кримінально-виконавчого кодексу (далі – КВК) України, за результатом медичного обстеження, первинної психодіагностики і психолого-педагогічного вивчення та на підставі кримінологічно-правової характеристики на кожного засудженого складається індивідуальна програма соціально-виховної роботи, що затверджується начальником колонії, в якій у тому числі планується проведення заходів індивідуального характеру із запобігання скоєння цією особою нових злочинів. Таке завдання, зокрема, передбачено не тільки у ст. 1 КВК, але й у ч. 1 ст. 104 цього кодексу «Оперативно-розшукова діяльність в колоніях». Більше того, як зазначено з цього приводу в ч. 1 п. XIX Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань (ПВРУВП), з метою підтримання належного правопорядку в УВП, попередження злочинів та правопорушень серед засуджених здійснюється комплекс спеціальних профілактичних заходів щодо виявлення, постановки на облік та організації нагляду за особами, схильними до вчинення правопорушень. Зокрема, тільки у 2016 році на профілактичних обліках УВП перебувало 514 засуджених, схильних до втечі, 232 – до нападу та захоплення заручників, 583 – до злісної непокори; т. ін. [1, с. 16].

Проте, як показує практика, зазначені нормативно-правові приписи на практиці є малоефективними, позаяк щорічно як засудженими, так і іншими особами (персоналом, близькими родичами осіб, які відбувають покарання, раніше судимими особами, т. ін.) вчиняються злочини, що, своєю чергою, свідчить про неналежний рівень запобіжної діяльності із зазначених питань у тому числі на рівні комплексного та індивідуального планування заходів по запобіганню злочинам в УВП.

Отже, є складна прикладна проблема, яка потребує вирішення у тому числі й на науковому рівні. Саме зазначені обставини й зумовили вибір теми даного дослідження та визначили його основне завдання – з'ясувати зміст і сутність комплексного та індивідуального планування запобіжної діяльності в УВП та розробити науково обґрунтовані заходи щодо вдосконалення даного процесу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми, виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Результати вивчення наукової літератури показують, що досить плідно та активно питаннями організації та реалізації заходів комплексного та індивідуального планування діяльності із запобігання злочинам 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.

© А. Боровик, 2018

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Як свідчить суспільна практика, будь-яка діяльність має цілеспрямований характер, її основу становить планування індивідуальних чи комплексних зусиль її суб'єктів, спрямованих на реалізацію тактичних і стратегічних завдань і досягнення спільних цілей, мети тощо. З огляду на те, що злочинність – це об'єктивно існуюча інтегральна система, та керуючись необхідністю аналогічної протидії їй з боку суб'єктів загальної та індивідуальної профілактики, проблеми комплексного та індивідуального планування заходів запобігання злочинам в УВП сьогодні варто визнати надзвичайно актуальними. Цілком очевидним є висновок про те, що від стану, рівня та організації кримінологічного планування в колоніях залежать відповідні показники зазначеної діяльності в окремо взятому адміністративному регіоні та загалом в Україні. Саме тому це питання стало предметом даного дослідження та одним з елементів його мети. Як показав проведений під час дослідження аналіз наукових і практичних джерел, проблеми кримінологічного планування перебувають у центрі постійної уваги як зарубіжних, так і вітчизняних вчених, зокрема таких, як: Г. О. Аванесова, К. К. Гореїнова, О. М. Джужи, А. П. Закалюка, А. Ф. Зелінського, В. В. Лунєєва, О. Г. Нікітіна, А. Ф. Токарєва, В. В. Шакуна, Г. Й. Шнайдера та ін. Проте в контексті завдань боротьби зі злочинністю в місцях позбавлення волі зазначена тематика наукових досліджень є досить обмеженою, епізодичною та безсистемною. Водночас особливості детермінації злочинності в УВП зумовлюють об'єктивну необхідність більш глибокого та комплексного вивчення змісту такого виду суспільної діяльності, як планування заходів щодо профілактики злочинних виявів індивідуального та групового характеру.

У науці під кримінологічним плануванням розуміють процес розробки цілей і завдань боротьби зі злочинністю, шляхів і засобів їх вирішення та забезпечення (нормативного, інформаційного, ресурсного тощо) на певний період [2, с. 59]. Крім того, О. М. Джужа дійшов правильного висновку, що це є цілеспрямований процес розробки плану дій, як різновиду управлінського рішення, поданого у вигляді системи взаємоузгоджених і взаємопов'язаних заходів, які потрібно здійснювати у встановленій послідовності та у визначені строки з метою досягнення поставлених цілей [3, с. 165]. Водночас кримінологічне планування в УВП може бути ефективним лише за умови визнання його як елемента системи соціального управління, зокрема, для суб'єктів профілактики злочинів. Як і будь-яка діяльність, кримінологічне планування в колоніях повинно ґрунтуватися на певних принципах, а саме:

1) наукової обґрунтованості, зміст якого полягає в тому, що планування повинно здійснюватися на основі наукового аналізу об'єктивної дійсності, в умовах якої буде реалізуватися план. Для реалізації змісту цього принципу в ДКВС України в 2006 р. створено Науково-методичну раду, головним завданням якої є вироблення науково обґрунтованих рекомендацій щодо шляхів підвищення ефективності діяльності цієї системи, включаючи й елементи планування. До вказаної діяльності залучені наукові установи, штаб ДДУПВП та інші підрозділи. Проте динаміка соціальних змін та якісні негативні показники явищ злочинності (висока питома вага тяжких і особливо тяжких, корисливих і насильницьких злочинів тощо), що сьогодні набули поширення, зумовлюють потребу у створенні аналогічних структур у територіальних управліннях, органах та УВП, залучення до цього процесу можливостей громадськості, науковців та інших фахівців, які проживають у районі дислокації УВП;

2) законності, який передбачає розробку планів відповідно до чинного законодавства. Навряд чи можна у зв'язку з цим визнати правомірною діяльність адміністрації УВП без чітко визначених у законі об'єктів профілактичного впливу, його меж й обсягів, правообмежень, що випливають із факту постановки засудженого на профілактичний облік. До того ж правовий статус особи, позбавленої судом волі, система передбачених чинним кримінально-виконавчим законодавством України засобів виправлення і ресоціалізації дозволяють застосовувати до кожного засудженого відповідні заходи індивідуального впливу для того, щоб досягти мети покарання. Основу такої діяльності становить індивідуальна програма соціально-виховної роботи і спеціальна індивідуальна програма (ст. 95, 97 КВК України), які передбачають заходи щодо запобігання злочинам в УВП. З огляду на це, така діяльність є законною. Отже, логічно було б на профілактичний облік в УВП ставити всіх без винятку осіб, які відбувають покарання (а це неможливо через відсутність необхідних сил і засобів, диспропорції у співвідношенні кількості персоналу та засуджених тощо), або привести у відповідність до вимог принципу законності чинне законодавство України у цій галузі;

3) актуальності, який визнає необхідність у процесі планування визначати пріоритетні напрями профілактики злочинів. Практика

діяльності в УВП свідчить, що індивідуальна профілактика є основним напрямом протидії антисуспільним виявам засуджених під час відбування покарання. З огляду на те, що більшість злочинів в УВП щорічно скоюють особи, які не перебувають на профілактичних обліках, зазначене завдання у кримінологічному плануванні є досить актуальним та необхідним;

4) реальності, який вимагає врахування об'єктивних можливостей суб'єктів профілактики злочинів. Результати проведеного дослідження показали, що в умовах нормативно-правової неврегульованості питань взаємодії суб'єктів запобігання злочинам, певного інформаційного вакууму, нескоординованості зусиль правоохоронних органів щодо досягнення єдиної мети – усунення наслідків злочинності та її блокування, нейтралізації тощо – об'єктивні можливості УВП у галузі протидії суспільно небезпечним виявам окремих осіб та груп у сьогоденні дещо знівельовані та використовуються неповною мірою. Особливо це простежується у змісті теперішніх Комплексних програм профілактики злочинів на певний період [4; 5], заходах щодо посилення боротьби зі злочинністю [6];

5) конкретності, який передбачає однозначність змісту запланованих заходів, термінів їх виконання, суб'єктів реалізації та контролю;

6) несуперечливості, який означає узгодження в межах плану всіх його складових частин, щоб вони не суперечили одна одній;

7) субординації, який полягає у підпорядкуванні заходів короткострокових

планів довгостроковим, нижчих ланок суб'єктів профілактики – вищим. На практиці зміст зазначеного принципу полягає в тому, щоб забезпечити

підпорядкованість не тільки внутрігалузевого (всередині системи ДКВС), але й зовнішнього характеру (на рівні спеціальних суб'єктів профілактики злочинів (системи правоохоронних органів)) та інших учасників правоохоронної діяльності. Актуальними проблемами у зв'язку з цим є питання координації та взаємодії усіх зацікавлених сторін у досягненні спільної мети їхньої діяльності;

8) інформативності, який розглядається у двох аспектах:

– по-перше, цей принцип означає складання плану на основі повної її достовірної інформації. На жаль, сьогодні в УВП на процес складання планів впливають дві основні обставини:

а) зашореність, «утаємниченість» відділів і служб колонії, що викликано власними корпоративними інтересами (показниками роботи, особливістю фахової діяльності, статусом та ін.);

б) зовнішньою неврегульованістю питань отримання, обліку та використання інформації, передусім, у частині термінів інформування суб'єктів інформаційної діяльності, що не збігаються з нормами КВК, КПК України та інших законодавчих актів у цій галузі;

– по-друге, план має розроблятися таким чином, щоб у якомога меншому обсязі знакового масиву містилось якнайбільше необхідної інформації. За такого підходу найбільш ефективним засобом має стати банк даних на особу засудженого, що формується за схемою: "підозрюваний – обвинувачений – підсудний – засуджений – підозрюваний", та забезпечується обов'язковим інформаційним супроводом з боку відповідних суб'єктів кримінально-процесуальних та кримінально-виконавчих відносин.

Отже, зазначені принципи покликані впорядкувати не тільки процес кримінологічного планування в УВП, а й діяльність суб'єктів профілактики злочинів. При цьому принципи планування, на думку вчених, яку ми поділяємо, не можуть суперечити принципам діяльності безпосередніх зазначених суб'єктів.

Як показав проведений аналіз, як і будь-який інший вид діяльності, кримінологічне планування в УВП має свої етапи, головними з яких є:

а) підготовчий, під час якого здійснюється збирання та опрацювання кримінологічної інформації, визначення основних завдань на запланований термін. На практиці відповідно до статусу зазначену діяльність в УВП здійснюють оперативні апарати. Проте відсутність законодавчо закріплених цілей профілактичної діяльності, змісту та механізмів її реалізації у чинному КВК України й відомчих нормативних актах ДДУПВП не дає змоги підняти на більш високий рівень організацію протидії злочинності як у межах окремо взятої колонії, так і загалом в Україні;

б) збирання пропозицій, під час якого особа, відповідальна за складання плану, доводить отриману на підготовчому етапі інформацію до керівництва суб'єктів профілактики, а потім узагальнює їхні пропозиції і вносить до відповідного плану. На цьому етапі, як свідчить практика, відповідальні за складання плану особи наражаються на низку проблем, які в подальшому негативно впливають на його зміст, а саме:

– у зв'язку з відсутністю формулювання терміна «кримінологічна інформація» у чинному законодавстві України на практиці до неї відносять різноманітні відомості про засуджених (явища, події тощо), що

пов'язані з життєдіяльністю останніх (оперативна інформація, отримана внаслідок ОРД; офіційні дані, що зазначені в особовій справі засудженого; відомості про заробіток в УВП та ін.). Такий масив інформації не лише не дозволяє створити об'єктивний «портрет» особи, яка є об'єктом профілактичного впливу, а й призводить до неефективного використання наявних сил і засобів, формалізму у визначенні шляхів і методів досягнення мети цієї діяльності.

У процесі даного дослідження встановлено, що кримінологічна інформація – це відомості, що тісно пов'язані та відображають предмет кримінології. До них належать офіційні та неофіційні (на рівні ОРД) джерела, що перевірені в установленому нормативно-правовими актами порядку та характеризують злочинність, особу злочинця, детермінанти, що породжують і сприяють скоєнню злочинів, та заходи протидії цим явищам. Головною особливістю цієї інформації є те, що вона стосується лише предмета кримінології (і цим вона відрізняється від інших видів інформації) та повинна були перевіреною методами і засобами, що характерні для цієї галузі науки;

– у нормативних актах не зазначена структура такого плану, а тому зазвичай на практиці він складається за формою інших наявних планів (роботи служб, УВП, організаційних, тактичних та ін.). Такий підхід нівелює зміст кримінологічного планування та подальшої роботи щодо реалізації цього виду діяльності адміністрації УВП. Саме тому щороку (1991–2017 рр.) у колоніях майже незмінними залишаються детермінанти злочинності. Як видається, структура плану з профілактики злочинів в УВП має бути максимально наближеною до елементів предмета кримінології. У цьому разі теоретичні надбання стануть реальними практичними постулатами та піднімуть на більш високий рівень організацію виконання запланованих заходів;

– не є обов'язковою інформація зовнішніх джерел (відповідно до Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» це є правом, а не обов'язком адміністрації УВП) під час індивідуального та комплексного планування профілактичних заходів. Водночас отримання лише односторонніх відомостей про явища і процеси злочинності та використання здебільшого лише відомчих даних у цьому контексті (всередині системи ДКВС) не дають можливості нейтралізувати, блокувати тощо всі виявлені детермінанти злочинності в УВП;

– дезорганізуючою обставиною у збиранні пропозицій до плану виступають різна вмотивованість і цілеспрямованість роботи суб'єктів, які є носіями такої інформації (виробничих, фінансових та інших служб колонії), та відсутність координуючих органів або посадових осіб із зазначеної діяльності.

в) узгодження плану, який передбачає координацію дій окремих суб'єктів з урахуванням їх наявних ресурсів, а також узгодження заходів нижчих органів з планом вищих;

г) затвердження плану, зміст якого полягає в тому, що керівник відповідального суб'єкта профілактики злочинів, перевіривши відповідність плану основним завданням, що стоять перед ним, та плану вищих органів, затверджує його. При цьому на кожному етапі суб'єкт планування повинен вибирати найбільш доцільні методи діяльності (соціологічні, математичні та ін.), поклавши в їх основу контроль за виконанням плану.

Як показав проведений аналіз наукової літератури, планування тісно пов'язане з кримінологічним прогнозуванням. При цьому щодо їх співвідношення серед учених є різні погляди. Одні автори вважають, що прогнозування – це процес, який передує плануванню (Б. В. Коробейников, Н. Ф. Кузнєцова, Г. М. Міньковський та ін.) [7, с. 186]. Другі дослідники переконані, що це є етап, наступний за плануванням, який охоплює перспективи, що не піддаються плануванню (О. М. Джужа, Я. Ю. Кондратьєв, А. Й. Міллер та ін.) [8, с. 167]. Треті вчені уявляють прогнозування як передбачення некерованих процесів природи і суспільства, а планування – як засіб регулювання керованих процесів (О. М. Бандурка, Л. М. Давиденко та ін.) [9, с. 126]. Проте об'єднує представників зазначених підходів висновок про те, що основним змістом планування є визначення засобів і способів досягнення поставлених цілей, раціональне використання ресурсів при мінімумі затраченого часу.

Результати даного дослідження свідчать, що головна відмінність між прогнозуванням і плануванням полягає в тому, що в першому випадку виявляється зв'язок сучасного з майбутнім, фактичного стану злочинності з її станом у перспективі. У плануванні ж вирішується інше питання: як треба діяти, щоб досягти бажаного результату в майбутньому. Більше того, кримінологічне планування можливе за певних умов, а саме:

– має бути зазначена конкретна кінцева мета, щоб процес планування не перетворився у безладні дії;

– повинен бути визначений час, у межах якого ця мета може бути досягнута;

– слід встановити засоби, які будуть використовуватися для реалізації поставлених завдань;

– кінцева мета не повинна бути жорстко прив'язана до засобів її здійснення. Цей висновок зумовлений тим, що в УВП здійснюють діяльність різні за своєю природою підрозділи, що мають власні методи і засоби досягнення поставлених цілей, у зв'язку з цим у плануванні навряд чи доцільною є уніфікація засобів реалізації запланованих заходів. При цьому єдиною та об'єднуючою умовою має залишатися мета кримінального покарання.

Висновки.

Отже, у самому загальному вигляді планування протидії злочинності в УВП слід розглядати як розроблену систему заходів, спрямованих на стримування цього явища, виявлення, усунення, блокування тощо детермінант злочинності. Як показав проведений аналіз, документи, у яких відображені зазначені заходи, мають різноманітні назви: плани заходів з усунення обставин вчинених злочинів, заходи щодо запобігання злочинам, плани профілактики злочинів, спільні заходи правоохоронних органів, комплексні цільові програми боротьби зі злочинністю та ін. Крім того, у ДКВС кримінологічне планування має й інші свої особливості:

– по-перше, досі, на відміну від інших правоохоронних органів, планування називається не кримінологічним, а планування заходів щодо боротьби зі злочинністю;

– по-друге, зазначені плани мають короткочасний термін і складаються, як правило, за фактами скоєння злочинів в УВП (план усунення причин і умов скоєного злочину, план профілактики надзвичайних пригод і злочинів у колонії та ін.).

– по-третє, середньострокові та довгострокові плани боротьби зі злочинністю в УВП не складаються, вони є складовими елементами плану роботи колонії на певний період (як розділ, глава тощо);

– по-четверте, плани протидії злочинності в УВП не стали дотепер частиною як загальних планів боротьби з цим явищем у конкретному регіоні та населеному пункті, що складаються правоохоронними органами, так і планів соціально-економічного розвитку, які формуються органами державної виконавчої влади або органами місцевого самоврядування.

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. Антонян Ю. М. О понятии преступления. Вопросы борьбы с прступностью. М.: Юрид. Лит., 1977. Вып. 26. С. 25–29.
3. Аналіз стану криміногенної обстановки в установах виконання покарань кримінально-виконавчої системи за 1998-2003 роки. К.: Державний департамент України з питань виконання покарань, 2003. № 4/1-214. 31 жовт. 5 с.
4. Алексеев А. И., Сахаров А. В. Причины преступлений у устранение их органами внутренних дел. М.: Моск. высш. шк. Милиции, 1985. 47 с.
5. Алинкина Н. В. Возрастные психологические особенности агрессивности поведения несовершеннолетних : автореф. дис. ... канд. психол. наук: 19.00.07. К., 1989. 17 с.
6. Антонян Ю. М. Личность преступника – индивидуальная профилактика преступлений: сопоставление и выводы. Личность преступника и индивидуальное воздействие на них: сб. науч. тр. М.: ВНИИ МВД СССР, 1989. С. 3–10.
7. Аналіз роботи судів загальної юрисдикції в 2004 р. за даними судової статистики. Вісник Верховного Суду України. 2005. № 5 (47). С. 23–34.
8. Аналіз стану криміногенної обстановки в установах виконання покарань кримінально-виконавчої системи за 1998-2003 роки. К.: Державний департамент України з питань виконання покарань, 2003. № 4/1-214. 5 с.
9. Аванесов Г. А. Криминология. М.: Акад. МВД СССР, 1984. 498 с.

В статье рассмотрены вопросы, связанные с организацией и реализацией мероприятий комплексного и индивидуального планирования деятельности по предупреждению преступлений в учреждениях исполнения наказаний, а также установлены проблемы и разработаны научно обоснованные пути их решения по существу.

Ключевые слова: комплексное планирование; индивидуальное планирование; предупреждение преступлений; учреждение по исполнению наказаний; персонал; осужденный; уголовно-исполнительная деятельность.

The article deals with the issues related to the organization and implementation of measures for comprehensive and individual planning of prevention activities in penal institutions in Ukraine, as well as identified problems and scientifically substantiated ways of substantially resolving them.

Key words: complex planning; individual planning; crime prevention; penal institution; personnel; condemned; criminal-executive activities.

УДК 343.2

Наталія Грищенко,
ад'юнкт кафедри кримінального права та кримінології
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПРОТИПРАВНЕ ЗАВОЛОДІННЯ МАЙНОМ ПІДПРИЄМСТВА, УСТАНОВИ, ОРГАНІЗАЦІЇ

Визначено поняття протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації. Аналізується соціальна зумовленість кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації; досліджується система зв'язків та відносин під час придбання та використання об'єктів, які становлять підвищену небезпеку для майна підприємства, установи, організації, співвідношення позитивних та негативних наслідків криміналізації.

Ключові слова: соціальна зумовленість кримінальної відповідальності, протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації, рейдерство, злочини у сфері господарської діяльності.

Постановка проблеми. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання діяльності юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців» від 10 жовтня 2013 року внесено доповнення до Кримінального кодексу України (далі КК України), а саме КК України було доповнено трьома статтями 205-1, 206-1 і 206-2, які повинні забезпечувати ефективну кримінально-правову протидію протиправному поглинанню та захопленню підприємств.

Як засвідчує аналіз цих статей, кожна з них є своєрідним «винаходом» українського законодавця, однак у межах свого наукового дослідження ми будемо розглядати статтю 206-2, яка з 28 березня 2014 року передбачає кримінальну відповідальність за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації.

Так, до 2013 року не передбачалося кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації. Дане правопорушення кваліфікувалося за окремими статтями КК України.

Раніше питання протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації охоплювалося поняттям «рейдерство», яке не було визначене законодавством, але використовується в Україні та за її межами.

Такі «рейдерські» дії кваліфікувалися за ст. 223 «Розміщення цінних паперів без реєстрації їх випуску», ст. 219 «Доведення до банкрутства», ст. 356 «Самоправство», ст. 206 «Протидія законній господарській діяльності», ст. 375 «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» тощо [1]. Хоча безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 206-2 КК України, є охоронювані кримінальним законом суспільні відносини у сфері реалізації юридичними особами права володіння своїм майном, діяльність приватних, колективних та державних об'єднань, а також цілісність і недоторканність їхнього майна. На нашу думку, об'єктом злочину необхідно вважати приватну власність, оскільки протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації, фактично передбачає кримінальну відповідальність за рейдерство [1].

Тільки з прийняттям даного закону норми ст. 206-2 КК України знайшли своє відображення, хоча у європейських державах наявні та діють уже давно.

До внесення доповнень до кримінального кодексу України питання протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації визначалось тільки узагальнюючим поняттям «рейдерство», але на законодавчому рівні визначене на було.

Аналіз публікацій. У працях вітчизняних учених Б. М. Андрушківа, Н. Б. Кирича, М. І. Мельника, З. С. Варналія, І. І. Мазура, О. Бєлікова, М. Лящунко висвітлюються основні передумови та причини поширення і розвитку рейдерства в Україні та вказуються основні шляхи протистояння рейдерським атакам як з боку підприємницьких структур, так і з боку держави.

Соціальна зумовленість закону про кримінальну відповідальність як предмет фундаментальних кримінально-правових досліджень постала в науці на початку 70-х років

© Н. Грищенко, 2018

XX століття. Тоді це питання вивчалося такими вченими, як Г. А. Злобіна, С. Г. Келіна, П. С. Дагель.

У період незалежності та становлення України як держави з демократичними засадами питання соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації частково вивчалися такими науковцями, як О. А. Бурбело, Г. В. Козаченко, Ю. С. Погорєлов, та іншими.

Але аналіз наукової та спеціальної літератури вказує на брак кримінологічних досліджень соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації.

Мета статті – визначення терміна «рейдерство» як поняття, що охоплює всі його форми та види, аналіз соціальної зумовленості кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації в Україні.

Виклад основного матеріалу. З метою визначення поняття право власності, право власності господарських товариств, «рейдерство» звернемося до енциклопедичних джерел та думок науковців з приводу даної позиції.

Великий тлумачний словник сучасної української мови термін «рейдерство» тлумачить як фірму, яка прагне поглинути іншу фірму [2, с. 1210].

Словник юридичних термінів термін «рейдерство» тлумачить як недружнє поглинання, захоплення компанії, перерозподіл власності та корпоративних прав. Це спрямоване проти волі власника захоплення майна на користь іншої особи, встановлення над майном тотального контролю нового власника в юридичному і фізичному сенсі, найчастіше з використанням корумпованості конкретних структур влади й управління / або із застосуванням сили [3, с. 1210].

Останніми роками в Україні, на відміну від країн з розвинутою економікою, де об'єднання підприємств здійснюється цивілізовано і в межах національного законодавства, ці процеси здебільшого відбуваються з використанням протизаконних і неетичних методів, супроводжуються порушенням прав і законних інтересів акціонерів. І хоча в зарубіжних країнах об'єднання компаній часто розглядається як позитивний процес, має на меті зниження витрат на менеджмент і спрямоване на підвищення конкурентоспроможності, в Україні рейдерство – це подальший перепродаж активів підприємств, спрямований насамперед на власне збагачення рейдерів. Фактично відбувається корупційний перерозподіл власності, а не процес економічної оптимізації. Крім цього, рейдерство суттєво підриває економічну безпеку держави, негативно впливає на міжнародний імідж країни, що, звичайно, знижує її інвестиційну привабливість.

У сучасних умовах господарювання на вітчизняних підприємствах зростає вплив рейдерства як негативного економічного явища, що не тільки гальмує їх розвиток, але й впливає на рівень безпеки держави. В Україні визначено найбільші рейдерські групи: «Приват», «Фінанси та кредит», «Альфа-груп». Наслідками рейдерських атак було захоплення таких підприємств, як: ЗАТ «ДОПСОК»; Дніпропетровський будинок побуту; Дніпропетровський ринок «Озерка»; ЗАТ «Дніпропетровський олієекстракційний завод» (корпорація Bunge); Універмаг «Дитячий світ», ЗАТ «Агрофірма «Пролісок» (м. Львів); Готельний комплекс «Бригантина» (м. Херсон); Кременчуцький сталеливарний завод. [4]

Узагальнюючи велику кількість підходів до класифікації підстав криміналізації злочинів, що здійснювали О. О. Пащенко, В. К. Грищук, В. О. Навроцький, Д. О. Балобанова, на нашу думку, доцільно виділяти такі ключові підстави класифікації, які підтримувались більшістю науковців: суспільна небезпека, співвідношення позитивних і негативних наслідків криміналізації, можливість боротьби з діянням за допомогою кримінально-правових заходів і неможливість боротьби за допомогою інших.

Доцільно проаналізувати кожну з цих підстав.

1. Суспільна небезпека як ознака злочину полягає в тому, що злочин заподіює або створює загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам, які є об'єктами кримінально-правової охорони. Основна соціальна якість злочину міститься в зміні чи знищенні суспільних відносин. Саме ці зміни будуть злочинними наслідками у вигляді фізичної, моральної чи майнової суспільно-небезпечної шкоди [5].

Аналізуючи диспозицію ст. 206-2 КК України, можна побачити, що шкода цього суспільно небезпечного злочину полягає у протиправному вилученні з володіння майна підприємств, установ, організацій.

При цьому безпосереднім об'єктом цього злочину є відносини, пов'язані з реалізацією підприємствами, установами, організаціями прав на господарську діяльність, у тому числі прав на їхнє майно.

Ці суспільні відносини охороняються законодавством: зокрема, ст. 42 Конституції України закріплено право кожного на під-

приємницьку діяльність, яка не заборонена законом.

Також шкода завдається додатковому об'єкту злочину, а саме відносинам у сфері власності.

Згідно з нормами цивільного законодавства володіння є одним із елементів права власності та включає в себе можливість панування над річчю.

При цьому право власності, в тому числі право володіння, захищається нормами Цивільного кодексу України, зокрема ст. 386 даного кодексу передбачено, що держава забезпечує рівний захист прав усіх суб'єктів права власності.

Крім того, право власності гарантується Конституцією України. Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Також вказаною статтею передбачено, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

Враховуючи вищенаведене, негативним наслідком протиправного заволодіння майном підприємств, установ, організацій є порушення конституційних прав та гарантій підприємницької діяльності та власності.

Також, аналізуючи кваліфіковані склади цього злочину, якими є протиправне заволодіння майном підприємств, установ, організацій, що вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або з погрозою вбивства чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, або поєднані з насильством, що не є небезпечними для життя і здоров'я, або з пошкодженням майна, та особливо кваліфіковані – ті самі дії, вчинені службовою особою з використанням службового становища або якщо вони заподіяли велику шкоду чи спричинили інші тяжкі наслідки, можна зробити висновок, що даний злочин не тільки є суспільно небезпечним у сфері господарських відносин та власності, а й може посягати на життя і здоров'я людини, які відповідно до Конституції України є найвищою соціальною цінністю.

З огляду на наведене, суспільна небезпека такого роду діянь характеризується високим ступенем, тому беззаперечна наявність даної обставини зумовлює кримінальну відповідальність за злочин.

2. Встановлення кримінальної караності діяння є допустимим тоді і лише тоді, коли є впевненість у тому, що позитивні соціальні результати застосування кримінального права істотно перевищать неминучі негативні наслідки криміналізації [6,с. 220].

З точки зору О. О. Пащенка, питання щодо негативних наслідків кримінально-правової заборони варто вирішувати залежно від виду покарання, що закріплено у санкції аналізованої кримінально-правової норми, а значить, і може бути реально застосовано до особи, яка вчинила діяння, нею передбачене. Це пов'язано з тим, що зазначені негативні наслідки проявляються, передусім, у тих обмеженнях прав і свобод, які становлять зміст покарання, що призначається за вчинення діяння, передбаченого у досліджуваній кримінально правовій нормі [7].

Санкція статті 206-2 Кримінального кодексу України залежно від того, простий, кваліфікований чи особливо кваліфікований склад злочину, передбачає як основне покарання виправні роботи, обмеження волі, позбавлення волі, а як додаткове – позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю та конфіскацію майна.

Викладене дозволяє стверджувати, що негативні наслідки заборони у даному складі злочину для суспільства полягають у неотриманні суспільством корисних результатів діяльності від особи у зв'язку з її засудженням, втратою можливості безпосереднього спілкування із засудженим, а для самого засудженого – у позбавленні можливості реалізації себе у певній діяльності, обмеженні можливості для загального розвитку, втраті коштів чи майна, які останній міг використати для задоволення власних інтересів, обмеженні права пересування, залученні до праці.

При тому позитивні наслідки існування кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 206-2 Кримінального кодексу України, полягають, перш за все, у захисті відповідних господарських відносин від можливого завдання їм шкоди, стримування та унеможливлення вчинення таких дій, забезпечення реалізації права на господарську діяльність, права власності на майно, поваги до них.

Як правильно вказує О. О. Пащенко, коли йдеться про встановлення кримінальної відповідальності за посягання на життя, здоров'я, основи національної безпеки, інші об'єкти, що знаходяться в ієрархії потреб людини на найвищому рівні, їхній захист має куди більш вагоме значення, ніж право особи, яка вчинила відповідне посягання, вільно вибирати своє місцезнаходження та рід занять [7].

Тому захист права на господарську діяльність, права власності, а в деяких випадках – права на життя і здоров'я є важливішим, ніж обмеження, які передбачені санкцією відповідної статті.

3. Питання можливості боротьби з протиправним заволодінням майном підприємств, установ, організацій за допомогою кримінально-правових заходів і неможливості

боротьби за допомогою інших, особливо до набрання чинності статтею 206-2 Кримінального кодексу України, стало предметом активного обговорення у наукових колах.

Перш за все, це пов'язано з тим, що часто заволодіння таким майном здійснюється, на перший погляд, законно, шляхом використанням прогалин у цивільному, господарському законодавстві – так зване «біле рейдерство».

Однак є безліч випадків, коли таке заволодіння здійснюється з використанням явно кримінальних методів, тобто із застосуванням насильства, нанесення тілесних ушкоджень, шляхом підроблення документів тощо.

Серед науковців, державних діячів та юристів виникали дискусії з приводу того, чи необхідно до Кримінального кодексу України було вносити статтю, що передбачала кримінальну відповідальність за рейдерську діяльність, оскільки була думка, що для притягнення до кримінальної відповідальності за рейдерські захоплення залежно від вчинених діянь можна застосовувати інші статті Кримінального кодексу України.

Прихильники цієї позиції вважають, що боротися із силовими захопленнями підприємств можливо за чинним кримінальним законодавством і тому криміналізація рейдерства як окремого суспільно небезпечного діяння шляхом встановлення відповідальності за його вчинення у спеціальній кримінально-правовій нормі не вбачається доцільною, оскільки це призведе до надмірності криміналізації і потребуватиме доведення суб'єктивних ознак, тобто умислу на протиправне захоплення підприємств.

Основна проблема, на їхню думку, полягає в тому, що статті, які містяться в КК України, не працюють або працюють неефективно, у зв'язку з чим особи, дії яких мають усі ознаки складу злочину, до кримінальної відповідальності не притягуються.

Прихильники іншої позиції стверджують, що проблема протидії рейдерству в Україні залишається актуальною. Це зумовлено, поряд з іншими чинниками, тим, що в КК України відсутня норма, яка б чітко передбачала відповідальність за захоплення підприємств, а також тим, що на практиці майже неможливо провести розмежування між цивільно-правовими і кримінально-правовими відносинами у цій сфері, чим успішно користуються рейдери для ухилення від кримінальної відповідальності [8].

На думку Р. А. Панасенка, зазначений напрям більш прийнятний та ефективний для боротьби з «українським рейдерством». Перш за все, він дозволить відокремити рейдерство від багатьох інших складів злочину, що мають значно менший ступінь суспільної небезпечності. При цьому такий шлях призведе до появи в КК України лише одного нового складу злочину, тоді як унаслідок криміналізації рейдерських дій як кваліфікуючих ознак інших складів злочинів виникне багато нових кваліфікуючих складів злочинів [9].

Серед державних та громадських діячів також існувала думка, що доцільним є введення кримінальної відповідальності лише за організацію рейду (рейдерського нападу). Злочинні діяння, вчиненні окремими виконавцями, на всіх етапах організації та здійснення рейдерського нападу є наслідком діяльності організатора (організація злочинного об'єднання, керівництво ним, забезпечення його злочинної діяльності). Тому кримінальній відповідальності за всі злочини, вчинені рейдерськими групами чи організаціями, підлягає відповідно до закону (ч. 1 ст. 30 КК України) організатор [10, с. 67].

Проаналізувавши вищевикладене, зазначимо, що законодавцем правильно прийнято рішення щодо криміналізації протиправного заволодіння майном підприємства, установи, організації, оскільки це дає можливість провести розмежування між цивільно-правовими і кримінально-правовими відносинами в цій сфері, а визначення у диспозиції вказаної статті конкретних видів неправомірних рейдерських діянь дозволяє їх відрізнити з-поміж діянь, що передбачені складами суміжних злочинів, тим самим забезпечуючи невідворотність кримінальної відповідальності за злочин, що посягає на сферу господарювання.

Висновки.

У дослідженні нами було визначено таке:

1) суспільна небезпека такого роду діянь характеризується високим ступенем, а шкода є значною, що є безумовною підставою для кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємств, установ, організацій;

2) співвідношення викладених вище позитивних і негативних наслідків криміналізації даного злочину свідчить про те, що позитивні соціальні результати застосування ст. 206-2 Кримінального кодексу України істотно перевищують неминучі негативні наслідки;

3)незважаючи на розбіжності в думках науковців щодо необхідності встановлення кримінальної відповідальності за протиправне заволодіння майном підприємств, установ, організацій, криміналізація статті 206-2 Кримінального кодексу України є доцільною, оскільки дає можливість виокремити кримінально-правові відносини у сфері протиправного заволодін-

ня майном підприємств, установ та визначає конкретний перелік «рейдерських» діянь, тим самим запобігає їх кваліфікації за іншими складами злочинів, що до сфери господарських відносин відношення не мають.

Список використаних джерел:

1. КК України URL: zakon.rada.gov.ua/go/2341-14.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад.і голов. ред.. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.

3. Словник юридичних термінів. URL: http://www.assyria.com.ua/slovar-yuridicheskih-terminov/.

4. Економічна та майнова безпека підприємства і підприємництва. Антирейдерство / Б.М. Андрушків, Ю.Я. Вовк, П.Д. Дудкін [та ін.]. – Тернопіль: Тернограф, 2008. 424 с.

5. Кримінальне право. Загальна частина : мультимедійний навчальний посібник. URL: http://www/naiau.kiev/ua/books/mpn_krum_pravo_zag/Files/Leks/T4/T4_Pl.html.

6. Кудрявцев В.Н. Основания уголовно-правового запрета / В.Н. Кудрявцев, П.С. Дагель, Г.А. Злобин [и др.]. М.: Наука, 1982. Ст.220.

7. Пащенко О.О. Спірозмовність позитивних і негативних наслідків кримінально-правової заборони. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015 URL: http://www.visnyk-juris.uzhny/uz/ua./file/No.35/part_3/15.pdf.

8. Проблеми кримінальної відповідальності за рейдерство та шляхи їх вирішення. Академія прокуратури України : збірник наукових праць. 2009. 400 с. URL: http://www.info-library.com.ua/books-tekst-10140.html.

9. Панасенко Р.А. Щодо криміналізації та тлумачення "рейдерства" в Україні. URL: http://ukrainianpravo.narod.ru/index/0-3.

10. Шляхи подолання рейдерства: удосконалення законодавства та посилення реагування правоохоронних органів на протиправні дії його організаторів та виконавців: матеріали комітетних слухань, проведених 17 вересня 2008 року Міжвідомчою комісією з питань протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств Верховної Ради України. Київ, 2008. С. 67.

Определено понятие противоправного завладения имуществом предприятия, учреждения, организации. Анализируется социальная обусловленность уголовной ответственности за противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации; исследуется система связей и отношений во время приобретения и использования объектов, представляющих повышенную опасность для имущества предприятия, учреждения, организации, соотношение положительных и отрицательных последствий криминализации.

Ключевые слова: социальная обусловленность уголовной ответственности, противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации, рейдерство, преступления в сфере хозяйственной деятельности.

The notion of unlawful seizure of property of enterprises, institutions and organizations is defined. The social conditionality, criminal liability for the unlawful seizure of property of an enterprise, institution, and organization is analyzed. The system of connections and relations during the acquisition and use of objects that constitute an increased danger for the property of enterprises, institutions, organizations, correlation of positive and negative consequences of criminalization is researched.

Key words: social conditionality of criminal responsibility, illegal possession of property of enterprise, institution, organization, raider, crimes in the sphere of economic activity.

УДК 343.211.4

Михайло Кондра,
аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка

ВПЛИВ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ НА ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Стаття присвячена з'ясуванню впливу принципу рівності на форми реалізації кримінальної відповідальності, зокрема на таку форму, яка передбачає осуд особи зі звільненням від покарання. Для цього поетапно аналізуються форми реалізації кримінальної відповідальності, обґрунтовується те, чому певні кримінально-правові інститути можна віднести до таких форм, а деякі ні.

Ключові слова: принципи кримінального права, кримінальна відповідальність, форма реалізації кримінальної відповідальності, покарання, звільнення від покарання, осуд.

Постановка проблеми. Питання форм реалізації кримінальної відповідальності в науці кримінального матеріального права є дискусійними. Спираючись на попередні наукові доробки, ми запропонуємо власне розуміння таких форм та виділимо дискусійні питання, деякі з яких, на наш погляд, не відповідають вимогам дотримання принципу рівності у кримінальному праві України.

Стан дослідження. Різні підходи до розуміння форм реалізації кримінальної відповідальності були детально проаналізовані Ю. А. Пономаренком [1]. Також дуже добре та всебічно були проаналізовані такі форми Є. О. Письменським [2], Н. І. Устрицькою [3], А. В. Ландиною [4], І. В. Красницьким [5] та іншими науковцями. Однак, на жаль, доводиться констатувати, що дослідження впливу принципу рівності у кримінальному праві України на форми реалізації кримінальної відповідальності не проводилось. Тому не вирішені питання форм реалізації кримінальної відповідальності, які мають безпосереднє відношення до принципу рівності. Наприклад: чи можливе звільнення від покарання без його призначення і чи не ставить воно у привілейоване становище певних осіб порівняно з іншими.

Метою дослідження є формулювання обґрунтованих висновків щодо значення принципу рівності для форм реалізації кримінальної відповідальності, зокрема осуду особи, поєднаному зі звільненням від покарання.

Виклад основного матеріалу. Як слушно пишуть О. О. Дудоров та М. І. Хавронюк, «форма реалізації кримінальної відповідальності – це заходи, пов'язані із кримінальною відповідальністю» [6, с. 294]. На наш погляд, за критерієм «можливий варіант поєднання елементів змісту кримінальної відповідальності», який запропонував І. В. Красницький [5, с. 152], варто виділяти чотири форми реалізації (прояву) кримінальної відповідальності :

I. Осуд, поєднаний із призначенням покарання (-нь), передбаченого (-них) статтею 51 КК України, та його (їх) подальше відбування. Це найбільш проста з погляду застосування та репресивна форма. **Формула: осуд + покарання, але можливо + застосування примусових заходів медичного характеру у випадках, передбачених ч. 3 ст. 19, ч. 2 ст. 20 КК України**;

II. Осуд, поєднаний із призначенням покарання (-нь), передбаченого (-них) статтею 51 КК України, але водночас звільненням від покарання (ч. 4 ст. 74, ч. 5 ст. 74, ст. 85, ст. 105 КК України). **Формула: осуд + покарання - звільнення від покарання, але можливо + застосування примусових заходів медичного (у випадку, передбаченому ч. 3 ст. 19 КК України) або виховного характеру (у випадку, передбаченому ст. 105 КК України)**;

III. Осуд, поєднаний із призначенням покарання (-нь), передбаченого (-них) статтею 51 КК України, але водночас зі звільненням від відбування покарання (умовно-достроково чи з випробуванням: ст. 75, ч. 1-3,5,6 ст. 79, 80, 81, ч. 1-3, 5,6 ст. 83, ч. 2 ст. 86, ч. 3 ст. 87, 104, 106, 107 КК України). **Формула: осуд + покарання – звільнення від відбування покарання**.

Одразу зазначимо, що ми не підтримуємо позицію окремих науковців, що передбачені КК України інші заходи кримінально-правового характеру (зокрема, заходи щодо юридичних осіб) [7] є однією із форм реалізації кримінальної відповідальності. Для цього не має підстав, адже вони мають зовсім інше завдання, ніж кримінальна відповідальність, не можуть застосовуватися автономно та реалізуються поряд із такою відповідальністю.

© М. Кондра, 2018

Наведемо аргументи на прикладі спеціальної конфіскації. Так, Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України стосовно виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 18.04.2013 № 222 КК України був доповнений положеннями про спеціальну конфіскацію, а тому з'явилися дві нові статті у ЗЧ КК України (ст. 96-1, ст. 96-2 КК України). Свого часу О. Я. Кондра детально проаналізував правову природу спеціальної конфіскації [8] і дійшов висновку, що «спеціальна конфіскація не може виконувати завдання кримінально-правової охорони, оскільки вона настає лише постфактум і лише за спеціальних умов наявності певних речей матеріального світу, якими завдається шкода об'єкту» [8, с. 278]. Також В. М. Бурдін зазначає, що «вказівка у санкціях окремих статей Особливої частини КК України на застосування до особи "спеціальної конфіскації", котра за своєю суттю є заходом процесуального примусу, не означає, що це положення входить до змісту кримінально-правової норми. Положення про спеціальну конфіскацію не є якось новелою законодавства, оскільки йдеться не про що інше, а саме про порядок поводження з речовими доказами, про що вказується у ст. 69 КПК УРСР та ст. 81 КПК України» [9]. З вищевикладеного видно, що спеціальна конфіскація має чітку процесуальну правову природу, а тому розміщення норм щодо неї у КК України є невдалим. З іншого боку, аксіомою є те, що кримінальна відповідальність має матеріальну правову природу та є інститутом кримінального матеріального права. Крім цього, спеціальна конфіскація може застосовуватися, крім ухвалення обвинувального вироку, ще й у випадках постановлення судом ухвал: про звільнення особи від кримінальної відповідальності; про застосування примусових заходів медичного характеру; про застосування примусових заходів виховного характеру (п. 2-4 ч. 2 ст. 96-1 КК України). Водночас кримінальна відповідальність починається та реалізовується виключно з моменту та у зв'язку з ухваленням судом обвинувального вироку.

Інакше кажучи, «заходи кримінально-правового характеру» – це ширше за обсягом терміно-поняття стосовно терміно-поняття «кримінальна відповідальність», однак водночас такі заходи є підсистемою ще ширшого терміно-поняття «кримінально-правові наслідки» та охоплюються останнім.

