12 2019 (286)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

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

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

Головний редактор
Калаур Іван Романович

Шеф-редактор
Крупчан Олександр Дмитрович

Редакційна колегія:

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

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ольга Береженна, Сергій Дяченко, Тетяна Кулаківська
Принцип пропорційності в цивільному процесуальному праві України: теоретичні та практичні аспекти…… 6

Ірина Божук, Сергій Дяченко
Судова практика застосування альтернативних способів врегулювання спорів……11

Ольга Бурлака
До характеристики реабілітаційних заходів інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів……16

Олександр Виговський
Підстави виникнення цивільно-правової відповідальності за зміст інформаційного меморандуму в міжнародних кредитних відносинах…… 22

Ігор Галіян
Поняття та правова природа суб'єктивних корпоративних прав як об'єкта правового захисту……27

Оксана Козак
Особливості виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю……32

Людмила Кондрат'єва
Доктринальні підходи до визначення поняття групового позову……37

Алєся Митник, Інна Мороз
Комерційна таємниця як об'єкт права інтелектуальної власності……42

Катерина Москаленко
Доступ до основних лікарських засобів крізь призму прав людини……47

Володимир Никифорак
Умови і порядок реалізації завдань міжнародної системи страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів «Зелена картка»……51

Ольга Оніщук
Поняття та ознаки зловживання батьківськими правами…… 56

Лілія Радченко
Модернізація захисту прав людини у сфері сімейних відносин крізь призму практики ЄСПЛ……62

Ірина Татулич
Правовий статус присяжних у цивільному судочинстві……67

Оксана Угриновська, Неля-Софія Трусевич
Оцінка допустимості доказів: законодавча регламентація
та судова практика.....73
Володимир Цікало
Засади здійснення прав учасників за Законом України
"Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю".....79

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ірина Андрієчко
Загальна характеристика принципів господарського судочинства.....85
Тетяна Крицун
Характеристика оновленого законодавства України
у сфері банкрутства.....93
Марина Кузьміна
Суб'єкти малого та середнього підприємництва у сфері
відновлюваної енергетики.....97
Арсен Кулієв, Мухаммет Саліхоглу
Правова основа діяльності морського агента.....103
Сергій Масловський
Повноваження суду першої інстанції
в провадженні у справі про банкрутство.....108
Наталія Никитченко, Владислав Остринський
Генеза поняття EPC-контракт як особливого виду
змішаного договору.....113
Світлана Подоляк
FIDIC contracts як інструмент для залучення інвестицій в Україну.....119
Юрій Ужакін
Підстави судового розсуду при встановленні факту зловживання
процесуальними правами у господарському процесі.....124
Олена Черненко
Правовий режим майна державних акціонерних товариств.....130

ТРУДОВЕ ПРАВО

Роман Грищенко
До характеристики принципів дисциплінарної відповідальності
у трудовому праві.....135
Валентин Мельник
До характеристики підстав розгляду трудових спорів у судовому порядку.....140
Максим Панченко
Право на захист трудових прав у світлі концепції гідної праці
державних службовців.....145

ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

Андрій Боднар
Міжнародно-правове регулювання протидії забрудненню морів:
сучасний стан та перспективи розвитку.....150

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ольга Безпалова
Проблемні питання, пов'язані з дотриманням прав людини
під час проведення антитерористичної операції/операції об'єднаних сил.....154
Віктор Бернадін
Поняття та класифікація адміністративних правопорушень
у сфері обігу підакцизних товарів.....160

Yaroslav Buryak
Transformation of administrative-legal status of public administration on the based of Human-centrism 165

Владислав Дорошенко
Суб'єкти здійснення громадського контролю за діяльністю Національного антикорупційного бюро України 171

Дмитро Козар
Поняття та сутність безпеки дорожнього руху 176

Юлія Козлова
Адміністративна відповідальність за порушення законодавства у сфері фінансового моніторингу: проблеми та перспективи 181

Сергій Лекарь
Правове регулювання економічної безпеки в Україні 186

Людмила Могілевська
До характеристики методів діяльності Національної поліції у сфері забезпечення прав і свобод дитини 192

Лариса Шумна
Забезпечення трудових прав засуджених (ув'язнених) за пенітенціарною реформою 2015–2019 р.р. 197

Віталій Юрах
Чи є інформування формою участі громадськості в управлінні державними справами? 204

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Ярослав Журавель, Юрій Оніщик
Конституційно-правове забезпечення реалізації соціальних прав людини органами місцевого самоврядування об'єднаних територіальних громад 210

Олексій Лохматов, Михайло Пришляк
Сучасний стан конституційно-правової регламентації процедури інавгурації Президента України 216

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Микола Губа
Правові засади застосування санкцій за порушення бюджетного законодавства 221

Анастасія Косенкова
Визначення поняття «бенефіціарний власник» у рішеннях Європейського суду справедливості 226

Юлія Романюк
Фінансова відповідальність як категорія фінансового права 231

Володимир Сосенко
Правове регулювання відносин з управління ризиками легалізації коштів 236

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Ігор Діордіца
Засади кібернетичної деонтології через співвідношення сущного та належного 244

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Владислав Веклич
Концепт історико-правового дослідження радянського періоду: проблемні аспекти 250

Наталія Коваленко
До питання про визначення поняття та ознак правового режиму 254

Степан Ковбасюк
Напрями інституалізації недискримінації в Україні 259

Терезія Попович, Андрій Шаварин
Сутнісне наповнення четвертого покоління прав людини……266
Софія Фіцик
Поняття «національна аристократія» в політико-правових поглядах
В. Липинського……272

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Анна Бабой
Особливості втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність……277
Костянтин Бєліков
Структура кримінально-правової характеристики вуличних злочинів……284
Руслан Волинець
До питання ратифікації Римського статуту
Міжнародного кримінального суду……289
Олександр Капустін
Умисел у складі злочину……294
Марія Кікалішвілі
Методи індивідуальної профілактики корупційних злочинів……300
Андрій Ополінський
Типологія осіб, що вчиняють злочини, пов'язані
з протиправним заволодінням майна
у сфері підприємницької діяльності……307

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Ярослав Олійник
Слідчі ситуації, які виникають під час розслідування погрози
або насильства щодо захисника чи представника особи……313

КРИМІНАЛІСТИКА

Леся Тальянчук
Підробка документів у сфері земельних відносин: аналіз експертної практики……319

АДВОКАТУРА

Андрій Місяць
Актуальні проблеми адвокатського представництва
органів державної влади та органів місцевого самоврядування
в судах у світлі конституційних змін: варіанти вирішення……324
Роман Начос
Впровадження в Україні стандартів Європейського суду з прав людини
щодо адвокатської діяльності……329

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Валентина Алгаш, Анна Піттель
Сучасна міграційна криза як виклик для Європейського Союзу……334
Таїсія Боднарук
Ефективність інституту громадянської ініціативи
в Європейському Союзі……339
Лідія Бражнікова
Основні напрями співробітництва ЄС із НАТО: питання морської безпеки……343
Ірина Загребельна
Визначення «європейської» країни в умовах географічного критерію членства в ЄС……348
Вікторія Клинчук
Організаційно-правові засади співпраці незалежних регуляторних органів
у сфері залізничного транспорту держав – членів ЄС……352

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

Орина Курило
Інтеграція Туреччини до Європейського Союзу: організаційно-правовий аспект..... **357**

Сергій Онуфрієнко
Укладання шлюбного договору при міжнаціональних шлюбах: національний та європейський досвід..... **361**

Сергій Ращупкін
Особливості обмеження щодо одержання подарунків у країнах Західної Європи..... **366**

ФІЛОСОФІЯ ПРАВА

Юлія Сидорчук
Аналіз механізмів захисту права на вільні вибори..... **372**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
Видавець: ТОВ «Гарантія»
ISSN 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)
Журнал є фаховим виданням з юридичних наук на підставі Наказу МОН України № 1328 від 21.12.2015 (додаток № 8).
Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал 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 № 12 від 18.12.2019 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 20.12.2019. Формат 70х108 1/8. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 66,15. Обл.-вид. арк. 40,91.
Тираж – 255. Замовлення № 0120/06
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2019.
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 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.01

Ольга Береженна,
здобувач першого (бакалаврського) рівня вищої освіти
Університету державної фіскальної служби України

Сергій Дяченко,
канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права та процесу
Університету державної фіскальної служби України

Тетяна Кулаківська,
здобувач першого (бакалаврського) рівня вищої освіти
Університету державної фіскальної служби України

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

У статті досліджується поняття принципу пропорційності, а саме його визначення у нормативно-правових актах України та наукових виданнях. Визначено, що натепер немає єдиного тлумачення даного поняття серед науковців. Встановлено, що принцип пропорційності є складником принципу верховенства права і має три підпринципи, а саме адекватність, необхідність та пропорційність як сувора вимога. Також проаналізовано історичний аспект становлення даного принципу, його особливості розвитку та розуміння в минулому, з'ясовано, що він ще з давніх часів був механізмом справедливого балансування різних інтересів. Окрім того, було опрацьовано правове регулювання принципу пропорційності в законодавстві України та його місце на міжнародній арені. Здійснено порівняння поняття даного принципу та його застосування в різних правових системах світу. Досліджено питання особливостей обмеження процесуальних прав, яке реалізується шляхом забезпечення принципу пропорційності в цивільному процесі. Адже процесуальним законом і досі не визначено, за якими критеріями суд може обмежити одні процесуальні права та обов'язки учасників справи, надаючи перевагу іншим. Встановлено проблеми використання принципу пропорційності в цивільному судочинстві України та наведено можливі шляхи вдосконалення його застосування суддями у своїй професійній діяльності. Розглянуто приклади конкретних судових справ, в яких спостерігається неправильне використання принципу пропорційності, а саме, в цивільному судочинстві нашої держави. Також проаналізовано Рішення Конституційного суду України щодо правильності застосування принципу пропорційності. Досліджено практику Європейського суду з прав людини, а саме справи, сторонами в яких є Україна та її громадяни. Визначено, що за сучасними європейськими стандартами обмеження мають встановлюватися виключно законами; бути пропорційними до визначеної конституцією і законами мети; обґрунтовані публічними інтересами, необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства, або захистом прав інших людей.

Ключові слова: принцип пропорційності, історія становлення принципу, цивільне судочинство, практика Європейського суду з прав людини, практика Конституційного суду України.

Постанова проблеми. Сьогодні принцип пропорційності посідає важливе місце в системі принципів діяльності державного механізму європейських країн. Оскільки в Україні спостерігається тенденція до гармонізації із законодавством ЄС, то вважаємо, що аналіз поняття та змісту даного принципу є актуальним у контексті європейської інтеграції України. Саме тому було здійснено реформи цивільного процесуального законодавства, які закріпили нові принципи, удосконалили цивільну процесуальну форму, сприяли розвитку та доповненню окремих процесуальних інститутів. Однією із запропонованих новел стало нормативне закріплення і визначення принципу пропорційності.