Дискусійними є віднесення до форм реалізації кримінальної відповідальності: звільнення особи від кримінальної відповідальності; звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру до неповнолітньої особи; застосування до обмежено осудної особи примусових заходів медичного характеру.

На наш погляд, звільнення особи від кримінальної відповідальності не варто розглядати **взагалі** як форму реалізації останньої, а звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру до неповнолітньої особи, яка скоїла злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність та застосування до обмежено осудної особи примусових заходів медичного характеру, не варто розглядати як окремі форми реалізації, адже вони цілком реалізуються в межах інших.

Щодо першого – однією із принципових ознак інституту звільнення від кримінальної відповідальності є відмова суду від осуду особи від імені держави. Тобто відсутня ознака, яка притаманна всім формам реалізації кримінальної відповідальності. До того ж звільнення від кримінальної відповідальності має чітку часову межу можливості її застосування – до набрання обвинувальним вироком суду законної сили, адже з цього моменту кримінальна відповідальність вважається такою, що вже реалізована в одній із форм. Ще можна зазначити, що звільнення від кримінальної відповідальності згідно з п. 1) ч. 2 ст. 284 КПК України, процесуально завершується винесенням ухвали суду про закриття кримінального провадження у зв'язку зі звільненням особи від кримінальної відповідальності. А форми реалізації кримінальної відповідальності завжди процесуально завершуються винесенням судом обвинувального вироку (ч. 2 ст. 373, абз. 6 п. 2) ч. 3 ст. 374 КПК України).

До цього додамо, що з тих самих причин не варто вважати ні реалізацією кримінальної відповідальності, ні її формами застосування примусових заходів медичного характеру до неосудного чи примусових заходів виховного характеру до неповнолітньої особи (за термінологією КПК України: особи, яка після досягнення одинадцятирічного віку до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність), яка вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого КК України. На користь цього можна сказати, що у цьому випадку відсутній такий елемент складу злочину, як суб'єкт, а отже, відсутні всі необхідні його ознаки. А тому, кримінальна відповідальність не може наставати, адже, згідно з ч. 2 ст. 2 КК України, підставою останньої є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом.

Щодо другого – звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру до неповнолітньої особи, яка скоїла злочин у віці, з якого може наставати кримінальна відповідальність, не є окремою формою реалізації кримінальної відповідальності, адже реалізується в межах інших форм. Тобто примусові заходи виховного характеру не призначаються самостійно, а завжди поєднуються із застосуванням покарання і наступним звільненням від нього чи його відбування (ст. 104, 105 КК України).

Щодо третього – застосування до обмежено осудної особи примусових заходів медичного характеру завжди відбувається у межах призначеного судом покарання як окремої форми реалізації кримінальної відповідальності, на що слушно вказували В. М. Бурдін [10, с. 28-82; 11] та О. О. Дудоров [12, с. 84].

Складним є вирішення проблеми узгодженості кримінального закону і КПК України в частині другої форми реалізації кримінальної відповідальності. Проблема полягає в тому, як це повинно відбуватись – шляхом ухвалення обвинувального вироку із призначенням покарання і звільненням від нього чи ухвалення обвинувального вироку та не призначення покарання взагалі (і таким чином особа звільняється від покарання). До речі, О. О. Дудоров, наводячи приклади реалізації найбільш ліберальної форми реалізації кримінальної відповідальності (оформлення осуду від імені держави, але без призначення покарання), фактично вказує випадки, коли особа звільняється від покарання [13, с. 142]. Із ходу думок О. О. Дудорова вбачається, що суд засуджує особу обвинувальним вироком без призначення покарання, і одночасно повинен звільнити особу від покарання.

Коріння цієї проблеми полягає в тому, що з ч. 3 ст. 88 КК України, котра описує правові наслідки судимості, випливає, що особа в одному випадку може бути засуджена за обвинувальним вироком суду **без призначення покарання**, а також як окремий випадок вказується можливість засудження обвинувальним вироком особи ***зі звільненням від покарання***. Тобто із цієї норми вбачається можливість ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання, окремо – поряд з обвинувальним вироком зі звільненням від покарання. Хоча розділ XII ЗЧ КК України, котрий має назву «Звільнення від покарання та його відбування», не згадує про можливість ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання, і в жодній іншій статті КК прямо не згадуються підстави для ухвалення такого вироку. Натомість, проаналізувавши текст кримінального матеріального закону, можна стверджувати, що про звільнення від покарання КК України згадує у низці статей розділу XII: ч. 1 ст. 74, ч. 2 ст. 74, ч. 4 ст. 74, ч. 5 ст. 74, ч. 4 ст. 79, ч. 4 ст. 83, ст. 84, 85, 105.

Дуже розпливчато про звільнення від покарання законодавець згадує у ч. 3 ст. 19 КК України, коли пише, що «не підлягає покаранню особа, яка вчинила злочин у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню». Виникає питання: такій особі поряд із примусовими заходами медичного характеру призначається покарання зі звільненням від нього чи покарання не призначається взагалі. Тут відповідь можна отримати у роз'ясненні Пленуму Верховного Суду України, котрий у п. 6 Постанови № 2 від 19.03.1982 «Про судову практику по застосуванню примусових заходів медичного характеру» визнає «правильною практику тих судів, які постановлюють **обвинувальний вирок і при призначенні засудженому покарання** враховують його психічний стан як пом'якшуючу покарання обставину **з одночасним застосуванням примусового заходу медичного характеру** у виді амбулаторної психіатричної допомоги за місцем відбування покарання».

Щодо можливості звільнення від покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру дещо складніша ситуація. Так, в абз. 4 п. 16 Інформаційного листа ВСС України від 16 січня 2017 року «Про практику здійснення судами кримінального провадження щодо неповнолітніх» роз'яснено, що, приймаючи рішення про звільнення неповнолітнього від покарання із застосуванням заходів виховного характеру відповідно до ч. 2 ст. 373 КПК України, суд постановляє вирок, яким визнає обвинуваченого винуватим у скоєному злочині (кримінальному правопорушенні), керуючись ст. 105 КК, **звільняє його від покарання без визначення його виду і розміру** та застосовує примусові заходи виховного характеру.

Треба звернутися до положень чинного КПК України щодо цього питання. У ч. 2 ст. 373 КПК України вказується, що якщо обвинувачений визнається винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, суд ухвалює обвинувальний вирок і призначає покарання, звільняє від покарання чи від його відбування у випадках, передбачених законом України про кримінальну відпові-

дальність, або застосовує інші заходи, передбачені законом України про кримінальну відповідальність. До того ж, як вимагає п .6 ч. 1 ст. 368 КПК України, ухвалюючи вирок, суд повинен вирішити питання, зокрема, щодо того, **яка міра покарання має бути призначена обвинуваченому і чи повинен він її відбувати,** а у п. 2) ч. 4 ст. 374 КПК України написано, що у резолютивній частині вироку, у разі визнання особи винуватою, зазначається, зокрема, покарання, призначене по кожному з обвинувачень, що визнані судом доведеними, та остаточна міра покарання, вибрана судом. Тобто із цих положень не вбачається можливість ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання. Хоча задля справедливості зазначимо, що у ч. 1 ст. 377 КПК України написано, що «якщо обвинувачений тримається під вартою, суд звільняє його з-під варти в залі судового засідання у разі, зокрема, ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання». Це єдиний випадок, коли у тексті кримінального процесуального закону згадується про обвинувальний вирок без призначення покарання. Тому в цьому контексті норми КПК України не узгоджені між собою, окрім того що не узгоджені з КК України. На наш погляд, це є наслідком порушення правил юридичної техніки та безсистемного підходу до написання текстів відповідних законодавчих актів.

Треба зауважити, що старий КПК 1960 року, у редакції до 2001 року (до проведення т. зв. «малої судової реформи»), у ст. 327 передбачав випадок ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання (ч. 3 ст. 327 КПК 1960 року у редакції до 2001 року), що зазначав А. А. Павлишин [14]. Це положення давало підстави ряду науковців як один із видів обвинувального вироку виділяти обвинувальний вирок без призначення покарання [15; 16; 17].

Тому в питаннях можливості та підстав ухвалення обвинувального вироку без призначення покарання положення кримінального матеріального та кримінального процесуального права не однозначні та не узгоджені між собою. Ми пропонуємо цю проблему для її вирішення розглядати крізь призму принципів кримінального права. Перше – не є зрозумілою позиція науковців [13, с. 142-143] щодо того, чому у випадках звільнення від покарання (ІІ форма реалізації кримінальної відповідальності) повинен ухвалюватися обвинувальний вирок без попереднього призначення відповідного покарання. Для цього немає законодавчого підґрунтя. Звертаємо увагу, що у ч. 3 ст. 88 КК України написано, що «особи, засуджені **за вироком суду без призначення покарання <u>або</u> із звільненням від** покарання **… визнаються такими, що не мають судимості**». Тобто сам законодавець розділив вирок суду без призначення покарання та вирок суду зі звільненням від покарання. До того ж ч. 3 ст. 88 КК України – це єдина згадка про вирок суду без призначення покарання, більше про цю ніби «форму реалізації кримінальної відповідальності» жодним чином не згадується у кримінальному матеріальному законі. Тому ми погоджуємося з Є. О. Письменським та О. В. Євдокімовою, що «звільнення від покарання або його відбування може мати місце лише після того, як покарання було призначене» [2, с. 25; 18, с. 111].

Друге – з погляду принципу рівності, який, реалізовуючись у кримінальному матеріальному праві, передбачає застосування диференційованого підходу у вирішенні питань кримінального матеріального права, на наше переконання, звільнення від покарання без його призначення створює для такого винного необґрунтовані переваги, які полягають в тому, що тоді суд не бере до уваги засади призначення покарання. І це логічно, адже як можна брати до уваги правила призначення покарання, при цьому не призначаючи його? Тобто суд не бере до уваги ступінь тяжкості скоєного злочину, особу винного, обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання, чи злочин був закінчений, чи вчинений у співучасті т. д. Інакше кажучи, йому можуть стати невідомими обставини про особу, щодо якої вирішуються такі питання, які можуть вплинути на прийняття судом кінцевого рішення. А це ставить таких осіб у необґрунтовано привілейоване становище порівняно з іншими особами, щодо яких вирішуватимуться питання застосування цієї форми реалізації кримінальної відповідальності. У такому випадку ще не зрозуміло, як суд має визнати, що (згідно з ч. 4 ст. 74 КК України) таку особу з урахуванням бездоганної поведінки і сумлінного ставлення до праці на час розгляду справи в суді не можна вважати суспільно небезпечною. Або як з'ясувати (згідно з ч. 1 ст. 105 КК України), що неповнолітній внаслідок щирого каяття та подальшої бездоганної поведінки на момент постановлення вироку не потребує застосування покарання? На наш погляд, існування такої ситуації та практики порушує кримінально-матеріальний аспект принципу рівності, адже в усіх інших формах реалізації кримінальної відповідальності суд з'ясовує викладені вище обставини, складає повну картину щодо такої особи і вже тоді вирішує, звільняти таку особу від відбування покарання чи ні. До того ж можливість звільняти від

покарання без урахування зазначених вище обставин не дає можливості реалізуватися принципу рівності призначення покарання, адже він реалізується через загальні засади призначення покарання, на що звертав увагу Пленум ВС України [19].

На наш погляд, правильною виглядатиме практика ухвалення обвинувального вироку із призначенням покарання, але з одночасним звільненням від нього. Це і буде реалізацією «найліберальнішої» форми кримінальної відповідальності. З огляду на вищзазначене, ми не можемо підтримати підхід О. О. Дудорова, котрий, аналізуючи таку форму реалізації кримінальної відповідальності, як ухвалення обвинувального вироку, що, однак, не поєднується з призначенням злочинцю будь-якого заходу кримінального покарання, як можливі випадки, коли суд взагалі не призначає винному покарання, називає ч. 4 та 5 ст. 74, ч. 2 ст. 84, ст. 105 КК України, посилаючись на ч. 3 ст. 88 КК України [13, с. 142-143].

Висновки.

З огляду на наведене вище, можна сформулювати такі висновки цього дослідження.

1. На підставі аналізу тексту кримінального закону та певних кримінально-правових інститутів можна виділити три самостійні форми реалізації кримінальної відповідальності.

2. Щодо кожної з них специфічний вплив мають принципи у кримінальному праві, зокрема принцип рівності.

3. З погляду принципу диференційованої рівності, осуд особи зі звільненням від покарання без його призначення не відповідає принципу рівності у кримінальному праві.

Список використаних джерел:

1. Пономаренко Ю.А. Форми реалізації кримінальної відповідальності за кримінальним законодавством України. Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право». 2013. Вип. 20. С. 65–72.

2. Письменський Є. О. Звільнення від покарання та його відбування: проблеми кримінального законодавства та практики його застосування : монографія. Луганськ : ТОВ «Віртуальна реальність», 2011. 386 с.

3. Устрицька Н. І. Форми реалізації кримінальної відповідальності: деякі міркування. Вісник Херсонського державного університету. 2016. №1. С. 50–53.

4. Ландина А. В. Кримінальна відповідальність: форми реалізації. Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2011. Вип. 4. С. 112-117.

5. Красницький І.В. Кримінальна відповідальність як інститут кримінального права Франції та України: порівняльний аналіз. Львів: Львівський держ. ун-т внутр. справ, 2008. 232 с.

6. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навч. посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. 944 с.

7. Лихова С.Я. Юридичні особи як суб'єкти кримінальної відповідальності за КК України. Кримінальне право і кримінологія. Юридичний вісник. 2014. С. 128.

8. Кондра О. Я. Проблеми правової природи «спеціальної конфіскації» у кримінально-правових санкціях. Вісник Львівського університету. Серія «Юридична». 2010. Вип. № 50. С. 276-287.

9. Бурдін В.М. Санкції окремих статей Особливої частини КК України потребують змін. Життя і право. 2004. № 4. С. 48.

10. Бурдін В.М. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у стані сильного душевного хвилювання: монографія. Львів: ПАІС, 2006. 200 с.

11. Бурдін В. Про співвідношення понять "стан сильного душевного хвилювання" та "обмежена осудність". Вісник Львівського університету. Серія «Юридична». 2006. Випуск 43. С. 277–278.

12. Дудоров О.О. Кримінальна відповідальність: аналіз основних наукових концепцій. Наука і правоохорона. 2009. № 1-2. С. 75–84.

13. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник / за заг. ред. В. Навроцького. К. : Юрінком Інтер, 2013. 712 с.

14. Павлишин А. А. Види вироків та підстави їх постановлення за Кримінально-процесуальним кодексом України. Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. 2003. № 3-4. С. 273-277.

15. Грошевой Ю.М. Правові властивості вироку – акту правосуддя: навчальний посібник. Харків: Українська юридична академія, 1994. С. 28.

16. Тертишник В.М. Кримінально-процесуальне право України: підручник. 4-те вид., доп. і переробл. К.: Видавництво А.С.К., 2003. С. 847.

17. Кримінальний процес України: підруч. для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю.М. Грошевой, Т.М. Мірошниченко, Ю.В. Хоматов та ін.; за ред. Ю.М. Грошевого та В.М. Хотенця. Х.: Право, 2000. С. 387.

18. Євдокімова О.В. Призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.08. Х., 2007. 235 с.

19. Про практику призначення судами кримінального покарання: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 (зі змінами, внесеними пост. Пленуму від 10 грудня 2004 р. № 18). ВВСУ. 2003. № 6. С. 14-20.

Статья посвящена выяснению влияния принципа равенства в уголовном праве на формы реализации уголовной ответственности, в частности на такую из них, которая предусматривает осуждение лица с освобождением от наказания. Для этого поэтапно анализируются формы реализации уголовной ответственности, обосновывается, почему определенные уголовно-правовые институты можно отнести к таким формам, а некоторые нет.

Ключевые слова: принципы уголовного права, уголовная ответственность, форма реализации уголовной ответственности, наказание, освобождения от наказания, осуждение.

In the article under consideration author analyzes influence of the principle of equality to forms of the implementation of criminal responsibility, in particular on form, which includes conviction of the person with release from punishment. After this, author analyzing step by step stages of the implementation of criminal responsibility. Author in article proofs why certain criminal material law institutes can be attributed as such forms, and why some of them can't.

Key words: principles of criminal law, criminal responsibility, the form of realization of criminal responsibility, punishment, release from punishment, condemnation.

УДК 343.3

Ірина Медведєва,
ад'юнкт кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА УХИЛЕННЯ ВІД ВІЙСЬКОВОЇ СЛУЖБИ

Стаття присвячена дослідженню проблеми кримінальної відповідальності за ухилення від призову на строкову військову службу. Проаналізовано відповідальність за ухилення від призову на строкову військову службу в різних країнах.

Ключові слова: кримінально-правова характеристика, строкова військова служба, військова служба за призовом осіб офіцерського складу.

Постановка проблеми. Відповідно до конституції України, захист суверенітету й територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу [1, ст. 7]. Оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності й недоторканності покладаються на збройні сили України.

Одним із найважливіших питань на сучасному етапі розвитку нашої країни є реформування Збройних Сил України, перехід на новий якісний та професійний рівень, на вдосконалену законодавчу основу, що, своєю чергою, зобов'язує перегляд чинного військового законодавства, встановлення нових військово-правових норм на основі багатого досвіду розвинених та перспективних сучасних держав світу.

Статут ЮНЕСКО (ст. 3) передбачає зміцнення взаєморозуміння між народами шляхом розвитку у всесвітньому масштабі вивчення іноземного права і використання порівняльного методу. Ознайомлення з положеннями кримінального права зарубіжних країн доцільне для пізнання його суті, а не лише для критичного оцінювання. Відомо, що, пізнаючи право інших країн, ми краще розуміємо своє національне. Порівняння дає можливість визначити спільне та відмінне, бачити як недоліки, так і кращі зразки вирішення певних питань.

Основним джерелом кримінального права більшості зарубіжних країн є кримінальні кодекси.

В усіх зарубіжних соціалістичних і постсоціалістичних країнах прийняті та функціонують кримінальні кодекси (далі – КК), причому в деяких країнах їх було прийнято кілька. Так, у Монголії діє КК 1961 р. (раніше приймалися Кримінальні уложення в 1926 р., 1929 р., 1934 р., а також КК 1942 р.), у Корейській Народно-Демократичній Республіці – КК 1950 р., у Китайській Народній Республіці – КК 1979 р., в Соціалістичній Республіці В'єтнам – КК 1985 р., у Республіці Куба – КК 1987 р. (замінив КК 1979 р.), в Албанії – КК 1977 р. (замінив КК 1952 р.), у Болгарії – КК 1968 р. (замінив Кримінальний закон, прийнятий 2 лютого 1951 р., який 10 лютого 1956 р. був перейменований на Кримінальний кодекс), у Польщі – КК 1969 р., у Румунії – КК 1968 р., в Угорщині – КК 1978 р. (замінив КК 1961 р.), у Чехії, а також у Словаччині – КК 1961 р. (замінив КК 1950 р.). Прийнятий у 1968 р. КК Німецької Демократичної Республіки перестав діяти у зв'язку з возз'єднанням НДР з Федеративною Республікою Німеччини у жовтні 1990 р.

У СФРЮ в 1976 р. був прийнятий Кримінальний кодекс федерації, а в 1977 р. – Кримінальні кодекси шести союзних республік (Боснії і Герцеговини, Македонії, Сербії, Словенії, Хорватії, Чорногорії) та двох автономних країв у складі Сербії (Воєводини і Косова).

У 1994 р. Республіка Словенія прийняла новий Кримінальний кодекс.

Але кримінальні кодекси не є єдиним джерелом кримінального права тієї чи іншої країни. Норми про кримінальну відповідальність можуть міститися в інших законодавчих актах.

В абсолютній більшості західноєвропейських країн діють кримінальні кодекси. Так, у ФРН у 1987 р. була здійснена нова редакція КК ФРН.

У Франції діє Кримінальний кодекс 1992 р., в Австрії – КК 1974 р., у Швейцарії – КК 1937 р., в Італії – КК 1930 р., Бельгії – КК 1867 р., Греції – КК 1950 р., Данії – КК 1930 р., Ісландії – КК 1940 р., Португалії – КК 1982 р., Фінляндії – КК 1889 р., Швеції – КК 1962 р., Норвегії – КК 1902 р.

В Японії діє Кримінальний кодекс 1907 р. Серед кримінальних кодексів інших азіатських держав можна назвати КК Індії 1860 р.

© І. Медведєва, 2018

Кримінальні кодекси більшості країн Африки, колишніх колоній або протекторатів європейських держав, значною мірою відтворюють положення кримінального права своїх колишніх метрополій.

Основним джерелом кримінального права в латиноамериканських країнах є кримінальні кодекси, засновані на концепціях класичної (неокласичної) школи кримінального права (наприклад, КК Аргентини 1984 р.), класичної школи та антрополого-соціологічного напряму в кримінальному праві (наприклад, КК Колумбії 1980 р.), класичної школи та ідеях нового соціального захисту (наприклад, КК Сальвадору 1973 р.)

До сім'ї загального права на американському материку належать, зокрема, такі країни, як Канада та США. Нині в Канаді чинним є Кримінальний кодекс 1954 р. У Сполучених Штатах Америки діють 53 правові системи: федеральне право, право п'ятдесяти штатів і Пуерто-Ріко як держави, що «вільно приєдналася», а також право федерального округу Колумбія, на території якого розташована столиця США місто Вашингтон, для якого закони приймає Конгрес США. Норми кримінально-правового характеру федерації зібрані в основному в ч. I розділу 18 Зводу законів США, реформованого в 1948 р. (це федеральний кримінальний кодекс США).

В окремих штатах США діють свої кримінальні кодекси: Кримінальний кодекс штату Нью-Йорк 1965 р., що являє собою главу 40 Зводу законів цього штату, Кримінальний кодекс Аляски 1978 р. тощо.

Відповідальність за військові злочини в США міститься в Єдиному кодексі військової юстиції. Статтею 85 Кодексу передбачено відповідальність за дезертирство, статтею 86 передбачено відповідальність за самовільну відлучку та стаття 87 регламентує відповідальність за неявку в строк [1]. Детальніше зупинимось на статті 85 "Дезертирство". Відповідальності підлягає будь-який військовослужбовець, який без відповідного дозволу залишає місце служби з наміром назавжди ухилитись від військової служби. Покаранням за скоєння цього злочину є позбавлення волі на строк до п'яти років.

Військове правосуддя в Сполучених Штатах Америки здійснюється військовими судами. Статус військових судів, які утворюються з числа військовослужбовців, визначається Конституцією, а статус суддів – окремими законами.

Досліджуючи зарубіжне кримінальне законодавство, ми не могли залишити поза нашою увагою Кримінальний кодекс Польщі, оскільки певний інтерес становить використання кримінального законодавства сусідніх держав.

У Кримінальному Кодексі Польщі усі військові злочини поділені на шість груп. Це злочини проти: 1) обов'язків несення військової служби (різні види ухилення від неї); 2) правил військової дисципліни (непокора, образа начальника тощо); 3) правил поводження з підлеглими; 4) правил поводження з озброєнням і військовим спорядженням; 5) правил несення служби (йдеться про несення спеціальних видів служби); 6) військового майна (відповідно глави XXXIX – XLIV).

Основні особливості кримінальної відповідальності цих осіб такі:

1. Крім інших, загальних, обставин, які виключають кримінальну відповідальність, ними є також вчинення військовослужбовцем забороненого діяння на виконання наказу (за винятком випадків свідомого вчинення злочину) (ст. 318) і вжиття військовослужбовцем у разі непокори чи опору заходів з метою примусити підкоритися наказу, на виконання якого він був уповноважений, якщо обставини вимагали невідкладної протидії, а виконання наказу неможливо було здійснити іншим способом (ст. 319). В останньому випадку перевищення меж крайньої необхідності є злочином, але суд може застосовувати надзвичайне пом'якшення покарання. Не вчинює непокори військовослужбовець, який відмовляється виконати наказ про вчинення злочину або не виконує його (ст. 344);

2. Крім звичайних видів покарань, до військовослужбовців може бути застосований військовий арешт на строк від одного місяця до 2 років (ст. 322); під час відбування покарання у виді обмеження волі і у разі відстрочки виконання покарання військовослужбовець позбавляється можливості бути підвищеним у військовому званні і за посадою, брати участь у торжествах і парадах тощо (статті 323 і 335);

3. Суд має право: застосувати надзвичайне пом'якшення покарання і навіть відмовитися від його призначення, якщо винний під час вчинення військового злочину був непридатним до військової служби (ст. 320); передати справу щодо військовослужбовця, який у віці від 17 до 18 років вчинив менш тяжкий злочин, відповідному командиру для призначення дисциплінарного стягнення (ст. 321). Останнє є можливим щодо будь-якого військовослужбовця у разі відмови суду від призначення покарання або застосування умовного припинення кримінального переслідування (статті 331 і 333); застосувати надзвичайне пом'якшення покарання, якщо винний у дезертирстві добровільно повернувся до спливу 14 днів (ст. 340);

4. Щодо усіх військовослужбовців можуть застосовуватися такі специфічні заходи, як: пониження у військовому званні; звільнення з кадрової військової служби, поєднане з позбавленням військових нагород і почесних знаків; розжалування (статті 324-328). (Хавронюк, с. 474-475).

До особливостей також слід віднести таке: а) суб'єктами самовільного залишення місця служби не є військовослужбовці кадрової, надстрокової служби та прирівняні до них, а також особи, призвані на навчальні збори офіцерів, хорунжих та підофіцерів запасу (ст. 338); б) порушення правил військової дисципліни, вчинені щодо військовослужбовця союзної держави, визнаються злочинами, якщо ця держава гарантує взаємність (ст. 349) та інш. (Хавронюк, с. 874-875).

За Конституцією Польщі правосуддя здійснюється військовими судами. Військові суди є спеціалізованими судами, які діють у Збройних Силах. Суддями військових судів Польщі можуть бути лише професійні військовослужбовці.

Аналіз історії розвитку законодавства про кримінальну відповідальність за злочини, пов'язані з ухиленням від військової служби, говорить про те, що самі поняття самовільного залишення частини та дезертирства в процесі розвитку і вдосконалення Збройних Сил Російської Федерації зазнавали деякі зміни. Наприклад, Положення «Про військові злочини» 1924 року «самовільне залишення військовослужбовцем частини або місця служби тривалістю понад шість діб, хоча б воно було скоєно і без мети зовсім ухилитися від військової служби» визначає як дезертирство. Хоча в чинному Кримінальному кодексі РФ дане визначення охоплюється поняттям самовільного залишення частини або місця служби.

Так, ст. 337 Кримінального Кодексу РФ розкриває кілька складів самовільного залишення частини або місця служби. Ч. 1 зазначеної статті визначає самовільне залишення частини або місця служби, а також нез'явлення в строк без поважних причин на службу при звільненні з частини, при призначенні, перекладі, з відрядження, відпустки або лікувального закладу тривалістю понад дві доби, але не більше десяти діб, вчинені військовослужбовцями, які проходять військову службу за призовом. Ч. 2 ст. 337 КК РФ передбачає те саме діяння, але вже вчинене військовослужбовцями, які відбувають покарання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців. Ч. 3 ст. 337 КК РФ – як самовільне залишення частини або місця служби, а так само нез'явлення в строк без поважних причин на службу тривалістю понад десять діб, але не більше одного місяця, вчинене військовослужбовцями, які проходять військову службу за призовом або за контрактом, а вже ч. 4 ст. 337 КК РФ говорить про самовільне залишення частини або місця служби, а також неявку в строк без поважних причин на службу тривалістю понад один місяць, вчинене військовослужбовцями, які проходять військову службу за призовом або за контрактом.

У Примітці до ст. 337 КК РФ законодавець вказав, що військовослужбовець, який вперше вчинив самовільне залишення частини або місця служби, може бути звільнений від кримінальної відповідальності, якщо самовільне залишення частини або місця служби стало наслідком збігу важких життєвих обставин. На виявлення таких обставин слідчому слід звертати особливу увагу, оскільки, якщо вони не будуть виявлені в ході попереднього слідства і кримінальна справа буде направлена до суду, а такі обставини з'ясуються вже під час судового розгляду, це може спричинити винесення виправдувального вироку.

Поняття дезертирства міститься у ч. 1 ст. 338 Кримінального Кодексу РФ, який визначає дезертирство як «самовільне залишення частини або місця служби з метою ухилення від проходження військової служби, а також нез'явлення з тією самою метою на службу».

Ч. 2 ст. 338 КК РФ передбачає кримінальну відповідальність за дезертирство, вчинене «зі зброєю, довіреною по службі, а так само дезертирство, вчинене групою осіб за попередньою змовою або організованою групою».

Принципово новим у Кримінальному Кодексі РФ є встановлення спеціальної відповідальності за дезертирство зі зброєю, яку довірено військовослужбовцю по службі. Ні дореволюційне законодавство Росії, ні кримінальне законодавство наступного періоду подібного складу не знало, що зумовлює необхідність правильної його кваліфікації і розмежування із суміжними складами.

Розслідуючи кримінальні справи цієї категорії (тобто дезертирства, вчиненого зі зброєю), слідчому військової прокуратури варто пам'ятати, що дії винного слід також додатково кваліфікувати за ст. 226 КК РФ у разі, якщо протиправні дії винного містять ознаки не тільки дезертирства, але й ознаки розкрадання зброї. Якщо ж дезертирство зі зброєю не містить ознак розкрадання цієї зброї (наприклад, коли військовослужбовець з довіреною йому зброєю ніс службу з охорони об'єкта, розташованого за межами території військової частини, або повертався

з відрядження і, реалізуючи свій намір ухилитися від військової служби, не мав на меті розкрадання зброї і при цьому не кинув його, а вирішив зберегти і вжити заходів до повернення цієї зброї у військову частину), його дії не будуть містити ознак складу злочину, передбаченого ст. 226 КК РФ, і кримінальну відповідальність він буде нести за ч. 2 ст. 338 КК РФ.

Примітка до ст. 338 КК РФ, як і примітка до ст. 337 КК РФ, передбачає можливість звільнення військовослужбовця від кримінальної відповідальності, якщо дезертирство стало наслідком збігу тяжких обставин. Однак ця примітка може застосовуватися лише в тому разі, якщо військовослужбовець вчинив дезертирство без кваліфікуючих обставин (ч. 1 ст. 338 КК РФ).

Заслуговує уваги новизна Кримінального кодексу РФ у вигляді приміток статей 337 та 338.

Чинним законодавством передбачена відповідальність осіб за невиконання обов'язків, покладених на них Федеральним Законом "Про військовий обов'язок та військову службу". Зокрема, передбачена відповідальність за ухилення від призову на строкову військову службу.

Ухиленням від строкової військової служби, відповідно до п. 4 ст. 31 Федерального Закону "Про військовий обов'язок та військову службу", визнається неявка призовника без поважних причин за повісткою до військового комісаріату на заходи, пов'язані з призовом на військову службу. Оскільки призов на військову службу є одним зі способів комплектування Збройних Сил Російської Федерації, ухилення від призова на військову службу є способом ухилення від проходження військової служби. Враховуючи вищевикладене, тільки це і жодне інше діяння (тобто нез'явлення по повістці без поважних причин) може розглядатись як таке, що тягне кримінальну відповідальність за ухилення від призову на військову службу. Але Постановою Пленуму Верховного Суду Російської Федерації від 3 квітня 2008 року № 3 "Про практику розгляду судами кримінальних справ про ухилення від призову на військову службу та від проходження військової або альтернативної служби" сфера застосування ч. 1 ст. 328 Кримінального кодексу РФ була розширена. Так у числі діянь, в яких є склад злочину, передбаченого даною нормою, Пленум зазначив:

а) самовільне залишення призовника призовного пункту до відправлення його до місця проходження військової служби з метою ухилення від призова на військову службу;

б) отримання призовником шляхом обману звільнення від військової служби в результаті симуляції хвороби, заподіяння собі іншого тілесного ушкодження, підробки документів та іншого обману;

в) відмова призовника від отримання повістки військового комісаріату під підпис з метою ухилитись таким чином від призову на військову службу;

г) відмова призовника від отримання направлення призовної комісії під підпис з метою ухилитись таким чином від військової служби;

д) переїзд на нове місце проживання (тимчасове місце проживання) або від'їзд за межі РФ без зняття з військового обліку з метою уникнути вручення під особистий підпис повістки військкомату про прибуття на заходи, пов'язані з призовом на військову службу;

е) прибуття на нове місце проживання (тимчасове місце проживання) або повернення в РФ без взяття на облік з метою уникнути вручення під особистий підпис повістки військкомату про прибуття на заходи, пов'язані з призовом на військову службу;

ж) ухилення від медичного обстеження за направленням призовної комісії за наявності наміру ухилитись від призову на військову службу.

Відповідно до ч. 1 ст. 328 Кримінального Кодексу РФ ухилення від призову на військову службу за відсутності поважних причин для звільнення від цієї служби карається:

– штрафом у розмірі до двох тисяч карбованців або в розмірі заробітної плати або іншого доходу засудженого за період до 18 місяців, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до двох років.

Суб'єктивна сторона характеризується умислом – прямим чи не прямим – значення не має. Також обов'язковою умовою встановлення умислу є встановлення трьох фактів: факт нез'явлення особи по повістці на заходи, пов'язані з призовом на військову службу; факт не прибуття без поважних причин; факт вручення повістки. Тільки за умови цих трьох фактів можливо довести, що ухилення від призову на військову службу містить умисел.

Кримінальний кодекс Болгарії містить главу 13 "Військові злочини". Додаткові положення до глави 13 Особливої частини КК Болгарії передбачають можливість звільнення винного, який вчинив перелічені у ст. 406 військові злочини, якщо вчинене істотно не вплинуло на військову дисципліну, від кримінальної відповідальності із накладенням на нього дисциплінарного стягнення (у разі

арешту його строк може бути збільшено, порівняно зі звичайним дисциплінарним арештом, до 30 діб) або з розглядом його діяння відповідним судом честі, чи товариським судом честі, чи товариським судом військовослужбовців строкової служби. Таке покарання, як довічне ув'язнення без можливості його заміни позбавленням волі, не може бути призначене військовослужбовцю, який не досяг 18-річного віку (ст. 38-а). (Хавронюк, с .474-475). Серед передбачених главою 13 "Військові злочини" КК Болгарії до специфічних можна віднести такі злочини: ухилення від несення військової служби, поєднане із залишенням меж країни (ст. 386) (Хавронюк, с. 875). У Кримінальному кодексі Болгарії немає терміна "дезертирство". Але статтею 382 Кодексу передбачено, що самовільне залишення військової частини з наміром назавжди ухилитись від служби, незалежно від строку ухилення, карається позбавленням волі на строк від одного до восьми років. Вищезазначена стаття відповідає складу злочину статті 408 "Дезертирство" в кримінальному кодексі України.

Відповідно до статті 43 КК Болгарії до військовослужбовців не застосовуються виправні роботи [2].

Значну кількість загальних положень щодо особливостей кримінальної відповідальності військовослужбовців містить Військовий Кримінальний Кодекс Норвегії.

Частина 2 Військового КК Норвегії складається з чотирьох глав, якими встановлена відповідальність за: незаконну відсутність, втечу та інше ухилення від служби (глава 4) злочини чи правопорушення, які стосуються військової субординації (глава 5); зловживання владою (глава 6); злочини чи правопорушення з урахуванням особливих службових обов'язків і військового порядку (глава 7).

Главою 1 "Сфера дії Закону" встановлено, що покаранню за цим КК підлягають: а) усі особи, які перебувають на службі збройних сил Королівства, за винятком чиновників, які перебувають на військовій юридичній службі; б) усі ті, хто пересувається на військовому кораблі у морському поході або у воєнний час; в) цивільні особи, які здійснюють службу для збройних сил, за винятком чиновників, які перебувають на військовій юридичній службі; г) військовополонені, які перебувають під військовою охороною; д) цивільні особи, які чинять опір вимогам воєнної реквізиції або порушують вимоги Женевських конвенцій; е) деякі інші особи, які вчинили окремі злочини, прямо перелічені у § 9. Відповідно до § 10, якщо Норвегія перебуває у союзі з іншою воюючою державою, кримінально карані діяння, вчинювані норвезьким військовослужбовцем проти військовослужбовця цієї держави, за принципом взаємності, караються так само, якби вони були вчинені протри норвезького військовослужбовця. Цей КК застосовується і тоді, коли кримінально карані діяння вчинюються за кордоном (§ 11).

Відповідно до глави 2 "Покарання" особливості застосування покарань до військовослужбовців, порівняно з іншими особами, які караються за загальногромадянськими КК Норвегії, такі: 1) до них не застосовуються громадські роботи, натомість застосовуються домашній арешт на строк 30 днів або арешт на гауптвахті на строк до 60 днів, а у деяких випадках від 45 до 90 днів. Домашній арешт застосовується тільки щодо осіб командного складу, слухачів військових училищ і цивільних осіб, відбувається у житлі арештанта чи у каюті і не допускає відвідування (§ 12, 15, 16). Відповідно до § 37 домашній арештант, який залишає приміщення, в якому здійснюється арешт, або без дозволу приймає відвідувачів, підлягає покаранню у виді тримання на гауптвахті на строк як мінімум удвічі більший, ніж строк домашнього арешту, або у виді тюремного ув'язнення на строк до 3 місяців; 2) якщо особа позбавляється права служити в армії Королівства, але вона не відслужила частину військового обов'язку, вона зобов'язана зробити це як рядовий (§ 22).

У главі 3 "Різні положення" встановлено, зокрема, що: наказ вищестоящої особи зі службових питань звільняє підлеглого від покарання, якщо повноваження, надані наказом, не перевищувались або якщо той, хто виконував наказ, не розумів, що він сприяє протиправному діянню (§ 24); страх перед особистою небезпекою у разі невиконання службових військових обов'язків не є підставою для виключення покарання чи його скорочення (§ 26); вчинення військового злочину спільно кількома військовослужбовцями або вчинення вищестоящим начальником злочину разом із підлеглим чи підконтрольним збільшує покарання до 50 % (§ 28); вчинення злочину військовополоненим є підставою для зменшення покарання нижче від мінімальної межі (§ 29). (Хавронюк, с. 476-477).

Крім того, частина 3 Військового КК Норвегії, яка діє тільки у воєнний час, передбачає відповідальність за військову зраду і підрив збройних сил (глави 8 і 9), а також за розкрадання та інші злочини проти особи і майна (глава 10).

Найбільш специфічними є злочини, передбачені главою 6, зокрема: зловживання владою чи протиправне перевищення влади

з метою незаконно примусити підлеглого до дії, терпіння чи бездіяльності (обтяжує цей злочин намагання примусити до вчинення кримінально караного діяння) (§ 56); намагання перешкодити зверненню підлеглого із заявою чи проханням (§ 57); протиправне здійснення дисциплінарної влади чи її перевищення (§ 58); образа честі чи гідності підлеглого або посягання на його життя, організм чи здоров'я (§ 59). (Хавронюк, с. 876).

У Франції діє військово-кримінальний кодекс, і військові злочини визначаються саме в ньому та в деяких інших спеціальних законах. Відповідальність за згадуваним вище Військово-кримінальним кодексом Франції 1966 р. несуть не лише військовослужбовці, а й подеколи цивільні особи (наприклад, за мародерство – ст. 428). У Військово-кримінальному Кодексі Франції згадується лише про такий специфічний злочин, як державна зрада військовослужбовця (статті 411-1 і 411-2). Цей Кодекс передбачає специфічні види покарань – позбавлення військового звання, звільнення зі служби (ст. 385). Судимість за власне військовий злочин чи проступок не враховується надалі у разі рецидиву (ст. 371), а також не є перешкодою для надання відстрочки; утім, норми про відстрочку з режимом випробовування застосовуються до військовослужбовців з певними застереженнями (ст. 369). (Хавронюк, с. 475).

Відповідно до статті 398 Кодексу військової юстиції будь-яке самовільне залишення військової частини або місця служби вважається дезертирством. У визначенні дезертирства основну роль відіграє строк відсутності у військовій частині. Так, дезертирами вважаються:

– після шести днів відсутності будь-який військовослужбовець, який без дозволу військового командування відсутній на місці служби;

– військовослужбовець, який виконував обов'язки поза місцем служби самостійно і після виконання завдання через 15 днів не прибув до військової частини;

– військовослужбовець, який без дозволу відсутній на момент відправлення на військовому кораблі чи повітряному судні, до якого він приписаний чи на борту якого він повинен перебувати у зв'язку з виконанням службових обов'язків [3].

Відповідальність за військові злочини у Німеччині передбачена Військово-кримінальним законом. Відповідно до зазначеного закону дезертирством є самовільне залишення військової частини з метою назавжди ухилитись від військової служби незалежно від строку ухилення. Закон зазначає, що на кваліфікацію діяння не впливає, коли воно було вчинено: чи на початку проходження військової служби, чи в кінці. Як покарання за вчинення цього злочину передбачено позбавлення волі на строк до п'яти років [4]. Але, якщо дезертир затриманий протягом місяця з дня залишення служби і бажає відслужити строк військової служби, суд може призначити покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше трьох років.

Згідно з Військово-кримінальним законом Федеративної Республіки Німеччини тільки до військовослужбовців може бути застосоване таке покарання, як арешт. Питання кримінальної відповідальності солдатів бундесверу частково регламентуються згадуваним вище Законом про відправлення правосуддя у справах неповнолітніх (§ 112-а–112-е) і при цьому регламентуються дещо інакше, ніж стосовно молоді віком від 18 до 21 року (§ 105–112). (Хавронюк, с. 475).

Відповідальність за військові злочини в Білорусі передбачена Кримінальним Кодексом Республіки Білорусі. Цей Кримінальний кодекс було прийнято 9 липня 1999 року та введено в дію окремим законом. Складається з двох частин – Загальної та Особливої.

Слід звернути увагу, що ст. 4 КК РБ з метою забезпечення однозначного та точного застосування термінів, що використовуються у цьому законі, надає визначення таких понять, як близькі родичі, посадові особи (зокрема, і посадові особи, що займають певне відповідальне становище), начальник, малолітній, неповнолітній, літня особа тощо. Тут же містяться визначення понять корисливих та хуліганських міркувань, а також деякі інші терміни, що застосовуються у КК РБ.

Підсумовуючи усе сказане, можна зробити такі **висновки**. Існування у сучасних державах такої специфічної сфери державного управління, як військове управління, об'єктивно викликає необхідність у відповідному кримінально-правовому забезпеченні даної сфери суспільних відносин. Цим пояснюється загальноприйнятий факт існування окремої військової юрисдикції, наявність у багатьох країнах військових судів, військових прокуратур і слідчих, відповідного кримінального законодавства, яким регулюється здійснення правосуддя. Існування військових судів у багатьох європейських країнах закріплено на конституційному рівні, що передбачає їх існування як у мирний, так і у військовий час (Бельгія, Нідерланди, Швеція, Італія, Іспанія, Польща). Визначено схожі ознаки КК України та інших держав Європи. Схожість полягає в структурі – це загальна та особлива частини, наявність багатьох інститутів, що,

своєю чергою, свідчить про однакові економічні, політичні, правові фактори розвитку кримінального законодавства. З певними особливостями розглядаються кримінальні справи у Великобританії, США, Нідерландах. У таких державах, як Австрія, Франція, Польща, Грузія, законодавством передбачається відповідальність за ухилення від військової служби залежно від умов мирного або воєнного часу. Як бачимо, кожна країна реформує своє законодавство щодо відповідальності за різного роду ухилення від військової служби власним шляхом. Водночас кращий світовий досвід переконує, що створення професійної армії розв'язує багато проблем.

На сучасному етапі реформування кримінального законодавства, приведення його у відповідність до загальноєвропейського рівня нашій державі вкрай необхідно більш ретельне вивчення розвитку кримінального права європейських країн з метою використання та застосування цього досвіду в процесі вдосконалення кримінального права в Україні.

Список використаних джерел:

1.Конституція України від 28.06.1996 року. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 6. Ст. 28.

2. Про військовий обвязок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 № 2232. Відомості Верховної Ради України. 1192. № 27. Ст. 385.

3. Науково-практичний коментар до Кримінального Кодексу України / за ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка.

4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 25-26. Ст. 131. URL: https://docs.dtkt.ua/doc/1011.18.0.

Статья посвящена исследованию проблемы ответственности за уклонение от призыва на срочную военную службу, срочную военную службу по призыву лиц офицерского состава.

Ключевые слова: уголовно-правовая характеристика, состав преступления, уклонение от призыва, срочная военная служба по призыву лиц офицерского состава.