Незважаючи на значну кількість наукових праць, які стосуються даного питання, єдиного тлумачення цього принципу натепер немає.

Аналіз останніх досліджень. Серед зарубіжних науковців цьому питанню приділяють увагу Т. Хартлі і Б. Шлоер. Вітчизняні

© О. Береженна, С. Дяченко, Т. Кулаківська, 2019

дослідники, зокрема А. Барак, О. Бекетов, С. Дяченко, А. Заєць, М. Козюбра, Р. Майданик, С. Погребняк, П. Рабінович, В. Тертишник, Б.Тоцький, Т. Фуфалько, С. Шевчук, згадують принцип пропорційності у своїх роботах у контексті дослідження проблем прав людини, правової держави та верховенства права.

Мета статті – дослідити поняття принципу пропорційності на законодавчому рівні України та міжнародній арені, його становлення та застосування на практиці в діяльності суду.

Виклад основного матеріалу. Проаналізувавши історію виникнення даного принципу, слід звернути увагу на те, що він ще з давніх часів був механізмом справедливого балансування різних інтересів, хоча й деколи характерних для далекосхідних цивілізацій занадто жорстких методів впливу. Більше того, вже в далекосхідних правових джерелах згадана ідея помітно набуває гуманного, правового забарвлення, втілюючись у сферах регулювання як публічних, так і приватних відносин, зокрема, у питаннях залежності покарання від тяжкості злочину, розміру відшкодування від нанесених збитків.

Так, відомий давньогрецький вчений і філософ Аристотель у своїй праці «Нікомахова етика», виділяючи різні види справедливості, зокрема окрему справедливість, пов'язану з розподілом почестей, багатства і всього іншого, що може бути поділене між співгромадянами, доходить висновку, що «справедливе є щось пропорційне», тоді як «несправедливе – це порушення пропорційності, бо пропорційність – це середина, а справедливе полягає в пропорційності» [1, с. 31].

Процес розвитку принципу пропорційності в різні історичні періоди набував різних аспектів та покладався в основу різних правовідносин: податкових, кримінальних, адміністративних, цивільних. Він виявлявся в ідеях визначення покарання залежно від тяжкості злочину, а розміру відшкодування – від завданих збитків, збалансованого поділу влади, обкладання податком особи пропорційно її матеріальному становищу, позбавлення права власності лише на підставі законно встановленої суспільної необхідності і за умови справедливого й попереднього відшкодування, обґрунтованості та справедливості закону, дотримання справедливих меж втручання держави в індивідуальну свободу, необхідності балансу інтересів у державі тощо.

Щодо визначення принципу пропорційності, то натепер немає єдиного тлумачення даного поняття. Так, на думку С. Погребняка, принцип пропорційності визначається як загальний принцип права, який спрямований на забезпечення у правовому регулюванні розумного балансу інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав повинні бути істотними, а засоби їх досягнення – обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються [2, с. 204].

С. Шевчук сформулював цей принцип так: «Обмеження можуть бути покладені на особу правовим актом держави тільки тією мірою, яка необхідна для досягнення певної легітимної та суспільно необхідної визначеної мети» [3, с. 71].

Варто зазначити, що суть даного принципу закріплено на законодавчому рівні, а саме: в статті 11 Цивільного процесуального кодексу України зазначено, що суд визначає в межах, встановлених цим Кодексом, порядок здійснення провадження у справі відповідно до принципу пропорційності, враховуючи: завдання цивільного судочинства; забезпечення розумного балансу між приватними й публічними інтересами; особливості предмета спору; ціну позову; складність справи; значення розгляду справи для сторін, час, необхідний для вчинення тих чи інших дій, розмір судових витрат, пов'язаних із відповідними процесуальними діями, тощо [4].

На противагу українському законодавству Європейський суд з прав людини зазначає, що відповідно до принципу пропорційності «кожна «спеціальна процедура», «умова», «обмеження» чи «покарання», які покладені, повинні бути пропорційні легітимній меті, що переслідується». Крім легітимної мети, Європейський суд висуває також такі можливі випадки обмеження прав людини, як: «невідкладна соціальна потреба», «моральність населення», дотримання рівноваги між суспільними інтересами та інтересами окремої особи [5, с. 71].

Принцип пропорційності як загальноправовий адресований не лише суб'єктам правозастосування, але й законодавцеві. Окремі вимоги принципу пропорційності закріплено в національних правових актах, зокрема в чинній Конституції України. Так, наприклад, у ст. 13 та ст. 41 йдеться про те, що втручання у право власності допустиме лише тоді, коли воно переслідує легітимну мету в суспільних інтересах, винятково «з мотивів суспільної необхідності»; втручання в право безперешкодного користування своїм майном передбачає «справедливу рівновагу» між інтересами суспільства та необхідністю дотримання фундаментальних прав людини [6].

Також ми погоджуємося з думками науковців із приводу того, що принцип про-

порційності є складником принципу верховенства права і має три підпринципи: – адекватність (міра, адекватна для досягнення завчасно встановленої цілі, якщо бажаний результат може бути досягнуто тільки за умови звертання до цієї міри); – необхідність (міра є законною з найменш можливими обмеженнями за умови досягнення легітимної цілі); – пропорційність як сувора вимога (серйозність втручання та серйозність причин, які виправдовують це втручання, повинні бути пропорційними одна одній) [5, с. 70].

Даний принцип спрямований на забезпечення розумного балансу приватних і публічних інтересів у сфері відправлення правосуддя у цивільних справах, тобто під час розгляду справи у порядку цивільного судочинства та ухвалення рішення у справі цілі обмежень прав людини повинні бути істотними, а засоби їх досягнення – обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються.

Професор М. Козюбра у своїх працях акцентує увагу на недотриманні цього принципу під час розгляду відповідної категорії судових справ [7]. Також подібні зауваження висловлюють й інші правники, проте поки що питання щодо виконання вимог принципу пропорційності є малодослідженим.

У цивільному судочинстві дотримання принципу пропорційності прямо передбачається нормами як матеріального права, так і процесуального. На ньому ґрунтуються положення статті 23 Цивільного кодексу України про відшкодування моральної та матеріальної шкоди, які передбачають дотримання вимог розумності та справедливості [8]. Обов'язковим є дотримання судами принципу пропорційності й у застосуванні норм цивільно-процесуального права, наприклад у питанні застосування заходів забезпечення позову, що передбачено статтями 151, 152 Цивільного процесуального кодексу України [4].

Процесуальним законом і досі не визначено, за якими критеріями суд може обмежити одні процесуальні права та обов'язки учасників справи, надаючи перевагу іншим, тощо.

За сучасними європейськими стандартами обмеження мають встановлюватися виключно законами; бути пропорційними до визначеної конституцією і законами мети; обґрунтовані публічними інтересами, необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства, або захистом прав інших людей [7, с. 60].

У наукових джерелах підкреслюється, що принцип пропорційності як необхідний складник верховенства права знайшов своє вираження у ст. 18 ЄКПЛ. Вона забороняє Високим Договірним Сторонам обмеження прав людини поза тими межами і в інших цілях, які встановлені даним правовим актом. Тобто обмеження прав людини не може бути безмежним, надмірним і безпідставним [9].

На основі досліджених положень ми вважаємо, що в нашій крані суди не завжди дотримуються принципу пропорційності на належному рівні, адже в українському законодавстві не встановлено, які критерії необхідні для застосування обмежень певних прав та надання переваги іншій особі, покращуючи її правове становище. Також не визначено найвищий поріг обмеження певних прав, тому судді, приймаючи рішення за внутрішнім переконанням, можуть виходити за межі дозволених обмежень, які встановлені в Конвенції про захист прав людини.

Зважаючи на те, що Україна вибрала шлях до європейської інтеграції, наше законодавство потребує подальшого реформування, а особливо у сфері судочинства, оскільки це є основним складником, який характеризує державу як гаранта забезпечення конституційних та процесуальних прав людини і громадянина, що на міжнародній арені відіграє важливу роль.

Як вже було зазначено, принцип пропорційності не знайшов свого закріплення у Конституції України, хоча на необхідності цього наголошувала Венеціанська комісія у Висновку до Конституції України. У ньому йдеться про те, що принцип пропорційності не відтворено в Основному Законі України, а оскільки обмеження, які допускаються окремими статтями Конституції, наприклад, на свободу думки і слова, визначено у доволі загальних рисах, потрібно, щоб Конституційний Суд України у їх інтерпретації враховував принцип пропорційності. На необхідність використання цього принципу Венеціанська комісія ще раз звернула увагу у Висновку «Про конституційну ситуацію в Україні» і зазначила, що остаточне рішення Суду має ґрунтуватися на критерії пропорційності, відповідно до якого вимога дотримання конституційності має бути збалансованою щодо негативних наслідків скасування конституційних змін [10, с. 94].

Вважаємо, що для повного розуміння значення принципу пропорційності для вирішення справи необхідно розглянути даний принцип у судовій практиці України, а саме застосування суддями принципу пропорційності під час проведення засідань та винесення рішення чи постанови.

Дотримання принципу пропорційності є обов'язковим під час визначення змісту обмежень, визначених Конституцією Укра-

їни, відповідно до інтересів національної безпеки та охорони громадського порядку. Принцип пропорційності використовує Конституційний Суд України, який у ряді рішень посилається на цей загальновизнаний принцип [11].

Так, наприклад, Конституційний Суд України своїм Рішенням від 3 лютого 2009 року № 3-рп/2009 (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною) визнав таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), положення другого речення або абзацу першого частини другої статті 211 Сімейного кодексу України щодо різниці

у віці між усиновлювачем та дитиною. В окремій думці до цього Рішення суддя Конституційного Суду України В. Кампо виклав позицію щодо невідповідності Конституції України згаданого положення Сімейного кодексу України і зазначив, зокрема, що, ухвалюючи це рішення, Конституційний Суд України не врахував своїх попередніх правових позицій щодо питань вікових цензів та обмежень (у своїй практиці орган конституційної юрисдикції виходив з принципу пропорційності встановлення вікових обмежень з метою, що їх зумовлює, також урахування, крім віку, суттєвих індивідуальних якостей особи, зокрема, в трудових відносинах), внаслідок чого це рішення не повною мірою відповідає засадам верховенства права, зокрема справедливості та розумності [12].

Однак, як вважає суддя В. Кампо, застосування вікових обмежень як самостійної перешкоди для усиновлення, якщо усиновлювач повністю відповідає всім іншим вимогам, висунутим чинним законодавством, не є сумірним з метою належного забезпечення прав та інтересів дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Зазначені обмеження порушують права дітей, які могли б мати батьків із числа громадян старшого віку [12].