The article is devoted to the study of the problem of responsibility for evasion from the call for evasion from the call for a regular military service, urgent military service at the call of officers of officers.

Key words: criminally-legal characteristic, structure of a crime, evasion from an appeal, urgent military service on an appeal of persons of officer structure.

УДК 343.3

Антон Монаєнко,
докт. юрид. наук, професор,
заслужений юрист України,
Інститут законодавства Верховної Ради України

ЗАКОННЕ ЗАТРИМАННЯ ТА АРЕШТ ОСОБИ ЗА ПОРУШЕННЯ МИТНИХ ПРАВИЛ І КОНТРАБАНДУ З УРАХУВАННЯМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті зазначено, що з метою припинення порушення митних правил, встановлення особи, яка вчинила порушення митних правил, а також для складення протоколу про порушення митних правил може бути здійснене адміністративне затримання особи. Наведено обставини відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини, коли особа може бути затримана для виконання обов'язків, встановлених митним законодавством. Проаналізовано застосування таких запобіжних заходів, як домашній арешт, тримання під вартою, законне затримання особи без ухвали слідчого судді за контрабанду, що підпадають під дію Кримінального кодексу України.

Ключові слова: митні правила, митний огляд, правова визначеність, контрабанда, затримання, арешт, досудове розслідування.

Постановка проблеми. Порушення митних правил та боротьба з контрабандою останнім часом набувають дедалі більшої уваги з боку правоохоронних органів у світлі оголошених Кабінетом Міністрів України першочергових заходів протидії цим явищам спільно з Міністерством внутрішніх справ України та Національною поліцією України. Україна щороку втрачає близько 105 млрд грн через 15 контрабандних схем. Це близько 10% державного бюджету, а також більше ніж бюджет Міністерства оборони України та Міністерства внутрішніх справ України.

Крім того, Кабінет Міністрів України вирішив ввести експеримент на митницях: з 21 червня до 31 грудня поліцейські зможуть цілодобово перебувати в зонах митного контролю з органами Державної фіскальної служби України для виявлення фактів порушення митних правил. Хоча відповідно до ч. 2 ст. 332 чинного Митного кодексу України переміщення через межі зони митного контролю та в межах цієї зони товарів, транспортних засобів, громадян, які не перетинають митний кордон України, посадових осіб інших, крім митниць, територіальних органів центрального органу виконавчої влади допускаються лише з письмового дозволу керівника відповідної митниці (митного поста). Особам, допущеним у зону митного контролю, забороняється втручатися в дії посадових осіб митниці (митного поста), які здійснюють митний контроль і митне оформлення, а також вчиняти будь-які дії щодо товарів, транспортних засобів, інших осіб, які перебувають у зоні митного контролю, якщо інше не передбачено законом.

Метою статті є аналіз законного затримання та арешту особи за порушення митних правил і контрабанду з урахуванням практики Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 507 Митного кодексу України з метою припинення порушення митних правил, встановлення особи, яка вчинила порушення митних правил, а також для складення протоколу про порушення митних правил, якщо його неможливо скласти на місці вчинення правопорушення, допускається адміністративне затримання особи, яка вчинила таке порушення, на строк до 3 годин [3].

Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 582 Митного кодексу України посадові особи органів доходів і зборів під час виконання службових обов'язків мають право застосовувати фізичну силу для припинення порушень митних правил, затримання осіб, які їх вчинили, подолання опору законним розпорядженням або вимогам посадових осіб органів доходів і зборів [3].

Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 583 Митного кодексу України посадові особи органів доходів і зборів під час виконання службових обов'язків мають право застосовувати наручники, гумові кийки, сльозоточиві речовини,

© А. Монаєнко, 2018

обладнання для відкриття приміщень, засоби для примусової зупинки транспортних засобів та інші спеціальні засоби для затримання правопорушників, їх доставки до службового приміщення органу доходів і зборів, якщо ці особи чинять опір та іншу протидію або можуть завдати шкоди оточуючим чи собі [3].

Відповідно до п. п. «b» та «c» ч. 1 ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: b) законний арешт чи затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом; c) законний арешт чи затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу, за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення.

Друга частина п. «b» ч. 1 ст. 5 Конвенції передбачає ситуації, коли особа може бути затримана для виконання обов'язків, встановлених законом. Прикладами таких обов'язків може бути виконання конкретних митних обов'язків, наприклад сплата мита під час ввезення на митну територію певного товару. При цьому йдеться про виконання чіткого й конкретного обов'язку, а не про виконання загального обов'язку виконувати закон, конституцію (наприклад, рішення Європейського суду з прав людини в справі «Енгель проти Нідерландів» 1976 р.).

Наведемо інший один приклад щодо виконання певного обов'язку. Заявника в справі «Надточій проти України» (2002 р.) визнано винним у тому, що він не вивіз автомобіль за митну територію та втратив його (ст. 112 Митного кодексу України, чинного на той час). Транспортний засіб підлягав конфіскації, проте оскільки місцезнаходження автомобіля було невідоме, то згідно з п. 3 ст. 149 Митного кодексу України було застосовано стягнення в сумі 9833,57 грн (приблизно 1525,15 євро) – еквівалент вартості автомобіля. На думку Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), Митний кодекс України регулює відносини, пов'язані з митними правопорушеннями, адже його розділ VII містить норми щодо контрабанди та посилання на кримінальне законодавство, а розділ VIII Митного кодексу України, положення якого застосовуються в справі заявника, стосується порушень митних правил. Необхідно зазначити, що ст. 139 Митного кодексу України містить положення про адміністративні стягнення, такі як попередження, штраф і конфіскація. Останні два стягнення застосовуються за порушення митних правил відповідно до ст. ст. 112, 113 Митного кодексу України. ЄСПЛ зазначив, що ці положення Митного кодексу України безпосередньо поширюються на всіх громадян, які перетинають кордон, та регулюють їх поведінку шляхом застосування стягнень, що є як покаранням за невиконання певного митного обов'язку, так і стримуванням від порушення митних правил.

У справі «Чиула проти Італії» (1989 р.) особі було запропоновано змінити свою поведінку відповідно до чинного законодавства, а коли вона не виконала цей, на її думку, розпливчатий обов'язок, вона була затримана. ЄСПЛ вважав цей обов'язок не досить чітким і конкретним, а отже, такий обов'язок не може бути виправданим на підставі п. «b» ч. 1 ст. 5 Конвенції. Також ЄСПЛ вважав цей обов'язок таким, що не відповідає принципу правової визначеності.

Однією зі складових частин принципу верховенства права вважають принцип правової визначеності, реалізація якого має полягати в дотриманні зрозумілості, несуперечливості правових приписів, виражених у нормативно-правових актах. Принцип правової визначеності варто пов'язувати, на нашу думку, не лише з вимогами зрозумілості, чіткості норми права, а й із тим, що норми права мають бути спрямовані на забезпечення постійної прогнозованості ситуацій та правових відносин.

ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства країн і необхідність дотримуватись принципу правової визначеності. У його рішенні в справі «Салов проти України» (2005 р.) зазначено, що однією з вимог заявника було те, що п. 2 ст. 127 Кримінального кодексу України (1960 р.) не може бути застосований до його дій, оскільки зазначене положення сформульоване настільки нечітко, що він не міг передбачати, що за цей вчинок його можуть позбавити волі. На переконання заявника, його дії підпадали під ст. 186-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення, тому його не можна було карати за поширення інформації (п. 103). У зв'язку із цим ЄСПЛ у рішенні зауважує, що однією з вимог, яка постає з вислову «передбачений законом», є передбачуваність відповідних заходів. Та чи інша норма не може вважатися «законом», якщо її не сформульовано з достатньою чіткістю, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку: він повинен мати можливість (за необхідності та за належної

правової допомоги) передбачити наслідки, до яких може призвести певна дія. Також у п. 108 рішення ЄСПЛ у справі «Салов проти України» підкреслюється, що рівень передбачуваності значною мірою залежить від змісту заходу, сфери, яку він має охопити, а також кількості й статусу тих, до кого він застосовується.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Єлоєв проти України» (2008 р.) зазначено, що суд вважає відсутність чітко сформульованих положень, які б визначали, чи можливо належним чином продовжити (якщо так, то за яких умов) застосування на стадії судового слідства запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, обраного на визначений період на стадії досудового слідства, такою, що не відповідає критерію передбачуваності закону для цілей п. 1 ст. 5 Конвенції. Суд у п. 53 рішення також зазначив, що практика, яка виникла у зв'язку із законодавчою прогалиною та яка зумовлює тримання особи під вартою протягом необмеженого й непередбачуваного строку за обставин, коли таке тримання не передбачається ні конкретним положенням законодавства, ні будь-яким судовим рішенням, сама по собі суперечить принципу юридичної визначеності, який імплікований Конвенцією та становить один з основних елементів верховенства права.

У п. 19 рішення ЄСПЛ у справі «Новік проти України» (2008 р.) суд зазначив, що коли йдеться про позбавлення свободи, то надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Вимога якості закону в розумінні п. 1 ст. 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, то такий закон має бути досить доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля.

У рішенні ЄСПЛ у справі «S.W. проти Сполученого Королівства» (1995 р.) зазначено, що багато законів неминуче виражені термінами, які більшою чи меншою мірою є незрозумілими. Так, у п. 35 цього рішення говориться, що ст. 7 Кримінального кодексу Сполученого Королівства не обмежується забороною застосування зворотної сили в кримінальному праві на шкоду обвинуваченому; вона в ширшому сенсі говорить про інші принципи кримінального права nullum crimen, nulla poena sine lege, а також про принцип, згідно з яким кримінальний закон не повинен тлумачитись розширено на шкоду обвинуваченому, наприклад, за аналогією. Із цих принципів постає, що будь-який злочин має бути чітко визначений у законі, причому необхідно, щоб кожен міг зрозуміти з тексту відповідної норми (у разі необхідності за допомогою тлумачення, наданого їй судами), яка дія чи бездіяльність тягне за собою кримінальну відповідальність. У п. 36 цього ж рішення зазначається, що як би чітко не була сформульована норма в будь-якій системі права, у тому числі кримінального, неминучим є елемент судового тлумачення. Коли йдеться про закон, то ст. 7 Кримінального кодексу Сполученого Королівства має говорити про писане й неписане право, яке проходить через усі статті Конвенції та володіє необхідними якостями, у тому числі доступністю й передбачуваністю. Причому під писаним правом маються на увазі не тільки акти, які мають меншу юридичну силу, ніж закони, а й рішення судів, у яких дається їх тлумачення.

Особливий інтерес щодо вимоги чіткості та передбачуваності закону представляє рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України» (2013 р.). Порушення принципу юридичної визначеності констатоване ЄСПЛ з огляду на відсутність у законодавстві України положень щодо строків давності притягнення судді до відповідальності за порушення присяги в контексті дотримання вимог якості закону під час перевірки виправданості втручання в права, гарантовані ст. 8 Конвенції. Так, відповідно до п. 170 цього рішення формулювання національного законодавства має бути досить передбачуваним, щоб дати особам адекватну вказівку щодо обставин та умов, за яких державні органи мають право вдатися до заходів, що вплинуть на їхні конвенційні права (див. п. 39 рішення ЄСПЛ у справі «C.G. та інші проти Болгарії» (C.G. and Others v. Bulgaria) 2008 р.). Крім того, законодавство повинне забезпечувати певний рівень юридичного захисту проти свавільного втручання з боку державних органів. Існування конкретних процесуальних гарантій у цьому контексті є необхідним. Те, які саме гарантії вимагатимуться, певною мірою залежатиме від характеру й масштабів зазначеного втручання (див. рішення ЄСПЛ у справі «P.G. та J.H. проти Сполученого Королівства» (P.G. and J.H. v. the United Kingdom) 2001 р.).

Відповідно до п. 178 рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України» (2013 р.) у контексті дисциплінарного права під час оцінки чіткості законодавчих актів має існувати розумний підхід, оскільки загальне формулювання actus reus таких правопорушень є питанням об'єктивної необхідності. Інакше законодавчий акт не буде всебічно охоплювати питання та вимагатиме постійного перегляду й внесення змін, щоб

відповідати новим обставинам, які виникають на практиці. Отже, опис правопорушення в законодавчому акті, який ґрунтується на переліку конкретних видів поведінки, проте має загальне та необмежене кількісно застосування, не забезпечує гарантії належного вирішення питання передбачуваності закону. Мають бути визначені й вивчені інші фактори, що впливають на якість правового регулювання та адекватність юридичного захисту від свавілля.

Відповідно до рішення Конституційного Суду України від 29 червня 2010 р. № 17-рп/2010 у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абз. 8 п. 5 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про міліцію» одним з елементів верховенства права є принцип правової визначеності, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини й громадянина та втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями. Тобто обмеження будь-якого права має базуватись на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Відповідно до пп. 5.4 п. 5 рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 р. № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками суд вказав, що з конституційних принципів рівності та справедливості постає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженість трактування в правозастосовній практиці та неминуче призводить до сваволі.

У справі «Маквей, Оніл та Еванс проти Великобританії» (1981 р.), де предметом розгляду був обов'язок пасажира, який в'їжджав до Великої Британії, не перешкоджати митному огляду, ЄСПЛ дійшов висновку, що цей обов'язок сформульований досить чітко й зрозуміло та відповідає принципу правової визначеності. Тому цей обов'язок відповідає п. «b» ч. 1 ст. 5 Конвенції.

ЄСПЛ назвав декілька факторів, які впливають на віднесення обов'язків до сфери дії цієї норми права (зокрема, п. «b» ч. 1 ст. 5 Конвенції):

– характер обов'язку;

– чи відповідає його виконання питанням наполегливої необхідності;

– чи можна на розумній підставі забезпечити виконання обов'язку іншим способом.

ЄСПЛ застосував у цій справі принцип справедливого балансу між необхідністю в демократичному суспільстві негайного виконання такого обов'язку та правом на свободу чи вільне володіння своїм майном.

Деякі національні суди у виконанні питань наполегливої необхідності застосовують положення Конвенції та посилаються на рішення ЄСПЛ у справі «Ісмаїлов проти Росії» (2007 р.) під час вирішення питання про застосування стягнення у вигляді конфіскації за порушення митних правил. Так, відповідно до п. 33 цього рішення щодо загального інтересу, якому могло служити втручання держави, ЄСПЛ зазначає, що держави мають законний інтерес і водночас обов'язок згідно з різними міжнародними договорами, такими як Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності, вживати заходи з метою виявлення й контролю руху грошових коштів через кордони, оскільки великі суми готівки можуть використовуватись для відмивання незаконних доходів, торгівлі наркотиками, фінансування тероризму або вчинення інших серйозних фінансових злочинів. Загальна вимога про декларування, що поширюється на будь-яку особу, яка перетинає кордон держави, попереджає приховані ввезення та вивезення грошових коштів із країни, і конфіскаційний захід, який тягне за собою недекларування коштів митному органу, є частиною загальної регулятивної системи, покликаної боротися з такими злочинами. Отже, ЄСПЛ вважає, що конфіскація відповідала суспільному інтересу та була покаранням пана Ісмаїлова, проте вона була непропорційною, оскільки становила індивідуальний і надмірний характер для заявника, що порушувало справедливий баланс між заходами, вжитими для забезпечення загальних інтересів суспільства, та потребою заявника в захисті свого права на мирне володіння майном.

Таким чином, застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини під час вирішення справ про порушення митних правил позитивно впливає на практику національних судів, сприяє її узгодженню з міжнародними стандартами та забезпечує належне дотримання прав людини.

За ст. ст. 201 та 305 Кримінального кодексу України за контрабанду особа притягується до кримінальної відповідальності [2]. Відповідно, злочини, передбачені цими нормами Кримінального кодексу України, за ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України належать до підслідності Служби безпеки України, яка здійснює досудове розслідування [1].

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПКУ) регламентує

застосування до порушника за ухвалою слідчого судді затримання як тимчасовий запобіжний захід у кримінальному провадженні (ст. ст. 184–190 КПКУ) та такі запобіжні заходи, як домашній арешт і тримання під вартою (ст. 176 КПКУ), а також законне затримання особи без ухвали слідчого судді (під час вчинення злочину на місці та безпосередньо відразу після вчинення злочину), що регулюється ст. 206 КПКУ [1].

Відповідно до п. 5 ст. 9 КПКУ кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ [1].

Пункт «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції дозволяє затримання чи арешт за обґрунтованою підозрою в здійсненні правопорушення або у випадку, коли є достатні підстави вважати, що необхідно попередити здійснення особою правопорушення або попередити її переховування після його здійснення. Ця норма вже стосується кримінального судочинства, і щоб арешт (за нашим КПКУ – домашній арешт, тримання під вартою) або затримання відповідали цій нормі, має бути присутня мета арешту чи затримання – порушення кримінального провадження. Той факт, що арешт або затримання можуть закінчитися звільненням особи з-під варти, не здійснює істотного впливу на їх відповідність п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції.

У справі «Броган проти Великобританії» (1988 р.) арешт не призвів до подальших дій влади, підозру особі не було вручено, особу не було доставлено до компетентного судового органу для застосування відповідного запобіжного заходу. ЄСПЛ встановив, що порушення п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції не було, оскільки поліція, здійснюючи арешт, у подальшому переконалася в непричетності цих осіб до здійснення правопорушення та припинила досудове розслідування. Проте арешт не мав на меті розслідування кримінального провадження, адже необхідність такого розслідування могла бути встановлена після допиту заарештованої особи, що й було зроблено.

Важливість наявності мети розслідування злочину для відповідності арешту чи затримання п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції була підтверджена в рішенні ЄСПЛ у справі «Чиула проти Італії» (1989 р.). Підозрюваний у членстві в злочинному угрупованні пан Чиула був затриманий і доставлений до суду з метою отримання санкції на примусове перебування в слідчому ізоляторі. Певна річ, що участь у злочинному угрупованні є серйозним кримінальним злочином, проте в цьому випадку особа була затримана за недоведеною підозрою в такій діяльності, метою арешту було не кримінальне переслідування та покарання, а потенційна небезпека для суспільства цієї особи. Це був попереджувальний захід, який жодним чином не підпадав під поняття законного затримання чи арешту та не був пов'язаний із кримінальним процесом. Крім цього, у такому разі потрібно вести мову про конкретне правопорушення (коли затримання відбувається в межах кримінальних проваджень). У наведеній справі цього також не спостерігалося. Таким чином, позбавлення особи свободи не для мети кримінального переслідування суперечить п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції згідно з рішенням ЄСПЛ.

Дуже важливим є значення концепції обґрунтованої підозри, яка міститься в п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції. ЄСПЛ трактує це поняття у своїх рішеннях як наявність фактів та інформації, з яких об'єктивний спостерігач може зробити висновок про скоєння особою злочину (див. рішення ЄСПЛ у справі «Фокс, Кемпбел і Хартлі проти Великобританії» 1990 р.).

Для визнання підозр обґрунтованими необхідно дослідити всі наявні в справі обставини на момент арешту (затримання).

Цьому твердженню кореспондує ч. 2 ст. 9 КПКУ, відповідно до якої прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий зобов'язані всебічно, повно й неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень [1].

У рішенні ЄСПЛ у справі «Фокс, Кемпбел і Хартлі проти Великобританії» (1990 р.) зазначається, що підозра має бути добросовісною, тобто особа, яка здійснила затримання самостійно, суб'єктивно має вважати, що такі підозри в неї є. Проте цього недостатньо, вирішальними є об'єктивні дані про причетність особи до здійснення правопорушення. Такими даними можуть бути дії самого підозрюваного, наявність доказових документів, показання свідків. А такі дані, як раса, національність, самі по собі поза зв'язком з іншими об'єктивними даними не можуть свідчити про обставини, що вказують на причетність особи до скоєного злочину.

Цьому рішенню ЄСПЛ у частині визначення доказової бази кореспондує під час визначення факту здійснення контрабанди ст. 84 КПКУ, відповідно до якої доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані в передбаченому КПКУ порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий

суддя та суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню. Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, висновки експертів [1].

Крім того, у справі «Фокс, Кемпбел і Хартлі проти Великобританії» ЄСПЛ зауважив, що наявність тільки інформації про те, що особа брала участь у злочинній діяльності, не є достатньою підставою для визнання наявності обґрунтованої підозри за суттю п. «с» ч. 1 ст. 5 Конвенції.

Далі необхідно проаналізувати домашній арешт та тримання під вартою.

Частина 3 ст. 5 Конвенції говорить, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями пп. «с» п. 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження. Таке звільнення може бути зумовлене гарантіями з'явитися на судове засідання.

За практикою ЄСПЛ (див. справи «Вемхов проти Австрії» 1968 р., «Матцентер проти Австрії» 1969 р., «Летелієр проти Франції» 1991 р.) особа має бути звільнена до суду, якщо держава не може продемонструвати, що в неї є обґрунтовані й достатні причини для подальшого утримання під вартою. ЄСПЛ називає такі чотири підстави: небезпеку втечі, втручання в перебіг розслідування (змова з іншими учасниками процесу, знищення доказів, документів, вплив на свідків), попередження злочину та підтримку правопорядку.

Роль судді в застосуванні таких запобіжних заходів полягає в тому, що має бути здійснено перевірку обґрунтованості затримання (арешту). Одних лише доводів, що особа може переховуватись від правосуддя або здійснювати вплив на свідків, недостатньо. Такі клопотання правоохоронних органів щодо застосування запобіжних заходів до осіб мають бути обґрунтовані, доведені належним чином і в порядку, передбаченому законом. І чим більше тривалість утримання під вартою або домашнього арешту, тим більш обґрунтованими мають бути доводи, надані владою під час посилання на одну чи декілька з наведених вище підстав (наприклад, втручання в перебіг розслідування). Обґрунтованість таких доводів постає з рішення ЄСПЛ у справі «Москаленко проти України» (2010 р.). Так, зокрема, відповідно до п. 6 цього рішення ЄСПЛ зазначив, що тримання заявника під вартою було необхідним для забезпечення належного ходу провадження, враховуючи ризик того, що заявник може переховуватись від слідства й суду та заважати слідству. Однак суд не навів підстав для такого висновку. Суд також наголосив на тяжкості злочинів, імовірно скоєних заявником.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Ілійков проти Болгарії» (2001 р.) суд зазначає, що органи судової влади неодноразово посилалися на ймовірність того, що до заявника може бути застосоване суворе покарання, враховуючи тяжкість злочинів, у скоєнні яких він обвинувачувався. У цьому контексті ЄСПЛ нагадує, що суворість покарання, яке може бути призначене, є належним елементом під час оцінки ризику переховування від суду чи скоєння іншого злочину. Суд визнає, що з огляду на серйозність висунутих щодо заявника обвинувачень державні органи могли виправдано вважати, що такий ризик існує. Однак ЄСПЛ неодноразово встановлював, що сама по собі тяжкість обвинувачення не може слугувати виправданням тривалих періодів тримання під вартою.

У рішенні ЄСПЛ у справі «Невмержицький проти України» (2003 р.) щодо ризику того, що заявник переховуватиметься від слідства й суду та примушуватиме свідків давати неправдиві показання, суд зазначає, що у своїх рішеннях про тримання заявника під вартою чи продовження тримання під вартою органи державної влади не вказали жодних конкретних причин, на підставі яких вони дійшли такого висновку. Крім того, у міру прогресу провадження та завершення збирання доказів ризик того, що заявник загрожуватиме певним свідкам, також ставав дедалі меншим.

Висновки.

Таким чином, з метою припинення порушення митних правил, встановлення особи, яка вчинила порушення митних правил, а також для складення протоколу про порушення митних правил може бути здійснене адміністративне затримання особи.

Нами наведено обставини, коли особа може бути затримана для виконання обов'язків, встановлених митним законодавством, відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини, а також проаналізовано застосування таких запобіжних заходів, як домашній арешт, тримання під вартою, законне затримання особи без ухвали слідчого судді за контрабанду.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9–12. Ст. 88.

2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2001. № 25–26. Ст. 131.

3. Митний кодекс України: Закон України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 44–48. Ст. 552.

В статье указано, что с целью прекращения нарушения таможенных правил, установления лица, совершившего нарушение таможенных правил, а также для составления протокола о нарушении таможенных правил может быть осуществлено административное задержание лица. Приведены обстоятельства в соответствии с Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и практикой Европейского суда по правам человека, когда лицо может быть задержано для выполнения обязанностей, установленных таможенным законодательством. Проанализировано применение таких мер, как домашний арест, содержание под стражей, законное задержание лица без постановления следственного судьи за контрабанду, подпадающих под действие Уголовного кодекса Украины.

Ключевые слова: таможенные правила, таможенный досмотр, правовая определенность, контрабанда, задержание, арест, досудебное расследование.

The article states that in order to stop the violation of customs rules, the establishment of a person who committed a violation of customs rules, as well as for the drafting of a protocol on violation of customs rules may be carried out administrative detention of a person. The circumstances are set out in accordance with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the practice of the European Court of Human Rights where a person may be detained for the performance of duties established by the customs legislation. The application of such preventive measures as domestic arrest, detention, lawful detention of a person without the approval of an investigating judge for smuggling, which is subject to the Criminal Code of Ukraine, has been analyzed.

Key words: customs rules, customs inspection, legal certainty, smuggling, detention, arrest, pretrial investigation.

УДК 343.7

Володимир Тертишник,
докт. юрид. наук, професор,
академік Академії політичних наук України,
професор кримінально-правових дисциплін
Університету митної справи та фінансів

Олександр Кошовий,
адвокат
Юридичної компанії «Кошовий і Партнери»

ДОКТРИНАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ НА ФОНДОВОМУ РИНКУ

У статті розкриваються концепт та особливості застосування принципів та юридичної визначеності для подолання конкуренції правових норм у сфері застосування кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення у сфері ринкових правовідносин, розв'язання проблеми законодавчих колізій, забезпечення якості закону, гармонізації кримінального права, вдосконалення слідчої та судової практики, гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу.

Ключові слова: маніпулювання на ринку, юридична визначеність, конкуренція юридичних норм, якість закону, Директива 2014/57/ЄС.

Постановка проблеми. Проблема правової визначеності є ахіллесовою п'ятою багатьох інститутів української правової системи. З урахуванням того, що наразі здебільшого у правозастосуванні панує позитивістський підхід, у питаннях, пов'язаних із застосуванням окремих правових норм, виникають проблеми кваліфікації, формується різнорідна правозастосовна практика, яка не сприяє розвитку суспільних відносин. У 2011 році Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 222-1 "Маніпулювання на фондовому ринку", диспозиція якої викладена через спробу застосування бланкетного способу. Разом із тим закон не містить чітких, юридично визначених і достатніх об'єктивних критеріїв розмежування протиправних і юридично допустимих дій, що не відповідає вимогам принципу юридичної визначеності та забезпечення верховенства права, потребує додаткового аналізу та належного правничого тлумачення.

Актуальність досліджуваної проблеми зумовлюється необхідністю стабілізації фондового ринку, створення належних умов для інвестиційної діяльності, розробки чітких, зрозумілих і справедливих правил у сфері ринкових відносин та усунення неприйнятних факторів тиску на бізнес.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми показує, що проблема верховенства права та юридичної визначеності у сфері правосуддя взагалі і щодо застосування окремих інститутах кримінального права приділяється увага економістів та юристів [1-17]. Але наявні публікації не вичерпують усю складність проблеми, а швидше утворюють фундаментальну базу для подальшого її дослідження.

Метою даної роботи є підвищення доктринальної та правової якості інститутів кримінального права, пов'язаних із застосуванням відповідальності за «маніпулювання на фондовому ринку».

Викладення основного матеріалу дослідження. Законом України № 3267 від 21.04.2011 Кримінальний кодекс України було доповнено ст. 222-1 "Маніпулювання на фондовому ринку". До цього моменту подібні дії карались адміністративними засобами, що більшою мірою відповідало концепції гуманізації законодавства та не вступало в протиріччя з тенденціями декриміналізації.

Доповнюючи КК України статтею 222-1 «Маніпулювання на фондовому ринку», законодавець не досить чітко, із застосуванням розпливчатих дефініцій і юридичних фікцій зробив спробу сформулювати спеціальний склад злочину, визначаючи таке: «1. Умисні дії службової особи учасника фондового ринку, що мають ознаки маніпулювання на фондовій біржі, встановлені відповідно до закону щодо державного регулювання ринку цінних паперів, що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у

© В. Тертишник, О. Кошовий, 2018

значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, - караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Спроба встановлення кримінальної відповідальності за "маніпулювання на фондовому ринку" виявилась невдалою і не забезпечила ефективності юридичної практики щодо протидії негативним тенденціям у сфері ринкових відносин. Це було пов'язано як зі складністю самого правовідношення – дій на ринку, який має відповідні специфічні механізми діяльності, правила та запобіжники, так і з недотриманням доктринальних підходів, принципів права та не забезпеченням чіткої юридичної визначеності новоствореного інституту кримінального права.

Термін "маніпуляція", чи "маніпулювання", походить від латинського слова «manipulare» та означає "управляти", "управляти зі знанням справи" тощо, а його первинний зміст як включає дії позитивного характеру, так і може охоплювати діяння негативного характеру, включаючи різні «махінації». Закон не дає чіткого відмежування «позитивних маніпуляцій від суспільно небезпечних, а тим самим кримінально караних «махінацій», змішуючи усі діяння в понятті «маніпулювання», ознаки якого не розкиває. Отже, може скластися ситуація, коли до відповідальності за формальними ознаками може притягатись особа, яка вчинила суспільно корисні дії або яка діяла в інтересах держави.

Досить розпливчатим і не достатньо визначеним для належного здійснення правозастосовної практики, а деякою мірою нелогічним є словосполучення «ознаки маніпулювання на фондовій біржі», що тягне за собою ризик спричинити низку проблем у процесі застосування зазначеної норми.

Не добавляють чіткої юридичної визначеності і формулювання закону про те, що такими мають бути діяння, «що призвели до отримання професійним учасником фондового ринку або фізичною особою чи третіми особами прибутку у значних розмірах, або уникнення такими особами збитків у значних розмірах, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб». Із цього розпливчатого вислову випливає, що якщо учасник фондового ринку за формально визначеними в законі приписами має нести кримінальну відповідальність, навіть якщо своїми «маніпуляціями» спричинив «значну шкоду» самому собі, або навіть якщо його дії були спрямовані на «уникнення такими особами збитків».

Свобода взагалі і свобода ринкових відносин зокрема полягає в тому, що людина може робити все, що не заборонено. Встановлюючи відповідальність за певні дії, законодавець мав би, по-перше, сформулювати ознаки суспільної небезпечності певних дій, по-друге, визначити, що саме заборонено, по-третє, чітко і зрозумілою мовою, достатньою для диференціації того, що можна і того, чого не дозволено, вказати, порушення яких саме заборон тягне кримінальну відповідальність. Недотримання цих вимог показує на недотримання принципу юридичної визначеності, перетворює норми закону в юридичну фікцію.

Не розв'язують проблеми юридичної визначеності, не уникають ознак очевидних юридичних фікцій і приписи ст. 10-1 Закону України "Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні", згідно з визначенням якого «маніпулюванням цінами на фондовому ринку» є:

1) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, які надають або можуть надавати уявлення щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності, та вчиняються одноосібно або за попередньою змовою групою осіб і призводять до встановлення інших цін, ніж ті, що існували б за відсутності таких операцій або заявок;

2) здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів шляхом вчинення умисних протиправних дій, в тому числі шахрайства чи використання інсайдерської інформації;

3) поширення інформації через засоби масової інформації, у тому числі електронні засоби масової інформації, або будь-якими іншими способами, яке призводить або може призвести до введення в оману учасників ринку щодо ціни, попиту, пропозиції або обсягів торгів фінансових інструментів на фондовій біржі, що не відповідають дійсності, зокрема поширення недостовірної інформації, у разі коли особа, яка поширила таку інформацію, знала або повинна була знати, що ця інформація була недостовірною;

4) купівля або продаж фінансових інструментів перед закриттям торговельної сесії фондової біржі з метою введення в ома-

ну учасників ринку щодо цін, які склалися наприкінці торговельної сесії;

5) неодноразове протягом торговельного дня укладення двома або більше учасниками торгів угод купівлі чи продажу фінансових інструментів у власних інтересах чи за рахунок одного і того ж клієнта, за якими кожен з учасників торгів виступає як продавець та покупець одного і того ж фінансового інструменту за однаковою ціною в однаковій кількості або які не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети хоча б для одного з учасників торгів (або їх клієнтів), а також надання клієнтом кільком учасникам біржових торгів доручення на укладення в його інтересах однієї або більше угод з одним і тим самим фінансовим інструментом, під час яких покупець та продавець діють в інтересах клієнта;

6) неодноразове протягом торговельного дня здійснення або намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, що не мають очевидного економічного сенсу або очевидної законної мети, якщо за результатами таких торгів власник таких фінансових інструментів не змінюється;

7) неодноразове невиконання учасником біржових торгів зобов'язань за біржовими контрактами, укладеними протягом торговельного дня у власних інтересах або за рахунок клієнтів, якщо укладення зазначених контрактів спричинило значне збільшення або зниження ціни фінансового інструменту, за умови, що такі контракти мали суттєвий вплив на ціну такого інструменту;

8) укладення на фондовій біржі угод з фінансовим інструментом за ціною, що має суттєве відхилення від ціни відповідного фінансового інструменту, яка склалася на фондовій біржі тієї ж торговельної сесії (поточна ціна) шляхом подання безадресних заявок, за умови, що угоди укладені від імені та/або за рахунок осіб, між якими (працівниками яких) існувала попередня домовленість про придбання або продаж фінансового інструменту за ціною, що має суттєве відхилення від поточної ціни.

Однією з не досить вдало визначених ознак маніпулювання на фондовому ринку в указаному Законі України є припис вважати такими «намагання здійснити операції чи надання заявки на купівлю або продаж фінансових інструментів, які надають або можуть надавати уявлення щодо поставки, придбання або ціни фінансового інструменту, що не відповідають дійсності».

У правозастосовній практиці практично неможливо буде зібрати належну систему допустимих доказів, які без сумніву або «поза розумним сумнівом» можуть підтвердити "намагання здійснити операції", які можуть «надавати уявлення», оскільки намагання можуть не мати об'єктивного прояву, а знаходитись на рівні «замислу» чи «плану», тобто у сфері суб'єктивного, рівно як і хибно створенні у когось уявлення, які залежать значною мірою від суб'єктивних процесів того, хто «уявляє».

Це зауваження стосується також інших відповідних положень, у тому числі застосування у пунктах 5 та 6 нової статті 10-1 Закону таких понять, як "очевидний економічний сенс" та "очевидна законна мета". Мета – це уявна модель бажаного результату, яка міститься в «уяві» (в голові) особи, не завжди викладається на папері чи в об'єктивному світі, а отже не завжди доступна для сприйняття, аналізу, тим більше доказуванню.

Положення закону щодо відповідальності за «маніпулювання», які заподіяли «значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам», по-перше використовує оціночне поняття «значна шкода», яка законом не визначена, по-друге, потребує встановлення причинного зв'язку між діями і настанням шкоди чи отриманням прибутку. На фондовому ринку хтось отримує прибуток, хтось втрачає, але це не означає, що завжди той, хто отримав прибуток, винен у «завданні шкоди» іншим. Невдалі положення закону роблять неможливим його застосування в цілому або породжують спроби його застосування не для захисту суспільних інтересів, а для «маніпулювання» суб'єктами ринку, тиску на бізнес.

З урахуванням сумнівних концептів законодавства та проблем доказування наявності «очевидності» чи протиправного «маніпулювання» все більш актуальним для слідчої і судової практики стає застосування принципу презумпції невинуватості, викладеного в ст. 62 Конституції України та ст. 27 КПК України, згідно з яким «усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи».

Протягом останніх років у справах про злочини, передбачені статтею, 221-1 КК України, судами України не було винесено жодного обвинувального вироку, що фактично підтверджує недосконалість законодавства та відсутність реальної можливості виявлення відповідних діянь і збирання та фіксації належних та допустимих доказів, що їх підтверджують. У юридичній практиці має місце штучна конкуренція правових норм та, відповідно, з огляду на недосконалість норм кримінального права,

намагання застосовувати право адміністративне. Найефективніший спосіб побороти маніпулювання на фондовому ринку – прибрати необхідність у них шляхом удосконалення цінової регулятивної політики та інших механізмів цивільного й адміністративного права.

Загалом сама законодавча конструкція, що використана, не відповідає усталеним прийомам законодавчої техніки, принципам кримінального права та принципу юридичної визначеності, на застосуванні якого наголошують численні прецедентні рішення Європейського суду з прав людини.

Конституційний Суд України у своєму рішенні 29 червня 2010 р. у справі № 1-25/2010 визначив: «Одним із елементів верховенства права є *принцип правової визначеності*, у якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлюваних такими обмеженнями». Тобто обмеження будь-якого права повинне базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Правова визначеність передбачає формулювання в законі чітких, однозначних і зрозумілих правових приписів, за яких забезпечується легкість та доступність з'ясування змісту права і юридично забезпечується можливість скористатисья цим правом, передбачуваність застосування правових норм, а встановлювані законом обмеження будь-якого права повинні базуватися на критеріях, які дадуть змогу особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Використання цілої низки розмитих оціночних понять, які становлять об'єктивну сторону такого злочину, як маніпулювання на фондовій біржі, є неприпустимим із точки зору дотримання принципу юридичної визначеності та логіки законодавчої техніки. Відсутність у законодавстві чіткого визначення забороненої форми поведінки, а саме маніпулювання на фондовій біржі, зумовлює неможливість з'ясування точного змісту кримінально-правової норми та її належного застосування.

Положення ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку", окрім конкуренції з нормами адміністративного права, яким передбачена відповідальність за аналогічні діяння, у разі криміналізації діянь, які раніше карались адміністративними санкціями, протирічать засадам, викладеним у ст. 22 Конституції України, згідно з якою «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Застосована криміналізація діяння є різновидом недопустимого звуження наявних прав і свобод людини, а отже ст. 222-1 КК України не підлягає застосуванню.

З іншого боку, в 2014 році Угодою про асоціацію України з Європейським Союзом в частині реформування фондового ринку було передбачено, що наша країна забезпечить поступове приведення у відповідність до норм ЄС своїх чинних законів і майбутнього законодавства. До чинного законодавства ЄС у сфері боротьби зі зловживаннями ринком належать чинні Директива ЄС № 2014/57/ЄС від 16 квітня 2014 р. про кримінальні санкції за зловживання ринком [18] та Регламент ЄС № 596/2014 від 16 квітня 2014 р. про зловживання на ринку (регламент про зловживання на ринку) і про визнання такими, що втратили чинність, Директиви 2003/6/ЄС Європейського Парламенту та Ради і Директив Комісії 2003/124/ЄС, 2003/125/ЄС і 2004/72/ЄС [19].

Водночас у питаннях імплементації норм європейського законодавства до національного законодавства України, на нашу думку, слід виходити з примату вітчизняної доктрини права, норм Конституції України, конституційних та галузевих принципів права, які в цілому підлягають системному узагальненню і реалізації на інтегративній основі в інститутах вітчизняного права.

Положення ст. ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку" на момент їх законодавчого закріплення в КК України не відповідали приписам ст. 22 Конституції України. Тому ст. ст. 222-1 КК України підлягає скасуванню. Її повторне закріплення в КК України, незважаючи на Директиву ЄС № 2014/57/ЄС від 16 квітня 2014 р. про кримінальні санкції за зловживання ринком, буде також недоцільним з огляду на пріоритет конституційних принципів права.

Варіанти вирішення проблеми вдосконалення законодавчого визначення відповідальності за незаконні дії на ринку можуть бути різними: а) застосування з огляду на порушення положень ст. 22 Конституції України декриміналізації – скасування ст. 222-1 Кримінального кодексу України та встановлення більш дієвих засобів протидії таким діянням у нормах адміністративного права; б) забезпечення більш чіткої правової визначеності наявного правового інституту шляхом удосконалення норм кримінального законодавства.

У цьому аспекті важливо, щоб диспозиція відповідної норми щодо відповідальності за незаконні маніпулювання на ринку була викладена більш чітко, з дотриманням принципу юридичної визначеності, без застосування бланкетного способу й оціночних, багатозначних та неконкретних положень. Зокрема, пропонуємо закріпити тут такий припис: «Умисні дії учасника ринку з маніпулювання урегульованим законом ринком шляхом надання будь-якої завідомо неправдивої чи недостовірної інформації, декларації фіктивних пропозицій чи оманливих намірів або розповсюдження інших завідомо хибних даних чи фактів, які завдали значної шкоди інтересам інших фізичних, юридичних осіб або державі...».

Висновок.

1. З урахуванням висвітлених недоліків законодавства, положення ст. ст. 222-1 КК України "Маніпулювання на фондовому ринку" суперечать ст. 22 Конституції України, засаді верховенства права та принципу юридичної визначеності, закріпленому в міжнародних правових актах та правових позиціях Європейського суду з прав людини, не підлягають застосуванню, а засоби протидії незаконним операціям на фондовому ринку мають бути конкретизовані за умови застосування принципу декриміналізації в адміністративному законодавстві.

2. Диспозиція норми щодо відповідальності за незаконні маніпулювання на ринку має бути конкретизована, без застосування бланкетного способу й оціночних, багатозначних та неконкретних положень, а щонайменше включати такі положення: «умисні дії учасника ринку з маніпулювання урегульованим законом ринком шляхом надання будь-якої завідомо неправдивої чи недостовірної інформації, декларації фіктивних пропозицій чи оманливих намірів або розповсюдження інших завідомо хибних даних чи фактів, які завдали значної шкоди інтересам інших»

3. У примітках до даної статті доцільно буде дати чітке визначення таких понять, як «ринок», «протиправне маніпулюванням ринком», «шкідливі наслідки протиправного маніпулювання ринком». Окремо доцільно зазначити, що «не є маніпулюванням ринком, а отже правопорушенням, дії, які здійснюються відповідно до чинних на ринку правил, регламентів, стандартів, затверджених в установленому порядку, а також отримання правомірної вигоди при дотриманні таких правил, регламентів, стандартів».

Перспективи подальшого дослідження проблеми вбачаються в розробленні концептуальної моделі проекту Закону «Про відповідальність за зловживання на ринку».

Список використаних джерел:

1. Андрушко П. П. Кримінальна відповідальність за порушення порядку здійснення господарської діяльності. К.: Юрінком Інтер, 2007. 288 с.
2. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика: монографія. К.: Юридична практика, 2003. 924 с.
3. Дудоров О. О., Мазур М. В. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні закону про кримінальну відповідальність: постановка проблеми, міжнародний і зарубіжний досвід. Юридичний науковий електронний журнал. 2017. № 5. С. 129-140. URL: http://www.lsej.org.ua/5_2017/36.pdf.
4. Дудоров О., Старовойтова Ю. Інсайдерські зловживання під забороною кримінального закону: предмет злочину, передбаченого ст. 232-1 КК України. Підприємництво, господарство і право. 2008. № 7. С. 106–111.
5. Звєряков М. І., Кубліков В. К., Тевелєв Д. М. Фондовий ринок України: державне регулювання (запитання та відповіді): навчальний посібник. Одеса, 2014. 486 с.
6. Кашкаров О. О. Проблеми кваліфікації злочинів у сфері випуску та обігу цінних паперів: монографія. Х.: Вид-во «Формат Плюс», 2008. 186 с.
7. Козьменко О. В. Козьменко С М. Васильєва Т. А. Нові вектори розвитку страхового ринку України: монографія. Суми: Університетська книга, 2012. 320 с.
8. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів: навчальний посібник. 2-ге видання. К.: Атіка, 2002. 640 с.
9. Корнієнко М. В., Тертишник В. М. Принципи права в розв'язанні юридичних колізій. Міжнародний науковий журнал «Верховенство права». 2017. № 2. С. 10–16.
10. Кошевой А. Трудности перевода. Зеркало недели. 2018. № 12 (358).
11. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. [9-те вид., переробл. та допов.]. К.: Юридична думка, 2012. 1316 с.
12. Петруня Ю. Є. Ризики інвестування на ринку акцій. Економічний вісник Національного гірничого. 2003. Вип. 2. С. 83-88.
13. Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики: монографія: у 2-х кн. / за заг. ред. Ю. С. Шемшученка. К.: Юридична думка, 2008. Кн.1. Верховенство права як принцип правової системи: проблеми теорії. 344 с.
14. Русанов Г.А. Преступления на рынке ценных бумаг: монография. М.: ЮРКОМПАНИ, 2011. 160 с.
15. Слуцька Т. І. Кримінальна відповідальність за злочини, вчинені у сфері службової діяльності: навчальний посібник. К.: КНТ, 2007. 168 с.
16. Тертишник В. М. Правнича допомога та захист у кримінальному процесі: підручник / за заг. ред. д.ю.н., академіка НАН України Ю. С. Шемшученко. Київ: Алерта, 2018. 480 с.