Також важливою в застосуванні принципу пропорційності є справа «Наталія Михайленко проти України» [13]. Дана справа стосувалася скасування рішення суду про визнання фізичної особи недієздатною та поновлення дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, в разі її одужання або значного поліпшення її психічного стану здійснювалось за рішенням суду за заявою опікуна, органу опіки та піклування. З цього приводу ЄСПЛ зазначив обмеження особи у доступі до суду, якщо вони не мають легітимної мети, якщо відсутнє пропорційне співвідношення між застосованими обмеженнями та поставленою метою та якщо обмеження взагалі позбавляє особу права на захист.

Так у даній справі ЄСПЛ визнав положення українського законодавства щодо неможливості особи, яка за рішенням суду визнана недієздатною, порушити перед судом питання про поновлення її в дієздатності неправомірним обмеженням у доступі до суду. Тобто така ситуація, на думку, ЄСПЛ позбавила заявницю права на доступ до суду, що свідчить про порушення принципу пропорційності у разі застосування обмежень права на справедливий судовий розгляд, закріплений в Європейській конвенції з прав людини [9].

Зазначене рішення вплинуло на положення Цивільного процесуального кодексу України під час внесення до нього змін, які регулюють відносини, що пов'язані з можливістю поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною. Нині згідно зі ст. 300 ЦПК України скасування рішення суду про визнання фізично особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною, в разі її одужання або значного поліпшення її психічного стану здійснюється за рішенням суду на підставі відповідного висновку судово-психіатричної експертизи та за заявою опікуна, членів сім'ї, органу опіки і піклування або самої особи, визнаної недієздатною. Строк дії рішення про визнання фізичної особи недієздатною визначається судом, але не може перевищувати двох років [4].

Висновки

Отже, можна дійти висновку, що принцип пропорційності має важливе значення для цивільного судочинства, адже він є певним інструментом, який необхідний судді для здійснення ним як своїх процесуальних повноважень, так і для вирішення ним питань по суті. Також на всі галузі судочинства, зокрема і цивільного, значний вплив мають рішення Європейського суду з прав людини, який перевіряє рішення українських судів на відповідність міжнародним стандартам і надає роз'яснення, рекомендації та висновки, які потім імплементуються в українське законодавство.

Список використаних джерел:

1. Євтошук Ю. Аспекти історичного розвитку принципу пропорційності. *Вісник Конституційного Суду України*. 2013. № 1. С. 30–36.

2. Погребняк С.П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків : Право, 2008. 240 с.

3. Шевчук С. Значення загальноправового принципу пропорційності для визначення кон-

ституційності обмежень щодо реалізації конституційних прав і свобод (зарубіжний досвід). *Вісник Академії правових наук України*. 2000. № 1 (20). С. 69–77.

4. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*). 2004. № 40–42. Ст. 492.

5. Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 70–74.

6. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*).1996. № 30. Ст. 141.

7. Козюбра М.І. Верховенство права і Україна. *Право України*. 2012. № 1-2. С. 30–63.

8. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*). 2003. № 40–44. Ст. 356.

9. Козюбра М.І. Загальна теорія права : підручник. Київ : Ваіте, 2015. 392 с.

10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950р. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_004 (дата звернення: 18.11.2019).

11. Євтушок Ю.О. Принцип пропорційності у практиці Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 1, С. 90–101.

12. Убрамик Ю. Р., Дяченко С. В. Особливості принципу пропорційності: історія та практика. *Право і суспільство*. 2018 р. № 6 (частина 2). С. 29–34.

13. Справа за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремого положення частини другої статті 211 Сімейного кодексу України (справа про різницю у віці між усиновлювачем та дитиною): Рішення Конституційного Суду України від 03.02.2009. № 3-рп/2009. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-09 (дата звернення: 19.11.2019).

14. Справа «Михайленко проти України» : Рішення Європейського суду з прав людини від 15.05.2008. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_465 (дата звернення: 20.11.2019).

The article explores the concept of the principle of proportionality, namely its definition in the normative legal acts of Ukraine and scientific publications. It is determined that at present there is no single interpretation of this concept among scientists. It is established that the principle of proportionality is a component of the rule of law and has three sub-principles, namely adequacy, necessity and proportionality as a strict requirement. They also analyzed the historical aspect of the formation of this principle, its peculiarities of development and understanding in the past, and found out that since ancient times it has been a mechanism for a fair balancing of different interests. In addition, legal regulation of the principle of proportionality in the legislation of Ukraine and its place in the international arena were elaborated. The concept of this principle was compared and applied in different legal systems of the world. The issue of peculiarities of limitation of procedural rights, which is realized by ensuring the principle of proportionality in the civil process, is investigated. After all, the procedural law still does not determine by what criteria a court may limit some procedural rights and obligations of the parties to the case, favoring others. The problems of the application of the principle of proportionality in the civil judiciary of Ukraine have been identified and possible ways of improving its application by judges in their professional activity are outlined. Examples of specific court cases where misuse of the principle of proportionality is observed, namely in the civil proceedings of our state. The decision of the Constitutional Court of Ukraine on the correct application of the principle of proportionality is also analyzed. The case-law of the European Court of Human Rights is investigated, namely the cases of parties in which Ukraine and its citizens are parties. It is determined that, according to modern European standards, restrictions should be set solely by law; be proportionate to the purpose and constitution of the goal; justified by public interests necessary for the proper functioning of a democratic society or for the protection of the rights of others.