17. Чернявський С. С. Фінансове шахрайство: методологічні засади розслідування. К.: «Хай-Тек Прес», 2010. 624 с.

18. Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive) Доступ до законодавства Європейського Союзу. Брюсель: Доступ до законодавства Європейського Союзу, 2018. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32014L0057.

19. Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC Text with EEA relevance . Доступ до законодавства Європейського Союзу – Електронні дані – Брюсель: Доступ до законодавства Європейського Союзу, 2018. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32014R0596.

В статье раскрываются концепция и особенности применения принципов верховенства права и юридической определенности для разрешения проблемы конкуренции правовых норм, устранения юридических фикций и коллизий, обеспечения качества процессуальной формы, гармонизации законодательства, улучшения следственной и судебной практики, гармонизации законодательства Украины с законодательством Европейского Союза.

Ключевые слова: манипуляции на рынке, юридическая определенность, конкуренция юридических норм, качество закона, Директива 2014/57/ЄС.

In the article reveals the concept and features of the application of the principles and legal certainty to overcome competition law norms in the sphere of application of criminal liability for criminal offences in the sphere of market relations, solve the problem of legislative conflicts, ensure the quality of the law, the harmonization of criminal law, Directive 2014/57/EU

Key words: manipulation of the market, legal certainty, the competition law standards, the quality of the law.

УДК 343.711

Віталій Топольник,
здобувач кафедри юридичної психології
Національної академії внутрішніх справ

ПСИХОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБЛИВОСТЕЙ ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ КРАДІЖКИ

Розкрито сутність та природу психологічного елементу у проведенні слідчих дій під час розкриття крадіжки. Проведено аналіз основних психологічних особливостей різних етапів слідчих дій. Визначені основні елементи психологічного складника проведення слідчих дій під час розкриття крадіжки.

Ключові слова: крадіжка, слідчі дії, психологічне навантаження, психологічний портрет, психологічна характеристика.

Актуальність теми. Сучасний стан криміногенної ситуації в Україні характеризується збільшенням питомої ваги корисливих злочинів у кількості злочинних дій. Корисливі злочини майже завжди становили більшість від скоєних, але останнім часом актуальність проблем кримінологічної характеристики осіб злочинців, що скоюють крадіжки, та психологічна характеристика дій, спрямованих на розслідування таких злочинів, отримали належний рівень уваги з боки наукової спільності. Викликано це, перш за все, розширенням способів скоєння крадіжки, а також рівнем інтенсифікації міжособистісних комунікацій, чим частіше за все користуються злодії, в тому числі крадії для досягнення власних цілей. Загалом же психологічні особливості вчинення слідчих дій під час розслідування крадіжки головним чином спрямовані на ідентифікацію особи злочинця та способу вчинення крадіжки. Що ж стосується основних проблем психологічного складника процесу розкриття крадіжок, то деякі з них потребують ретельного дослідження, зокрема це стосується розширення методології пізнавальної діяльності та засобів психологічної врівноваженості слідчих.

Проблематика дослідження психологічної характеристики особливостей проведення слідчих дій під час розслідування крадіжок завжди перебувала в центрі наукових досліджень, але найбільш цікавими та практичними є роботи В. І. Алєксєйчука, В. В. Баранчука, В. Й. Бочелюка, Т. М. Єгорова, А. В. Кобери, В. В. Лавренюк, О. А. Назарова, Є.О. Слипець та ін.

Мета даної статті полягає в детермінації особливостей психологічної характеристики проведення слідчих дій під час розслідування крадіжки.

Виклад матеріалу. Особливості слідчих дій під час розкриття крадіжок загалом і їх психологічного аспекту зокрема походять від природи самого злочину, способу його вчинення та характеристики осіб потерпілого і злочинця. Практика засвідчує, що крадії загалом мають певну спільність, власне соціальне середовище, в якому панують особливі соціальні норми. Але існують і крадії, які вчиняють крадіжку одноразово, і злочинний спосіб життя загалом їм не притаманний, але під впливом різних факторів їхня поведінка змінюється кардинально, аж до девіантної. Так само доцільно розглядати і диференціацію крадіїв за специфікацією: «домушники», «карманники», «злодії в законі» тощо. І кожна група має свої психологічні особливості, що напряму впиває на процеси розслідування та окремі етапи здійснення слідчих дій, особливо тих, що напряму стосуються комунікацій зі злочинцем: допиту, відібрання показань тощо.

Алгоритмізація слідчих дій під час розслідування крадіжки, їх методологічність та методичність проведення свідчать про необхідність досягнення слідчими максимального рівня неупередженості в цих процесах, що вимагає винесення за дужки фактору психологічного впливу осіб жертви та злочинця на слідчого або психологічного переосмислення на рівні емоційного сприйняття та розумової діяльності, спрямованої на умовиводи, на що може чинити тиск психологічний фактор або психологічна деформація стосунків суб'єктів кримінального процесу.

Стосовно психологічних особливостей особи жертви, які впливають на характер слідчих дій під час розслідування крадіжок, то тут слід акцентувати увагу на такому: психологічні особливості особи злочинця є визначальними на етапі готування та скоєн-

© В. Топольник, 2018

ня злочину, оскільки злодій відповідно формує уявлення про спосіб його вчинення, але після скоєного злочину психологічний стан та психологічний портрет жертви не є визначальними через відсутність можливості реального впливу на вже здійснені дії. Більше того, психологічні особливості жертви можуть суттєво шкодити слідчим діям, що також накладає певний відбиток на їх особливість у розкритті крадіжок.

У цьому контексті В. В. Лавренюк зазначає, що «жертви крадіжок можливо розділити на декілька груп: до першої групи входять особи, що знаходяться із крадієм в родинних стосунках і інших досить близьких відношеннях; до другої – особи різноманітні стосунки яких із крадієм розвиваються на ґрунті особистого знайомства в рамках здійснення службової, суспільної та іншої діяльності, знайомий по спільній роботі, навчання; третю групу утворюють жертви, стосунки яких з крадієм формуються на ґрунті спільного вживання алкогольних напоїв; до четвертої – особи, які знали майбутнього крадія і демонстрували свою заможність; п'яту – особи, які не мали взаємозв'язків із крадієм» [6, с. 295]. Загалом, можна стверджувати, що наявність психологічного зв'язку між жертвою та злочинцем, а також психологічні особливості жертви, її соціальний стан та становище в суспільстві – все це є важливими факторами в процесі скоєння злочину, але потребують більш детальної уваги в процесі розслідування злочину.

Виняток становлять випадки, коли злодій знайомий із жертвою, але і тоді психологічні особливості осіб не повинні надмірним чином впливати на слідчі дії.

Важливо зазначити, що психологічний чинник є визначальним стосовно особи слідчого, оскільки надмірний психологічний тиск з боку зовнішній факторів, осіб, чинників матеріального світу на особу слідчого може стати причиною для упередженості його дій і, як наслідок, для уникнення особою крадієм покарання.

Що ж до власне психологічного складника слідчих дій, то тут слід зауважити, що виділяють три форми психологічної діяльності в рамках розслідування крадіжок:

– психологічна консультація;
– залучення фахівця-психолога;
– судово-психологічна експертиза.

Наведені форми вказують на необхідність залучення до процесу розслідування крадіжки фахівців з метою отримання додаткових пояснень, знань, трактування фактів чи обставин справи з точки зору професійної психології.

Юридична психологія є галуззю психології як фундаментальної науки, яка спрямовує свою пізнавальну функцію виходячи з особливості юридичної діяльності. Натомість слідчі дії – це, передовсім, пізнавальна та розшукова діяльність криміналістичного характеру, щодо якої психологія виступає додатковим елементом, засобом пізнання та встановлення істини в справі.

Тому психологічну консультацію слід вважати виключно пізнавальним заходом загального характеру, під час якого слідчий знайомиться із загальними фундаментальними засадами психологічної науки, що дає змогу слідчому отримати такий рівень знань, що є достатнім для розкриття більшості злочинів.

Залучення фахівця психолога дає змогу слідчим отримати додаткові та деталізовані дані, як правило, стосовно психологічного портрету злодія. Але достовірність такого портрету буде тим більшою, чим більше випадків скоєння особою крадіжок встановлено. Інакше психологічний портрет може бути не показовим.

Судово-психологічна експертиза як одна з форм застосування спеціальних психологічних знань у юриспруденції надає допомогу фахівцю-юристу у вирішенні питань психологічного змісту. Маючи на меті не просто констатацію фактів, які були виявлені в ході проведеного дослідження, а здійснюючи їх аналіз та даючи власну оцінку виявленим обставинам, експерт здійснює наукову трансформацію фактів, що необхідні суду для оцінки багатогранних індивідуальних особливостей психічної діяльності особи обвинуваченого. Таким чином, основна мета судово-психологічної експертизи зводиться до того, щоб на базі певних знань, вироблених юридичною психологією або накопичених практикою, провести дослідження і відповісти на питання слідчого, органу дізнання або суду [5, с. 99].

Важливо зауважити, що психологічна характеристика особливості проведення слідчих дій під час розкриття крадіжки варіюватиметься залежно від етапу слідчих дій.

Так, наприклад, під час підготовчого етапу психологічна характеристика слідчих дій стосуватиметься таких аспектів їх проведення:

–особливостей мисленневої діяльності слідчого, спрямованої на встановлення факту крадіжки;

– психологічний аспект, пов'язаний із місцем, часом та умовами вчинення крадіжки;

– особистісне ставлення жертви до предмета крадіжку, особливості значення цього предмета для жертви;

– спосіб учинення крадіжки, враховуючи таємність, у тому числі психологічного впливу крадія на особу жертви;

– особливості, пов'язані з особою злочинця та специфікою вчинюваних ним дій на місці злочину, психологічна прив'язка злочинця до місця скоєння злочину;

– встановлення фактів повернення злочинця на місце злочину, формування уявлення про психологічні дефекти та детермінанти особи злочинця.

– мотиви поведінки суб'єкта крадіжки;

– психологічні особливості обставин, що сприяли вчиненню крадіжки.

Наведені вище особливості психологічної характеристики підготовчого етапу слідчих дій свідчать про те, що в процесі їх вчинення у слідчого повинно сформуватися певне уявлення стосовно того, що саме відбулося, стосовно мотивів та певною мірою стосовно моделі поведінки злодія і жертви, які передували скоєнню крадіжки. Крім того, на цьому етапі слідчий повинен сформувати декілька версій події без прив'язки до деталей.

На наступному етапі – етапі огляду місця злочину – слідчий повинен вже підтверджувати та вибирати декілька основний версій, оскільки суто криміналістично огляд місця події повинен дати відповідь на питання про механізм, способи та методи дій крадія. Усе це багато в чому формується під впливом психологічних факторів та психологічних детермінант особи злочинця.

Реалізація інформаційно-пізнавальної та реконструктивної діяльності висуває декілька психологічних вимог до особистості слідчого: по-перше, велика кількість інформації, що надходить, потребує не тільки ефективного сприймання, але й вирішення багатьох мисленневих завдань, пов'язаних із визначенням причетності інформації до розслідуваної події; по-друге, участь в огляді місця події спеціалістів, понятих, інших осіб вимагає від слідчого організаційних якостей, здатності встановлення міжособистісних контактів, підтримання взаємодії; по-третє, несприятливі об'єктивні (погодно-кліматичні, часові, соціальні та ін.) та суб'єктивні (особистісні) умови огляду надають діяльності екстремального, психологічно напруженого характеру, що вимагає значної мобілізації інтелектуальних та вольових зусиль [3, с. 117-119].

У розслідуванні крадіжки є низка суб'єктивних факторів, які впливають на психоемоційний стан слідчого, напруженість якого зумовлюється таким:

– відсутністю визначеності обставин справи. Потрапляючи на фактично нове для себе місце, слідчий стикається з проблемою різноманітності та надмірності інформації, яка потребує систематизації та правильної оцінки;

– дефіцитом часу на проведення слідчих дій. Річ у тому, що існують такі сліди, які втрачаються протягом навіть незначного часу, а тому слідчий повинен правильно оцінювати ситуацію та приймати обґрунтовані рішення щодо послідовності подальших дій;

– високим рівнем професійної відповідальності за швидкість і всебічність розкриття обставин злочину, тиском морально-етичних детермінант деонтологічного характеру;

– негативним фоном місця злочину. Даний фактор створює надзвичайно негативний психологічний тиск на слідчих із підвищеним почуттям справедливості;

– присутністю сторонніх осіб на місці злочину та їхньою увагою до особи та дій слідчого.

Аналізуючи види розумових завдань, які потребують вирішення під час огляду місця події, та їх природу, В. І. Алєксєйчук пропонує таку їх класифікацію, що суттєво оптимізує психоемоційне навантаження на особу слідчого, а також дасть змогу з точки зору психологічної характеристики слідчих дій досягнути максимального рівня їх ефективності:

– «за змістом діяльності слідчого на (а) пізнавальні (ідеальні) – пошукові, аналітичні, логічні, оціночні, пов'язані з висуненням версій, моделюванням події та окремих її деталей і (б) організаційні – визначення учасників огляду місця події; розподіл обов'язків учасників, керівництво їх діяльністю; забезпечення охорони місця події та схоронності наявних слідів; своєчасна підготовка й початок огляду місця події; визначення доцільної послідовності переміщення місцем події тощо;

– за предметною спрямованістю – завдання, спрямовані на встановлення сутності події, способу вчинення злочину, особи, яка вчинила злочин, обставин, місця, часу, знарядь і засобів його вчинення, шляхів і способу проникнення злочинця на місце події й відходу з нього та ін.;

– за способом вирішення – алгоритмічні й евристичні» [1, с. 20].

У свою чергу, О. Д. Романченко вказує, що під час огляду місця події важливо з точки зору психологічної характеристики слідчих дій звернути увагу на саму специфіку цієї слідчої дії, пов'язаної з таким:

– «особливість пошукового елементу огляду місця поді, який розкривається через напружений і цілеспрямований пошук, виявлення змін, викликаних діями злочинця;

– специфіка організаційної діяльності, що є визначальним елементом загальної структури діяльності слідчого під час огляду і спрямована на: організацію слідчої діяль-

ності; організацію діяльності інших учасників; ліквідацію шкідливої діяльності зацікавлених осіб тощо;

– посвідчувальний елемент діяльності слідчого, тобто закріплення, посвідчення та фіксація виявлених у ході огляду слідів, речових доказів, встановлених фактів» [8].

Поділ психологічної характеристики процесу огляду місця події на такі елементи свідчить про складність самої слідчої діяльності та неоднорідність напруження і психологічного навантаження на особу слідчого.

Важливим елементом слідчих дій є допит. Його психологічна характеристика тісно пов'язана зі складністю проведення через специфічність людської природи, її психологічну культуру, психоемоційний стан, процес формування психологічного портрету тощо. З точки зору предмета дослідження даної статті важливим є акцент на психологічний фон проведення допиту, на ті умови, в яких він відбувається, на ті особливі інструменти та методи, які використовує слідчий у своїй діяльності.

Психологічна складність допиту полягає і в тому, що слідчому жертви незнайомі, а тому напочатку допиту важливо встановити особливості їхніх особистісних якостей та сформувати психологічну характеристику, яка дасть змогу уникнути деформації пізнавального процесу, на який, власне, і спрямований допит.

«Будь-який вид допиту (свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого) необхідно розпочинати зі встановлення психологічного контакту, що сприятиме раціональному витрачанню часу, та дозволяє оцінити одержані показання. Психологічний контакт, – зазначає учений, – це найбільш сприятлива психологічна «атмосфера» допиту, яка допомагає взаємодії та взаємовідносинам між її учасниками, це певний «настрій» на спілкування» [9, с. 61]. «Встановлення психологічного контакту створює найбільш сприятливу психологічну атмосферу спілкування, в результаті чого в допитуваної особи змінюється негативний емоційний стан, психологічне ставлення та соціальна позиція, а у слідчого формуються позитивний емоційний настрій та прагнення досягнути істини. Не встановлення психологічного контакту призводить до виникнення конфліктних ситуацій, відмови від надання свідчень, надання неповних чи неправдивих показань допитуваною особою» [2, с. 326]. Таким чином, психологічна особливість допиту полягає, перш за все, у спроможності слідчого сформувати необхідний психоемоційний фон для проведення допиту.

Окремим напрямом слідчих дій під час розслідування крадіжок слід вважати призначення експертизи. З точки ж зору слідчих дій, експертиза є способом отримання доказів, оскільки психологічна експертиза проводиться із залученням експерта, оцінка або висновок якого є доказом у справі.

«При експертизі тих чи інших особливостей особистості людини, яка вчинила протиправне діяння слідчі, адвокати, прокурори все частіше звертаються за допомогою до поліграфологів. Унаслідок існуючих запитів з боку органів досудового слідства в Україні з'явився новий вид судово-психологічної експертизи, де одним з методів, який може бути використаний судовим експертом, є опитування з використанням поліграфу. Цей вид експертизи ще може мати назву «судово-психофізіологічна експертиза з використанням поліграфу» [7, с. 106]. «Судово-психологічна експертиза з використанням поліграфу повинна містити як спеціальні інструментальні психофізіологічні методи діагностики особистості підекспертного з використанням поліграфу, так і загальновідомі наукові психодіагностичні методики, судові методики проведення психологічної експертизи. Юридичне значення в ході проведення цієї експертизи можуть мати питання, які вирішуються експертом-психологом (поліграфологом), спрямовані на встановлення індивідуально-психологічних особливостей підекспертного, його схильності до брехні, соціально-бажаної поведінки, а так само виявлення смислового типу психологічної установки підекспертного до інформації, що ним повідомляється про обставини вчиненого злочину» [4, с. 465].

Таким чином, психологічна особливість експертизи як окремого елемента слідчих дій, спрямованих на розкриття крадіжки, головним чином полягає у специфіці мети, яка досягається цією слідчою дією. Експертиза не лише дає змогу дослідити особливості психоемоційного стану особи, а ще й є джерелом отримання доказу, яким є висновок експерту. Важливо зауважити, що психологічна експертиза не лише розкриває особливості психологічного стану особи, щодо якої проводиться експертиза, але і дає змогу виробити слідчому певну модель поведінки щодо неї з метою досягнення максимального ефекту від вчинення слідчих дій.

Висновки.

Підсумовуючи викладене, слід зробити такі висновки стосовно психологічної характеристики особливості проведення слідчих дій під час розкриття крадіжки.

По-перше, такі особливості продиктовані самим характером скоєного злочину та специфікою особи злочинця. Крадіжка та особа крадія, особливо якщо вона скоїла рецидив-

ний злочин, мають не лише негативну оцінку з точки зори суспільної користі та суспільного діяння. Крадіжка визначається певним чином і так званими специфічними регуляторами, що діють в окремому специфічному середовищі крадіїв. Тому знання злодійських традицій, злодійської системи цінностей та порядків зумовлюють належне психологічне сприйняття для слідчого. Однак у цьому контексті важливим є психологічний стан самого слідчого, стабілізація якого є окремим елементом психологічного складника процесу розслідування крадіжки.

По-друге, психологічні особливості розслідування крадіжок тісно пов'язані зі складниками самого процесу розслідування. Наприклад, на підготовчому етапі основним психологічним складником є розумова діяльність слідчого: пізнавальна, оціночна тощо. Така діяльність зумовлює подальші тактичні дії слідчого, а тому психоемоційний стан та психологічна особливість скоєння крадіжки в даному випадку матимуть ключове значення з точки зору ефективності слідчих дій надалі. На етапі огляду місця події важливими психологічними детермінантами є увага, сконцентрованість, розсудливість тощо. Без них неможливе тверезе оцінювання фактів, всебічний збір та аналіз даних, доказів, обставин. Крім того, оцінка місця скоєння злочину дає уявлення про психологічний портрет злочинця та жертви, що надалі впливатиме на сприйняття слідчим їхніх дій, вчинків, а також сприйняття тих показань, які вони надали. На етапі допиту психологічний складник відіграє взагалі ключову роль, оскільки відбувається певне психологічне протистояння між слідчим та допитуваною особою. Особливо важливим таке протистояння є зі злочинцем. Щодо експертиз, то психологічні особливості всіх без виключення експертиз, окрім власне психологічної, відображаються через призму образу подій та способу вчинення крадіжки й особи крадія, які сформувалися в уявленні слідчого. Що ж до психологічної експертизи, то це найяскравіший прояв психологічного елемента слідчих дій, оскільки відбувається пряме встановлення особливостей психічного портрета злочинця.

По-третє, надзвичайно важливими особливостями психологічного аспекту розслідування крадіжок є стійкість слідчого до спроб ввести в оману з боку підозрюваного або обвинуваченого. Крім того, важливим є неупередженість слідчого, що може вважатися однією із найсуттєвіших детермінант його психологічного портрета. Загалом же слід зауважити, що особа слідчого має таке ж велике значення, як і особа потерпілого або крадія, а його психоемоційний стан повинен бути стабільним протягом усього періоду розслідування крадіжки.

Список використаних джерел:

1. Алєксєйчук В.І. Огляд місця події: тактика і психологія: автореф. дис.. к. ю. н.: спеціальність 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза». Харків: Національна юридична академія України імені Ярослава Мудрого, 2007. 25 с.

2. Баранчук В.В. Поняття та ознаки психологічного контакту в процесі допиту. Збірник наук. праць. Випуск 17 / ред. кол.: В.І. Борисов (голов. ред.) та ін. Х.: Кроссроуд, 2009. С. 326–332.

3. Бочелюк В.Й. Юридична психологія: навч. посібник. К.: Центр учбової літератури, 2010. 336 с.

4. Егорова Т.М. Особенности судебно-психологической экспертизы коммуникативной деятельности, зафиксированной в материалах видеозаписи процессуальных действий. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики: зб. матер. міжнар. наук.-практ. конф. Х.: Право, 2012. Вип. 12. С. 464-467.

5. Кобера А. В. Судово-психологічна експертиза як форма використання психологічних знань в юриспруденції. Наукові записки. Серія «Психологія». 2008. № 11. С. 93-101.

6. Лавренюк В. В. Особливості характеристики організованих груп та особи потерпілого при розслідуванні крадіжок з проникненням у житло, вчинених організованими групами. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2013. Вип. 5. С. 292-296.

7. Назаров О.А. Особливості проведення судово-психологічної експертизи з використанням поліграфу у кримінальному судочинстві. Південноукраїнський правничий часопис: наук. журн. 2014. № 4. С. 105-107.

8. Романенко Д.О. Психологічні аспекти проведення огляду місця події. Материалы V Международной научно-практической конференции "Наука в информационном пространстве" (30-31 октября 2009 г.).

9. Ряшко О.В. Психологічні особливості допиту підозрюваного під час досудового слідства. URL: http://radnuk.info/statti/556-protses/15092-2011-01-21-05-53-45.html.

Раскрыта сущность и природа психологического элемента в проведении следственных действий при раскрытии кражи. Проведен анализ основных психологических особенностей различных этапов следственных действий. Определены основные элементы психологической составляющей проведения следственных действий при раскрытии кражи.

Ключевые слова: кража, следственные действия, психологическая нагрузка, психологический портрет, психологическая характеристика.

It was disclosed the essence and nature of the psychological element in the conduct of investigative actions in the disclosure of the theft. The analysis of the basic psychological features of various stages of investigative actions was done. The main elements of the psychological component of conducting investigative actions in the detection of theft were determined.

Key words: theft, investigative actions, psychological load, psychological portrait, psychological characteristics.

УДК 343.97

Олена Бугера,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри права
Київського національного лінгвістичного університету

ІНТЕРНЕТ РЕЧЕЙ ТА ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИННОСТІ

Стаття присвячена дослідженню проблем використання Інтернету речей для запобігання злочинності. Зроблено висновок про доцільність концептуального обґрунтування можливостей використання Інтернету речей для запобігання злочинності. При цьому використання Інтернету речей для запобігання злочинності можливе шляхом формування комплексної системи збору кримінологічно значимої інформації та її аналізу з використанням звукових датчиків, відеокамер, безпілотних літальних апаратів та інших технологічних елементів. Важливим є також вирішення проблем правового регулювання Інтернету речей та формування відповідної законодавчої бази.

Ключові слова: мережа Інтернет, Інтернет речей, злочинність, запобігання, правове регулювання.

Постановка проблеми. Початок третього тисячоліття ознаменувався зміною епох: людство вступило в нове інформаційне суспільство, в якому не матеріальне і не енергетичне, а феноменологічне фізичне поняття «інформація» стало методологією розвитку суспільства, основою отримання нових знань, а її виробництво і створення відповідних ресурсів стали пріоритетними завданнями суспільства та держави. Сучасна людина живе в інформаційному середовищі. Інформацію отримують, зберігають, передають та використовують на всіх рівнях. Новітні засоби інтелектуальної праці, що електронну, цифрову, обчислювальну техніку, покладені в основу автоматизації управління складними фізичними і розумовими процесами. Інформація та інформатизація всіх сфер суспільної діяльності стали закономірністю, а виробництво інформації – важливим завданням. Розвиток у рамках сучасної науки таких її галузей, як загальна теорія систем, кібернетика, інформатика, теорія управління, що виникли у XX столітті, був пов'язаний, перш за все, з їх активним взаємним проникненням у тому числі і на рівні методології, з погодженням і поширенням знань на рівні якісно нового розуміння механізмів еволюції неживої, живої та соціальної матерії. Ці науки мали основоположний вплив на формування сучасної кримінології [1, с. 12].

Розвиток можливостей мережі Інтернет та поява такого поняття, як Інтернет речей, не лише відкриває нові можливості для удосконалення життєдіяльності людини, але й дозволяє підвищити рівень запобігання злочинності, що потребує проведення відповідних наукових досліджень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями інформаційного забезпечення кримінологічних досліджень та використання мережі Інтернет для запобігання злочинності займалися такі вчені, як: В. М. Бесчастний, Д. І. Голосніченко, О. М. Джужа, А. П. Закалюк, О. Г. Кальман, А. В. Кирилюк, О. М. Литвак, О. М. Литвинов, П. С. Луцюк, Д. М. Цехан та ін.

Мета статті – дослідження можливостей використання Інтернету речей для запобігання злочинності та формування відповідних пропозицій для практичного застосування.

Виклад основного матеріалу дослідження. Інтернет речей (англ. Internet of Things, IoT) – концепція мережі, що складається із взаємозв'язаних фізичних пристроїв, які мають вбудовані давачі, а також програмне забезпечення, що дозволяє здійснювати передачу й обмін даними між фізичним світом і комп'ютерними системами за допомогою використання стандартних протоколів зв'язку. Окрім датчиків, мережа може мати виконавчі пристрої, вбудовані у фізичні об'єкти і пов'язані між собою через дротові чи бездротові мережі. Ці взаємопов'язані пристрої мають можливість зчитування та приведення в дію, функцію програмування та ідентифікації, а також дозволяють виключити необхідність участі людини за рахунок використання інтелектуальних інтерфейсів. Набуває поширення також термін Internet of Everything, IoE – всеохоплюючий, або всеосяжний, Інтернет. Загалом основною концепцією Інтернету речей є можливість підключення всіляких об'єктів (речей), які людина може використовувати в повсякденному житті, наприклад холодильник, кондиціонер, автомобіль, велосипед і навіть

© О. Бугера, 2018

кросівки. Усі ці об'єкти (речі) повинні бути оснащені вбудованими давачами або сенсорами, які мають можливість обробляти інформацію, що надходить з навколишнього середовища, обмінюватися нею і виконувати різні дії залежно від отриманої інформації. Прикладом впровадження такої концепції є система «розумний будинок» або «розумна ферма». Вже зараз Інтернету речей приділяється увага на найвищому рівні: зокрема, починаючи з 2009 року у Брюсселі за підтримки Єврокомісії проходять конференції Annual Internet of Things, на яких виступають із доповідями єврокомісари, науковці та керівники провідних IT-компаній. За прогнозами аналітиків найближчими роками очікується справжній бум Інтернету речей. Так, передбачається, що до 2020 року кількість підключених до всесвітньої мережі пристроїв становитиме 26 мільярдів [2].

Загалом Інтернет речей не лише спростить повсякденне життя, а й суттєво змінить світову економіку. Кількість пристроїв у недалекому минулому може уп'ятеро перевищити кількість населення планети [3].

Разом із цим можливості Інтернету речей розглядаються також з точки зору використання правоохоронними органами та військовими. Зокрема, сьогоднішні технічні можливості виявлення супротивника і наявність високоточного озброєння змушують до високої мобільності та швидкого прийняття рішень. Це можливо лише за умови оперативного отримання інформації з різних джерел у режимі реального часу усіма задіяними в операції підрозділами. Одним зі способів вирішення цієї проблеми стало застосування рішень, які отримали назву Інтернет бойових речей (Internet of Battle Things, IoBT) [4].

Можливості Інтернету бойових речей охоплюють збирання та обробку будь-якої корисної інформації; вона виступає у ролі агентів, які допомагають здійснити скоординовані оборонні дії; забезпечують керування та логістичну підтримку комбінованих операцій; здійснюють контроль стану транспортних засобів, моніторинг навколишнього середовища. Необхідно зазначити, що у 2016 році Нідерланди стали першою країною світу, яка повністю покрила себе національною мережею для Інтернету речей. В основі ідеї лежить створення енергоефективної мережі, яка б дозволила передавати невеликі обсяги інформації на значні відстані [5].

Використання Інтернету речей може забезпечити також якісно новий рівень запобігання злочинності, про що свідчить зарубіжний досвід. Так, у США Інтернет речей не тільки використовується на практиці для запобігання злочинності, але й розглядається як один з елементів штучного інтелекту. Ідеї цього проекту полягають у тому, що злочини є відносно передбачуваними, однак для цього необхідно здійснити аналіз відповідних даних у короткий часовий проміжок. Цей вид аналізу був технологічно неможливим кілька десятиліть тому, але ситуація змінилася з появою мережі Інтернет та розвитком інформаційних технологій. При цьому використання Інтернету речей передбачається як для виявлення злочинів, так і для запобігання їм. Це досягається насамперед тим, що міська інфраструктура стає більш «розумнішою» та з'єднаною. А це, своєю чергою, дає змогу отримувати інформацію в режимі реального часу – від камер відеоспостереження до спеціальних датчиків. При цьому рівень технічних можливостей відеокамер, звукових та інших датчиків суттєво підвищився. Так, камери нового покоління здатні краще сканувати номерні знаки на автомобілях, здійснювати розпізнавання обличчя для пошуку потенційних злочинців або зниклих людей, а також автоматично виявляти підозрілі ситуації, як-от залишені без нагляду різноманітні предмети в публічних місцях та ін. Відеоспостереження дає змогу також аналізувати поведінку людини. Окремим напрямом розвитку Інтернету речей для запобігання злочинності є використання датчиків для відстежування пострілів з вогнепальної зброї. Технічні можливості обладнання дозволяють розпізнавати тип зброї, місце розташування, формувати відповідну базу даних [6].

Треба зазначити, що систему відстежування пострілів з використанням спеціальних датчиків називають також локатором пострілів. Практичне використання системи відбулось у 90-х роках минулого століття в США [7]. З розвитком інформаційних технологій та можливостей мережі Інтернет система фіксації пострілів удосконалювалась. Натепер існують спеціалізовані компанії, які займаються розробкою відповідного обладнання та програмного забезпечення. Зокрема, компанія ShotSpotter за результатами оброблення інформації щодо здійснених пострілів надсилає співробітникам поліції та іншим зацікавленим особам інформацію у вигляді SMS-повідомлень або на електронну пошту, вказуючи точне місце пострілу, час, дату та іншу інформацію [8].

Ще одним напрямом використання Інтернету речей для запобігання злочинності є безпілотні літальні апарати. Необхідно зазначити, що у 2012 році Федеральна авіаційна адміністрація США надала дозвіл правоохоронним органам на підготовку операторів безпілотних літальних апаратів.

Передбачається застосування безпілотних літальних апаратів для загального спостереження, виявлення потенційно небезпечних ситуацій, пошуку людей, контролю дорожньо-транспортної ситуації та інших потреб правоохоронних органів. Загалом вони повинні заповнити прогалини у відеоспостереженні та створити умови для швидкого та якісного отримання інформації [9].

У США також передбачається автоматичне відправлення безпілотних апаратів на місця, де були зафіксовані постріли за допомогою датчиків. Безпілотний апарат повинен прибути на місце раніше поліції, знімати подію на камеру та передавати інформацію у режимі реального часу. Передбачається, що автоматизовані безпілотники будуть забезпечувати кращу тактичну обізнаність поліції, швидше фіксувати інформацію щодо потенційних підозрюваних у скоєнні злочину, їхнього переміщення (в тому числі на транспортних засобах), наявності свідків, осіб що потребують медичної допомоги та ін. [10].

Використання Інтернету речей із залученням безпілотних апаратів для розслідування злочинів та попередження злочинності практикується також поліцією Великої Британії. Головними завданнями, які при цьому вирішуються, зокрема, є: здійснення фото- та відео-фіксації злочинів, проявів антисоціальної поведінки, дорожньо-траспортних пригод, допомога у розшуку зниклих людей та ін. При цьому отримана інформація може бути використана в суді, наприклад, для демонстрації місця злочину присяжним. Важливим є також те, що використання безпілотних літальних апаратів є набагато дешевшим, ніж використання гелікоптерів [11].

Зважаючи на розвиток мережі Інтернет та можливості запуску після 2020 року технології мобільної передачі даних 5G, багато країн приділяють значну увагу формуванню державної політики у сфері Інтернету речей. Зокрема, у США прийнято рішення про розробку національної стратегії Інтернету речей (2016 р.) та подано до Сенату законопроект «Розвиток інновацій і сприяння Інтернету речей» (січень 2017 р.). У Великій Британії прийнято «Цифрову стратегію Великої Британії 2017», у Південній Кореї –Генеральний план створення Інтернету речей (2014 р.), у Японії –«Стратегію розвитку Японії – 2016», що передбачає також розвиток Інтернету речей. У Китаї розроблена та виконується державна програма розвитку Інтернету речей до 2020 року (вартість 127,5 млрд. дол.), а також заплановано перетворення 500 міст на так звані „smart city" [12, с. 8-9].

Висновки.

Отже, розвиток Інтернету речей є загальносвітовою тенденцією, що створює нові умови функціонування людського суспільства. Технологічні можливості Інтернету здатні забезпечити виконання різних завдань: від якісного підвищення побутових умов людини до використання у сфері штучного інтелекту. Безперечно, кримінологічна наука не може стояти осторонь цих процесів. На нашу думку, доцільним є концептуальне обґрунтування використання можливостей Інтернету речей для запобігання злочинності. При цьому використання Інтернету речей для запобігання злочинності можливе шляхом формування комплексної системи збору кримінологічно значимої інформації та її аналізу з використанням звукових датчиків, відеокамер, безпілотних літальних апаратів та інших технологічних елементів. Важливим є також вирішення проблем правового регулювання Інтернету речей та формування відповідної законодавчої бази.

Список використаних джерел:

1. Бандурка О.М., Литвинов О.М. Про кримінологічний сценарій світу інформаційної епохи. Актуальні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції: зб. тез доп. Міжнар. наук.-практ. конф. (19 трав. 2016 р., м. Харків, Україна) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України; Ун-т Англія Раскін; Праз. ін-т дослідж. з питань безпеки (PSSI); Чес.кримінол. т-во; Харків. міськ. осередок гром. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків: ХНУВС, 2016. 192 с.

2. Інтернет речей. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Інтернет_речей (дата звернення: 22.05.2018).

3. Сич О. До 2020-го на Інтернет речей витратять 6 трильйонів доларів. URL: http: // energolife.info/ua/2016/Science/1550/До-2020-го-на-інтернет-речей-витратять-6-трильйонів-доларів.htm (дата звернення: 22.05.2018).

4. Інтернет речей: цивільне і військове застосування. URL: https://defence-ua.com/index.php/statti/4250-internet-rechey-tsyvilne-i-viyskove-zastosuvannya (дата звернення: 22.05.2018).

5. Левков О. Військовий Інтернет речей та українські реалії. URL: https: //defence-ua.com/index.php/statti/4224-viyskoviy-internet-rechey-ta-ukrayinski-realiyi (дата звернення: 22.05.2018).

6. Faggella D. AI for Crime Prevention and Detection – 5 Current Applications. URL: https://www.techemergence.com/ai-crime-prevention-5-current-applications/ (дата звернення: 22.05.2018).

7. Локатор выстрела. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/ Локатор_выстрела (дата звернення: 22.05.2018).

8. Shotspotter technology. URL: http://www.shotspotter.com/technology (дата звернення: 22.05.2018).

9. Hill S. From drones to body cams, tech is changing the fight against crime. URL: https://www.digitaltrends.com/features/dt10-crime-from-drones-to-body-cams-tech-is-changing-the-fight-against-crime/(дата звернення: 22.05.2018).

10. Sonka J. Louisville seeks FAA approval for pilot program to fly automated drones to gunshot sites. URL: https://insiderlouisville.com/metro/louisville-seeks-faa-approval-for-pilot-program-to-fly-automated-drones-to-gunshot-sites (дата звернення: 22.05.2018).

11. Camber R. Take off for police drones air force: Remote-controlled 'flying squad' to chase criminals and hunt for missing people. URL: http://www.dailymail.co.uk/news/article-4329714/Remote-controlled-flying squad-chase-criminals.html (дата звернення: 22.05.2018).

12. Баранов О. А. Інтернет речей (IoT): огляд правових проблем. Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження: матеріали науково-практичної конференції, 24 жовтня 2017 р., м. Київ. / упоряд.: В.М. Фурашев, С.Ю. Петряєв. Київ: Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського» Вид-во «Політехніка». 2017. 238 с.

Статья посвящена исследованию проблем использования Интернета вещей для предотвращения преступности. Сделан вывод о целесообразности концептуального обоснования возможностей использования Интернета вещей для предотвращения преступности. При этом использование Интернета вещей для предотвращения преступности возможно путем формирования комплексной системы сбора криминологически значимой информации, ее анализа с использованием звуковых датчиков, видеокамер, беспилотных летательных аппаратов и других технологических элементов. Важным также является усовершенствование правового регулирования Интернета вещей и формирование соответствующей законодательной базы.

Ключевые слова: сеть Интернет, Интернет вещей, преступность, предотвращение, правовое регулирование.

The article is devoted to the investigation of the problems of using the Internet of things to prevent crime. The conclusion is made about the expediency of substantiating the possibilities of using the Internet of things to prevent crime. In this case, the use of the Internet of things to prevent criminal activity is possible by forming an integrated system for collecting criminologically significant information, analyzing it using sound sensors, video cameras, unmanned aerial vehicles and other technological elements. Important is also the improvement of the legal regulation of the Internet of things and the formation of an appropriate legislative framework.

Key words: Internet network, Internet of things, crime, prevention, legal regulation.

УДК 343.01

Марина Гричанюк,
здобувач
Харківського національного університету внутрішніх справ

ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ НЕПОВНОЛІТНІХ

У статті визначено історичні передумови протидії злочинності неповнолітніх та окреслено основні етапи розвитку законодавства в цьому напрямі. Зроблено висновки про необхідність удосконалення механізму протидії злочинності неповнолітніх.

Ключові слова: історичний розвиток, злочинність неповнолітніх, античні часи, превентивна політика держави, мораль і виховання, дореволюційний період, ювенальна політика.

Постановка проблеми. Соціальна обстановка, що склалась на сьогодні в Україні, яскраво свідчить про загострення криміногенної ситуації. Це повною мірою стосується також злочинності неповнолітніх, що підтверджується її показниками.

Історично склалося так, що злочинність неповнолітніх має статус однієї з найважливіших соціальних і правових проблем. Вона й нині актуальна та злободенна, і цілком можливо, що ніколи не втратить своєї значущості.

Загалом будь-яка наука, коли мова йде про вивчення її інститутів, повинна включати їх історико-правовий аналіз та оцінку історичного шляху розвитку. Із цього приводу варто погодитись із тезою В.К. Колпакова: «Будь-яке явище чи процес має свої корені в минулому та через відображення в сьогоденні спрямоване до майбутнього, тобто існує в логіці причинно-наслідкових зв'язків історичного розвитку із сучасністю» [1, с. 127].

У зв'язку з вказаним логічним, доцільним та актуальним буде розгляд основних етапів історичного розвитку законодавства з питань протидії злочинності неповнолітніх. Механізм цієї діяльності формувався впродовж століть, а отже, містить у собі риси минулого, елементи сьогодення та спрямовує в майбутнє.

Всебічне дослідження й раціональне використання позитивних здобутків минулого сприятиме недопущенню помилок у правозастосовній діяльності сьогодення, а також слугуватиме міцною основою успішної протидії злочинності неповнолітніх у майбутньому. Усе наведене зумовлює актуальність окресленої проблематики.

Метою статті є стислий історичний аналіз законодавства з питань протидії злочинності неповнолітніх.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблематика історичних передумов протидії злочинності взагалі та неповнолітніх осіб зокрема залишається предметом досліджень багатьох учених, як кримінологів, так і представників інших галузей наук. Серед них варто згадати Ю.М. Антоняна, І.Г. Богатирьова, М.М. Гернета, І.М. Даньшина, С.Ф. Денисова, А.П. Закалюка, К.Є. Ігошева, В.М. Кудрявцева, О.М. Литвинова, Г.М. Міньковського, Н.М. Ярмиш та інших. Водночас, визначаючи суттєвий внесок багатьох науковців у розроблення цієї тематики, варто звернути увагу на певну фрагментарність досліджень, загальнотеоретичну кримінологічну спрямованість і недостатність спеціалізованих напрацювань саме в контексті історико-правового аналізу й оцінки історичного шляху розвитку законодавства щодо протидії злочинності неповнолітніх.

Виклад основного матеріалу. Злочинність неповнолітніх має багатовікову історію, проте, незважаючи на загалом сталу соціальну сутність, діяльність, пов'язана з протидією їй, постійно змінювала свої форми та методи.

Ще з античних часів запобігання злочинності серед неповнолітніх вважалось одним з основних завдань держави. Уперше цього питання торкнулися Платон та Арістотель. До елліністичного періоду серед засобів попередження злочинів і відплати за їх вчинення переважали жорсткі покарання. Античними філософами було закладено фундамент подальшого розроблення превентивної політики держав нової генерації. Проте в середньовіччі ідеї про попередження злочинів були відсунуті на другий план. Основний метод боротьби зі злочинністю був зорієнтований на санкції, що тоді мали особливо жорстокий характер.

Ідеї попередження злочинності знову з'явились у роботах філософів в епоху Нового часу. Запобігання вчиненню злочинів Дж. Локк тісно пов'язував зі сферою моралі й виховання. Він вважав, що для перемоги

© М. Гричанюк, 2018

над злочинністю необхідно виховати нове покоління.

Аналіз розвитку ідеї попередження злочинності в цей період не буде повним, якщо не сказати, що найбільшу увагу цій ідеї приділяв Ш.-Л. Монтеск'є. Він наголошував на тому, що попередження злочину є важливішим за покарання [2, с. 162].

Формування поглядів та ідей, які містили більш широкий спектр попереджувальної політики стосовно злочинності неповнолітніх, спостерігається в законодавстві Російської імперії XVII – XVIII ст. До історичних пам'яток цього періоду можна віднести укази Катерини II 1765 р., Звід законів Російської імперії 1832 р. та Уложення про покарання кримінальні й виправні 1845 р., у яких встановлювалась повна неосудність осіб у віці до 10 років, а для осіб віком від 10 до 17 років передбачалось обов'язкове пом'якшення покарання (у 1765–1832 рр.), особи визнавались неповнолітніми у віці від 14 до 21 року (1845 р.). У 1860-ті рр. в Російській імперії відбулася технічна революція та перехід до капіталізму. У ті ж часи злочинність неповнолітніх стала серйозною проблемою для суспільства, а причиною цього явища вважали поганий стан релігійного й морального виховання дітей у родині та школі.

Аналіз дореволюційного періоду становлення інституту юридичної відповідальності загалом і неповнолітніх зокрема (до 1917 р.) дає змогу зробити певні висновки. По-перше, у ці часи була лише вказівка на так звані тяжкі злочини, із чого постає, що інші правопорушення злочинами не вважалися, а були віднесені до інших правопорушень. По-друге, мала місце непослідовність у питаннях визначення віку відповідальності неповнолітніх, нечіткість у визначенні осудності (неосудності), формування єдиної системи покарань і заходів виховного впливу. Вік, з якого неповнолітні підлягали відповідальності, постійно змінювався та практично не мав жодного значення, оскільки до неповнолітніх здебільшого застосовувалися ті ж види покарань, що й до дорослих. По-третє, існуюча система покарань була необґрунтовано жорстокою, що не сприяло виправленню та перевихованню неповнолітніх правопорушників. По-четверте, наприкінці XIX ст. вчені та практики зазначали, що метою покарання неповнолітніх варто визнавати не кару, а виховання, однак цей підхід так і не знайшов своє послідовне відображення в законодавстві Російської імперії. По-п'яте, на початку XX ст. простежувалася чітка тенденція до ретельного дослідження особистості неповнолітнього та умов його життя й виховання з урахуванням особливостей вікового розвитку підлітків, що було пов'язано насамперед із початком роботи судів у справах неповнолітніх [3, с. 62–63].

З початку XX ст. й до встановлення незалежної української державності в 1991 р. проблеми теоретичного вивчення та практичної протидії злочинності неповнолітніх перебували в центрі уваги як державних органів, так і громадських організацій.

Саме 1920-ті рр. виявились важливим періодом у становленні й розвитку радянської історіографії дитячої злочинності, що зумовило вихід у світ низки публікацій. Цю проблематику намагалися розкрити з різних позицій, розроблялися новаторські методики боротьби з дитячою злочинністю. У цей період активізується робота представників як юридичних, так і педагогічних наук, які пропагують нові підходи до вивчення особи неповнолітнього правопорушника. Як превентивні та корегуючі заходи запроваджуються заходи соціального й педагогічного впливу [4].

У 1920–1930-х рр. активізувалася робота вчених щодо дослідження дитячої злочинності. Серед найбільш значущих робіт того часу можна виділити праці «Социально-правовая охрана детства за границей и в России» М.М. Гернета, «Детская преступность и борьба с ней путем воспитания» Н.П. Гришакова, «Педагогические меры борьбы с правонарушениями несовершеннолетних» В.І. Куфаєва, «Борьба с преступностью в детском и юношеском возрасте (социально-правовые очерки)» П.І. Люблінського тощо.

У ці роки набули поширення праці А.С. Макаренка – видатного педагога, вихователя, ученого, який на практиці займався перевихованням неповнолітніх, які вчинили злочини, профілактичною діяльністю серед цієї категорії осіб.

У 1930-х рр. дослідження проблем дитячої злочинності стали не такими інтенсивними внаслідок загального занепаду розвитку природничих наук. Було засекречено статистичні дані про злочинність та інші негативні явища серед неповнолітніх. У зв'язку із цим проблема причин злочинності неповнолітніх не вивчалася, єдиним правильним методом запобігання визнавалося покарання, подекуди невиправдано суворе. Було знижено вік кримінальної відповідальності до 12 років із застосуванням усіх видів покарань. Усе це мало негативний вплив на самих неповнолітніх, вони, виходячи з місць позбавлення волі, не тільки не виправлялися, а навпаки, вчиняли дедалі нові злочини, поповнюючи тим самим ряди «дорослої» злочинності.

Така політика держави щодо злочинності неповнолітніх і заходів протидії їй згубно

впливала на все суспільство загалом, яке вкрай негативно оцінювало це явище, проте не приділяло уваги проблемам, що його викликали, та заходам із їх нейтралізації й усунення. Байдужість до біди найбільш незахищеної частини суспільства була характерною для того часу.

І лише в середині 1930–1940-х рр. була створена та активно функціонувала система державних і недержавних органів, які так чи інакше сприяли зниженню рівня злочинності неповнолітніх.

Війна, що почалася в 1941 р., фактично перекреслила позитивні кроки, зроблені державою на шляху протидії злочинності неповнолітніх. За роки війни багато дітей залишились без батьків і годувальників, а отже, стали безпритульними.

Усі подальші післявоєнні роки розвитку суспільства характеризувались активізацією заходів держави з протидії злочинності неповнолітніх, відновленню цілеспрямованої профілактичної роботи з недопущення злочинних проявів із їх боку. Головна роль при цьому відводилась органам внутрішніх справ в особі дільничних інспекторів та діяльності дитячих кімнат міліції. Повною мірою була відновлена та отримала подальший розвиток спеціалізація кадрів працівників міліції, які здійснювали профілактику, оперативних працівників, слідчих, прокурорів, суддів і народних засідателів у справах неповнолітніх, а також кадрів народних дружин та інших громадських формувань [5, с. 32].

Удосконалення системи профілактики й кримінально-правової боротьби з правопорушеннями неповнолітніх інтенсивно тривало в 1970-ті рр.

Україна з 1991 р. починає відлік своєї незалежної державності, що стає початком розвитку нових напрямів суспільного життя. Проте зміни, що відбулися, вкрай негативно вплинули на стан злочинності неповнолітніх. У 1990-ті рр. спостерігається різке підвищення рівня злочинності загалом та неповнолітніх зокрема. Основною причиною цього була економічна криза та політична нестабільність, пов'язана з розпадом Радянського Союзу на самостійні держави. Зрозуміло, що ця ситуація найбільше вразила молодь, підростаюче покоління. Усі ці та інші негативні фактори того періоду неминуче торкнулися злочинності неповнолітніх, зумовили зростання в рази її показників, і саме ці зміни викликали необхідність нового, більш ефективного підходу до суттєвих проблем, пов'язаних з удосконаленням механізму протидії злочинності неповнолітніх.

Висновки.

Підводячи підсумок викладеного, варто зробити певні узагальнення, зокрема:

– державна політика стосовно заходів протидії злочинності неповнолітніх на різних етапах розвитку суспільства була неоднозначною – від надмірної жорстокості до надмірної поблажливості;

– протидія злочинності неповнолітніх не завжди була планомірною та залежала від багатьох факторів історичного розвитку суспільства;

– разом із розвитком державності розвивалися детермінанти злочинності неповнолітніх, а питання щодо нейтралізації й усунення її причин та умов вирішувалися залежно від соціально-економічних, політичних, ідеологічних, моральних основ суспільства;

– сучасний етап розвитку суспільства характеризується відновленням роботи в напрямі підвищення ефективності профілактичних заходів серед неповнолітніх, схильних до злочинних проявів, а також у напрямі пошуку нових, більш дієвих форм і методів роботи для досягнення позитивного результату;

– історичний аналіз злочинності неповнолітніх та заходів щодо вдосконалення механізмів протидії їй дає підстави говорити про назрілу необхідність ведення ювенальної політики в системі заходів попередження цього виду злочинності.

Список використаних джерел:

1. Колпаков В.К. Деліктний феномен в адміністративному праві України: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. К., 2005. 590 с.

2. Ребалко Н.О. Ретроспективний огляд проблеми запобігання корисливо-насильницької злочинності неповнолітніх. Вісник Кримінологічної асоціації України: збірник наукових праць / редкол.: Л.М. Давиденко та ін. Х.: Золота миля, 2011. С. 161–166.

3. Чернецький О.Л. Правове регулювання адміністративної відповідальності неповнолітніх в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Х., 2007. 205 с.

4. Дубоносова А.Э. педагогические методы перевоспитания несовершеннолетних преступников (1918–1930 гг.). Юриспруденция. 2010. № 20. URL: http://pravorggu.ru/2010_20/07dubonosova_7.shtml.

5. Миньковский Г.М. Профилактика правонарушений среди несовершеннолетних. К.: Политиздат Украины, 1987. 215 с.

В статье определены исторические предпосылки противодействия преступности несовершеннолетних и очерчены основные этапы развития законодательства в этом направлении. Сделаны выводы о необходимости усовершенствования механизма противодействия преступности несовершеннолетних.

Ключевые слова: историческое развитие, преступность несовершеннолетних, античные времена, превентивная политика государства, мораль и воспитание, дореволюционный период, ювенальная политика.

He article defines the historical preconditions for combating juvenile delinquency and outlines the main stages of the development of legislation in this direction. Conclusions are made on the need to improve the mechanism of counteracting juvenile delinquency.

Key words: historical development, juvenile delinquency, antique times, preventive policy of the state, morals and upbringing, pre-revolutionary period, juvenile politics.

УДК 343.711

Віталій Топольник,
здобувач кафедри юридичної психології
Національної академії внутрішніх справ

СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОСОБИСТОСТІ КРАДІЯ

Розкрито природу психологічних особливостей особистості крадія, продиктованих особливостями крадіжки як корисливого злочину. Проаналізовано механізм формування особливостей соціальної характеристики особистості крадія. Визначені основні детермінанти психологічного стану особистості крадія. Досліджено психологічні дефекти, що відрізняють крадія з-поміж інших злочинців.

Ключові слова: крадіжка, особа крадія, соціально-психологічна характеристика, психоемоційний стан, психологічні дефекти.

Актуальність теми. Сучасний стан криміногенної ситуації в країні багато в чому зумовлюється змінами соціально-економічного характеру умов буття громадян. Однозначне та швидке вирішення проблеми зростання кількості злочинів, у тому числі корисливих злочинів, неможливе. Але існують можливості для їх попередження, для зняття соціальної напруги та завчасного індикативного виявлення найбільш імовірних проявів девіантної поведінки особи. Із цим завданням якнайкраще справляється юридична психологія, яка, крім цього, дає можливість поглибити розуміння психоемоційних особливостей та психологічної характеристики особи злочинця в цілому. Знання закономірностей психологічних процесів та перетворень особи злочинця, можливостей на емоційному, психологічному рівні впливати на процеси слідства та інших осіб – учасників процесу – все це суттєво підвищує ефективність слідчих дій, зменшуючи можливості для злочинця уникнути покарання.

У свою чергу, актуалізація досліджень у сфері соціально-психологічної характеристики особистості саме крадія пояснюється знову ж таки збільшенням кількості корисливих злочинів, а отже, необхідністю розпізнавати завчасно модуси поведінки потенційних злочинців та вживати заходи кримінологічного характеру з метою як попередження злочинів, так і оперативного їх розкриття.

Загалом соціально-психологічна характеристика злочинця завжди була актуальна як предмет дослідження, про що свідчить велика кількість як фундаментальних робіт, так і досліджень окремих елементів цього складника особистості злочинця. Однак особливості психологічних детермінант саме крадія (злодія) не набули достатнього поширення як спеціальний предмет дослідження. Але окремі роботи, зокрема, таких авторів, як А. В. Брижак , Б. М. Головкін, Є.І. Періна, О. В. Попович та ін., свідчать про посилення наукового інтересу до цієї проблеми.

Мета статті. Метою даної статті є дослідження соціально-психологічної характеристии особистості крадія (злодія).

Виклад матеріалу. Особливість соціально-психологічної характеристики особистості злочинця порівняно з особою, яка є законослухняною, виражається через низку загальних детермінант, що характеризують самі модуси протиправної злочинної поведінки. Такі особливості породжуються насамперед загальною кримінологічною специфікою психоемоційного стану злочинців, що відрізняються між собою за соціальним становищем, віком, статтю тощо. Але, окрім цього, важливо розуміти, що сам психологічний портрет злочинця не є аутентичним стосовно осіб, що скоїли різні злочини. Безумовно, протиправність є домінуючою ознакою та рисою психологічного стану, але існують і більш специфічні характерні риси, які стосуються не лише суто психофізіології людини та особистості, але формуються чи впливають на формування особи конкретного злочинця. Йдеться про те, що особи, які скоюють різні за своїм складом злочини, відрізняються за своїм психологічним станом та мають різний соціальний статус.

Не слід брати до уваги так звану «злодійську романтику», хоча і вона має свій вплив на формування особи крадія, оскільки для багатьох саме такий спосіб життя, його авантюрність є стимулом для скоєння відповідних злочинів. Однак, перш за все, йдеться про інше – про специфічність крадіжки як складу злочину, передбаченого КК України, що насамперед впливає на соціально-психологічну характеристику особистості крадія. Отже, такими особливостями є:

© В. Топольник, 2018

– порівняна легкість у заволодінні чужим майном шляхом таємного привласнення чи інших дій, що мають неявний, прихований характер;

– можливість отримання істотної вигоди без значних ресурсних та часових витрат;

– необов'язковість залучення сторонніх осіб до скоєння злочину;

– можливість скоєння злочину без надмірної спеціальної підготовки;

– відсутність або мінімальний контакт з особою, якій належить річ, якою протиправно заволодіває крадій;

– надзвичайно низька вірогідність необхідності нанесення жертві тілесних або інших ушкоджень.

Такі особливості випливають із самих характерних рис та ознак крадіжки як виду злочину. Отже, все це впливає на процес психологічної підготовки, «визрівання» злочинного наміру в особи щодо скоєння крадіжки. Це, у свою чергу, дає змогу зробити певні висновки стосовно особливостей характеру злочинця. Разом із тим слід зауважити, що крадіжка – це корисливий злочин, а отже, важливим елементом психологічного портрета крадія (злодія) є бажання отримання користі за чужий рахунок, тобто не витрачаючи час на законну діяльність. Таке внутрішнє протиріччя є важливою ознакою будь-якого злочинця, оскільки розкриває відсутність або мінімальність зв'язку реального соціально-економічного стану особи з його психологічними мотивами.

Насправді, крадіжка як злочин, незважаючи на статичність свого складу, може мати абсолютно різні наслідки, а методи та способи скоєння суттєво відрізнятися, що також зумовлюватиме певні особливості психологічної та соціальної характеристики особи такого злочинця.

Важливим у межах цього дослідження є чітке розуміння, що внаслідок крадіжки особа намагається покращити власний матеріальний стан або навіть соціальне становище, підвищивши свій соціальний статус навіть тимчасово. Ця особливість психоемоційного стану людини, яка має наміри вчинити дії, спрямовані на протиправне заволодіння чужим майном, є важливим індикатором можливої (і на цьому треба зробити акцент) девіантної поведінки. Честолюбство та прагнення до соціального розвитку, матеріального статку та стабільності в суспільній ієрархії є нормальними прагненнями будь-якої особи. Але відсутність працелюбства та внутрішніх переконань і мотиваторів, низька правова культура, низький рівень освіти чи неналежність виховання – все це створює передумови для переходу в психологічному стані особи від правової до не правової (злочинної) моделі поведінки.

Іншими словами, мотиви скоєння корисливих злочинів цілком збігаються з мотивами, притаманними законослухняним громадянам у їх бажанні посісти той чи інший щабель у суспільстві. Тому говорити про конкретні детермінанти або яскраві індикатори психоемоційного стану чи психологічного портрета особи крадія до скоєння ним злочину (за умови відсутності рецидиву) досить складно.

Девіантність повинна усуватися кримінологічними засобами та способами виховання належного рівня правової культури в особи. Але індикативно визначити цільову аудиторію осіб, стосовно яких можна зробити висновок про їхні майбутні дії, вчинені з ознаками злочину, що підпадає під кваліфікацію «крадіжка», неможливо. У цьому аспекті важлива необхідність визначення загальних соціально-психологічних характеристик особистості злочинця із подальшою детермінацію специфічних рис, притаманних суто крадію.

Як зазначають Б. М. Головкін та Я. Т. Наваляна, «принципово відрізняє злочинців від не злочинців не якась одна психологічна властивість, злочинці і законослухняні громадяни мають приблизно схожий набір індивідуальних соціально-психологічних ознак, уроджених і набутих в ході соціальної практики. Водночас виявлена під час багатьох досліджень статистично достовірна різниця у структурі особистих рис корисливих ненасильницьких і корисливих насильницьких типів злочинців дає підстави припускати наявність аналогічних відмінних ознак між злочинцями і не злочинцями. Скоріш за все, останні полягають у переважанні за питомою вагою індивідуально-психологічних ознак криміногенного характеру над соціально-позитивними ознаками та утворенні із них якісно неповторної конфігурації міжелементних зв'язків в єдиній системі, якою є особистість злочинця» [3, с. 228]. Тобто вчені визначають як домінантну рису, що диференціює особи злочинців, саме корисливість мотивів вчинення дії. Причому така корисливість не є сама по собі домінантою в поведінці особи. Користь виступає як імператив бажаної осягненої мети, але не можна говорити, що саме наявність корисливих мотивів відрізняє особу злочинця від особи не злочинця.

До того ж, як вказує Б. М. Головкін в іншому власному дослідженні, «імператив психологічної поведінки особи не залежить від протиправності чи законності дій. Імператив поведінки має більш складну психоемоційну природу обумовлено рівнем культури та ха-

рактеристикою свідомості особи» [2]. Тобто, говорячи про крадіжки, ми повинні розуміти, що це є корисливий ненасильницький злочин, характер якого зумовлює соціально-психологічну особливість особистості злочинця, але разом із тим він не є визначальним. Тобто злочинна поведінка формується поза межами сприйняття особою тієї користі, яку вона може отримати від його вчинення.

У цьому контексті слушною і цікавою є думка А. В. Брижака, який акцентує увагу саме на особливостях крадіїв (злодіїв). Зокрема, вчений вказує на те, що «характеристика культурно-психологічних факторів крадіжок дає змогу прийти до висновку, що поведінка людини породжується мотивами, які є внутрішньою рушійною силою, що спонукає людину до дії. Особистісний сенс як мотив крадіжки полягає у задоволенні культурно-психологічних потреб окремої людини. Висновок про внутрішню закономірність вчинення злочину конкретною особою можливий лише на основі його глибокого і всебічного психологічного вивчення, знання всього життєвого шляху, особливо сімейного виховання на ранніх етапах формування особистості. У ході вивчення особистості злочинця повинні виявлятися криміногенні, в тому числі латентні риси, які насправді призвели до злочину, а не ті, які лежать на поверхні, створюючи оманливу видимість» [1, с. 37]. Якщо ж аналізовану проблему розкрити через призму кримінологічної характеристики особи крадія, то можна зробити висновок, що А. В. Брижак абсолютно правильно визначає природу характерних рис та специфічних особливостей характеру, які впливають на самі мотиви та психологічний стан потенційного злочинця.

Глибинність соціального портрета особи, фактор та чинники, що формують чи впливають на її характер, – все це створює передумови для створення середовища, чи краще – психоемоційного стану особи, готової до вчинення злочину.

Тому, характеризуючи психологічний стан особи злочинця, необхідно виходити, перш за все, з чинників формування його характеру та чинників появи тих мотивів, які призвели до вчинення злочину, тобто виходити аж до тієї корисності, яку можуть принести результати вчинення протиправної поведінки в уявленні особи певного рівня культури, освіти, соціального становища.

При цьому доцільно зауважити, що «вихідним положенням для вивчення системи ціннісних орієнтацій злочинців є розподіл цінностей на два класи: термінальні цінності-цілі та інструментальні цінності-засоби. Перші – це ті універсалії, що проголошуються конкретно-історичною формацією пріоритетними і загальнозначущими, цілі, до яких в ідеалі мають спрямовуватися прагнення й устремління всіх і кожного, оскільки вони санкціонуються культурою і суспільною мораллю та репрезентуються суспільною свідомістю як соціальна норма. Другі включають пріоритетні шляхи та засоби досягнення мети, є прийнятним еталоном поведінки. Іншими словами, цінностям-цілям завжди кореспондують цінності-засоби діапазон яких обмежений рамками правового поля» [1, с. 38].

Окрім зазначеного, важливо враховувати також генетичний та ментальний фактори. Річ у тому, що генетичний фактор має надзвичайно потужний вплив на процес формування свідомості особи, моделі її поведінки, характеру, стилю життя тощо. Загалом генетичний складник особистості – це одночасно і рушійний фактор життя людини, і потенційно руйнівний елемент, оскільки проявлення генетичного фактору відбувається настільки по-різному, що правильно ідентифікувати його і відрізнити від набутих соціо-психологічних особливостей особистості досить важко. Що ж до ментального фактору, то з точки зору особи злочинця (крадія) така ментальна ознака, як неналежна повага до чужої праці та відсутність традицій поваги демократичних цінностей, суттєво спрощує сприйняття особою самого факту крадіжки.

Національна ментальність має специфічні ознаки, деякі з яких мають надзвичайно позитивний вплив на процеси розвитку правової культури, підвищення рівня правової освіти і такої поведінки особи, яка дійсно стає перешкодою на шляху проникнення спокус легкої наживи в психологічне та емоційне сприйняття особою правової реальності. Натомість зневажливість до чужого, традиція колективної власності – все це накладає важкий негативний відбиток на формування особи злочинця, особливо щодо корисних ненасильницьких злочинів. Тобто культурне середовище та ментальні традиції у поєднанні із характерними рисами крадіжки як виду злочину – все це створює передумови для більш чіткої детермінації психологічних особливостей саме крадія. Такими факторами є:

– мотивація безпідставного збагачення (корисливо-паразитична діяльність);

– усталення психології консюмеризму;

– культурна маргіналізація та деградація особистості через падіння рівня соціальної культури;

– слабкість особистості щодо сприйняття негативних проявів оточення та навколишнього світу;

– легкість та швидкість набуття корисливих мотивів із розривом причинно-наслід-

кового зв'язку із вчиненням дій або працею особи;

– поширеність правового нігілізму та панування вседозволеності в суспільстві;

– пропаганда не правових цінностей, низькій рівень розвитку інститутів громадянського суспільства;

– наближеність до можливостей та джерел незаконного разового збагачення (наявність можливостей використовувати власне соціально-трудове становище в позаправовій площині);

– низький рівень суспільної моралі та низький рівень моральної культури в особи;

– поширення детермінант суспільної та особистої психології безкарності, недостатня ефективність державної політики у сфері правової освіти.

Разом із тим слід зауважити, що наведена система детермінант соціально-психологічної характеристики особистості крадія є типовою для всіх осіб, що вчиняють такий вид корисливого ненасильницького злочину, але саме по собі середовище крадіїв не є однотипним та цілісним з точки зору характеристик самих осіб. Окрім психологічного портрета та соціальних особливостей, крадії відрізняються, на думку О. В. Поповича, ще за ступенем «кримінальної зараженості особи». Тобто, на думку дослідника, за таким критерієм доцільно виділяти:

– «глобальний злочинний тип (тип з повною злочинною зараженістю). Цей тип асоціальний. Він негативно ставиться до праці та людей. Представники цього типу не мислять життя поза злочинами, які їм обіцяють основні радощі. Усі їхні мотиви, відчуття пов'язані із задумом здійснення злочинів, їхня воля тверда і непохитна в кримінальних діяннях;

– парціальний тип, тобто з частковою кримінальною зараженістю. Особистість цих людей ніби роздвоєна, в ній уживаються риси нормального соціального типу і риси злочинця;

– передкримінальний тип; означає, що ці люди володіють такими морально-психологічними властивостями, які в певній ситуації, якщо вони опиняться в ній, неминуче скоюють злочини» [5, с. 314].

Важливість такої диференціації типів особистостей полягає в тому, що, ідентифікуючи їх, можна, по-перше, уникнути зростання кількості злочинів шляхом профілактичних засобів, орієнтованих в основному на третій тип осіб. По-друге, таке розуміння диференціації рис особи дасть змогу застосовувати до різних злочинців за вчинення різних за способом та мотивами, а також за предметом крадіжок відповідні способи покарання, що також будуть відрізнятися між собою за ступенем суворості та ступенем психологічного впливу.

Але треба враховувати і складність у практичному застосуванні такої ідентифікації осіб, їх детермінації та здійснення заходів правового впливу. Річ у тому, що середовище крадіїв саме по собі соціалізовано та стратифіковано залежно від пануючих традицій у такій групі злочинців.

З цього приводу слушним є зауваження О. В. Поповича, який вказує, що «саме зі крадіями (злодіями) пов'язане виникнення злочинних традицій, злодійських «законів» і правил поведінки у кримінальному світі. Розрізняють злодіїв: «домушників», «форточників», «кишенькових» тощо, що суттєво впливає на їх рівень та становище в злодійському суспільстві. У злодіїв порушується система етичної орієнтації, з'являються негативні якості особистості: жадібність, прагнення до наживи, нечесність тощо» [5, с. 315]. Отже, цілком виправданим висновком буде теза по те, що психологічні особливості особи крадія формуються не лише під впливом зовнішніх загальних чинників, про які йшлося вище, та не лише з огляду на особливість самої крадіжки як корисливого ненасильницького злочину. Важливим чинником є вплив самого середовища крадіїв, самої спільноти, яка сформулювала та виробила власні принципи поведінки і власний «моральний кодекс».

Усе це свідчить про формування стійких глибинних дефектів психології особи, які вирізняють саме крадіїв найбільш яскраво з-поміж інших категорій злочинців:

– дефекти психічного стану. Це ті дефекти, які отримує особа, яка вже скоїла злочин і потрапила «заочно» до середовища, до суспільства крадіїв;

– дефекти індивідуальної свідомості, що розкриваються через низьку правову культуру, низьку правову поінформованість та особливості сприйняття реальності під час перебування в середовищі крадіїв;

– порушення особистісних установок та детермінант у модусах поведінки особи, яка скоює крадіжку;

– патологічні відхилення в сприйнятті людиною призначення та необхідності тих чи інших речей, що стають предметами крадіжки.

Наведені дефекти відрізняються між собою походженням. Так, перші два набуваються в злочинному середовищі, останні два – в нормальній обстановці, що є традиційною для особи, яка в подальшому стає крадієм. Річ у тому, що чинники та фактори навколишнього середовища, поєднуючись із такими дефектами, і формують фактично

соціально-психологічну характеристику особистості крадія.

Як зазначає Є. І. Періна, традиційно «особи які вчинили крадіжки відносяться до числа непрацюючих, які не мають постійного джерела доходу, найчастіше ці особи заробляють крадіжками – таємним розкраданням чужого майна, а крадене збувають, продають, звідси утворюється тимчасовий дохід. Небажання працювати, нестача коштів, ведення дозвільного способу життя, є мотивами вчинення злочинів. При чому для осіб, які вчинили крадіжки, характерний рецидив. Тобто такі мотиви є не просто набутими а усталеними» [4, с. 673]. Розвиваючи цю тезу, можна прийти до розуміння того, що насправді злочини, скоєні особою із психологічними деформаціями, перетворюються на спосіб життя, оскільки внутрішній мотив походить від тривалого впливу зовнішніх чинників та неспроможності особи протистояти їм. Це змінює не лише спосіб мислення, але й внутрішні переконання, систему цінностей та зовнішній прояв психологічних особливостей особи.

Висновки.

Підсумовуючи особливості соціально-психологічної характеристики особистості крадія, зауважимо, що найбільш поширеними психоемоційними детермінантами таких осіб є примітивно споживча орієнтація та перебільшене уявлення ролі матеріальних благ, а також негативне ставлення до приватної власності. Це набуті детермінанти та характеристики психоемоційного стану формують психологічний портрет особи злочинця.

Крім того, слід зауважити, що сам психологічний портрет особи крадія формується в певному алгоритмі:

– по-перше, відбувається вплив факторів зовнішнього середовища, що сприяє створенню хибного уявлення стосовно матеріальної природи світу та місця в ньому матеріальних благ;

– по-друге, відбувається поєднання зовнішніх загальносуспільних збудників, негативних чинників та факторів впливу із внутрішніми психологічними дефектами;

– по-третє, на психологічний стан особи справляє вплив середовище крадіїв як особливої соціальної групи з власними традиціями та власним стилем існування.

Таким чином, соціально-психологічна характеристики особистості крадія надзвичайно складна, оскільки психологічний стан обтяжується багатьма як загальними, так і спеціальними рисами, причому не лише в контексті особливостей протиправної злочинної поведінки, але й в контексті специфіки саме крадіжки як корисливого ненасильницького злочину.

Список використаних джерел:

1. Брижак А. В. Характеристика культурно-психологічних факторів крадіжок, поєднаних з проникненням вжитло. Форум права. 2013. № 4. С. 36–39.
2. Головкін Б. М. Причинність у системі детермінації злочинності. Теорія і практика правознавства. 2014. Вип. 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_1_24.
3. Головкін Б. М., Наваляна Я. Т. Психологічні особливості злочинців. Форум права. 2012. № 4. С. 223-230.
4. Перина Е. И. Криминалистическая характеристика лиц, совершающих кражи. Молодой ученый. 2013. № 12. С. 672-673.
5. Попович О. В. Соціально-психологічна характеристика особистості злочинця. Часопис Київського університету права. 2012. № 2. С. 313-317.

Раскрыта природа психологических особенностей личности вора, продиктованных особенностями кражи как корыстного преступления. Проанализирован механизм формирования особенностей социально-психологической характеристики личности вора. Определены основные детерминанты психологического состояния личности вора. Исследованы психологические дефекты, отличающие личность вора среди других преступников.

Ключевые слова: кража, личность вора, социально-психологическая характеристика, психоэмоциональное состояние, психологические дефекты.

It was disclosed the nature of the psychological characteristics of the thief's personality, dictated by the peculiarities of theft as a self-serving crime. The mechanism of formation of features of a socially-psychological characteristic of the person of the thief is analyzed. The main determinants of the psychological state of the thief's personality were determined. Psychological defects that distinguish the identity of the thief among other criminals were investigated.

Key words: theft, the thief's cruelty, socio-psychological characteristics, psycho-emotional state, psychological defects.

УДК 343.01

Asif oglu Gadirov Khanoglan,
PhD in Juridical Sciences, Associate Professor
of Academy of Public Administration

EVOLUTION WAY AND DEVELOPMENT HISTORY OF CRIMINAL PROCEDURE LAW IN AZERBAIJAN

The article discusses some of the issues of theoretical and practical problems constitutional legal investigation of criminal proceedings in the Azerbaijan Republic is characterized by a number of methodological characteristics. It is noted that, from the legislative point of view, the definition of criminal proceedings can'ot be considered complete. For this reason, the author, referring to the theoretical and legal literature, it considers it necessary to bring clarity to various concepts in criminal proceedings.

Key words: law, criminal procedure, constitutional law, theory, practice

Regarding the research of the history of criminal procedure law, M.Jafarguliyev denotes that undergoing a unique rich historical development way, the criminal procedure law has become the basis of the national legislature regulating implementation of the justice court at present time.

Economic and political liberalism typical for the XIX century was reflected in codification work and firstly it put forward determination of the general framework of the legal development and later, minimum state intervention to a particular law sphere. According to the opinion of the lawyers of the XIX century, the codes had exactly to determine the borders of the permitted and prohibited deeds (1).

The codification works begun in the XIX century in Europe influenced on Russia also. Codification of the valid law, arrangement in a chronological order of the law collected over a long period of time was the requirement of that time and objective necessity.

Codification of the law in Russia beginning from the Legislation Assembly of 1649 until the end of the XVIII century led to collection of a great number of legal materials and it had a negative impact on development of legislation. Among the legal acts collected for a long time there were a number of acts contradicting with each other. Neither official, nor non-official declaration of the collection of laws has been carried out. Many laws had not been published at all and were spread just by the way of copying. Therefore, it had become a necessity to codify the law. Besides it, social and economic condition of that period also demanded it. Capitalist relations developing at that period in Russia also put forward a necessity to revise and update the legislation.

In the middle of the XIX century Russian Empire still maintained the medieval feudal society. The state concentrated the main power in its hands; individual rights were nearly on a zero level. Challenges for reforms have already increased. These challenges had become more intensive after defeat of Russia by France, England and Ottoman Empire in Crimean war. Czar Alexander II preferred to carry out reforms by peaceful and compromise way, rather than a violent and revolution way.

In 1864 czar Alexander II adopted a new project called "Great Reforms" and stimulating acceleration of development of the empire. Within framework of this project economic, legal and political reforms began to be implemented. Earlier, different layers of the society, i.e. the clergy, nobles, peasants were under the guidance of the official bureaucracy of the empire. But at the result of the implemented reforms different layers were united under a single system (5).

While carrying out a court reform, there was given an order to give more attention to the civil and criminal procedure law, as well as to the civil and criminal law spheres. This reform was very important for the Russian society. A number of new institutions were established, others were restored.

The reform of 1864 was attributed not only to the territory of Russian Federation, but also to Poland, Finland, Ukraine, Belarus, Caucasian countries, including Azerbaijan and Baltic countries which are independent countries at present time. Alongside with Russia, the impact of France, Germany, Austria and Italy is evident in the roots of the adopted codex. Therefore, this historical reform is accepted as a continuation of European heritage. The character of the reform was so strong that continued its impact on Poland even after 22 years- until 1939. The adopted codex maintained its force in USSR period also; just the names of some parts were changed.

The project committee for implementation of judicial reforms was established yet ten years

© Asif oglu Gadirov Khanoglan, 2018

earlier. At the begging of 1850s when this committee began to function well-known Russian lawyers were included to it. The first result of the work was adopted on September, 29, 1862 by Czar Alexander II and was published under the name "General provisions of juridical reforms". There were 446 proposals put forward by the judges and attorneys. But in the end, czar signed the final decision on November, 20, 1864 and 4 regulations were adopted. They were the followings: Regulations of Juridical Institutions, Criminal Procedure Code, Civil Procedure Code and Criminal Code. In these acts the famous Russian state figure Michail Speransky's influence was evident (6).

New Russian Juridical system was established on the following principles: independence of courts, adversarial principle, equality of everyone before the law, the jury for judgment on more serious crimes.

The negative results of the reform were seemed from two aspects. Firstly, the reform was implemented only in main cities of the country. The peasants, who made the majority of the country, had just a little effect of it. 80% of the population was peasants. But this reform referred only to 20% urban population. Secondly, the code did not have an effective practice. Because, this code which had been systematized upon the practice of European countries, did not match the Russian society. Though it was successful in most of European countries, in Russia it failed. Many Russian and foreign scholars consider that the codes adopted in Europe at that period were not working in Russia appropriately.

Despite all the negative aspects, judicial reform in Russia, guided by the principles of openness and contention could be considered progressive. This reform has set a beginning of a newer Russian juridical history which lasts up to present days.

Different authors denoted different thoughts about the reform of 1864 in their articles. An article in the Russian journal "Law" published by the Ural State Law Academy located in Yekaterinburg in regard to the 150th year's anniversary of conduction of the reform can be reminded. The article says that the juridical reform of 1864 set foundation of the transition from inquisition court execution to adversarial proceedings.

The transition to adversarial proceedings played a great role in determination of the truth. Even this principle found its reflection in the provisions adopted in USSR period. Though in some courts objective processes lost their adversarial character during implementation, yet never came back to an inquisition form. The adversarial process was carried out on following principles: oral juridical execution in spite of written execution,

The dispute process was carried out on the following principles: oral legal proceedings instead of written proceedings, publicity instead of privacy, adversarial instead of inquisition (7).

Unlike the inquisition, the court offered the parties to be represented in court freely and actively. The role of the judge in collection of evidences was passive. The judge would only make a final decision on the basis of the collected evidences at the end.

In this case, the judge ensured an accurate implementation of the process of justice and allowed competition between the parties to reach a conclusion. The party providing with more sufficient evidences and proving his innocence within the framework of the legislation at the end was declared innocent by a court decision.

The typical characteristics of the judicial reform of 1864were the separation of the judicial power from the executive and legislative power, independence of judges, and transparency of the court proceedings.

For the first time the legal institution was established, the judicial system took its place as an independent system in the management of the empire. It also reflected equality of everyone before the law. In jury trial the jury consisting of 12 jurors was confirmed to give a verdict on guiltiness or innocence of the accused persons. The processes as overall conduct of the case, public hearings, provisions about qualitative legal assistance to the accused persons, research of the case on favorable terms and acceptance of applications appeared. As these reforms began to be applied in practice, there was a sharp increase in release of many innocent persons (5).

We have noted above that this Code was meant as the main legislation act not only in tsarist Russia, but also in other countries in its structure and as well as, in countries under its impact. One of these countries within the Empire was the Kingdom of Poland.

In January, 1863, after the revolution that took place in Poland, the country's separation from Russia from legal and political point of view became impossible. Therefore, the reform conducted in 1864 was attributed to Poland, too. So a jury trial was canceled here, selection of judges was replaced with appointment of judges, unchangeability of judges was strictly limited. The aim of conduction of the reform in Poland was not only unification of the judicial system of the country to Russia, but also it was an evident example of Russification policy. The Russian language was considered an official language in the courts and the judges were appointed by Russian lawyers (8).

But at the same time together with the limited aspects of this reform, there were progressive aspects of it also. A number of traditions remained from the feudalism period were eliminated. Transparency of the trial view, equality of parties and independence of the judiciary have been began to be applied in accordance with the Code. On the other hand it was the result of the powerful effect of the reform that these laws had kept their force in central and eastern parts of the country until the 30th years of the XX century. The reform that Russia conducted in Poland had been greatly influenced by sphere of laws applied in European countries. Because of Poland's location in the center of Europe laid ground for its being different from the remote countries with certain features. The code's preparation on the basis of the Napoleonic Code and the Civil Code which had been in force until that time in Poland, was a clear proof of it. One of the characteristics of the reform carried out here was the fact that administrative and criminal cases was carried out by separate authorities. The cases related with some right violations were put to consideration directly in Russia.

Over time, a compromise on the issue of appointment of judges in Poland was allowed. Tsar's consent to selection of protectors of justice from the educated, as well as the owning a property public formed a confidence of the Polish community. But here also the empire insured itself. Because, the selected persons were evaluated because of the price of their property. This policy of the czarist government showed that it had a specific purpose for directly selection of those persons. To give priority to this layer of the population is the indication of their more faithfulness to the empire.

The situation in rural areas remained tenser than in the city. Here the judge managing an area combining in itself a few villages was elected by the people. Shortcoming was that although majority of the population lived in villages, only a small part of the reforms was being implemented in the villages (8).

Each of these adopted laws was projected by a Special Law Commission established in Warsaw. This body reported directly to the Committee of the Government of the Kingdom of Poland on the draft laws. The Commission was organized only from Russian lawyers. Many of them were young and inexperienced staff sent from the central provinces of Russia. The policy pursued by the members of this commission which had no relation with Poland and had no idea about the local traditions was the main obstacle for achieving results. Inclusion of no local lawyer to the commission organized by Nikolay Milutin was met with great discontent.

The adaptation of the reform to the local conditions continued throughout the years yet with difficulties. Ousting the Russian language in the courts, organization of the judicial system in the local language, creation of meeting rooms in the villages had been included in the list of factors formed over twenty years. Organization of courtrooms in the areas where formerly were only houses of the peasants was an evident proof of the development.

Generally speaking, it should be noted that the reforms conducted in Poland in the XIX century played an important role in the development of the country. As the impact of the French Code was great on Europe, it led all the European codes benefiting from it. In the case of Poland, once the country was united, all the shortcomings were done away with a new Code of Criminal Procedure adopted in 1928 and important steps were taken in the direction of the country's independence and in adoption of new laws.

In the middle of the XIX century, the judicial reform was carried out in one of the areas included to the Russian Empire, in Ukraine, in 1864. The authors believe that as a result of these reforms' extension to Ukraine, protection of the violated rights and legitimate interests in this period were resolved under guidance of the provisions of the reform. The judicial reform of 1864 had an impact on various aspects of the Code of Civil Procedure of Ukraine. Such important elements as the independence of the courts, the judicial process being of an adversarial character, openness and transparency, commitment and execution of decisions were the issues reflected in modern legislation (9).

In the eve of the reform, the Russian Empire, one of the world's largest empires in terms of the area and population, had in its structure the territories of such modern countries as Ukraine, Poland and Finland, as well as a number of other lands. The country the population of which was 180 million, the total sum of the Ukrainians was only 18%. At that time, the population of the city of Kiev was 250,000 people, thus it had the title of the 7th largest city.

Until the completion of the reform of 1864 in the territory of the empire, in different countries various acts reflecting feudal serf relations and undergoing changes very often was applied as the source of legislation. From this point of view, Ukraine was not exclusion. And application of these acts was focused to judgement of the persons of Russian origin

The reform made significant changes in the field of civil and criminal procedural law. In addition, the reorganization of the courts, regulation of the civil and criminal procedural law were the issues included in the reform.

The main goal of conduction of the reform of 1864 in Ukraine was the followings:

1) Elimination of the negative public opinion in the judicial system and organization of an independent judicial system based on election;

2) Doing away with non-systematical and sophisticated organization of processes and removal of long-term re-organization proceedings;

3) Consideration of the cases on the base of openness, transparency and adversarial principle, in accordance with the equality of the parties (10).

Before the reform there used to be 12-13 institutions, but after the reform they were eliminated and a single judicial system was established. It should be noted that before the reform, the same case was considered both in administrative bodies, and in juridical authorities. But after the reform, at the result of separation of the courts from the administrative bodies and their independent functioning, the cases were reviewed only in the court. Another factor showing development of the juridical institution was the fact that already an adversarial principal was applied and the parties could freely present their evidences up to the end of the process proving their rightness without the intervention of a judge. However, previously during presentation of the evidences, the judges and interested authorities used to violate the terms of the objectivity making decisions meeting their own interests.

All these features once again prove the progressive aspects of the judicial reform carried out in the XX century. While making modern researches, the scholars refer to criminal proceedings of 1864. Because fundamentals of the most of the codes adopted later are consistent with this act.

However, the Ukrainian judicial system is not ideal, but it acts as a system far away with the most of the violations has occurred in the past. Development of different institutions is still in the process and it is an indicator of sustainable development of the judicial system. Therefore, the importance of the laws in the sector of a modern legislation is undeniable. In ensuring the welfare of society and quality of life of the population as all the organs of the state, the judiciary also has its own role.

Lithuania was one of the countries included to the territory of the empire. At that time, the reforms of 1864 were extended to Lithuania also. As the territory of the Baltic States was under the rule of the tsarist Russia, all of the changes taking place here and all the laws adopted here referred to these countries also.

The lawyers took part in the conference held for the 150th anniversary of the reforms of 1864 tried to research the legal and historical results of the various acts adopted at that time.

The effective application of this Charter had been carried out in Lithuania since 1883. Although after the collapse of the empire in 1918, Lithuania withdrew from the structure of the empire and declared its independence, the impact of the reform of 1864 was evidently seemed in legislation acts of the later periods. The legislative act of 1864 was the contemporary legislature statute and the impact of the Western countries, especially France, was clearly felt on its text, (11).

After the reform a number of new problems occurred in the newly established courts of Lithuania. Lack of qualified specialists, the difficulties arising while translation of the charter from Russian into the Lithuanian language, disagreements between different Russian and Lithuanian bodies, especially the disputes with the Senate put obstacles on the way of conduction of the reforms. However, despite of all these, the reform was implemented successfully and remained in force until 1940. This means that no procedural codes were accepted in Lithuania until 1940. A charter of 1864was studied once again in 1990 when Lithuania gained its independence and the certain items of the charter were added to newly adopted Code (1).

Unlike other countries, in Lithuania adaptation to changes was a bit difficult. As the Russian language was the dominant language, there occurred very serious problems in the courts. As the majority of the judges, parties and lawyers did not know the language, the review of the processes used to take a long time. The lack of local experts in Lithuania and migration of most of them to Russia was one of the issues affecting the local environment. Most of the Lithuanian lawyers studied in the central provinces and then remained there and began to work at the local authorities. It also led to the country's lack of a lawyer. Incomplete understanding of the text of the Charter led to incorrect application of most of the provisions contained therein. However, after some time the Russian lawyers began to render their support to the Russian translation of the charter. Their learning Lithuanian language and translation of the provisions put away with the misunderstandings. As in other colonies, here also the same principles were applied. The independence of the courts, establishment of the jury, transparency of the court proceedings, the parties' equality before the law and the courts, application of the adversarial principle referred to Lithuania also. Reflection of these provisions should be considered as a great success. Now removal of the feudal-serf relations and adaptation to the European system played a significant role in development of the Baltic States. This charter's being in force as an official act even 22 years later after

it was referred to Lithuania and its being on the basis of the provisions adopted after it in different times indicates the level of its importance.

Reflection of the charter adopted in the XX century in the main provisions standing on the basis of the development of the Lithuanian of legislation and juridical system is a great success indeed. It is a really great honor for the authorities who were in charge of the implementation of these reforms the 150th anniversary of which is celebrated. Of course, the reforms had a certain shortcomings due to that time, but in general they can be considered progressive. The practice coming from the legal system of the developed countries of Europe is also a proof of it.

In general, the criminal proceedings of 1864 were again examined and referenced in the acts adopted after the World War II, during revision of the Civil Procedure Code in 1990, and during the preparations for adoption of the Civil Procedural Code in Lithuania in 2002.