Key words: proportionality principle, history of principle formation, civil proceedings, case law of the European Court of Human Rights, practice of the Constitutional Court of Ukraine.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.02

Ірина Божук,
студентка Навчально-наукового інституту права Університету державної фіскальної служби України

Сергій Дяченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу Університету державної фіскальної служби України

СУДОВА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ АЛЬТЕРНАТИВНИХ СПОСОБІВ ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРІВ

Статтю присвячено дослідженню інститутів медіації, мирової угоди та врегулюванню спорів за участю судді у цивільному процесі України. У статті використано систему сучасних наукових методів пізнання для глибокого аналізу вибраної проблеми. Охарактеризовано актуальність та необхідність дослідження даного питання для покращення механізмів захисту цивільних прав та інтересів. Визначено необхідність застосування альтернативних способів урегулювання спорів як однієї з ознак громадянського суспільства та демократичності держави. Проаналізовано останні публікації та напрацювання вітчизняних науковців та юристів-практиків стосовно застосування інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спорів за участю судді у цивільному процесі України. Висвітлено погляди дослідників щодо правової природи та ґенези цих інститутів. Проаналізовано правову регламентацію, судову практику, а також проблеми практичного застосування альтернативних способів вирішення спорів у цивільному процесі. З'ясовано основні переваги та недоліки, особливості та відмінності кожного з альтернативних способів урегулювання спорів. Аргументовано необхідність розмежування процедури медіації та врегулювання спору за участю судді, ролі посередників у цих процедурах. Охарактеризовано правовий статус, функції та завдання посередника-медіатора та судді під час врегулювання спорів альтернативними способами. Проаналізовано та викладено специфічні особливості практичного застосування альтернативних способів урегулювання спорів у зарубіжних країнах. З'ясовано перспективи впровадження та використання інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спору за участі судді в Україні з використанням міжнародного досвіду. Аргументовано необхідність відображення сучасних тенденцій у законодавстві України, прийняття нових нормативно-правових актів у цій сфері із встановленням у них європейських стандартів захисту прав та законних інтересів осіб. Сформульовано висновки та пропозиції щодо удосконалення застосування інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спорів за участю судді у цивільному процесі України.

Ключові слова: правовий інститут, альтернативні способи захисту, врегулювання спорів, цивільний процес, практичне застосування, суддя.

Постановка проблеми. Процеси демократизації українського суспільства, розвиток ринкових відносин, посилення ролі приватного права призвели до актуалізації питання забезпечення належного рівня захисту прав, у тому числі цивільних. Тривалий час головним засобом захисту цивільних прав й інтересів залишався судовий захист [1]. Проте в умовах глобалізації трапляються випадки, коли держава не здатна забезпечити правове вирішення спорів, яке б задовольняло більшість громадян, – виникає необхідність в альтернативних методах.

Метою статті є дослідження судової практики застосування інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спорів за участю суддів, висвітлення їхніх особливостей та відмінностей, переваг та недоліків та з'ясування основних проблемних аспектів, що виникають під час їх практичного застосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженням питань, пов'язаних із застосуванням цих альтернативних способів урегулювання спорів, займалися Н. Грень, С.В. Дяченко, Н. Кіреєва, О. Можайкіна, Є. Приймак, Л. Романадзе, О. Тиханський, Т. Цувіна та інші. Мають місце поодинокі напрацювання, що стосуються кожного способу окремо. Досить вичерпним

© І. Божук, С. Дяченко, 2019

у цьому напрямі є дисертаційне дослідження О. М. Спектор на тему «Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів».

Виклад основного матеріалу. Науці цивільного процесуального права, окрім так званих традиційних форм захисту прав та інтересів осіб, відомі й нетрадиційні, або альтернативні, методи вирішення цивільних спорів. Такі альтернативні механізми являють собою систему взаємопов'язаних дій сторін та інших осіб із розгляду наявного спору, спрямованих на його позасудове врегулювання або вирішення із застосуванням примирних чи інших не заборонених законом процедур, що здійснюються, як правило, на підставі сумлінного волевиявлення сторін [2, с. 180–223].

Основними перевагами альтернативних способів захисту є: спрощена процедура та відсутність елемента доказування; відсутність формальних правил поведінки; вільний вибір посередника (арбітра, медіатора, консультанта тощо); конфіденційність та негласність вирішення спору; можливість особистого контролю ходу процедури; необмеженість у часі; приватний (недержавний) характер.

Цивільно-правові спори виникають у сфері приватних відносин, тому нетрадиційні способи захисту прав можуть застосовуватися лише на основі добровільного волевиявлення сторін. До таких механізмів відносять переговори, посередництво (медіацію), арбітраж тощо, які є самостійними та незалежними у своєму регулюванні. Ці механізми мають певні особливості, оскільки акти їх застосування поширюють юридичну дію та створюють юридичні наслідки лише для сторін.

Способи альтернативного вирішення спорів, що традиційно позначаються ADR («alternative dispute resolution»), вперше почали використовувати у США для гнучких та неформальних процедур врегулювання конфліктів.

Україна взяла курс на утвердження європейських стандартів правосуддя, у тому числі використання альтернативних способів урегулювання цивільно-правових спорів, що знайшло своє втілення в Указі Президента України «Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів» [3].

Зміни до Цивільного процесуального кодексу України [4] (далі – ЦПК України) покликані спростити цивільне судочинство, скоротити строки судового розгляду та зменшити навантаження суддів у тому числі шляхом введення так званої процедури судової медіації. Судова медіація, або урегулювання спору за участю судді, передбачена ЦПК України [4], не є тотожним поняттю класичної медіації.