As mentioned above, in 1864 the reform was carried out in all the lands the empire covered. As in European territory of Russia, the implementation of reforms in the South Caucasus region also took place on particular conditions. Due to the different traditions, strictness of the religious and local laws and rules, the reforms were carried out with certain limits. Local environment was to a certain extent taken into consideration not only in the reforms of the juridical field, but also in urban, political and economic spheres. In the European literature, the word Azerbaijan is not used, generally the concept of the Caucasus is used. It also shows that with the name of the Caucasus was meant all the nations of this region.

The history of the current system of criminal procedure law of Azerbaijan was accepted to calculate from the XIX century, to be more precisely, since the annexation of Northern Azerbaijan into the czarist Russia. Until the contracts of Gulistan dated October,12, 1813 and Turkmenchay dated on February,10, 1828 when the territory of modern Azerbaijan Republic was included to Russia, Azerbaijani khanates were governed by Sharia law, and criminal, civil, family and other disputes were handled by the confessors in the sharia courts. The period until the first part of the XX century, according to the historical typology, criminal proceedings referred to accusation type, however, was characterized by the humanist values of the beginnings of some contention of sharia law.

After becoming the administrative part of the Russia, criminal law and criminal procedure law of the tsarist Russia began to be applied in Azerbaijan, too. However, the new management system could not oppress Sharia law to a full range, it seems that the imperial power preferred to apply Russian laws to this territory step-by-step taking into consideration totally different environment of this country from the point of view of the language, religion, national mentality and so on. Thus, the tsarist regime kept the confessor courts, they were authorized to judge and punish for the acts which were not considered crimes in the criminal law of Russia, but were against the laws of Sharia.

Proceedings applied during the studied period were fully of inquisition character and served only for identification of the "truth". Review and verification of the verdicts of criminal cases passed through numerous instances causing difficulties; on one hand the relevant instances were overloaded with the work, on another hand it led to an excessive restriction of the time of the persons involved to judgement (2).

All this, and most importantly, the emergence of new already tested procedures in western countries forced the czar government to make drastic changes in the judicial system. The Charter of the Criminal Proceedings adopted in 1864 opened a new phase in the history of the proceedings. In January, 1, 1868, this act began to be applied in Azerbaijan, too, in accordance with the Charter dated on November, 22, 1866 and the Law on implementation of the juridical regulations in the South Caucasus dated on December, 9, 1867.

The Charter on Criminal Proceedings of 1864 had a key and decisive role in bringing of the western adversarial criminal proceedings to legal system of Russia and, accordingly, of Azerbaijan. Thus, this act strictly separated the administrative authorities prosecuting crimes from the courts. Prosecution was re-established, and was released from general control function and was concentrated on the work of the court.

For the first time, the institute of forensic investigators operating in advocacy organizations, as well as in the district courts and not depending on the police and prosecutors was established. Investigation of the criminal cases began to be conducted in open court hearings. The famous principle of the Ancient Roman juridical law "the other side also should be heard" came into force. The concept of formal evidences was eliminated. The rules on determination of the strength of the evidences contained in the Charter of Criminal Proceedings had to act as guidance for the judges' internal belief for determination of guilty conscience. With the verdict the guilt of the accused could be confirmed, or he could be justified. The accused persons could not be restrained as suspects. (2).

But of course, there were shortcomings of the reform, too. Regulations of the Court, including the Charter of the Proceedings were applied in Azerbaijan with significant exceptions.

Judgment proceedings in conciliation courts were implemented not by means of elections, the judges were appointed by administrative management. The local population almost was not represented in the composition of the judges. Corruption kept on rising in the judicial system, people's rights were violated and local traditions were not taken into account. The hearings were conducted in the Russian language, circumstances of the case were not entirely clear to the participants of the court.

The instance of reconciliation was not established in Azerbaijan. In Russia the serious crimes were conducted in a district court. But in Azerbaijan, neither the district court, nor the district instance was established. The courts of the first instance reviewed all the work as reconciliation. The reconciliation congress was to be established, however it did not happen, either. The district courts as the second-instance were operating in Tbilisi. In addition, no institution of the jurors and the institute of forensic investigators were established in Azerbaijan. Deputy Judge of the reconciliation court was fulfilling the work of these bodies.

All these constraints did not allow full implementation of the reform. Both the Russian attitude toward Azerbaijan, as well as partial implementation of certain provisions of the reform here was a key factor. The local people could not enjoy all the features of the reform which they had expected from a successful policy.

If we compare the reform carried out in Azerbaijan with the above-mentioned countries, we will witness some similar and different aspects. It should be noted that the most of the states which are independent countries now, but at that time were joined to the empire underwent the same difficulties as the language issue, the lack of local specialists and appointment of inexperienced Russian lawyers. The differences are that in comparison with other countries the implementation of the reform in Azerbaijan had a limited nature. The reason of it was Azerbaijan's location in the outskirts of Russia, religious differences, as well as a difference in the local traditions. Ukraine, Lithuania and Poland's location in the European part of Russia and the religion factor inevitably led to diversity in the reforms conducted there and in Azerbaijan.

Generally, the reform stands out with its advanced features. Therefore, in 2014, on the occasion of the 150th anniversary of the reform, the lawyers of the countries which used to be the part of the empire, but are independent country now, expressed their thoughts about the reform and acknowledged that the basis of the criminal legislation of their countries derives from this charter.

Until the middle of 1917, Azerbaijan procedural law covered mainly the acts that had been adopted in the previous period, especially the Juridical Charters of 1864. At the beginning of the century, the growth of the national liberation movement and the war situation, the process conducted in the military district and military field courts were exclusions. These courts were required to be completed within two days and the cases were reviewed closed to public. The judgment took effect immediately and directed to the execution within a day. These courts did not include the participation of defense in the courts. Cases of torture and cruel treatment were not exclusion. It was impossible to complain from the composition of the court and its judgments (3, p. 396).

During the reign of the Baku Council, the organization and activity of judicial and investigating authorities in Baku were regulated according to the charter "About revolutionary tribunals" dated on January 31, 1918, the decrees of Baku NCC "About Court" dated on May 29, 1918, "About people's court" dated June 6, 1918, as well as, "About temporary tribunals under the labor commissariat of the council of Baku workers, soldiers and sailor deputies" dated on June, 30,1918 and other legal acts (3, p. 397).

While looking at criminal matters both in Russia and the Caucasus the laws issued by the previous governments were used. The legal proceedings were conducted in accordance with the Charter of 1864. The work was considered collegially. Local people's court consisted of a permanent judge and two alternating juries which were called from the list in each session (3, p. 397).

Democratic institutions – conduction of the criminal proceedings in the national language, the right of defense, orality and directness of criminal proceedings have been reflected in RSFSR's Decree № 2 dated on February, 22, 1918 (4, p. 60).

On June 23, 1918, in relation with the military situation, the serious criminal cases such as speeches against the government, treason, extortion by threats, murder, robbery, armed resistance against the authorities, abduction and rape of women, burning residential constructions and grain, damaging of railways, telegraph and telephone lines were extracted from general court jurisdiction and the persons suspected of having committed the above mentioned criminal acts were determined to be accused by applying the laws of the military period. On June 11, 1919 the same step was taken and besides the serious crimes listed above, as well as attempt on the life of the heads and members of the parliament and the government, attacks to the military units, murder of the officials during implementation of their work were also given to the disposal of the military courts.

In accordance with the "Provisional Regulations on the structure of the Military Court of the Republic of Azerbaijan" military investigators started the case in the following cases: 1) the information of the military government; 2) The proposal of the military prosecutor; 3) the knowledge of the judicial and administrative officials; 4) The complaints and applications of the military servants and private persons; 5) voluntary advent (3, p. 446).

The bill "About establishment of the court jury of Azerbaijan" prepared on February, 20,1919 by the auxiliary commission of the Ministry of Justice on "Involvement of the public to participate in the administration of justice" intended the participation of the jury not only for determination of the defendant's guilt, but also in resolution of the punishment issues. The bill "On organization of a special court for juveniles who committed crimes" prepared in March of 1920 and the others were directed on improving the judicial system and legal proceedings (3, p. 447).

The first Criminal Procedure Code of Azerbaijan SSR was adopted on June 16, 1923 by the 3rd session of Azerbaijan SSR. M. Jafarguliyev evaluated adoption of this Code of Criminal Procedure as an important step in development way of the legislation of the Republic and said that the new and first Code establishes a perfect system of procedural norms regulating investigation and resolution of judicial authorities (4, p . 60).

The Azerbaijan Constitution of 1937 confirmed a number of procedural principles like reviewing the cases in court openly, conduction of proceedings in the national language, provision of the right of the defendant to use his own native language and the defendant's right to defense. Alongside the detailed notes on the duties and regulations of the justice court, a number of procedural provisions were also reflected in the Charter "About Judicial system" adopted in 1938 (3, p. 448).

The Code of 1923 had been in force until the March,1, 1961. The Code of Criminal Procedure of 1961 was prepared on the basis of the RSFSR Code and consisted of 6 sections, 32 chapters and 453 articles. In 1969-1971 years during development of the criminal procedure law the following documents were adopted: "About application of labor law reform of USSR and union republics", "About confirmation of the charter on detention" and "About addition and amendments in the basis of the criminal law of the USSR and the union republics," and so on. (4, p. 67).

Both before and after the Independence Constitution of 1995, the changes were made to the Code of Criminal Procedure, the provisions as the judicial protection of rights and freedoms, the right to legal assistance, presumption of innocence, avoidance of the change of jurisdiction, avoidance of repeated conviction for a crime, not to make a person to testify against relations, the right to claim damages have been added.

A new Code of Criminal Procedure on July 14, 2000, besides reflecting the needs of the period, also was an important step in improving the criminal procedure law.

The valid CCP consists of two parts - General and Special units, and consists of 521 articles.

In the literature of the law as the main distinguishing feature of the Code is shown determination of criminals by new criminal proceedings and provision of all the rights and freedoms of all participants of the criminal procedure indicated in the Constitution, (3, p. 703).

The laws "On compensation of the damage caused to the individuals at the result of the unlawful acts of the inquiry, investigation, prosecution and judicial authorities", "About complaint to the court against the decisions and actions that violate the rights and freedoms of citizens" provide compensation right of the violated rights of everyone. Recognizing adversarial principle of the parties and principle of equality the new Code of lifted the imbalance between the prosecution and defense sides (3, p. 703).

In accordance with Article 1.1 of the CPC of RA, criminal procedure law of Azerbaijan Republic determines whether the deeds with criminal signs are considered a crime or not, whether the accused is guilty of committing an offense or not and also determines the procedures of pursue and defense of the accused or the suspected person.

References:

1. Baku University news № 3. The series of social-political sciences 2010.
2. Firuza Abbasova, "Theoretical and practical problems of the adversarial principle in criminal procedure law".
3. Ismayilov Kh. History of Azerbaijan state and law. Manual.
4. Jafarguliyev M. Criminal process of Azerbaijan Republic. Manual. Baku. Law. 2002. p. 904.
5. Irina Reshetnikova. Ural State Law Academy, 2008.
6. Moscow State University named after Lomonosov, 2014.
7. Theory of the Procedural Risk, 2012.
8. Artur Korobowicz Marie Curie Sclodowska University. Lublin, Poland.
9. Russian Law Journal, Volume II, 2014.
10. Irina Izarova, Associate Professor at the Department of Justice. Taras Shevchenko National University of Kyiv, 2014.
11. Valentinas Mikelenas, Professor at the Faculty of Law, Vilnius University, Member of the Lithuanian Academy of Sciences, 2014.

У статті розглядаються деякі питання теоретичних і практичних проблем конституційно-правового дослідження кримінального процесу в Азербайджанській Республіці, характеризуються деякі методологічні особливості. Відзначається, що із законодавчої точки зору дефініцію кримінального процесу не можна вважати повною. З цієї причини автор, звертаючись до теоретично-правової літератури, вважає за необхідне з'ясувати різні поняття в кримінальному процесі.

Ключові слова: право, кримінальний процес, конституційне право, теорія, практика.

В статье рассматриваются некоторые вопросы теоретических и практических проблем конституционно-правового исследования уголовного процесса в Азербайджанской Республике, характеризуются некоторые методологические особенности. Отмечается, что с законодательной точки зрения дефиницию уголовного процесса нельзя считать полной. По этой причине автор, обращаясь к теоретически-правовой литературе, считает необходимым придать ясности различным понятиям в уголовном процессе.

Ключевые слова: право, уголовный процесс, конституционное право, теория, практика.

УДК 343.131:343.14

Сергій Лисаченко,
аспірант кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОКРЕМІ ПРИМУСОВІ ЗАСОБИ ОТРИМАННЯ ВІДОМОСТЕЙ ВІД ОСОБИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ДОСУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ У КОНТЕКСТІ СВОБОДИ ВІД САМОВИКРИТТЯ ТА ПРАВА НЕ СВІДЧИТИ ПРОТИ БЛИЗЬКИХ РОДИЧІВ ТА ЧЛЕНІВ СІМ'Ї

У статті розглядаються окремі примусові засоби отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні. У контексті свободи від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї досліджуються примусове освідування та примусове відібрання зразків для експертизи. Визначено критерій, за яким необхідно визначати порушення прав і свобод під час здійснення примусових засобів отримання відомостей від особи.

Ключові слова: засоби отримання відомостей, примусове освідування, примусове відібрання зразків, кримінальне досудове провадження, свобода від самовикриття, право на мовчання, право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї.

Постановка проблеми. Ефективне вирішення кримінально-правового конфлікту між державою та особою передбачає результативне здійснення кримінального процесу, наслідком якого повинно стати розв'язання усіх завдань кримінального досудового та судового провадження. Дієвість кримінального провадження зумовлює наявність системи якісних засобів здійснення кримінальної процесуальної діяльності. Шляхом реалізації останніх до державних органів кримінального судочинства потрапляють відомості, що мають кримінальне процесуальне значення для винесення законного та обґрунтованого рішення у кримінальному провадженні.

Серед засобів здійснення кримінальної процесуальної діяльності засоби отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні є досить важливими з точки зору забезпечення прав і свобод особи, оскільки здійснення таких засобів передбачає безпосередній контакт державних органів з особою, яка залучена до орбіти кримінального провадження за відсутності її бажання. До того ж відносини між органами кримінального судочинства та особою у перебігу реалізації засобів отримання процесуальних відомостей на досудовому провадженні відбуваються, переважно, за відсутності незалежного та безстороннього судового контролю. Це створює загрозу порушення прав і свобод особи та ризик зниження ефективності одержання процесуально значимої інформації до і після занесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань. Тому дослідження системи засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні є актуальним питанням.

Аналіз останніх досліджень. Окремі питання отримання відомостей засобами кримінальної процесуальної діяльності досліджували такі вчені, як О. А. Банчук, Р. В. Бараннік, Ю. М. Грошевий, С. Г. Волкотруб, О. В. Капліна, В. В. Король, Л. М. Лобойко, Т. І. Фулей, О. Р. Хижна, О. Г. Шило, М. Є. Шумило, А. Ю. Юдківська та інші. Разом із тим вчені звертали увагу лише на загальні аспекти засобів отримання відомостей від особи у кримінальному процесі, такі засоби комплексно не досліджувалися у контексті забезпечення прав і свобод особи у кримінальному провадженні.

Метою статті є дослідження окремих примусових засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні у контексті свободи від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї. Для її досягнення треба виконати такі завдання: 1) визначити засоби одержання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні; 2) дослідити окремі примусо-

© С. Лисаченко, 2018

ві засоби отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні в контексті свободи від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї.

Виклад основного матеріалу. У кримінальному досудовому провадженні від особи можна отримати процесуальні відомості різними засобами. Насамперед, такими засобами є пояснення та допит, котрі у досудовій практиці кримінального провадження є найпоширенішими. Майже стосовно кожного факту одержання інформації про вчинення кримінального правопорушення органи розслідування отримують пояснення від осіб для прийняття рішення щодо внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР) та початку розслідування. Попри те, що процедура та форма пояснення не регламентуються приписами КПК України, вказаний кодекс та Конституція України містять норми, котрі забезпечують свободу особи від самовикриття та її право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї (ст. 18 КПК України, ст. 63 Конституції України). Відповідно до цих правових приписів жодна особа не може бути притягнута до юридичної відповідальності за відмову від дачі пояснень щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів. Щодо будь-якої особи існує заборона застосування примусу для отримання самовикривальних пояснень та пояснень, що свідчать про причетність до вчинення кримінального правопорушення членів сім'ї та близьких родичів. Зазначені правові норми є важливими юридичним гарантіями свободи особи від самовикриття та її права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї під час отримання відомостей шляхом використання такого процесуального засобу, як пояснення.

В юридичній літературі слушно акцентується увага, що заявник ще до початку кримінального провадження може скористатися свободою від самовикриття і правом не свідчити проти близьких родичів і членів сім'ї, якщо його показання чи іншого роду докази можуть стати підставою для підозри, обвинувачення в учиненні кримінального правопорушення як його самого, так і його близьких родичів і членів сім'ї [1, с. 164].

Такі ж самі правові гарантії наявні у кримінальному процесуальному законодавстві України стосовно проведення допиту, що проводиться щодо багатьох осіб із різними процесуальними статусами після занесення необхідних даних до ЄРДР та початку провадження. Під час реалізації вказаного засобу одержання процесуальної інформації особа також звільняється від будь-якої відповідальності за відмову від давання показань щодо себе, сім'ї та близьких родичів. Це зумовлює процесуальне право особи, яка допитується, мовчати стосовно підозри та обвинувачення проти себе або у будь-який час ігнорувати питання, що спрямовані на викриття у вчиненні кримінального правопорушення. Крім того, жодну особу не можна будь-яким чином примушувати давати показання для формування підозри або обвинувачення щодо неї або членів її сім'ї, а також її близьких родичів.

Вказані юридичні гарантії особи щодо реалізації пояснення та допиту мають пряме відношення до ефективності доказового процесу у кримінальному досудовому провадженні. Оскільки недотримання вищезазначених забезпечувальних приписів під час отримання пояснень і показань тягне порушення прав і свобод особи, а тому недопустимість одержаних процесуальних відомостей.

Таким чином, система кримінального процесуального законодавства регламентує певні гарантії прав і свобод особи у разі використання стосовно неї таких засобів отримання відомостей, як пояснення та допит. Зокрема, положеннями КПК України для органів розслідування встановлюється правова заборона застосовувати будь-який вид примусу до особи з метою отримання відомостей, які викривають її, членів сім'ї та близьких родичів у вчиненні кримінального правопорушення.

Пояснення та допит не є єдиними засобами одержання процесуальних даних від особи у кримінальному досудовому провадженні. Під час досудового розслідування можуть реалізовуватися інші засоби отримання відомостей від особи. Слушно зазначає Р. В. Бараннік про те, що дія права особи на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів, крім допиту, поширюється також на інші пов'язані з ним слідчі дії, де особа дає показання чи пояснення, а саме: очну ставку; відтворення обстановки та обставин події; пред'явлення для впізнання [2, с. 15]. Під час застосуванняя зазначених засобів органи розслідування одержують від особи процесуальну інформацію стосовно обставин вчиненого кримінального правопорушення. Тому закономірним є поширення усіх гарантій права не свідчити проти себе, рідних та близьких на перераховані засоби отримання особистих відомостей у кримінальному досудовому провадженні.

Окрім пояснення, допиту, очної ставки (одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб), відтворення обстановки та обставин події (слідчого експерименту)

та пред'явлення для впізнання, до засобів отримання відомостей від особи під час досудового розслідування доцільно віднести примусове освідування та примусове відібрання зразків для експертизи. Причому останні засоби одержання інформації від особи за приписами кримінального процесуального законодавства можуть бути спрямовані на викриття такої особи, її рідних і близьких та здійснюватися у примусовій формі. У зв'язку з цим постає логічне питання про те, чи не обмежує кримінальна процесуальна регламентація наведених засобів отримання особистої процесуальної інформації свободу від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї.

Відповідаючи на поставлене питання, зауважимо, що той же Р. В. Бараннік на основі вивчення невербальних слідчих дій зробив висновок, що дія права особи на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів повинна поширюватись також на такі процесуальні дії, як: освідування (крім випадків примусового освідування підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, а також примусового освідування потерпілого, коли обвинувачений або підозрюваний заявляє про це клопотання, захищаючись від обвинувачень у скоєнні насильницького злочину, висунутих потерпілим); одержання зразків для експертного дослідження (крім випадків примусового проведення цієї процесуальної дії стосовно підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, а також примусового одержання вільних та умовно-вільних зразків від свідка та потерпілого у ході обшуку та виїмки, які проводяться за вмотивованою постановою слідчого із санкції прокурора чи його заступника або за вмотивованою постановою судді) [2, с. 15-16]. Нам важко погодитися з такою позицією вченого-процесуаліста, оскільки сам по собі примус не може бути чинником подолання права особи на мовчання та права не свідчити проти рідних та близьких. Інакше шляхом простого застосування примусу можна було би порушити фундаментальну свободу від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї.

На наш погляд, відповідь на вище поставлене питання потребує аналізу практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а саме рішення останнього «Яллох проти Німеччини» [3]. Це рішення релевантне питанню стосовно отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні з огляду на свободу від самовикриття та право на свідчити про себе. Згідно зі встановленими фактами у зазначеній справі до громадянина Яллоха був примусово застосований блювотний засіб з метою вилучення з його шлунку пакетику з наркотиками. У цій справі ЄСПЛ зазначив, що хоча право не свідчити проти себе, передусім, стосується поваги свободи обвинуваченого зберігати мовчання під час допиту та не бути примушеним до дачі показань, Суд вже надавав цьому принципу більш широке значення у випадках, де йшлося про передачу владі речових доказів. Отже, заборона примушування до дачі показань може бути застосована і до даного розгляду. Попри те, що законодавство Німеччини надає гарантії від свавільного або неналежного використання цього засобу, заявник, користуючись правом зберігати мовчання, відмовився від попереднього медичного огляду та був підданий відповідній процедурі без всебічного дослідження його фізичної здатності перенести її. Таким чином, ЄСПЛ визнано, що використання у справі заявника доказів, здобутих за допомогою примусового застосування блювотних засобів, порушило його права не свідчити проти себе та призвело до несправедливості судового розгляду у цілому [3].

Беручи за основу вказане рішення ЄСПЛ «Яллох проти Німеччини», можна зазначити, що широке трактування Суду принципу поваги свободи особи зберігати мовчання під час допиту та не бути примушеним до дачі показань може бути використане стосовно інших засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні в Україні. З огляду на нормативні приписи КПК України, слід зауважити, що правова регламентація таких засобів отримання процесуальної інформації від особи, як примусове освідування та примусове відібрання зразків для експертизи, може обмежувати свободу від самовикриття або право не свідчити проти себе. Тому що у ході здійснення наведених заходів від особи одержуються відомості у тому числі у примусовому порядку, що можуть бути реалізовані проти цієї особи, членів її сім'ї або близьких родичів.

У вказаному контексті не можна не погодитися з А. Ю. Юдківською, яка вважає, що привілей проти самообвинувачення не обмежений тільки усними свідченнями, він є ширшим за право зберігати мовчання [4, с. 141]. Незважаючи на наявність у особи права на мовчання та права не свідчити проти себе, членів сім'ї та близьких родичів, органи розслідування уповноважені застосовувати примус з метою виявлення на тілі особи слідів кримінального правопорушення або особливих прикмет (ч. 3 ст. 241 КПК України) для встановлення та притягнення винної особи до кримінальної відповідальності. Тобто особа, яка піддається примусовому

освідуванню, може свідчити проти себе та своїх близьких, тим самим викриваючи себе та рідних у вчиненні кримінального правопорушення.

Також діяльність, спрямована на самовикриття та надання свідчень особою проти членів сім'ї або близьких родичів, може охоплюватися примусовим відібранням у особи біологічних зразків для експертизи (ч. 3 ст. 245 КПК України). Надання особою останніх для експертного дослідження не виключає подальше її визнання або її близьких родичів винними у вчиненні кримінального правопорушення та призначення кримінального покарання. Навпаки, через примусове здійснення зазначеного засобу отримання інформації органи розслідування отримують потрібні дані для призначення спеціального дослідження, результати котрого можуть потім ефективно використати для притягнення вищевказаних осіб до кримінальної відповідальності. І це відбувається незважаючи на існування в особи фундаментального права на мовчання щодо себе та своїх рідних.

Отже, розгляд змісту правових приписів ч. 3 ст. 241 КПК України та ч. 3 ст. 245 КПК України щодо примусового освідування та примусового відібрання біологічних зразків для експертизи крізь призму права на мовчання та не свідчити проти себе, близьких родичів та членів сім'ї зумовлює припущення, що вказані кримінальні процесуальні норми суперечать ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у частині нормативного регулювання права на справедливий суд.

Окремі питання у наведених аспектах вже порушувалися в юридичній літературі. Так, О. М. Дячок зазначає, що проблемою правової регламентації, що стосується проведення експертизи під час кримінального провадження, може бути положення ч. 3 ст. 245 КПК України щодо можливості примусового відібрання біологічних зразків для здійснення експертного дослідження. З огляду на зміст рішення Європейського суду «Яллох проти Німеччини», примусове відібрання біологічних зразків для проведення експертного дослідження може бути розцінене як порушення права не свідчити проти себе, яке може привести до порушення права на справедливий суд [5, с. 280].

Погоджуючись із логічною побудовою аргументації щодо проблеми правової регламентації засобів примусового отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні, зокрема примусового відібрання біологічних зразків, ми ставимо питання стосовно можливостей органів розслідування гарантування державних інтересів у досудових стадіях кримінального процесу. Якщо право особи на мовчання щодо себе та рідних обумовлює неможливість примусового здійснення всіх засобів отримання особистої інформації у досудовому провадженні, то як тоді органам розслідування забезпечувати публічні інтереси, що вимагають захист особи та членів суспільства від кримінальних правопорушень та їх наслідків?

Відомості, що отримуються від особи у кримінальному досудовому провадженні, становлять великий обсяг процесуальної інформації, на якій ґрунтуються проміжні, а після судової перевірки – остаточні рішення у кримінальному процесі. Позбавлення органів розслідування цих засобів, зокрема використання примусової форми їх здійснення, значно знизить дієвість розслідування та якість підготовки обвинувачення до судового розгляду. Ми сумніваємося, що свобода від самовикриття, право на мовчання, право не свідчити проти себе та рідних може усіх випадках переважити публічні інтереси органів розслідування щодо проведення примусового освідування та примусового відібрання біологічних зразків.

Вивчення рішення ЄСПЛ «Саундерс проти Сполученого Королівства» свідчить, що Суд не завжди визнає порушення права не свідчити проти себе та права на мовчання у результаті застосування засобів отримання відомостей від особи у кримінальному провадженні. Зокрема, у цьому рішенні ЄСПЛ відзначив, що право не свідчити проти самого себе – це насамперед право обвинуваченого зберігати мовчання. Як прийнято вважати у правових системах держав – учасниць Конвенції – і в інших країнах, це право не поширюється на використання у кримінальному процесі матеріалів, котрі можуть бути отримані від обвинуваченого незалежно від його волі примусовим, як-то inter alia, вилученням за приписами документів, отриманням крові, сечі і шкірного покриву для проведення аналізу ДНК [6].

Порівнюючи між собою рішення «Яллох проти Німеччини» та рішення «Саундерс проти Сполученого Королівства» бачимо, що ЄСПЛ в одному випадку широко розтлумачив право не свідчити проти себе, право на мовчання, в іншому – більш звужено. Причому у справі «Саундерс» ЄСПЛ підкреслив, що біологічні зразки можуть бути отримані примусово незалежно від волі обвинуваченого. За таких обставин визначення питання стосовно якості правової регламентації вищезазначених засобів отримання інформації від особи – примусового освідування та примусового відібрання біологічних зразків – ускладнюється, оскільки не можливо чітко

встановити критерію, за яким можна визначити випадки, коли реалізація засобів примусового отримання відомостей від особи буде становити порушення права не свідчити проти себе, включаючи право на мовчання, та випадки, у яких здійснення таких засобів не буде наслідком порушення прав особи.

У рішенні «О'Галоран та Френсіс проти Сполученого Королівства», наводячи свою практику щодо рішення «Яллоха» та інших схожих справ, ЄСПЛ зауважив, що докази, про які йдеться у цій справі, а саме наркотики, сховані в тілі заявника, які було отримано примусовим введенням блювотних засобів, можна розглядати як такі, що належать до категорії матеріалів, які існують незалежно від волі підозрюваного, використання яких за загальною практикою дозволяється у кримінальному провадженні. Проте існують кілька моментів, які відрізняють цю справу від прикладів, наведених у рішенні у справі «Саундерс». По-перше, як і у випадку оскаржуваних заходів у справах «Функе» та «Дж. Б. проти Швейцарії», введення блювотних засобів було застосовано для отримання справжніх доказів усупереч волі заявника. Натомість продукти тіла, які перераховані в рішенні у справі «Саундерс», стосувалися матеріалу, отриманого примусом для криміналістичної експертизи з метою виявлення, наприклад, наявності алкоголю чи наркотиків [7]. У цій же справі «О'Галоран та Френсіс проти Сполученого Королівства» заявники спробували обґрунтувати свою позицію щодо порушення права зберігати мовчання та права не свідчити проти себе через розділення доказів на інкримінуючі покази (пояснення, показання) та «реальні» докази (зразки дихання, крові та сечі), котрі отримуються у примусовій формі. Позиція заявників у вказаній справі полягала у тому, що «реальні» докази примусово вилучаються в особи, насамперед, незалежно від волі підозрюваної особи, а рішення у справі «Яллоха» є винятком із загального правила [7].

За критерієм диференціації відомостей на «ідеальні» (пояснення, показання) та «реальні» (зразки крові, сечі, дихання, ДНК, інші матеріальні об'єкти) можна було б визначити правило, відповідно до якого право на мовчання та право не свідчити проти рідних та близьких може порушуватися лише щодо «ідеальних» доказів, та не порушується стосовно «реальних» доказів. Разом із тим це не буде беззаперечним, бо у справі «Яллоха» ЄСПЛ визнав порушення цих прав щодо «реальних» доказів, розтлумачивши право не свідчити проти себе, як ми зазначали вище, досить широко. Важко визнати окремі закономірності, що уможливлюють протилежні висновки щодо схожих кримінальних процесуальних питань, правилом.

На наш погляд, чинником, за яким необхідно визначати порушення свободи від самовикриття (права на мовчання) та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї під час здійснення примусових засобів отримання відомостей від особи, є особливість реалізації вольового елементу. Якщо органи обвинувачення застосовують примус до особи під час освідування та (або) відібрання біологічних зразків для експертизи, але не змушують особу робити активні дії, тобто дієво викривати саму себе, рідних та близьких, то тут не може бути порушення зазначених прав. Але у разі, коли застосовний примус під час застосування вказаних засобів отримання процесуальної інформації спонукає особу себе, родичів та членів сім'ї активно викривати шляхом виконання конкретних дій проти своєї волі, треба визнавати порушення права особи не свідчити проти себе, проти близьких родичів та членів сім'ї.

У практичному вимірі цей підсумок полягає у такому. Примусово освідуючи особу шляхом застосування фізичної сили для оголення та огляду особи або примусово відбираючи біологічні зразки в особи, органи розслідування не порушують свободу від самовикриття, право не свідчити проти рідних та близьких, якщо вони всі примусові дії здійснюють самостійно, не змушуючи особу проявляти будь-яку активність. Водночас примушування особи до виконання активних дій – оголення, показування певних слідів, надання пояснень або показань, а також примусове штучне (неприродне) викликання блювотного рефлексу – свідчить про порушення свободи особи від самовикриття та права не свідчити проти себе, проти близьких родичів та членів сім'ї.

Таким чином, питання щодо порушення свободи від самовикриття та права особи не свідчити проти рідних та близьких під час реалізації засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні слід вирішувати через те, що є результатом застосування примусу – активні дії особи із самовикриття чи викриття рідних та близьких або бездіяльність особи щодо самостійного надання будь-якої процесуально значимої інформації. У першому варіанті примус не лише здійснюється проти волі особи, а й схиляє особу викривати себе або родичів та членів сім'ї у вчиненні кримінального правопорушення. Тоді як другий варіант застосування примусу не є наслідком такого викриття, проте здійснюється також проти волі особи.

Отже, примус, що використовується у ході реалізації засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому

провадженні, є правомірним за умови, що результатом такого примусу не є активні дії особи із самовикриття або свідчення проти близьких родичів та членів сім'ї.

Висновки.

До засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні, окрім пояснення, допиту, одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, слідчого експерименту, необхідно також віднести примусове освідування та примусове відібрання зразків для експертизи. Особливістю останніх засобів одержання інформації від особи є те, що вони можуть бути спрямовані на викриття такої особи, її рідних і близьких та здійснюватися у примусовій формі.

Критерієм, за яким необхідно визначати порушення свободи від самовикриття (права на мовчання) та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї під час здійснення примусових засобів отримання відомостей від особи, є особливість реалізації вольового елементу щодо активних дій. Примус, що застосовується під час здійснення освідування та відібрання зразків для експертизи, є правомірним за умови, що результатом такого примусу є бездіяльність особи стосовно самовикриття або свідчень проти близьких родичів та членів сім'ї. Якщо примусове здійснення освідування та відібрання зразків спонукає особу робити проти своєї волі активні дії з викриття себе, рідних та близьких, це є порушенням свободи від самовикриття та права особи не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї.

Перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямі можуть бути такими: 1) дослідження інших засобів отримання відомостей від особи у кримінальному досудовому провадженні у контексті свободи від самовикриття та права не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; 2) дослідження засобів отримання відомостей від особи під час досудового розслідування з урахуванням забезпечення права на захист.

Список використаних джерел:

1. Хижна О.Р. Суб'єкти свободи від самовикриття й права не свідчити проти близьких родичів і членів сім'ї. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2016. Вип. 2. С. 162-166. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apvu_2016_2_42.

2. Бараннік Р.В. Право особи на свободу від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів у кримінальному процесі України: автореф. дис. .. канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2003. 20 с.

3. Рішення ЄСПЛ у справі «Яллох проти Німеччини» від 11 липня 2006 р. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119759.

4. Юдківська А.Ю. Привілей проти самообвинувачення – в пошуках принципу. Вісник Академії адвокатури України. 2007. № 2. С. 138-145.

5. Дячок О.М. Окремі проблеми правової регламентації проведення експертизи під час кримінального провадження. Актуальні питання кримінального права та процесу: Матеріали III Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Кривий Ріг, 16 червня 2017 року). Кривий Ріг: Поліграфічна компанія «Геліос-Принт», 2017. С. 279-280.

6. Рішення ЄСПЛ у справі «Саундерс проти Сполученого Королівства» від 17 грудня 1996 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-104115&filename=CASE%20OF%20SAUNDERS%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20[Russian%20Translation].pdf.

7. Рішення ЄСПЛ у справі «О'Галоран та Френсіс проти Сполученого Королівства» від 29 червня 2007 р. URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-117697.

В статье рассматриваются отдельные принудительные средства получения сведений от лица в уголовном досудебном производстве. В контексте свободы от самоизобличения и права не свидетельствовать против близких родственников и членов семьи исследуются принудительное освидетельствование и принудительное отобрание образцов для экспертизы. Определен критерий, по которому необходимо определять нарушение прав и свобод во время применения принудительных средств получения сведений от лица.

Ключевые слова: средства получения сведений, принудительное освидетельствование, принудительное отобрание образцов, уголовное досудебное производство, свобода от самоизобличения, право на молчание, право не свидетельствовать против близких родственников и членов семьи.

The article deals with individual compulsory means of obtaining information from a person in criminal pre-trial proceedings. In the context of freedom from self-incrimination and the right not to testify against close relatives and family members, compulsory examination and compulsory collection of samples for examination are being investigated. The criterion by which it is necessary to determine the violation of rights and freedoms during the implementation of compulsory means of obtaining information from a person is determined.

Key words: means of obtaining information, compulsory examination, forced sampling, criminal pre-trial proceedings, freedom from self-incrimination, right to silence, the right not to testify against close relatives and family members.

УДК 343.98

Володимир Гірук,
здобувач кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

ТАКТИЧНІ РИЗИКИ ПІД ЧАС ДОПИТУ МАЛОЛІТНІХ ПОТЕРПІЛИХ ВІД НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ

Стаття присвячена дослідженню проблем використання під час допиту прийомів, що містять у собі тактичний ризик, в умовах конфліктної ситуації та протидії розслідуванню. Автор, вивчаючи думки науковців, визначає специфіку застосування тактичного ризику під час провадження допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів.

Ключові слова: допит, малолітній потерпілий, насильницький злочин, тактичний прийом, тактичний ризик, конфліктна ситуація.

Постановка проблеми. Щодо формування тактики допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів слід наголосити на необхідності реалізації слідчими усього наявного комплексу тактичних прийомів з метою з'ясування всіх обставин вчинення кримінального правопорушення. Одним із дієвих і водночас небезпечних засобів встановлення істини у кримінальному провадженні в цьому разі є застосування під час допиту тактичного ризику, вміле використання якого допомагає формуванню правдивих показань.

Загальновідомо, що ризик є складовою частиною роботи слідчого, оскільки зацікавлені особи завжди чинять протидію розслідуванню [1, с. 163-164]. Так, на думку О. Ю. Булулукова, під час розслідування різних видів злочинів, особливо на початковому етапі, виникає необхідність приймати рішення в умовах тактичного ризику, оскільки здебільшого слідчий відчуває брак доказової та орієнтуючої інформації, одержання якої пов'язано з певними труднощами, що, власне, й зумовлює цей брак. Це пояснюється тим, що прийняття рішення в умовах невизначеності приводить до того, що передбачити заздалегідь наслідки його прийняття майже неможливо, і зазначене не може влаштовувати особу, яка приймає рішення. У такому разі у слідчого завжди повинна бути альтернатива в прийнятті рішення, яка є структурним елементом тактичного ризику і дозволяє оцінити з точки зору позитива наслідки прийняття того чи іншого рішення [2, с. 70].

Таким чином, необхідність досягнення таких цілей, як розслідування злочину, одержання правдивих показань, виявлення необхідних доказів і інших відомостей, що мають значення для встановлення істини, і спонукає суб'єкта вдаватися до тактичного ризику. Ці цілі набувають для особи, яка провадить розслідування, особливої значимості, а наявність шансів домогтися успіху активізує її розум, кмітливість, спрямовуючи їх на пошук шляхів успішної реалізації цієї можливості. Позитивний результат, на одержання якого спрямовані зусилля суб'єкта, який ризикує, трансформуючись у його свідомості у вигляді певної цінності, вимагає точного співвіднесення результату з тими способами й можливостями, які розглядаються як альтернативи його досягнення [3].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загалом, оптимальне використання тактичних прийомів передбачає дослідження проблеми тактичного ризику, постановка якої у криміналістиці припадає на середину 70-х рр. [4]. Одним із першим, хто надав визначення тактичного ризику, був Г. О. Зорін, який розуміє його як діяльність або бездіяльність із приводу розслідуваного злочину, спрямовану на мету, обтяжену об'єктивною імовірністю її недосягнення, усвідомлену певною особою, що припускає альтернативний результат (успіх або неуспіх) [5, с. 202].

Науковий інтерес представляє погляд Л. Я. Драпкіна, який наводить два варіанти ризикованої ситуації, що існує в процесі розслідування. Перший, на думку науковця, характеризується тим, що стан речей, який складається, дійсно є ситуацією тактичного ризику і оцінюється саме так: в її рамках досвідчений слідчий може прийняти рішення, яке разом з очікуваним результатом може рівною мірою спричинити так званий «негарантований результат». Другий варіант полягає в тому, що відсутність професіоналізму і справжнього досвіду, недостатні аналітичні здібності слідчого призводять до усвідом-

© В. Гірук, 2018

лення реальної ситуації тактичного ризику як простої і неризикованої. Подібна помилка в попередній оцінці може спричинити ще більші негативні наслідки, ніж вибір неоптимального способу дій у разі правильно усвідомленої ситуації тактичного ризику, оскільки вони посилюються чинником раптовості, психологічною непідготовленістю до нього слідчого [6, с. 9].

У криміналістичній літературі тактичний ризик визначають як поведінку слідчого в умовах дефіциту інформації, коли в його розпорядженні є тактико-криміналістичні засоби, які дають можливість отримання певної доказової і орієнтуючої інформації, при цьому слідчий бачить можливість їх вибору, зважуючи, відповідно до оцінки слідчої ситуації, найбільшу ефективність вибраного тактико-криміналістичного засобу (найменший негативний результат впливу) [7, с. 172]. Автор поділяє думку В. П. Гмирко, який визначає тактичний ризик як морально зумовлений і усвідомлений, логічно і психологічно обґрунтований спосіб дій слідчого, спрямований на досягнення позитивного результату в слідчих ситуаціях, що характеризуються невизначеністю розвитку причинно-наслідкових зв'язків і містять реальну загрозу отримання несприятливого для розслідування результату за відсутності однозначно позитивної альтернативи [8, с. 13]. Слушною є думка Л. Я. Драпкіна, який визначає ситуацію тактичного ризику як специфічне співвідношення між можливими способами дій слідчого, кожен з яких не гарантує обов'язкового досягнення наміченої мети, і ймовірними результатами їх майбутньої реалізації [9, с. 135].

Метою статті є розкриття поняття тактичного ризику, а також окреслення змісту і особливостей застосування тактичного ризику під час допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів.

Виклад основного матеріалу. Якщо розглядати застосування тактичного ризику під час проведення таких слідчих дій, як допит, можна констатувати, що тактичний ризик у цьому разі полягає в можливості отримання допитуваною особою уявлення про наявну в розпорядженні слідчого інформацію. Цей ризик слід називати непрямим; він має відносний характер: в тому разі, коли з метою безпосереднього впливу на допитуваного слідчий надає йому незначний обсяг інформації, наявної в розпорядженні, розраховуючи на отримання повних, всебічних і достовірних відомостей, ризик слід оцінювати як мінімальний. Тому більший тактичний ризик полягає в застосуванні тактичних прийомів, заснованих на логіці, ніж тактичних прийомів, в основі яких лежить емоційний вплив. Застосування перших вимагає від слідчого залучення допитуваної особи до спільного аналізу наявних у кримінальному провадженні відомостей [7, с 171].

Ми поділяємо думку про те, що тактичний ризик необхідно розглядати за умови наявності певної слідчої ситуації, у якій приймається рішення, та її складності. Це пояснюється тим, що негативні наслідки прийняття рішення в простій ситуації настають через непродумані та хибні дії слідчого, а не внаслідок ризику, який у цьому разі є мінімальним. За своєю сутністю тактичний ризик є закономірним компонентом розслідування, специфіка якого робить прийняття рішень в умовах тактичного ризику типовим явищем. Однак не можна стверджувати, що тактичний ризик притаманний будь-якій ситуації прийняття рішення. Існування такого підходу занижує вимоги, що ставляться до особи, яка приймає рішення, стосовно наслідків його прийняття, нібито надає їй «право на помилку». Ситуації прийняття рішення, коли особа, яка його приймає, розраховує тільки на позитивний результат своїх дій, відкидаючи будь-які можливі негативні наслідки, є ситуацією, у якій ризик відсутній взагалі. Це пояснюється тим, що у разі прийняття рішення в умовах тактичного ризику завжди існує можливість «програшу», і ця ймовірність є невід'ємною частиною інформаційної моделі тактичного ризику [2, с. 68].

Теорії ризику, по суті. притаманний конфлікт. Тактичний ризик являє собою не що інше, як вимушене входження у конфліктну ситуацію. Саме в конфліктній ситуації, ситуації ризику, слідчий мобілізує свої можливості для подолання негативної позиції свого супротивника. Самі поняття «тактика», «тактика ризику» припускають наявність протистояння, боротьби, однак такої боротьби, в якій з боку слідчого і суду допустиме застосування лише правомірних методів і засобів, які спрямовують весь процес розслідування на встановлення об'єктивної істини у справі [10].

У цьому сенсі заслуговує на увагу позиція М. Є. Шумила, який вважає, що ризик є правомірним, якщо: 1) він передбачений кримінально-процесуальним законом; 2) спрямований на попередження, припинення злочину або отримання доказів у кримінальному провадженні; 3) слідчий чи прокурор мають фактичні дані, які з певним ступенем вірогідності вказують на можливість досягнення мети слідчої дії; 4) запізнення з проведенням слідчої дії може призвести до скоєння злочину, знищення або переховування документів чи предметів, що можуть бути доказами у кримінальному провадженні [11, с. 204].