Поняття «медіація» походить від лат. «mediare», що означає «бути посередником». У перекладі з англійської мови термін «медіація» (mediation) означає посередництво, клопотання, заступництво. Медіація має низку переваг щодо судового розгляду та відмінностей щодо інших альтернативних механізмів вирішення спорів, таких як врегулювання спору за участю судді, переговори, третейський суд тощо.

Однією з таких переваг є повна конфіденційність, тобто цілковито відсутній ризик розголошення інформації, що не завжди забезпечується у судовому розгляді. Також має місце мінімальна емоційно-психологічна напруга учасників конфлікту, оскільки медіація націлена на консенсус, а не на компроміс [5].

Сьогодні однією з ключових проблем на шляху до розбудови України є проблема реалізації принципу верховенства права в правотворчій та правозастосовній діяльності. Досить часто звернення суду до принципу верховенства права відбувається суто з метою навести додаткову аргументацію своєї правової позиції за умов достатності норми права і створює враження штучності подібних посилань, у тому числі під час урегулювання спору за участю судді [6].

Практика інституту врегулювання спору за участі судді в Україні є не надто поширеною, оскільки такий механізм є новелою для цивільного судочинства. Цей спосіб також націлений на спрощене та швидке вирішення спору. Проте є суттєві відмінності цього інституту від класичної медіації.

Сутність процедури врегулювання спору за участю судді полягає у спілкуванні сторін із суддею задля отримання роз'яснення та додаткової інформації з метою оцінки сторонами судового розгляду справи. Зміст класичної медіації полягає у зовсім іншому – структурованих переговорах між сторонами конфлікту та медіатором з метою пошуку рішень.

Завдання посередника-медіатора та посередника-судді змістовно різняться, оскільки перший забезпечує дотримання процесу, допомагає налагодити комунікацію та підтримує сторін у пошуку ними взаємоприйнятного рішення, а другий з'ясовує підстави та предмет позову, підстави заперечень, роз'яснює сторонам предмет доказування з категорії спору, який розглядається.

У межах судової медіації суддя під час закритих нарад має право звертати увагу сторін на судову практику в аналогічних спорах,

тим самим надаючи можливість сторонам оцінювати свої шанси позитивного вирішення справи у судовому розгляді.

Доволі проблемним є питання правового статусу судді, який здійснює врегулювання спору. Зі змісту норм ЦПК України можна зрозуміти, що кожен суддя (суддя-доповідач) має брати участь у врегулюванні спору. У такому разі не враховуються його професійні навички як посередника, бажання та інші фактори. Запропонована модель урегулювання спору за участю судді не враховує того, що такий суддя, крім знань у галузі права, потребує ще спеціальних навичок та знання психології, соціології, конфліктології тощо. Тому необхідністю є проведення спеціалізованих тренінгів для таких суддів задля постійного підвищення професійного рівня як суддів-посередників. Альтернативою вирішення цього питання є можливість внесення доповнень до Закону України «Про судоустрій та статус суддів» щодо обрання у кожному суді зборами суддів судді, уповноваженого здійснювати врегулювання спорів за участю судді [7].

Існують свої особливості й у спеціальній підготовці посередника. Медіатор повинен пройти спеціальне навчання, в тому числі навчання практичним навичкам, тоді як спеціальних вимог до судді, що врегульовує спір, законодавчо не передбачено.

Тривалість процедур також відрізняється, адже, відповідно до ЦПК України [4], врегулювання спору за участю судді здійснюється протягом розумного строку, але не більше тридцяти днів з дня постановлення ухвали про проведення такого врегулювання. Класична медіація не є обмеженою в часі і встановлюється за погодженням сторін.

З позиції удосконалення судової системи та імплементації європейських норм у національне законодавство цікавим є досвід зарубіжних країн у застосуванні альтернативних методів вирішення цивільних спорів. Велика Британія, незважаючи на широке застосування ADR, надає перевагу судовому розгляду у цивільному процесі та розглядає можливість обмеження сфери застосування альтернативних механізмів.

У державах континентальної правової системи, таких як Франція та Іспанія, законодавчо передбачена процедура досудового врегулювання спорів. Ця процедура є факультативною та проводиться за участю районного судді або відповідного мирового судді. Метою досудового регулювання є уникнення судового розгляду.

У японському праві має місце спеціальна процедура примирення, яка є схожою на врегулювання спору за участю судді, закріпленою в Цивільному процесуальному кодексі України [4]. Зміст такого способу полягає в тому, що спеціально створена арбітражна комісія суддів викликає та заслуховує сторін спору, а потім намагається схилити їх до компромісного рішення.

Відомий український правник Ю. Д. Притика застосування примирних процедур називає підходом до вирішення юридичних конфліктів з позиції інтересів. Цей спосіб ґрунтується на з'ясуванні та врахуванні взаємних інтересів сторін і спрямований на досягнення взаємовигідної угоди, внаслідок якої жоден учасник конфлікту не програє. У межах цього підходу у світі сформувалася практика застосування альтернативних способів вирішення спорів [8, с. 55].

Досліджуючи дане питання, не можна не проаналізувати практику застосування правових інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спору за участю судді. У судовій практиці застосування медіації для вирішення цивільних спорів не є чимось новим. Застосування медіації, як правило, є дієвим способом примирення та налагодження співпраці для ефективного вирішення спорів, що виникають із сімейних правовідносин, зокрема, щодо збереження сім'ї та виховання дитини у повноцінній сім'ї.