Аналізуючи погляди науковців, можна зробити висновок, що більшість вчених справедливо розглядають ризик у прив'язці до слідчої ситуації. Найбільш часто до тактичного ризику вдаються в конфліктній ситуації, однак іноді він може бути використаний і в безконфліктній ситуації. Останнє відбувається в тому разі, коли слідчий не має даних про наявність у особи тієї чи іншої інформації і не передбачає її існування. Тут може бути ситуація так званої проби або тесту на наявну інформацію в особи. Нерідко в таких випадках постановка окремих питань, що створюють враження про знання слідчим багатьох обставин події злочину, або пред'явлення речових доказів, оголошення висновку експертизи може дати позитивний ефект. Однак тактичний ризик, як правило, використовується в конфліктній ситуації, коли має місце протидія осіб у ході процесуального спілкування. Така протидія може виступати в двох найбільш типових формах. Перша з них – це активна протидія, яка виступає у вигляді брехні, обмови, самообмови, зміни показань, висування версії, протилежної версії слідчого, вимоги призначення експертиз, допиту певних свідків і т. д. Більш складною є так звана пасивна протидія, яка виступає в таких формах, як замовчування відомих фактів, відмова від спілкування з різних причин, симуляція хвороби, посилання на провали в пам'яті і інше [12, с. 56]. Сама така пасивна протидія має місце під час допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів і змушує слідчого використовувати тактичний ризик.

Водночас тактичний ризик може проявляти себе в чотирьох формах: ризик проведення самої слідчої дії; ризик вибору того чи іншого тактичного прийому в ході провадження слідчої дії; ризик вибору місця, часу і порядку проведення слідчої дії; ризик заміни даної слідчої дії іншою слідчою дією [13, с. 10].

З позиції В. Є. Богинського, уявлення про настання негативних наслідків як одного з варіантів застосування ризику дозволяє слідчому не бути неозброєним і розгубленим у певній ситуації [14, с. 35].

Разом із тим прагнення мінімізувати ризик може не увінчатися успіхом, і дії слідчого призведуть до негативного результату. Тоді виникає проблема нейтралізації негативних наслідків тактичного ризику з мінімальними втратами для інтересів слідства. Маючи на увазі багатоваріантність ситуацій, що виникають при цьому, можна дати лише загальні рекомендації вирішення даної проблеми. У цьому разі слідчому потрібно: 1) ретельно проаналізувати весь хід «ризикованої» дії і встановити момент «повороту до гіршого», коли вже не можна запобігти настанню негативного результату; 2) визначити, які помилки були допущені, з'ясувати їх причини, змоделювати розвиток ситуації за умови їх усунення; 3) заново проаналізувати всю вихідну інформацію і переоцінити її; визначити комплекс заходів з виправлення помилок та недопущення їх надалі; 4) дослідити ситуацію на основі нової стратегії розслідування та розробити нові прийоми слідчих дій, необхідність у проведенні яких залишилася [15].

Негативні результати застосування тактичного ризику можуть бути наслідком не досить чіткого аналізу ситуації зміни поведінки допитуваного в процесі допиту (зміна психічного стану), неправильний вибір часу для застосування прийому, пов'язаного з тактичним ризиком, неправильне визначення можливого впливу інформації тощо. Ступінь тактичного ризику щодо настання несприятливих наслідків визначається також тим, яким обсягом доказів володіє слідчий і чи дозволяють наявні докази змусити допитуваного дати правдиві показання [16, с. 167].

Вивчення думок науковців дає змогу зробити висновок, що під час допиту малолітніх потерпілих від насильницьких злочинів застосовувати тактичний ризик слід у крайніх випадках, оскільки малолітні особи можуть поводити себе не прогнозовано, спонтанно і схильні до фантазування. Якщо протиріччя в показаннях малолітніх потерпілих можна усунути іншими засобами та методами, то застосування тактичного ризику під час допиту недоцільне і слідчий повинен відмовитися від його використання.

У ситуаціях, коли слідчий все ж таки приймає рішення про застосування зазначеного тактичного прийому, то специфіка допиту малолітніх осіб в умовах тактичного ризику визначається таким:

1) тактичний ризик може сприяти отриманню важливих доказів, посилань на свідчення свідків, які раніше не допитувалися, спростуванню алібі і т. п. Разом із тим тактичний ризик криє в собі загрозу втрати інформації, яка могла би бути використана надалі, а також передачі в руки потерпілого таких відомостей, які можуть бути використані в ході тактичного протиборства цими особами згодом.

У цьому разі, на нашу думку, розумний ризик передбачає особливу обережність використання таких прийомів, що містять у собі тактичний ризик, як пред'явлення доказів під час допиту, особливо якщо таке пред'явлення носить несподіваний характер, або пред'явлення одразу найвагомішого

доказу чи усього комплексу наявних доказів; допит на місці скоєння насильницького злочину.

Як слушно зауважує О. М. Процюк, рекомендація одразу не пред'являти неповнолітнім найважливіших доказів є досить обґрунтованою. Таке пред'явлення може налякати допитуваного і спричинити відмову від давання показань. Неповнолітній може вдатися до самообмови чи обмови. У такому разі його показання необхідно зіставити з іншими матеріалами і звернути увагу допитуваного на суперечності, які виникли. Неповнолітньому важко одразу придумати нові пояснення, передусім, якщо його неправдиві показання придумав не він, а інші особи. Якщо ж допитуваний продовжує наполягати і за допомогою наявних доказів неможливо спростувати отриману недостовірну інформацію, то допит необхідно відкласти до отримання нової доказової інформації [17, с. 163-164; 18, с. 133-136].

Унаслідок високого ступеня навіюваності, піддатливості до впливів ззовні та інших дефектів емоційно-вольової сфери пред'явлення всієї сукупності доказів може призвести до стресового стану. Такий стан підлітка може спричинити самообмову або ж відмову від давання показань взагалі й позбавлення будь-якої можливості встановити та підтримати психологічний контакт. Докази повинні пред'являтися в наростаючому порядку і в логічній послідовності [19, с. 180].

Зауважимо, що пред'явлення одразу найвагомішого доказу виправдано тоді, коли слідчий обґрунтовано вважає, що допитуваний практично готовий дати правдиві показання, проте йому потрібний своєрідний поштовх. Пред'явлення вирішального доказу і стане таким поштовхом [20, с. 163].

Поряд із цим з особливою обережністю слід застосовувати тактичний прийом допиту на місці, де малолітній спостерігав подію, з приводу якої йому належить давати свідчення, оскільки є ризик спричинити дитині додаткову психологічну травму. Асоціація місця проживання з пережитими травмами може мати місце втрати у дитини почуття безпеки та спричинити шкоду психологічному здоров'ю дитини. Також не є правильним допитування дитини вдома, якщо дім, де проживає дитина, одночасно є місцем скоєння стосовно неї злочину. Взагалі необхідно уникати опитування дитини на місці скоєння злочину, оскільки сама навколишня обстановка може викликати у дитини сильні негативні емоції, відчуття страху, дитина може почати плакати і взагалі відмовитись давати які-небудь свідчення. Несприятливе оточення під час допиту дитини впливає на пізнавальні процеси (зосередження уваги, мобілізація пам'яті, логічне мислення, вербалізація пережитого досвіду) [21, с. 15].

2) коли в допиті бере участь законний представник із числа батьків, опікунів, тактичний ризик збільшується. Слідчому потрібно спостерігати за поведінкою, мімікою, жестикуляцією, манерами поведінки законного представника під час допиту малолітнього потерпілого. Спостережливість слідчого дозволить визначити правильність своїх дій. Професійний слідчий швидко виявляє ознаки, що свідчать про помилкові, заздалегідь підготовлені показання неповнолітнього (це можуть бути завчені розповіді, вживання виразів, не властивих даній віковій групі, та ін.). Якщо помітно, що неповнолітній дає неправдиві свідчення, то потрібно з'ясувати, що стоїть за ними: слідування обраній «легенді», негативне ставлення до слідства, загроза, почуття неправильно зрозумілого товариства, солідарності [22, с. 138].

3) Г. Г. Доспулов, аналізуючи такий тактичний прийом, як «створення слідчим певного уявлення про свою поінформованість», підкреслював, що використовувані в ході допиту відомості повинні бути абсолютно точними, інакше, повідомивши допитуваному неправильні відомості, «слідчий ризикує показати свою непоінформованість і тому тільки зміцнить рішучість допитуваного давати неправдиві показання» [23, с. 83].

4) використання тактичного ризику під час допиту може зашкодити в тому разі, коли слідчий чи прокурор не володіє знаннями з дитячої психології, не має навичок у спілкуванні з малолітніми та використовує неправомірні методи психологічного впливу (погрози, побої тощо). Консультативна допомога фахівців психологічного напряму дозволить виключити тактичні помилки під час проведення допиту і дати об'єктивну оцінку показань малолітньої потерпілої особи.

5) варто пам'ятати, що, застосовуючи тактичний ризик, можна допустити неусувні тактичні помилки. Щодо цього ми підтримуємо думку тих вчених, які вважають, що необхідно відрізняти ризиковані рішення слідчого від рішень помилкових, таких, що гарантовано спричиняють негативні наслідки. У науковій літературі під тактичною помилкою розуміється негативний результат неправильного обрання та/або застосування тактико-криміналістичних засобів у певній слідчій ситуації, що призводить до втрати можливості виявлення і використання надалі криміналістично значущої (доказової) інформації. При цьому основною ознакою тактичної помилки є те, що вона є наслідком ненавмисного неправильного судження слідчого, оцінки ним слідчої ситуації або ненавмисної неправильної дії [24, с. 62].

Висновки.

У разі, коли складається конфліктна ситуація допиту, в умовах протидії розслідуванню слідчому доводиться використовувати тактичний ризик, він повинен враховувати загальні положення проблем тактичного ризику, а також передбачати особливу обережність використання таких прийомів, що містять у собі тактичний ризик, як пред'явлення доказів під час допиту, особливо якщо таке пред'явлення має несподіваний характер, або пред'явлення одразу найвагомішого доказу чи усього комплексу наявних доказів та допит на місці скоєння насильницького злочину.

Список використаних джерел:

1. Криминалистика: учебник / О. В. Волохова, Н. Н. Егоров, М. В. Жижина ; под. ред. Е.П. Ищенко. Москва: «Проспект», 2011. 504 с.

2. Булулуков О. Ю. Прийняття рішень в умовах тактичного ризику. Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. Вип. 9. С. 67-72.

3. Янковий М. О. До питання про поняття та зміст тактичного ризику. URL: http://pravoznavec.com.ua/period/article/49638/%DF#chapter

4. Криміналістика / за ред. В. Ю. Шепітька. 2-ге вид., переробл. і допов. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. 728 с. URL: http://pravoznavec.com.ua/period/article/49638/%DF#chapter.

5. Зорин Г. А. Криминалистический риск: природа и методы оценки. Минск: БГУ, 1990. 89 с.

6. Драпкин Л. Я. Ситуации тактического риска и эффективность расследования. Тактические операции и эффективность расследования: межвуз. сб. науч. ст. Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1986. С. 7–9.

7. Князьков А. С. Тактический риск и тактическая ошибка: проблема соотношения. Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 3 (28). С. 169–175.

8. Гмырко В. П. Деятельность следователя в условиях информационной неопределенности в процессе расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика; судебная экспертиза». Москва, 1984. 20 с.

9. Драпкин Л.Я. Основы теории следственных ситуаций. Свердловск: Изд-во Уральского ун-та, 1987. 168 с.

10. Шаламов В. П. Значение следственного риска в тактике допроса. Молодой ученый. 2017. № 48. С. 286-289. URL: https://moluch.ru/archive/182/46777/.

11. Шумило М. Є. Реабілітація у кримінальному процесі України: монографія. Харків: Арсіс, 2001. 230 с.

12. Коновалова В.Е. Допрос: тактика и психология. Харьков: Консум, 1999. 157 с.

13. Драпкин Л. Я., Карагодин В. Н. Криминалистика: учебник. Москва: ТК Велби; Проспект, 2007. 689 с.

14. Богинский В. Е. Рефлексивное управление при допросе. Харьков: Юрид. институт, 1983. 41 с.

15. Криминалистика / под. ред. О П. Ищенко. Москва: Юристъ, 2000. URL: http://bibliograph.com.ua/criminalistika-1/139.htm.

16. Сажаев А. М., Мишуточкин А. Л. К вопросу о тактике допроса в конфликтной ситуации. Расследование преступлений: проблемы и пути их решений. 2016. № 3 (13). С. 164–168.

17. Процюк О. М. Кримінальна процесуальна регламентація й тактика допиту неповнолітнього підозрюваного: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. 243 с.

18. Следственные действия (процессуальная характеристика, тактические и психологические особенности): учеб пособие для вузов МВД СССР. Волгоград: ВСШ МВД СССР, 1984. 240 с.

19. Макаренко И. А. Система тактических приемов допроса несовершеннолетнего обвиняемого с учетом следственных ситуаций и психологических свойств допрашиваемого: дис. ... канд. юрид. наук: 12. 00. 09. Москва, 2003. 221 с.

20. Процюк О. М. Кримінальна процесуальна регламентація й тактика допиту неповнолітнього підозрюваного: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2017. 243 с.

21. Будзиньська А. Як опитувати дитину. Порадник для фахівців, які беруть участь в опитуванні малолітніх свідків та потерпілих. W.: E.D. – DRUK-KACZMARCZYK, 2007. – 64 с.

22. Харченко С. В. Тактика проведення слідчих (розшукових) дій за участю неповнолітніх підозрюваних: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2016. 237 с.

23. Доспулов Г. Г. Психология допроса на предварительном следствии. Москва: Юридическая литература, 1976. 112 с. URL: http://yurpsy.com/files/ucheb/dospul/03.htm.

24. Домашенко О. М. Критерії співвідношення тактичного ризику і тактичних помилок у слідчій діяльності. Web of Scholar. 2017. № 9(18). Vol. 2. С. 60-65.

Статья посвящена исследованию проблем использования во время допроса приемов, содержащих в себе тактический риск, в условиях конфликтной ситуации и противодействия расследованию. Автор, изучая мнения ученых, определяет специфику применения тактического риска при проведении допроса малолетних потерпевших от насильственных преступлений.

Ключевые слова: допрос, малолетний потерпевший, насильственное преступление, тактический прием, тактический риск, конфликтная ситуация.

The article is devoted to the investigation of the problems of using during interrogation receptions containing tactical risk in the context of a conflict situation and counteraction to an investigation. The author, studying the opinions of scientists, determines the specifics of the use of tactical risk in the interrogation of juvenile victims of violent crimes.

Key words: interrogation, young victim, violent crime, tactical reception, tactical risk, conflict situation.

УДК 343.98

Олександр Павлюк,
здобувач кафедри криміналістики та судової медицини
Національної академії внутрішніх справ

ТАКТИЧНІ ОСОБЛИВОСТІ ОТРИМАННЯ ПОКАЗАНЬ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ПРО ВБИВСТВА ОСІБ ПОХИЛОГО ВІКУ ТА ОДИНОКИХ ОСІБ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ЗАВОЛОДІННЯМ ЇХНІМ МАЙНОМ

У статті розглянуто особливості отримання показань від потерпілих, свідків, підозрюваних під час розслідування вбивств осіб похилого віку та одиноких осіб, пов'язаних із заволодінням їхнім майном. Виокремлено групи запитань, які доцільно ставити під час допиту учасникам кримінального провадження та визначено систему тактичних прийомів допиту підозрюваних у скоєнні досліджуваних убивств.

Ключові слова: розслідування, кримінальне провадження, допит, тактичний прийом, потерпілий, свідок, підозрюваний, вбивство, особа похилого віку, одинока особа.

Постановка проблеми. Насамперед, допит є невід'ємною, обов'язковою, найпоширенішою слідчою (розшуковою) дією під час розслідування будь-яких злочинів і, незважаючи на це, складною, тому що простий запис повідомлюваних допитуваним відомостей не є його змістом. На погляд О. М. Зініна, за допомогою допиту необхідно досить повно, чітко, з необхідною деталізацією зафіксувати саме ту інформацію, яка є доказовою, свідчить про обізнаність допитуваної особи та достовірність її показань [1, с. 106].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми допиту були і залишаються предметом досліджень значного кола науковців. Над цією тематикою працювали відомі вчені-криміналісти та процесуалісти, зокрема Ю. П. Аленін, В. П. Бахін, В. Д. Берназ, Р. С. Бєлкін, П. Д. Біленчук, А. М. Васильєв, В. К. Весельський, В. І. Галаган, І. В. Гловюк, А. В. Дулов, Д. В. Затенацький, В. О. Коновалова, В. С. Кузьмічов, В. Г. Лукашевич, Є. Д. Лук'янчиков, А. О. Ляш, О. І. Мотлях, О. М. Процюк, С. М. Стахівський, М. В. Салтевський, В. М. Тертишник, Л. Д. Удалова, В. Ю. Шепітько, М. О. Янковий та багато інших науковців.

Автор поділяє думку Д. А. Поліщука про те, що допит – це в основі своїй спілкування в діалозі, в зміні ролей слухача і того, хто говорить. Причому цей діалог регламентований нормами кримінального процесуального законодавства, повинен бути детально розпланований слідчим, але водночас глибоко варіативний, оскільки його зміст і зовнішні форми різноманітні. У допиті неминуче виявляються всі закономірності психології спілкування [2, с. 36]. Як вважає А. В. Дулов та П. Д. Нестеренко, якщо розглядати допит лише як засіб пізнання слідчим фактів минулого, фактів, які він не може бачити і спостерігати в даний час самостійно, шляхом сприйняття почутого від людей, які розповідають про події, що відбулися, то це буде лише зовнішньою формою допиту. Для розуміння сутності даного поняття, підкреслюють науковці, необхідно виходити, перш за все, з того, що це психічне ставлення двох людей. Тобто, допит – це процес взаємної розумової і інформаційної діяльності, взаємодії допитуваного і слідчого з метою встановлення фактів, обставин, які мають значення для справи [3, с. 57-58].

Метою цього дослідження є визначення та розкриття тактичних особливостей допиту потерпілих, свідків та підозрюваних під час досудового розслідування вбивств осіб похилого віку та одиноких осіб, пов'язаних із заволодінням їхнім майном, на підставі вивчення матеріалів слідчої та судової практики та наукових джерел.

Виклад основного матеріалу дослідження. На нашу думку, у провадженнях аналізованих вбивств особливістю отримання доказів відрізняється допит потерпілих. У ситуаціях, коли потерпілі залишаються живими після спроб позбавити їх життя з корисливих мотивів, звісно, має місце допит таких осіб. У цьому разі допит потерпілого входить до переліку тих слідчих дій, які по

© О. Павлюк, 2018

можливості повинні виконуватися негайно, тому що повідомлена ними інформація активно залучається в процес встановлення і розшуку злочинця [4, с. 259-261].

Таким чином, допит таких осіб є можливим лише тоді, коли був вчинений замах на вбивство або коли смерть потерпілого настала через деякий час після заподіяння тілесних ушкоджень. Тому, коли потерпілий залишився живим і в свідомості, потрібно бути готовим провести його допит негайно. Якщо потерпілий може говорити, то потрібно заздалегідь мати низку послідовно розроблених та недовгих і нескладних питань. Б. М. Дердюк пропонує ставити питання щодо особи злочинця; стану безпеки потерпілого до вчинення замаху; механізму скоєння злочину та шляхів відходу виконавців нападу з місця злочину; кола можливих свідків злочину; наявності опору злочинцям з боку потерпілого або інших осіб; особливих прикмет злочинців; осіб із близького оточення потерпілого, які знали про його ворогів; місцезнаходження компрометуючих даних на підозрюваних; мотивів нападу [5, с. 205-206]. Після встановлення корисливого мотиву нападу на осіб похилого віку та одиноких осіб слід з'ясувати, що було викрадене, характерні ознаки, особливі прикмети викрадених речей, суму викрадених грошей тощо.

Отже, невід'ємним елементом проведення допиту як важливої форми процесуального спілкування є постановка запитань. Вивчення слідчої практики дозволило виокремити *групи питань, які доцільно ставити під час допиту потерпілим, які залишилися живими після нападу*:

1) Які цінні речі викрадені? Чи може потерпілий описати їх, назвати індивідуальні ознаки? Чи може надати документи (квитанції про отримання пенсії чи інших виплат, технічний паспорт, товарний чек, ярлик) на викрадені гроші чи майно або упаковку від викрадених нагород та інших викрадених речей? Чи може потерпілий надати фотографії викрадених речей, в тому числі тих, на яких би він був зображений з викраденими у нього в результаті злочину предметами? Яка вартість викрадених речей та коли, де і ким вони були придбані?

2) Де зберігались викрадені речі? Хто міг знати про наявність у потерплого заощаджень, цінних нагород, золотих виробів, цінних ікон, предметів антикваріату та інших викрадених речей? Хто міг знати про придбання та місцезнаходження викраденого майна? Хто міг знати про дату отримання та суму пенсії або інших виплат? Хто проявляв будь-який інтерес до викраденого майна потерпілого? Хто з числа сторонніх осіб навідувався останнім часом до потерпілих, наприклад, під видом працівників пошти, різноманітних соціальних служб та ін.

3) Якщо ж напад було вчинено на потерпілого з метою заволодіння нерухомим майном останнього (квартира, будинок), необхідно з'ясувати: хто знав про те, що нерухомість належить йому на підставі свідоцтва про право власності та інших документів; хто знав, що жертва нападу проживає одна та не має близьких родичів; чи може надати документи на житло (свідоцтво про право власності, договір дарування, договір купівлі-продажу тощо); хто був ініціатором угоди купівлі-продажу, дарування та іншої угоди щодо відчуження нерухомості (потерпілий сам мав намір продати житло чи ініціатива належала іншій стороні); хто наполягав на відчуженні житла, які прикмети цих осіб, які умови висували, чи не тиснули на потерпілого; хто, крім потерпілого, є співвласником житла і які стосунки з цими особами; чи не могли інші співвласники вступити у злочинну змову з вбивцями; чи підписувала потерпіла особа будь-які документи на відчуження квартири (будинку); в якому стані особа похилого віку чи одинока особа підписувала такі документи (алкогольного чи наркотичного сп'яніння тощо).

4) За яких обставин було вчинено напад на потерпілого? Чи перебували в цей час поблизу люди? Чи кликав він на допомогу? Чи діяв злочинець один або їх було декілька? Чи може він описати зовнішність, риси обличчя, одяг, головний убір і інші прикмети цієї особи (осіб)? Чи може він повідомити дані про одяг нападника? Чи зможе потерпілий впізнати нападника?

5) Якщо злочинців було кілька, яким чином між ними були розподілені ролі і хто з них був найбільш активний? Називали злочинці один одного на ім'я або прізвисько? Які слова говорив нападник? Чи говорив він голосно або пошепки? Чи не було в його мовленні характерних особливостей (картавість, шепелявість, проголошення пам'ятних слів або виразів і т. д.)? Чи не зустрічав він нападника раніше? Чи не спілкувалися вони незадовго до скоєння злочину?

6) Чи застосовувалося насильство до потерпілого і в якій формі? Які знаряддя та засоби при цьому використовувались? Чи може потерпілий описати зброю або предмет, які перебували в нього в руках? Як злочинець ними діяв (наносив удари, демонстрував, висловлював загрозу застосування)? Чи не залишилися на місці події будь-які належні йому предмети або його сліди?

7) У якому напрямку зник злочинець (злочинці)? Чи використовували транспортний засіб? Яка модель, колір, реєстраційні

номери та особливі прикмети транспортних засобів?

Цілком обґрунтованими є думки слідчих про необхідність допиту свідків на початковому етапі розслідування. Метою допиту свідка є отримання не лише інформації безпосередньо про події злочину, а й інших відомостей, наприклад, про події, які передували злочину (передумови злочину), особу злочинця й такі, що можуть бути використані у процесі розслідування для виявлення нових доказів та перевірки й оцінки наявних. Змістом показань свідка можуть бути не тільки відомості про фактичні дані, а і його аргументи, судження, умовиводи [6].

На відміну від потерпілого, свідок дає показання про зовнішність злочинця більш об'єктивно, точніше фіксує свою увагу на події внаслідок того, що він менше піддавався емоційному впливу злочину. Тому допитувати свідка доцільніше одразу ж після скоєння злочину, а потерпілого (якщо він залишився живим) – через певний час, який потрібний для подолання шоку [5, с. 205]. Допит вказаних осіб, як правило, проходить в умовах безконфліктної ситуації.

Вивчення кримінальних проваджень дозволяє зробити деякі загальні висновки про коло осіб, яких потрібно допитувати у провадженнях цієї категорії, а також типовий перелік питань, що підлягають з'ясуванню.

1) Типовий перелік запитань для проведення допиту *свідків, які першими виявили труп у розслідуванні* зазначених убивств (рідні та близькі потерпілого, сусіди, співмешканці, працівники соціальних служб та ін.): коли вами було виявлено труп; де (в якому місці) було виявлено труп; при яких обставинах ви виявили труп; чому звернули увагу на наявність трупа (був прихований, знаходився відкрито); хто ще був присутній під час виявлення трупа; хто першим побачив труп; що собою являє місце виявлення трупа; на які обставини ви звернули увагу; чи звернули увагу на наявність пошкоджень на трупі, якщо звернули, то на які саме; яка поза трупа була у момент його виявлення; ваші дії після виявлення трупа; чи не змінювалася поза трупа з моменту його виявлення вами, якщо змінювалася, то у зв'язку з чим і ким це було зроблено; які предмети знаходилися поряд із трупом; через скільки часу після виявлення трупа прибули співробітники поліції; що ви робили у цей час, чи покидали ви місце події [7, с. 148-149].

2) Не менш важливим є типовий перелік запитань для проведення допиту *свідків, які мають певне відношення до жертви злочину* (рідні та близькі, колеги по роботі, сусіди. Суттєве значення має допит таких свідків, які проживають поряд із місцем вчинення вбивства або місця проживання потерплих тощо): коли вам стало відомо про скоєний злочин щодо потерпілого; якщо особа зникла, то коли і за яких обставин; з ким спілкувалася жертва злочину; яке коло спілкування; яке коло інтересів у потерпілої особи; як проводила потерпіла особа вільний час; які у потерпілої особи найбільш яскраві соціально-психологічні особливості; чи відомо вам про соціальні контакти потерпілої особи; чи не було порушень у потерпілої особи у психологічній сфері; чи не було психологічних зривів (наприклад, спроб суїциду), якщо були, то які їх причини [7, с. 150]; які були у потерпілих цінні речі – старовинні ікони, антикваріат, ордени, медалі, золоті речі, гроші, відкладені на похорон тощо.

3) Необхідно підкреслити, що допиту можуть підлягати нотаріуси – про обставини посвідчення угоди щодо відчуження житла особи похилого віку або одинокої особи та державної реєстрації правочину; працівники БТІ – про обставини реєстрації права власності на житло; працівники ЖЕУ – про обставини видачі різноманітних документів, необхідних для відчуження житла. Обставинами, що ускладнюють допит таких осіб, є: велика зайнятість; небажання надавати інформацію; зацікавленість у вирішенні справи тощо.

Особливої уваги заслуговує планування та проведення допиту підозрюваних, який є важливою та складною слідчою дією. Щодо тактики проведення допиту особи, підозрюваної у здійсненні вбивства, ми цілком поділяємо думку про те, що для слідчого показання допитуваного є джерелом доказів, а для підозрюваного – це засіб захисту від підозри [8, с. 598]. Якщо говорити про допит підозрюваних у провадженнях про вбивства осіб похилого віку та одиноких осіб, пов'язаних із заволодінням їхнім майном, то допит таких осіб можна класифікувати на дві групи: 1) допит особи, що вчинила вбивство з раптово виниклим умислом щодо заволодіння грошима, золотими виробами, орденами, медалями та іншими цінними речами; 2) допит особи, що скоїла вбивство похилих та одиноких осіб з метою заволодіння нерухомим майном.

На нашу думку, в першому випадку слідчий не відчуває особливих труднощів під час допиту таких осіб, оскільки останні зазвичай зловживають алкогольними напоями та наркотичними засобами, ведуть асоціальний образ життя і не відрізняються кмітливістю і певними розумовими здібностями. Найбільшою складністю, на наше переконання, характеризується допит другої категорії осіб,

серед яких трапляються юристи, ріелтори, працівники житлових організацій, працівники правоохоронних органів та ін. Вказані підозрювані скоїли завчасно спланований злочин обдумано, і тому до слідчої дії у цьому разі необхідно ретельно готуватись і планувати. Зазвичай такий допит здійснюється у конфліктних ситуаціях.

Загальновідомо, що до конфліктних ситуацій під час допиту призводить небажання людини з тих чи інших причин повідомити інформацію про «слід пам'яті». Як справедливо з цього приводу зазначає С. К. Пітерцев, за своїм характером допит – складна, багатопланова слідча дія, що часто відбувається в умовах так званої конфліктної ситуації. Досягнення цілей допиту зумовлено умінням слідчого змінити дану ситуацію. Для цього потрібно мати високу професійну майстерність, знання людської психології та практичне вміння розбиратися в психологічних особливостях допитуваного, а також знання і вміння використання під час допиту різних тактичних прийомів [9, с. 6].

На нашу думку, *ефективними тактичними прийомами допиту осіб, які скоїли вбивство похилих та одиноких осіб з метою заволодіння нерухомим майном*, є такі:

1) Ретельна підготовка до допиту вказаної категорії підозрюваних. Специфікою підготовки до допиту є те, що у слідчого виникає необхідність ознайомлення з низкою документів, використаних під час вчинення злочину даної категорії та відбору серед них тих, що можуть застосовуватися під час провадження допиту. З метою з'ясування загальної картини злочину і мотиву вбивства, зокрема, слідчий повинен вивчити матеріали кримінального провадження та уважно проаналізувати зміст документів, які відображають факт укладення угоди щодо відчуження житла. У зв'язку з цим слідчому необхідно звернутися до процедури укладення угоди щодо відчуження житла та її правової регламентації. На підставі вивчення матеріалів кримінального провадження та документів, що містяться в ньому, слідчий повинен встановити: які дії, що вчинювалися під час укладення угоди, є незаконними, в чому вони полягають; які особи їх вчинили, коли і в якому місці; які нормативні акти, що регулюють порядок здійснення правочинів щодо житла, порушувалися тощо [10].

2) Демонстрація допитуваному уявлення про обізнаність слідчого щодо обставин і мотиву вбивства та послідовність пред'явлення доказів під час допиту, зокрема протоколів допиту свідків, потерпілих, речових доказів, документів щодо відчуження житла потерпілого, висновків експертиз (особливо висновків таких експертиз, як почеркознавча, авторознавча та техніко-криміналістична експертизи документів) та ін.

3) Максимальна деталізація показань підозрюваного як на первинному, так і на повторному (додатковому) допиті.

4) Тактичні прийоми психологічного впливу. У цьому випадку метою застосування засобів психологічного впливу є створення сприятливих умов для розслідування злочину, зокрема таких, що забезпечують отримання повної та правдивої інформації про його обставини. Досягнути зазначеної мети можливо шляхом виконання таких завдань, як: активізація мислення, пам'яті особи, пробудження асоціацій, що викликають у неї емоції та почуття; встановлення психологічного контакту як запоруки налагодження співробітництва підозрюваного зі слідчим, викриття брехні [11, с. 33].

5) Зміна тактики проведення слідчої дії. Це полягає в зміні предмета розмови, відступі від логічної послідовності обговорення епізодів і фактів злочинної діяльності, переході від постановки питань до викладу картини скоєного злочину, використанні доказів, які раніше не пред'являлися, і т. д. Усе це ускладнює переключення уваги підозрюваного, створює для нього дефіцит часу на обдумування вчинків слідчого, аналіз взаємозв'язку і логіки здійснюваних дій, позбавляє можливості дотримуватися вибраного способу протидії розслідуванню. Результатом цього, як правило, є докази поведінки – оговори, повідомлення суперечливих даних і ін. Мета слідчого, що використовує цей прийом, – не просто спроба «зловити» особу, яка протидіє розслідуванню, на неточності і застереженнях, а створити обстановку, яка переконує його в марності спроб ввести слідство в оману, і на цій основі отримати доказову інформацію про розслідувану подію [12, с. 161-162].

Враховуючи, що вбивство з метою заволодіння нерухомим майном потерпілих зазвичай здійснюється групою осіб, специфічний перелік питань, що ставляться до зазначеної категорії підозрюваних під час допиту, може включати такі запитання: хто був організатором вчинення вбивства особи похилого віку або одинокої особи, пов'язаного із заволодінням нерухомим майном потерпілого; хто вчиняв вбивство і за яких обставин; хто оформлював документи, необхідні для відчуження квартири особи похилого віку чи одинокої особи, та підробляв такі документи; хто відповідав за наступну легалізацію квартири (будинку); хто підшукував квартири, де проживали особи похилого віку та одинокі особи, і схиляв їх власників до відчуження; хто

підшукував покупця на квартиру та досягав домовленості про умови продажу квартири; хто безпосередньо укладав угоду у нотаріуса, у ролі кого (продавця, покупця); хто відповідав за приховування вбивства; хто виступав у ролі посередника, яким чином оформлювалося доручення (письмово, усно чи було підроблено); чи сприяли скоєнню злочину посадові особи, хто саме і яким чином [10].

Висновки.

Отже, допит є ефективним засобом одержання доказів, який широко застосовується у практиці розслідування кримінальних правопорушень. Потенціал допиту може розглядатися в якості деякого обсягу доказової інформації, яка знаходитися в прихованому стані в джерелі доказів (допитуваному). Ця доказова інформація може бути виявлена, правильно сприйнята і використана слідчим тільки за умови вільного володіння ним тактикою допиту, всією системою спеціальних прийомів і методів [2, с. 3-4]. У цьому контексті слід зазначити, що уміння слідчого тактично правильно й ефективно провести допит здатне дати слідству відчутне просування вперед, чого не можуть дати інші слідчі дії й навіть їх комплекс. За належного тактичного уміння допит видається найбільш простим і, що є важливим на першочерговому етапі розслідування, швидким способом одержання криміналістично значущої інформації [13, с. 171].

Список використаних джерел:

1. Зинин А. М. Криминалист в следственных действиях: учебно-практическое пособие. Москва: Экзамен, Право и закон, 2004. 144 с.

2. Полищук Д. А. Тактико-психологические особенности допроса при расследовании преступлений, совершаемых преступными сообществами : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2000. 259 с.

3. Дулов А. В., Нестеренко П. Д. Тактика следственных действий. Москва, 1971. 272 с.

4. Исаенко В. Н. Проблемы теории и практики расследования серийных убийств : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Москва, 2005. 423 с.

5. Дердюк Б. М. Особливості провадження окремих слідчих (розшукових) дій на початковому етапі розслідування вбивств. Прикарпатський юридичний вісник, 2014. № 2(5). С. 201-212.

6. Олійник О. Допит свідка і потерпілого. URL: http://veche.kiev.ua/journal/1723/.

7. Куп'янський М. Г. Розслідування серійних сексуально-садистських убивств (організаційно-тактичні засади): дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2016. 224 с.

8. Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика: учеб. для вузов / под ред. Р. С. Белкина. Москва: НОРМА, 2006. 992 с.

9. Питерцев С. К., Степанов А. А. Тактические приемы допроса: учеб. пос. СПб., 2006. 56 с.

10. Павлова Н. В. Розслідування шахрайства при укладанні цивільно-правових угод щодо відчуження житла: монограф. Дніпропетровськ: Дніпр. Ун-т внутр. справ, 2007. 216 с.

11. Бишевець О. В. Тактико-психологічне забезпечення проведення окремих слідчих (розшукових) дій: навч. посібник. Київ: Алерта, 2015. 140 с.

12. Бахин В. П. Криминалистика. Проблемы и мнения (1962–2002). Киев, 2002. 268 с.

13. Александренко О. В. Організація та особливості тактики допиту у кримінальних провадженнях про серійні вбивства. Актуальні проблеми досудового розслідування: зб. тез доповідей IV Всеукр. наук.-практ. конф. Київ, 2015. С. 171-173.

В статье рассмотрены особенности получения показаний от потерпевших, свидетелей, подозреваемых при расследовании убийств престарелых и одиноких лиц, связанных с завладением их имуществом. Выделены группы вопросов, которые целесообразно ставить во время допроса, участникам уголовного судопроизводства и определена система тактических приемов, которые целесообразно применять во время допроса подозреваемых в совершении исследуемых убийств.

Ключевые слова: расследование, уголовное производство, допрос, тактический прием, потерпевший, свидетель, подозреваемый, убийство, лицо преклонного возраста, одинокое лицо.

The article considers the features of obtaining testimonies from victims, witnesses suspected of investigating the murders of the elderly and lonely people connected with the seizure of their property. Groups of questions that should be put during interrogation to participants in criminal proceedings are identified and a system of tactical techniques is determined, which it is advisable to apply during interrogation of suspects in committing murders.

Key words: investigation, criminal proceedings, interrogation, tactical reception, victim, witness, suspect, murder, elderly person, lonely person.

УДК 347.9

Максим Гетманцев,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПРАВОВА ПРИРОДА ВИСНОВКУ ЕКСПЕРТА В ГАЛУЗІ ПРАВА

У статті аналізуються такі новели цивільного процесуального, господарського процесуального та адміністративного процесуального права, як залучення до судового провадження експерта у галузі права та його висновок за результатами проведеного дослідження.

Ключові слова: експерт у галузі права, висновок експерта у галузі права, судова експертиза, процесуальне право.

Постановка проблеми. Актуальність теми, вибраної для дослідження у цій статті, зумовлена наявністю комплексу дискусійних питань, що пов'язані з реальною оцінкою та належним застосуванням сформованого за тривалий період розвитку системою наукового знання у сфері судової експертизи порівняно нового її підвиду – експертизи у галузі права. Зародившись первинно у криміналістичній науці, аналізована система наукових знань сьогодні охоплює перетворені для потреб судочинства відомості з різних галузей гуманітарних, технічних, а віднедавна і правових наук.

Водночас доводиться констатувати, що розвиток нового піднапряму теоретичного аналізу судово-експертної діяльності виявив наявність різних поглядів серед науковців на характер і форму узагальнення наукової основи судової експертизи у галузі права – від визнання її як самостійного підвиду загальної судової експертизи до заперечення самостійного статусу шляхом констатації теоретичних обґрунтувань діяльності з тлумачення норм права та застосування різних видів аналогії у всіх галузях права.

При цьому складність проблеми та неоднозначність підходів до її вирішення зумовлені її багатогранністю (правові, соціально-психологічні, логіко-аналітичні та інші аспекти), а також тим, що досліджуване питання характеризується суб'єктивним характером експертизи, що має здійснюватися експертом у галузі права.

Метою цієї статті є дослідження відносно нового для вітчизняного процесуального права інституту – висновків експертів у галузі права.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Особливості залучення експерта у галузі права до судово-правової експертизи навряд чи можна назвати добре дослідженою темою. Хоча окремі науковці у різні часи так чи інакше торкалися цієї теми у своїх теоретичних розробках. При цьому варто відзначити вагомий внесок у розвиток вітчизняної загальної науки судових експертиз таких учених: Є. Ф. Буринського, А. І. Вінберга, В. Г. Гончаренка, Г. Л. Грановського, М. М. Зюскіна, О. О. Кармази, Б. Р. Киричинського, В. Я. Колдіна, В. К. Лисиченка, Л. К. Литвиненка, В. С. Мітрічева, В. Ф. Орлової, А. Я. Паліашвілі, М. С. Полєвого, С. М. Потапова, М. Я. Сегая, З. М. Соколовського, М. В. Терзієва, С. І. Тихенка, Б. І. Шевченка, О. Р. Шляхова та багатьох інших.

Аналіз робіт указаних авторів дозволяє зробити висновок про те, що хоча більшість цих праць лише поверхнево торкалася висвітлення досліджуваного нами питання, проте в них спостерігається відсутність єдності поглядів у наукових колах із приводу особи експерта у галузі права та вимог щодо кінцевого висновку, що ним надається. Закріплення відповідних положень у тексті основних процесуальних кодексів нашої держави (у Цивільному процесуальному кодексі України, в Господарському процесуальному кодексі України, у Кодексі адміністративного судочинства України) хоча і вносить певну чіткість у саму процедуру залучення такого експерта до судового провадження, проте все одно не є вичерпним нормативним регулюванням і, отже, залишає невирішеними ряд проблем як теоретичного, так і практичного характеру. Усе це в сукупності є свідченням того, що розглянута проблематика потребує наступного ґрунтовного дослідження.

Виклад основного матеріалу. Сутність та значення судової експертизи у процесі доказування як із точки зору традиційних

© М. Гетманцев, 2018

процесуальних наук (цивільного процесу, господарського процесу, адміністративного процесу тощо), так і з позицій криміналістики, судової медицини, судової психології завжди розглядалися науковцями та практиками багатьох країн у різні часи. При цьому всі вони погоджуються з тим, що у формуванні такого виду доказів, як експертні висновки, важливу роль відіграє особистість та кваліфікація експерта, діяльність якого у рамках судового провадження призводить до формулювання кінцевого висновку. Невипадково структура загальної теорії судової експертизи передбачає як невід'ємний складник теорію про суб'єкта судово-експертної діяльності, у межах якої розглядаються моральні, логічні та психологічні основи експертної діяльності та пов'язані з ними особливості. Експерт із питань права виділяється як самостійний учасник судового процесу всіма галузями процесуального права поряд з учасниками справи, їхніми представниками, помічниками судді, секретарями судового засідання, судовим розпорядником, свідками, експертами, перекладачами та спеціалістами (ч. 1 ст. 65, ст. 73 ЦПК України, ч. 1 ст. 62, ст. 70 ГПК України, ч. 1 ст. 61, ст. 69 КАС України).

Варто зазначити, що специфіка цього виду доказів полягає в тому, що у ньому міститься підсумковий висновок аналітичної діяльності експерта, який одержується шляхом логічних умовиводів на підставі наявних спеціальних знань, у нашому випадку – знань у галузі права. Таким чином, експертне дослідження судового експерта у галузі права й отримані ним висновки являють собою відповідно процес та результат пізнавальної діяльності, що має суб'єктивно-об'єктивний характер. Природно й очевидно, що зміст цієї діяльності не регламентується нормативно-правовими актами, так само як не може законодавець унормувати перебіг думок пересічного громадянина. Чинні нормативно-правові акти визначають лише суб'єктів, цілі, форми та межі такої експертної діяльності.

Отже, процесуальні кодекси одностайні в тому, що як експерт у галузі права може бути залучена особа, яка відповідає двом критеріям (ч. 1 ст. 73 ЦПК України, ч. 1 ст. 70 ГПК України, ч. 1 ст. 69 КАС України), а саме:

1) Має науковий ступінь (при цьому не конкретизовано, який саме науковий ступінь, що, з одного боку, зрозуміло, враховуючи незавершений перебіг реформ у вищій школі, а з іншого боку, дозволяє виступати в такій ролі студентові 5 курсу вищого навчального закладу, котрий вже здобув диплом бакалавра/спеціаліста).

2) Є визнаним фахівцем у галузі права.

Наявність наукового ступеню в особи, яка претендує на участь у судовому провадженні як експерт у галузі права, лише на перший погляд є нормативним нововведенням. У вигляді обов'язкової вимоги, якій має відповідати експерт у галузі права, дійсно це положення вперше закріплено на законодавчому рівні. Проте вимога щодо науково-теоретичного «складника» у діяльності судових експертів була присутня завжди, що простежується в нормах Законів України «Про судову експертизу» та «Про наукову та науково-практичну експертизи», а саме:

– до судово-експертної діяльності так чи інакше залучалися науковці, особливо ті, які мали кваліфікацію судового експерта (ч. 2 ст. 17 Закону України «Про судову експертизу»), так само як і серед експертів заохочувалося мати науковий ступінь (ч. 3 ст. 21 Закону України «Про судову експертизу»);

– більшість установ, що проводять судово-експертну діяльність, офіційно називаються «науково-дослідними» (ст. 7 Закону України «Про судову експертизу»);

– ці установи беруть участь у наукових розробках з питань організації та проведення судових експертиз (ст. 15 Закону України «Про судову експертизу»);

– ці установи є суб'єктами проведення наукової та науково-технічної експертизи (ч. 6 ст. 4 Закону України «Про наукову і науково-технічну експертизу»)

– ці установи користуються правом встановлювати міжнародні наукові зв'язки з установами судових експертиз інших держав (ст. 24 Закону України «Про судову експертизу»);

– ці установи уповноважені проводити наукові конференції, симпозіуми, семінари (ст. 24 Закону України «Про судову експертизу»);

– ці установи мають право одержувати від судів, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування знаряддя правопорушення та інші речові докази для використання у науковій діяльності (ч. 2 ст. 20 Закону України «Про судову експертизу»).

Таким чином, окреме закріплення вимоги про наявність наукового ступеня в експерта в галузі права лише закцентувало увагу на науково-теоретичному характері правової судової експертизи, провести яку на належному рівні справді спроможна тільки особа, наділена науковим ступенем у відповідній галузі права.

Що ж стосується другої вимоги, то вона, попри, здавалось би, очевидну зрозумілість, все ж потребує певного уточнення, адже, враховуючи вказане неконкретизоване формулювання, наприклад, будь-який активний

користувач соціальних мереж з великою кількістю репостів та коментарів до його повідомлень на юридичну тематику для певної аудиторії також може бути «визнаним» фахівцем, проте залишатися невідомим науковій громадськості. Яким же чином діяти судді в такому випадку? Чи буде створений коли-небудь єдиний реєстр визнаних у державі фахівців у кожній галузі? Натепер ці питання залишаються без відповіді.

Якщо виходити зі змісту поняття «судова експертиза», закріпленого у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про судову експертизу», експерт у галузі права здійснюватиме дослідження на основі спеціальних знань у галузі права з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду. Критично поставився до такого роду формулювань і В. Г. Гончаренко, який ще декілька років тому наголошував, що з позиції вчення про пізнання навіть термін «спеціальні знання» сам по собі є некоректним: знаннями, необхідними для наукового витлумачення того чи іншого факту, за ідеєю, володіє кожен спеціаліст у даній галузі, якщо йому доручити проведення експертизи [2, с. 3]. Із вченим важко не погодитися, оскільки в наш час з великою кількістю доступної інформації здобуття певних спеціальних знань не є непосильним завданням, а скоріше питанням особистої заінтересованості потенційного експерта бути залученим у судове провадження для формування висновку у справі.

Хоча нормативне закріплення можливої участі експерта у галузі права в судовому провадженні є новелою вітчизняного процесуального законодавства, проте до запровадження досліджуваних новацій відповідна судово-експертна діяльність науково-пізнавального характеру все одно проводилася у різних дотичних формах. Зокрема, як стверджував А. Селіванов, науково-правова експертиза може бути використана лише у дуже вузько-профільних справах, які розглядаються в судах [10, с. 32–34].

У кодексах відбувається текстуальне і змістове розмежування цих понять. Так, у разі, коли певна норма стосується усіх без винятку експертів, законодавець уживає загальне поняття «експерт» (наприклад, ч. 10 ст. 7 ЦПК України, ч. 6 ст. 6 ГПК України тощо), і навпаки, у тому разі, коли йдеться про експертів у традиційному розумінні цього слова, то закон чітко ідентифікує адресата правової норми доповненням поняття «експерт» прикметником «судовий» (ч. 6 ст. 14 ЦПК України, ч. 10 ст. 8 ГПК України та ін.).

Схожа ситуація простежувалася раніше із порівнянням процесуально-правової ролі у судовому провадженні функцій експерта та спеціаліста. Зокрема, Т. В. Сахнова відзначала, що, попри наділення цих двох учасників судового процесу спеціальними знаннями, в цілях судочинства вони оперують ними в різній спеціальній і процесуальній формі [9]. Окремі відмінні риси цих двох учасників провадження дослідила Д. Г. Глушкова [3, с. 103-111].

Це саме можна сказати, порівнюючи участь у відповідному судовому процесі «експерта» і «експерта у галузі права», адже, попри, здавалося б, очевидну спорідненість виконуваних у судовому провадженні функцій, насправді вони, досліджуючи зовсім різні об'єкти під інакшим кутом зору, вочевидь, виконують зовсім різні ролі у процесі відправлення правосуддя. Наприклад, головним завданням експерта, згідно зі ст. 1 Закону України «Про судову експертизу», є дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об'єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду. Натомість головною особливістю експерта у галузі права, з огляду на ст. 114 ЦПК України, ст. 8 ГПК України, ст. 112 КАС України, є надання, так би мовити, консультативно-технічної допомоги судді (суддям), що виражається у поданні до суду змісту норм іноземного права з їх офіційним або загальноприйнятним тлумаченням, практикою застосування та доктриною у відповідній іноземній державі, а також рекомендаційного висновку щодо можливості застосування аналогії закону чи аналогії права у певній судовій справі.

Що стосується безпосередньо висновків експертів у галузі права, то законодавець у цьому разі обмежується лише закріпленням формальної вказівки на підстави його подання до суду (ст. 114 ЦПК України, ст. 108 ГПК України, ст. 112 КАС України) та відсутність обов'язкової доказової сили (ст. 115 ЦПК України, ст. 109 ГПК України, ст. 113 КАС України), не зупиняючись окремо на вимогах до форми викладу, кількості та змісту складових частин цього документа. Тому вважаємо, що є всі підстави поширити на них усі загальні вимоги до кінцевих висновків за результатами проведених експертиз різного рівня, які, за великим рахунком, ідентичні за змістом (зокрема, п. 4.14 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, ст. ст. 24-26 Закону України «Про наукову і науково-технічну експертизу» тощо).

Якщо звичайні судові експерти, як правило, не обмежуються складанням висновку

у справі, а й беруть участь у судовому засіданні, то експерти у галузі права з'являтися в суді не поспішають – для дослідження суду передається лише їх висновок. При цьому подати до суду висновок експерта у галузі права є правом, а не обов'язком учасників справи. Інакше кажучи, законодавець обмежив суб'єктне коло осіб, які мають право подати до суду висновок експерта у галузі права. Окрім цього, законодавець закріплює лише дві правові підстави для залучення у справу експерта у галузі права, які є однаковими для всіх процесуальних галузей права некарного спрямування (ч. 1 ст. 114 ЦПК України, ч. 1 ст. 108 ГПК України, ч. 1 ст. 112 КАС України), а саме:

1) застосування аналогії закону чи аналогії права (ч. 9 ст. 10 ЦПК України, ч. 10 ст. 11 ГПК України, ч. 6 ст. 7 КАС України);

2) застосування змісту норм іноземного права згідно з їх офіційним або загальноприйнятим тлумаченням, практикою застосування, доктриною у відповідній іноземній державі.

Попередньо для виконання цих завдань судом могла бути призначена науково-правова експертиза, яка, на думку В. Семчика і О. Поліводського, є формою доктринального тлумачення законодавства [11, с. 409-415].

Очевидно, що суд, лише дослідивши експертний висновок у спосіб, передбачений законом, вправі дати йому оцінку, визнати достовірним і допустимим доказом чи навпаки. Порушення процесуального порядку дослідження експертного висновку унеможливлює посилання на нього як на доказ в ухваленому кінцевому рішенні у справі. У контексті наведеного вище важливо відзначити, що незалежно від виду судочинства (цивільне, господарське, адміністративне) експертна діяльність єдина за своєю методичною основою – це засвідчує і проведена в провідних експертних установах паспортизація та стандартизація експертних методик. Відрізняють експертизу у різних галузях права тільки процедури, традиційно властиві кожному з різновидів судочинства. Саме ці особливості, відмінності у процесуальних аспектах проведення експертизи і є перепоною для використання висновків, отриманих, наприклад, у цивільному процесі, для цілей доказування в кримінальному судочинстві. Схоже, що в інтересах підвищення ефективності процесуальної діяльності, оптимізації судочинства та здешевлення процесу необхідно створити єдині нормативні основи експертної діяльності для всіх видів судочинства, які б дозволили використовувати результати експертної діяльності у будь-якому процесі, незалежно від того, нормами якого процесуального права регулювався порядок отримання висновку експерта [12, с. 335].

Висновки.

Досліджуючи новели вітчизняного процесуального законодавства у сфері використання у відповідному судочинстві висновку експерта у галузі права, ми виявили дослівне дублювання у тексті трьох нормативно-правових актів – Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України – тексту законодавчих норм (ст. ст. 114-115 ЦПК України, ст. ст. 108-109 ГПК України, ст. ст. 112-113 КАС України). Це закономірно спрямовує будь-який науковий пошук на питання актуальності ухвалення єдиного процесуального кодексу України, що автоматично зняв би усі аналогічні тавтології та безпідставні дублювання положень абсолютно однакового змісту. Водночас незрозумілою видається відсутність відповідних змін до профільного нормативно-правового акта – Закону України «Про судову експертизу», котрий, на відміну від згаданих вище трьох процесуальних кодексів з ідентичними нормами, приписів щодо особи експерта у галузі права та, відповідно, його висновку не містить взагалі. Така ситуація є неприпустимою і потребує невідкладного коригування шляхом доповнення тексту вказаного вище закону відповідними положеннями, що могли б містити певні деталізовані уточнення щодо особливостей подання та дослідження висновку експерта у галузі права до суду під час розгляду і вирішення судових справ різного змісту.

Список використаних джерел:

1. Аверьянова Т. В. Судебная экспертиза. Курс общей теории. М.: Норма, 2006. 477 с.

2. Гончаренко В. Г. Організаційні та правові проблеми судової експертизи в України. Часопис академії адвокатури України. Том 4. № 1 (10). 2011. С. 1–5.

3. Глушкова Д. Г. Співвідношеня понять «спеціаліст» та «судовий експерт» за новим процесуальним законодавством України. Вісник Харківського національного університету. Вип. № 30. 2005. С. 103–111.

4. Кармаза О., Кущерець Д. Експерт з питань права в судовому процесі: новели законодавства України. Підприємництво, господарство і право. № 10. 2017. С. 32–36.

5. Про наукову та науково-технічну експертизу: Закон України від 10.02.1995 № 51/95-ВР. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/51/95-

%D0%B2%D1%80?nreg=51%2F95-%E2%F0&find=1&text=%E2%E8%F1%ED%EE%E2&x=0&y=0#w11.

6. Про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: Інструкція від 08.10.1998 № 53/5. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98?nreg=z0705-98&find=1&text=%E2%E8%F1%ED%EE%E2&x=8&y=10#w11.

7. Про судову експертизу: Закон України від 25.02.1994 № 4038-XII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4038-12.

8. Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в уголовном, гражданском, арбитражном процессе. М.: Норма, 1996. 376 с.

9. Сахнова Т. В. Доказательственное значение специальных познаний. URL: www.consultant.ru/review/ez2004-05-31.html#art19310.

10. Селіванов А. Проблеми запровадження в судовий процес правової експертизи. Право України. 2002. № 8. С. 32–34.

11. Семчик В., Полівода О. Науково-правова експертиза, як форма доктринального тлумачення законодавства. Право України. 2013. № 5. С. 409–415.

12. Цивільне процесуальне право України: підручник / М. М. Ясинок, М. П. Курило, О. В. Кіріяк, Ю. В. Білоусов, О. О. Кармаза, С. І. Запара та ін..; за заг. ред.. д.ю.н. проф. М. М. Ясинка. К.: Алерта, 2016. 576 с.

В статье анализируются такие новеллы гражданского процессуального, хозяйственного процессуального и административного процессуального права, как привлечение в судебное производство эксперта в отрасли права и его заключение по результатам произведенного исследования.

Ключевые слова: эксперт в отрасли права, заключение эксперта в отрасли права, судебная экспертиза, процессуальное право.

The article analyzes such novels of civil procedural, economic procedural and administrative procedural law as bringing in an expert in the field of law to court proceedings and his conclusion on the results of the research carried out.

Key words: expert in the field of law, expert opinion in the field of law, judicial examination, procedural law.

УДК 343.139

Катерина Сляднєва,
аспірант кафедри судоустрою, прокуратури та адвокатури
Львівського університету бізнесу та права

ЗМІНА ОБВИНУВАЧЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЯК ФОРМА РЕАЛІЗАЦІЇ ДИСПОЗИТИВНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань, що виникають під час реалізації прокурором права зміни обвинувачення в судовому засіданні. Розглянуто причини, підстави та форми коригування прокурором обвинувальної позиції у кримінальному процесі. Доведено, що правова регламентація зміни прокурором обвинувачення під час судового провадження потребує вдосконалення з метою забезпечення реалізації гарантованих чинним законодавством диспозитивних засад участі сторін у кримінальному провадженні.

Ключові слова: прокурор, диспозитивність, зміна обвинувачення, кримінальне провадження, керівник прокуратури, судовий розгляд.

Постановка проблеми. Постійний розвиток кримінального судочинства та реформування прокурорського нагляду відповідно до загальновизнаних міжнародно-правових стандартів зумовлюють актуальність реалізації учасниками процесу такої засади кримінального провадження, як диспозитивність.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) значно розширив процесуальні повноваження прокурора в тому числі під час підтримання державного обвинувачення в суді. Проте в законодавстві залишаються неврегульованими деякі питання розпорядження прокурором обвинуваченням під час судового провадження в першій інстанції, зокрема, в разі коригування ним своєї правової позиції, що призводить до зміни сформованого в обвинувальному акті обвинувачення.

Дискусійними та суперечливими є норми кримінального процесуального закону, якими проголошено самостійність прокурора у своїй процесуальній діяльності та передбачено погодження рішення прокурора про зміну обвинувачення зі своїм керівником.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми підтримання прокурором державного обвинувачення та його зміни в судовому розгляді досліджували такі вчені, як Г. І. Алейніков, В. С. Зеленецький, І. В. Вернидубов, Т. М. Добровольська, П. М. Каркач, В. В. Колодчин, Л. М. Лобойко, М. В. Лотоцький, В. Т. Маляренко, Ф. Н. Фаткуллін, В. М. Юрчишин та інші. Проте потребують додаткового вивчення причини, передумови, процесуальний порядок та правові наслідки застосування інституту зміни обвинувачення. Не досліджувалося це питання в контексті реалізації диспозитивних проявів діяльності державного обвинувача у кримінальному процесі, які полягають в ухваленні на власний розсуд рішення щодо зміни своєї правової позиції.

Метою статті є визначення підстав та процедури зміни обвинувачення прокурором у кримінальному процесі, з'ясування особливостей вчинення ним таких дій у межах своїх процесуальних прав та у спосіб, визначений законом, а також надання рекомендацій для прокурорської практики та формулювання пропозицій щодо вдосконалення законодавства з окреслених питань.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 131-1 Конституції України однією з функцій прокуратури є підтримання публічного обвинувачення в суді. Ця конституційна норма зумовлює обов'язкову участь прокурора в розгляді в суді кожного обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

КПК України у статті 3 визначає державне обвинувачення як процесуальну діяльність прокурора, що полягає в доведенні перед судом обвинувачення з метою забезпечення кримінальної відповідальності особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

Відповідно до змісту таких засад кримінального провадження, як змагальність і диспозитивність, сторони процесу самостійно обстоюють свої правові позиції, права, свободи і законні інтереси засобами, передбаченими КПК України, а також є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених Кодексом. Зі свого боку суд, зберігаючи об'єктивність та неупередженість, створює необхідні умови для реаліза-

© К. Сляднєва 2018,

ції сторонами їхніх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків.

З реалізацією зазначених засад кримінального провадження пов'язане право прокурора на коригування початкового обвинувачення в суді з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення у зв'язку зі встановленням нових фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа (ч. 1 ст. 338 КПК України).

Безпосередньо поняття «зміни обвинувачення» законодавцем не визначено. У науковій юридичній літературі наводяться різні визначення цього інституту.

Г. І. Алейніков під зміною обвинувачення визначає зміну кваліфікацій злочинного діяння, пом'якшення окремих формулювань, виключення деяких епізодів багатоепізодного злочину, зменшення обсягу обвинувачення в часі, просторі, розмірах, наслідках, виключення кваліфікуючих ознак, обставин, що обтяжують відповідальність, судимостей тощо [1, с. 122].

Ф. Н. Фаткуллін вважає, що під зміною обвинувачення слід розуміти внесення до нього офіційними способами тих чи інших коригувань, що впливають на сутність, обсяг та характер обвинувачення у справі і тому вимагають додержання встановленого законом порядку [2, с. 42].

Зміна прокурором обвинувачення є найпоширенішим проявом коригування ним своєї процесуальної позиції в суді, про що свідчать статистичні дані звіту «Про роботу прокурора» форми № П Генеральної прокуратури України за останні роки. Так, у 2014 році прокурорами змінено обвинувачення у 1009 провадженнях, що становить 1,3 % всіх проваджень із ухваленням вироку; у 2015 році – 869 (1,2 %), у 2016 році – 1472 (2,3 %), у 2017 році – 1294 (2 %) [3].

На практиці основними причинами зміни прокурором обвинувачення в суді виділяють поверхову або непрофесійну діяльність слідчого, фіксацію доказів у ході досудового розслідування з порушенням норм кримінального процесуального закону, внаслідок чого вони визнаються судом недопустимими (ч. 3 ст. 62 Конституції України, ст. ст. 86, 87 КПК України); висунення обвинувачення у вчиненні більш тяжкого кримінального правопорушення порівняно з даними обвинувального акта; висунення особі за окремими епізодами злочинної діяльності недоведеного обвинувачення; залишення слідчим і прокурором без ретельної перевірки версій, висунутих обвинуваченим на свій захист; неправильну або зайву кваліфікацію діянь обвинуваченого за відповідними нормами кримінального закону, неправильне викладення змісту кваліфікуючих ознак злочину; неправильне встановлення характеру і розміру матеріальної шкоди, завданої діянням обвинуваченого; зміну свідками, потерпілими, іншими учасниками процесу під час судового розгляду своїх показань щодо обставин вчинення кримінального правопорушення; одержання в суді нових доказів, невідомих раніше, якщо вони не потребують перевірки шляхом проведення досудового розслідування.

Відповідно до змісту ст. 338 КПК України підставами зміни обвинувачення під час судового провадження є: встановлення нових фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа, та наявність у прокурора після дослідження доказів внутрішнього переконання про необхідність зміни обвинувачення.

В. В. Колодчин визначає такі форми зміни обвинувачення: зміну правової кваліфікації діяння та зміну обсягу обвинувачення. Також у науці виділяють якісну або юридичну, кількісну або фактову, комбіновану зміни обвинувачення [4, с. 104].

Слід зазначити, що зміна обвинувачення можлива як у бік покращення становища обвинуваченого, так і в бік його погіршення.

Зміна обвинувачення здійснюється прокурором шляхом складання обвинувального акта, в якому міститься формулювання зміненого обвинувачення. За своєю суттю зміна прокурором обвинувачення в суді відповідно до вимог ч. ч. 1, 4 ст. 110 КПК України є процесуальним рішенням. Умовою зміни обвинувачення є виконання прокурором вимог ст. 341 КПК України щодо погодження такого рішення з прокурором вищого рівня, для чого суд за клопотанням державного обвинувача відкладає судове засідання.

Перш ніж прийняти таке рішення, прокурор повинен використати всі передбачені законом можливості для переконання і себе, і суду в тому, що підстав для обвинувачення особи у вчиненні злочину, вказаного в обвинувальному акті, немає.

Попри гарантовану КПК України процесуальну самостійність державного обвинувача в судовому засіданні, законодавець зобов'язав прокурора погоджувати рішення про зміну обвинувачення зі своїм керівником.

На нашу думку, вказана норма закону суперечить диспозитивним засадам діяльності прокурора у кримінальному процесі, які передбачають вчинення ним дій та ухвалення рішень на власний розсуд у межах процесуальних прав та у спосіб, визначений законом, із метою виконання завдань кримінального провадження.

Зазначене питання є досить актуальним та дискусійним у судово-прокурорській практиці. З одного боку, обов'язок узгоджувати процесуальну позицію прокурора зі своїм керівником є проявом певного тиску на внутрішнє переконання державного обвинувача, втручанням у його діяльність, що порушує вимоги ч. 1 ст. 36 КПК України. З іншого боку, з огляду на оновлений досить молодий кадровий склад місцевих прокуратур погодження зміни обвинувачення з більш досвідченим прокурором є передумовою для попередження незаконних і необґрунтованих рішень.

Розглянемо обидва доводи з урахуванням власного бачення природи цього інституту, що ґрунтується на практичному досвіді роботи.

Частина 2 ст. 341 КПК України фактично надає прокурору вищого рівня право приймати рішення щодо ходу подальшого судового розгляду кримінального провадження. Так, якщо прокурор вищого рівня відмовляє в погодженні обвинувального акта зі зміненим обвинуваченням, він усуває від участі в судовому розгляді прокурора, який ініціював таке питання, та самостійно бере участь у ньому як прокурор або доручає участь іншому прокуророві.

Вимоги щодо обов'язку погодження державним обвинувачем із керівником своєї позиції знайшли своє відображення і в галузевому наказі Генерального прокурора України № 4гн від 19 грудня 2012 року «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні» [5].

З огляду на викладені норми, позиція законодавця щодо ролі прокурора у кримінальному провадженні не є послідовною та єдиною. Адже, передбачивши в діяльності прокурора засади диспозитивності, як-то процесуальну самостійність та незмінність, КПК України в деяких випадках ставить його під час прийняття процесуальних рішень у суттєву залежність від прокурора вищого рівня. Водночас останній не є стороною кримінального провадження та не обізнаний щодо особливостей його досудового розслідування та судового розгляду.

Відповідно до вимог КПК України прокурор вищого рівня не погоджує обвинувальний акт, він взагалі не обізнаний щодо суті більшості кримінальних проваджень на досудовому розслідуванні. Але законодавець покладає на нього відповідальність за прийняття рішення про зміну позиції сторони обвинувачення наприкінці судового розгляду.

Крім того, необхідно врахувати, що відповідно до вимог ч. 3 ст. 17 Закону України «Про прокуратуру» прокурорами вищого рівня є особи, які займають адміністративні посади та, відповідно, виконують адміністративні повноваження. У межах кримінального провадження до компетенції цих осіб належить організація нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування в тому числі у формі процесуального керівництва ним, підтримання державного обвинувачення, оскарження судових рішень.

Таким чином, здебільшого погодження державним обвинувачем зміни своєї позиції в суді з прокурором вищого рівня має досить формальний характер, адже керівник прокуратури під час погодження нового обвинувального акта керується переважно переконанням свого підлеглого, а також нормативними актами, судовою практикою, відповідною теоретичною літературою тощо. Власної об'єктивної та обґрунтованої думки стосовно ходу судового провадження керівник прокуратури не може мати через те, що не бере участі у процесі. З цих самих причин він не може оцінити за своїм внутрішнім переконанням кожний доказ із точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення, оскільки самостійно не досліджував обставини кримінального провадження.

Також треба звернути увагу на той факт, що особи, які займають адміністративні посади, не завжди є більш досвідченими та обізнаними у певній категорії проваджень, ніж їхні підлеглі. З огляду на вимоги до кандидатів та особливості призначення осіб на адміністративні посади, передбачені ст. 39 Закону України «Про прокуратуру», натепер керівний склад деяких прокуратур є досить молодим, без досвіду практичної діяльності та достатньої юридичної підготовки.

Наприклад, у ході розгляду Печерським районним судом міста Києва кримінального провадження за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 111 КК України, прокурором у січні 2018 року за погодженням із першим заступником Генерального прокурора України змінено обвинувачення. Згідно з новим обвинувальним актом особа обвинувачувалася за ч. 1 ст. 258-3, ч. 1 ст. 328 КК України. У судовому засіданні сторони повідомили про укладення угоди про визнання винуватості між прокурором та обвинуваченим, яку суд затвердив у лютому цього року, призначивши винному покарання у вигляді позбавлення волі на строк шість років із позбавленням права зайняття відповідних посад та військового звання [6].

З огляду на значний обсяг адміністративних повноважень, покладених на першого заступника Генерального прокурора України, а також вищезазначені аргументи, постає логічне питання щодо рівня його компетентності у вказаному кримінальному провадженні.

Іншим важливим чинником під час прийняття рішення щодо зміни прокурором своєї позиції в суді та погодження її з прокурором вищого рівня є морально-психологічний клімат у колективі прокуратури, авторитет керівника прокуратури серед підлеглих, рівень його компетентності та професіоналізму тощо.

До того ж необхідно зауважити, що законодавець не надав прокурору можливості оскаржити відмову керівника в погодженні обвинувального акта зі зміненим обвинуваченням та усунення його від подальшої участі в судовому розгляді. Таке беззаперечне право керівника прокуратури теж має прояви посягання на диспозитивні засади діяльності прокурора у кримінальному провадженні.

Сукупність зазначених аргументів дає підстави зробити висновок про те, що погодження зміни обвинувачення з прокурором вищого рівня є недоцільним та таким, що порушує процесуальну самостійність прокурора та необґрунтовано покладає на посадову особу зайві зобов'язання й відповідальність. Із такою думкою погоджується і В. О. Гринюк [7, с. 204].

Іншим поглядом на окреслене питання є попередження ухвалення державними обвинувачами незаконних рішень: оскільки обвинувач обстоює в суді не свій власний інтерес, а є представником державного органу – прокуратури, яка діє на принципах єдиної системи, керівник повинен цікавитися позицією свого підлеглого у кримінальному процесі.

З практичної точки зору необхідність погодження зміни обвинувачення з прокурором вищого рівня можна пояснити виключно недостатнім для прийняття самостійних рішень рівнем юридичної компетентності більшості працівників місцевих прокуратур.

Так, у ході реформування органів прокуратури у 2015 році до місцевих прокуратур на конкурсних засадах призначено близько 5900 осіб, з яких понад 600 – на адміністративні посади. У січні 2017 року завершився черговий конкурс на зайняття вакантних посад у місцевих прокуратурах. За його результатами відібрано 627 кандидатів, з яких 77 % не мали попереднього прокурорського стажу [8, с. 42– 43].

За таких обставин, а також з огляду на надмірну завантаженість прокурорів місцевих прокуратур (понад 200 кримінальних проваджень на одного прокурора), перевірка керівником доводів підлеглого щодо необхідності зміни прокурорської позиції у процесі є однією з гарантій додержання конституційних прав громадян, попередження ухвалення судом виправдувального вироку і, як наслідок, вимог щодо відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів досудового розслідування, прокуратури і суду.

З цією метою в деяких регіональних прокуратурах досліджене питання додатково врегульовано внутрішніми розпорядчими документами. Наприклад, прокуратурою міста Києва видано наказ «Про взаємодію прокурорів органів прокуратури міста Києва у кримінальному провадженні у суді» від 10.10.2016, який зобов'язав керівників київських місцевих прокуратур інформувати прокуратуру міста про розгляд у суді процесуальних документів щодо зміни обвинувачення, висунення нового обвинувачення та відмови від підтримання державного обвинувачення з метою їх вивчення на предмет своєчасності, законності та обґрунтованості.

Таким чином, лише з дозволу прокуратури регіонального рівня після ретельного вивчення її співробітниками підстав та обставин зміни, доповнення обвинувачення чи відмови від його підтримання прокурор місцевої прокуратури приймає відповідне рішення.

Крім того, суттєвим аргументом на користь доцільності погодження коригування позиції обвинувача з прокурором вищого рівня є забезпечення таким чином права обвинуваченого на захист у разі зміни обвинувачення на таке, що істотно відрізняється від первинного за фактичними обставинами. Так, протягом досудового розслідування тактика захисту була іншою, докази сторони захисту зібрані з метою повного чи часткового заперечення первинного обвинувачення. У судовому розгляді можливість уточнення фактичних обставин в оновленому контексті залежить від розсуду суду, через що сторона захисту може бути обмежена в засобах заперечення обвинувачення, до того ж КПК України не передбачає обов'язку суду задовольняти клопотання сторони захисту щодо збирання та перевірки доказів [7, с. 204].

Кримінальним процесуальним законодавством також не визначено кількість можливих змін обвинувачення прокурором у суді. За таких умов та за наявності обґрунтованих підстав прокурор може змінювати обвинувачення навіть декілька разів.

Проте, на нашу думку, вищевказані доводи прибічників такої позиції не відповідають

концепції реформування органів прокуратури та проголошення статусу прокурора на засадах диспозитивності відповідно до загальноєвропейських доктрин і стандартів.

Висновки.

Проведене дослідження свідчить про те, що правова регламентація зміни обвинувачення під час судового провадження потребує вдосконалення з метою забезпечення реалізації гарантованих чинним законодавством диспозитивних засад участі сторін у кримінальному процесі. Для цього доречно внести до КПК України зміни, виключивши зі ст. 341 обов'язок погодження прокурором обвинувального акта зі зміненим обвинуваченням із прокурором вищого рівня та, відповідно, наслідки відмови в такому погодженні, передбачені ч. 2 цієї статті.

Водночас, враховуючи те, що зміна обвинувачення в судовому розгляді на таке, що істотно відрізняється від первинного за фактичними обставинами, ускладнює права обвинуваченого на захист, необхідно у ст. 338 КПК України встановити прокурору заборону змінювати обвинувачення у судовому розгляді більше одного разу, а також змінювати його на таке, що істотно відрізняється від первинного за фактичними обставинами.

Список використаних джерел:

1. Алейніков Г. І. Деякі проблеми зміни обвинувачення у стадії судового розгляду. Право і суспільство. 2012. № 5. С. 120-126.
2. Фаткуллин Ф. Н. Изменение обвинения. М. : Юрид. лит., 1971. 164 с.
3. Звіти про роботу прокурора за 2014, 2015, 2016, 2017 роки. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html.
4. Колодчин В.В. Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2015. 226 с.
5. Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні: Наказ Генерального прокурора України № 4гн від 19 грудня 2012 року. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/gl.html.
6. Справа № 757/36086/15-к / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua.
7. Гринюк В. О. Проблеми зміни обвинувачення прокурором під час судового розгляду. Порівняльно-аналітичне право. 2016. № 2. С. 203-206.
8. Прокурор: керує? наглядає? розслідує?: Звіт за результатами дослідження «Роль прокурора на досудовій стадії кримінального процесу» / Бєлоусов Ю., Венгер В., Мітько В., Орлеан А., Сущенко В., Яворська В.; зазаг. Ред. Бєлоусова Ю. К.: СТ-Друк, 2017. 268 с.

Статья посвящена исследованию проблемных вопросов, возникающих при реализации прокурором права изменить обвинение в судебном заседании. Рассмотрены причины, основания и формы корректировки прокурором обвинительной позиции в уголовном процессе. Доказано, что правовая регламентация изменения прокурором обвинения в ходе судебного производства нуждается в совершенствовании с целью обеспечения реализации гарантированных действующим законодательством диспозитивных принципов участия сторон в уголовном производстве.

Ключевые слова: прокурор, диспозитивность, изменение обвинения, уголовное производство, руководитель прокуратуры, судебное разбирательство.

The article deals with the analysis of problematic issues arising in the implementing the prosecutor's right to amend the criminal charge during judicial session. Reasons, grounds and forms of prosecutor's position adjustment in criminal proceedings are analyzed. The need for improving the legal regulation for prosecutor's amendment of a criminal charge in the course of judicial proceedings in order to ensure the implementation of dispositive principles of parties' involvement in criminal proceedings is proved.

Key words: prosecutor, disposition, amendment of a criminal charge, criminal proceedings, senior prosecutor, judicial proceedings.

УДК 341.3

Фидан Худиева,
диссертант Института права и прав человека
Национальной академии наук Азербайджана

СОДЕРЖАНИЕ САМООБОРОНЫ ГОСУДАРСТВ В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Самооборона направлена на восстановление территориальной неприкосновенности и политической независимости государства. В статье 51 Устава ООН закреплено право обращения как к индивидуальной, так и к коллективной самообороне в случае вооруженного нападения. Индивидуальная самооборона у каждого государства возникает в силу нападения на него самого, оно не связано с правом на самооборону других государств, также подвергшихся нападению. Коллективная самооборона – это не просто совместные действия государств, одновременно подвергающихся нападению. Она отличается от индивидуальной тем, что при коллективной самообороне право на нее возникает для государства не из факта нападения на него, а из факта нападения на другое государство. Современное международное право, запретив применение силы в межгосударственных отношениях, не ограничивало возможности субъектов в обеспечении своих прав. Действия в порядке самообороны могут иметь наступательный в военном смысле характер и распространяться на территорию государства-агрессора в той мере, в какой это необходимо для ликвидации последствий вооруженного нападения.

Ключевые слова: международное право, самооборона, применение силы, ООН, неприкосновенность, совместные действия, индивидуальная, коллективная, вооруженное нападение.

Постановка проблемы. Анализ последних исследований и публикаций. Понятие "самооборона" входит в систему основных понятий современного международного права. В различные исторические периоды ученые рассматривали его с разных позиций, давали свое толкование, формулировали критические рекомендации по его реализаци. В дипломатическом словаре Д. Б. Левин определил, что "самооборона в международном праве – один из видов правомерного применения силы в международных отношениях"[1, с. 10-11]. В. С. Солодченко отмечает, что под самообороной следует понимать ответные военно-насильственные действия государства, предпринимаемые в целях защиты суверенитета и территориальной целостности от вооруженного противоправного нападения извне [2, с. 15]. Основу для понимания сущности и особенностей института самообороны в современном международном праве создают ст. 51 и п. 4 ст. 2 Устава ООН.

Так, в ст. 51 Устава закреплено: "Устав ни в коей мере не затрагивает неотъемлемого права на индивидуальную самооборону, если произойдет вооруженное нападение на Члена Организации, до тех пор, пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности".

Положение приведенной выше статьи Устава уточняет смысл нормы, изложенной в п. 4 ст. 2, которая предусматривает, что "все Члены Организации Объединенных Наций воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, не совместимым с целями Объединенных Наций".

Изложение основного материала. Анализ приведенных выше толкований самообороны позволяет сделать следующие выводы. Самооборона не может быть средством борьбы с вооруженной агрессией, так как согласно ст. 39 Устава ООН Совет Безопасности решает, совершена агрессия или нет, а наличие вооруженного нападения определяет само государство, ставшее его жертвой (ст. 51). Поэтому самооборона – одно из средств борьбы с вооруженным нападением, а не агрессией. В этом позиция автора. Однако далее в тексте, а также в отдельных международно-правовых документах можно не раз встретить отход от этого критерия ряда других авторов.

Представляется, что само понятие суверенитета слишком емкое, включающее как верховенство государственной власти внутри страны, так и ее независимость во внешнеполитической сфере, а жизненные интересы государства вообще трудно ограничить какими-то рамками. Нам же представляется, что любое вооруженное нападение извне

© Ф. Худиева, 2018

на государство является противоправным, так как оно противоречит общепризнанным нормам и принципам международного права (например, п. 4 ст. 2 Устава). Таким образом, на наш взгляд, под самообороной следует понимать осуществляемое с соблюдением норм международного права право государства на ответные вооруженному нападению действия, направленные на обеспечение своей территориальной целостности и политической независимости. В статье 51 Устава ООН закреплено право обращения как к индивидуальной, так и к коллективной самообороне в случае вооруженного нападения.

В Дипломатическом словаре определено, что "индивидуальная самооборона представляет собой ответные вооруженные действия государства, предпринимаемые им для защиты или восстановления своей политической независимости и территориальной неприкосновенности, нарушенных другим государством путем вооруженного нападения". Аналогичное определение индивидуальной самообороны содержит Словарь международного права. Авторы «Курса международного права» под индивидуальной самообороной понимают самозащиту атакованного государства.

"Индивидуальная самооборона – это оборонительные действия государства или государств, непосредственно подвергшихся вооруженному нападению. В этом случае право на самооборону у каждого государства возникает в силу нападения на него самого, оно не связано с правом на самооборону других государств, также подвергшихся нападению". Международный Суд ООН в отношении индивидуальной самообороны отметил: реализация этого права предполагает, что "соответствующее государство стало жертвой вооруженного нападения". Термин "самооборона" отражает существо лишь индивидуальной самообороны, в то время как суть института коллективной самообороны была бы более верно выражена понятием "коллективная оборона". Данную точку зрения разделяют многие исследователи. Так, Д. Кунц отмечает, что термин "коллективная самооборона" неудачен, – «это не самооборона, а оборона другого государства» [2]. Г. Кельзен констатирует, что "действия со стороны государств, которые не атакованы, а только помогают атакованному государству против агрессии, строго говоря, не являются самообороной... Это, конечно, коллективная "оборона", но не коллективная "самооборона"[3].

К. Скубышевский подчеркивает, что "право на коллективную самооборону уполномочивает государства прийти на помощь друг другу, когда одно из них стало объектом вооруженного нападения. Такие термины, как "коллективная оборона" или "оборона другого государства", лучше передают смысл того, что сейчас, благодаря ст. 51 Устава, подразумевается под "коллективной самообороной" [5, с. 769]. Профессор Оксфордского университета Я. Броунли так же говорит о самообороне и коллективной обороне. Следует согласиться с приведенными выше замечаниями ученых и для обозначения права на коллективное отражение агрессии оперировать понятиями "коллективная оборона" и "оборона другого государства". Тем более, что право государств, не затронутых вооруженным нападением, на коллективную оборону более верно отражает смысл ст. 51 и всего Устава ООН, согласно которому борьба с агрессией – это общее дело всех государств.

В литературе признано, что под правом на коллективную оборону Устав ООН понимает "помощь, которую оказывает государство другому государству против совершенного на него нападения", или "участие государств в отражении другим государством, находящимся в состоянии индивидуальной самообороны, вооруженного "нападения со стороны третьего государства", или совместные ответные вооруженные действия двух или более государств, предпринимаемые для восстановления политической независимости и территориальной неприкосновенности того из них, которое стало жертвой вооруженного нападения".

"Коллективная самооборона – это не просто совместные действия государств, одновременно подвергающихся нападению. Она отличается от индивидуальной тем, что при коллективной самообороне право на нее возникает для государства не из факта нападения на него, а из факта нападения на другое государство. Право коллективной самообороны означает право государства, не подвергшегося вооруженному нападению, оказать вооруженную помощь государству, которое подверглось такому нападению и просит о помощи". Так, как и индивидуальная самооборона, и коллективная оборона поставлена ст. 51 Устава ООН в зависимость от предварительного совершения "вооруженного нападения", обладателем этого права следует считать в первую очередь государство, ставшее жертвой вооруженного нападения. Право на коллективную оборону означает в этом случае, что каждое государство вправе прежде всего не только индивидуально, но и при помощи других государств отразить совершенное против него вооруженное нападение.

Коллективная оборона, являясь правом государства на оказание помощи другому

государству, подвергшемуся вооруженному нападению, в отличие от индивидуальной самообороны, требует соответствующего организационного оформления.

В науке международного права различают договорную и внедоговорную формы реализации права на коллективную оборону, которые оказывают существенное влияние на характер взаимоотношений обороняющихся государств как между собой, так и с государством-агрессором.

Самой простой формой реализации права на коллективную оборону (внедоговорная) является обращение государства, ставшего жертвой вооруженного нападения, к дружественным государствам с просьбой об оказании помощи в защите его от агрессии. Международный Суд ООН, раскрывая содержание права на коллективную оборону, заявил, что государство, в пользу которого используется это право, должно само провозгласить, что оно является жертвой вооруженного нападения. Действующее международное право не позволяет другому государству осуществить право на коллективную оборону на основе своей собственной оценки ситуации. Дополнительным требованием является наличие просьбы государства, считающего себя жертвой вооруженного нападения, к государству, оказывающему ему помощь.

Эта просьба является основанием для возникновения только права, а не юридической обязанности третьего государства участвовать в коллективной обороне жертвы вооруженного нападения. Наиболее типичной формой реализации права на коллективную оборону являются действия на основе двусторонних и региональных соглашений о взаимной помощи, предварительно заключаемых государствами на случай вооруженного нападения.

Каждое государство имеет право осуществить самооборону совместно с другими государствами, но не каждое из них желает стать участником договора о взаимной помощи, т. е. взять на себя обязательство участвовать в коллективной обороне других субъектов договора. Государства, осуществляющие политику традиционного нейтралитета, а также обладающие статусом постоянного нейтралитета, ограничивают свою международную правосубъектность отказом от участия в любых договорах о взаимной помощи.

В науке международного права констатируется, что, заключая договоры о взаимопомощи, государства дополняют право на коллективную оборону обязанностью коллективной обороны, т. е. государство не только имеет право оказать вооруженную помощь жертве агрессии, но и обязано ее оказать.

В свою очередь, праву и обязанности одной стороны на оказание помощи соответствуют право требовать и обязанность принять помощь другой стороны – участницы договора. В каких бы формах ни было организовано право на коллективную оборону, его реализация зависит от возможности индивидуально самообороняющегося государства отражать вооруженное нападение. Таким образом, только состояние индивидуальной самообороны, возникающее в результате вооруженного нападения, создает основание для вступления третьего государства в непосредственный вооруженный конфликт с агрессором.

Современное международное право, запретив применение силы в межгосударственных отношениях, не ограничивало возможности субъектов в обеспечении своих прав. Оно предполагает принятие ответных мер за нарушение этого и других международных обязательств, под которыми понимаются принудительные меры, применяемые к государству-нарушителю. В науке международного права нет единства взглядов по поводу того, можно ли самооборону рассматривать как международно-правовую санкцию. По нашему мнению, самооборона, с одной стороны, основное право государства, с помощью которого оно защищает свою политическую независимость и территориальную целостность. С другой стороны, самооборона, связанная с запрещением применения силы, представляет собой самую сильную контрмеру в руках миролюбивых государств против вооруженного нападения.

Осуществляя право на самооборону, отдельное государство не только защищает себя, но и вносит вклад в решение главной задачи современного международного права – обеспечить мир и сохранить мировой правопорядок. Рассмотрение вооруженного нападения как правонарушения, а самообороны – как санкции подтверждается и самой ст. 51 Устава ООН, которая фразой "если произойдет вооруженное нападение" подчеркивает его первичность и позволяет разграничить с ответной принудительной мерой, применяемой к государству-нарушителю. Действия в порядке самообороны могут иметь наступательный в военном смысле характер и распространяться на территорию государства-агрессора в той мере, в какой это необходимо для ликвидации последствий вооруженного нападения.

Список использованных источников:

1. Дипломатический словарь. М.: Наука, 1986. Т. 3. С. 10-11.
2. Солодченко В.С. Международно-правовое регулирование взаимоотношений государств в военной области. Военная мысль. 1989. № 11. С. 15.
3. Kelzen H. The law of the United Nations. N.-Y., 1951.
4. Kunz J.L. International and collective self-defence in Arfiele 51 of the Charter of the United Nations. The changing law of the Nations. Ohio, 1968.
5. Skubiszewski K. Use of force by states collective security. Law of war and nentrality II Mannel of public international law. L., 1968. P. 769.

Самооборона спрямована на відновлення територіальної недоторканності і політичної незалежності держави. У статті 51 Статуту ООН закріплено право звернення як до індивідуальної, так і до колективної самооборони в разі збройного нападу. Індивідуальна самооборона у кожної держави виникає в силу нападу на неї самої, воно не пов'язане з правом на самооборону інших держав, які також зазнали нападу. Колективна самооборона – це не просто спільні дії держав, що одночасно піддаються нападу. Вона відрізняється від індивідуальної тим, що у разі колективної самооборони право на неї виникає для держави не з факту нападу на неї, а з факту нападу на іншу державу. Сучасне міжнародне право, заборонивши застосування сили в міждержавних відносинах, не обмежувало можливості суб'єктів у забезпеченні своїх прав. Дії в порядку самооборони можуть мати наступальний у військовому сенсі характер і поширюватися на територію держави-агресора тією мірою, якою це необхідно для ліквідації наслідків збройного нападу.

Ключові слова: міжнародне право, самооборона, застосування сили, ООН, недоторканність, спільні дії, індивідуальна, колективна, збройний напад.

Self-defense is aimed at restoring the territorial inviolability and political independence of the state. Article 51 of the UN Charter establishes the right to address both individual and collective self-defense in the event of an armed attack. Individual self-defense of each state arises from the attack on itself, it is not related to the right to self-defense of other states also attacked. Collective self-defense is not simply a joint action of states that are simultaneously attacked. It differs from the individual in that, in collective self-defense, the right to it arises for the state not from the fact of attacking it, but from the fact of an attack on another state. Contemporary international law, prohibiting the use of force in interstate relations, did not limit the ability of entities to secure their rights. Actions in self-defense may have a military offensive character and extend to the territory of the aggressor state to the extent that it is necessary to eliminate the consequences of an armed attack.

Key words: international law, self-defense, use of force, UN, inviolability, joint actions, individual, collective, armed attack.

НОТАТКИ

Увага!

Триває передплата на журнал «Підприємництво, господарство і право», яку можна оформити в будь-якому відділенні поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».

Наш передплатний індекс – 74576.