Так, у матеріалах справи № 761/29185/17 Апеляційного суду міста Києва зазначається, що у суді апеляційної інстанції ОСОБА_2 вказував, що він пройшов увесь курс медіацій, проте вказане не відповідає наявним у матеріалах справи доказам. Відповідно до висновку Українського центру медіації від 21 жовтня 2017 року з батьками проведено попередні зустрічі, на яких батьки виявили бажання брати участь у процесі медіації для мирного врегулювання конфліктної ситуації [9].

Сьогодні не можна говорити про те, що судова практика в питанні врегулювання спорів за участю судді є вкрай поширеною, через новизну даного інституту «quasi-медіації». Суду довірено виключно роль «арбітра», оскільки суд не може збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи, крім витребування доказів судом у разі, коли він має сумніви у добросовісному здійсненні учасниками справи їхніх процесуальних прав або виконанні обов'язків щодо доказів.

Аналізуючи практику Європейського суду з прав з людини (далі – Суд) із застосування ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [10] (далі – Конвенція), слід звернути увагу на п. 145 рішення від 15.11.1996 у справі

«Чахал проти Сполученого Королівства» (Chahal v. the United Kingdom, (22414/93) [1996] ECHR 54), в якому Судом зазначено, що ст. 13 Конвенції гарантує на національному рівні ефективні правові засоби для здійснення прав і свобод, які передбачені Конвенцією, незалежно від того, яким чином вони виражені в правовій системі тієї чи іншої країни. Таким чином, суть цієї статті зводиться до вимоги надати людині такі засоби правового захисту на національному рівні, що дозволили б компетентному державному органу розглядати по суті скарги на порушення положень Конвенції та надавати відповідний судовий захист.

Верховний Суд у своїй постанові від 07.02.2018 у справі № 923/970/16 зробив висновок про те, що ст. 55 Конституції України встановлено, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Застосування конкретного способу захисту цивільного права залежить як від змісту суб'єктивного права, за захистом якого звернулася особа, так і від характеру його порушення.

Висновки

Таким чином, враховуючи сучасний процес демократизації суспільних відносин, де пріоритетне місце займають принципи гуманізму, справедливості та диспозитивності, альтернативні способи врегулювання спорів у суді мають великі перспективи для розвитку. Вони є додатковими гарантіями прав та свобод людини і громадянина, що закріплені в Конституції України [11].

У судовій практиці застосування інститутів медіації, мирової угоди та врегулювання спорів за участю судді суд зобов'язаний з'ясувати характер спірних правовідносин (предмет і підстави позову), наявність/відсутність порушеного права чи інтересу та можливість його поновлення/захисту в обраний спосіб. При цьому, надаючи правову оцінку належності вибраного зацікавленою особою способу захисту, судам належить зважати і на його ефективність із точки зору ст. 13 Конвенції.

Доволі проблемним є питання правового статусу судді, який здійснює врегулювання спору. Тому необхідне проведення спеціалізованих тренінгів для таких суддів для постійного підвищення професійного рівня як суддів-посередників або внесення доповнень до Закону України «Про судоустрій та статус суддів».

Удосконалення та практичне застосування цих способів захисту прав та інтересів особи сприятимуть позитивним зрушенням у цивільному процесі. Використовуючи досвід зарубіжних країн у їх застосуванні та європейські стандарти правосуддя, наша держава набуває широкі можливості для реформування судочинства та пошуку ефективних способів захисту прав та інтересів своїх громадян.

Список використаних джерел:

1. Спектор О.М. Альтернативні способи вирішення цивільно-правових спорів : дисертація канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2012. 180 с.

2. Здрок О.Н. Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь). *Вестник гражданского процесса*. 2012. № 1. С. 180–223.

3. Про концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента Україні від 10 травня 2006 р. № 361/2006 // *БД «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361/2006 (дата звернення: 14.11.2019).

4. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 квітня 2004 р. № 1618-I // *БД «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 14.11.2019).

5. Романадзе Л.Д. Врегулювання спору за участю судді та інші процесуальні новели: вплив на розвиток медіації. URL: http://mediation.ua/wp-content/uploads/2017/05/Stattya-pro-Mediatsiyu-v-proektah-protses-kodeksiv-2.pdf (дата звернення: 14.11.2019).

6. Дяченко С.В., Цісар Г.І. Реалізація принципу верховенства права через призму електронного судочинства: теоретичні та практичні підходи. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2018. № 6. С. 111–114.

7. Дяченко С.В., Бичок Т.П. Актуальні питання врегулювання спору за участю судді. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 6. С. 86-89.

8. Притика Ю.Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді : дисертація д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2006. 632 с.

9. Постанова Апеляційного суду міста Києва від 16 серпня 2018 р. у справі № 761/29158/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76050256 (дата звернення: 14.11.2019).

10. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04 листопада 1950 р. № 995_004 // *БД «Законодавство України»* / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 14.11.2019).

11. Конституція України : Закон від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.

The article is devoted to the research of the institutions of mediation, the settlement agreement and the settlement of disputes involving the judge in the civil process of Ukraine. The article uses the system of modern scientific methods of cognition for deep analysis of the chosen problem. The relevance and necessity of the study of this issue to improve the mechanisms of protection of civil rights and interests are characterized. The necessity of using alternative ways of dispute resolution as one of the signs of civil society and democratic state has been determined. Recent publications and studies of domestic scholars and practitioners on the use of mediation institutions, amicable settlement and dispute settlement involving a judge in the civil process of Ukraine are analyzed. The views of researchers on the legal nature and genesis of these institutions have been covered. Legal regulation, court practice, as well as problems of practical application of alternative ways of resolving disputes in the civil process are analyzed. The main advantages and disadvantages, peculiarities and differences of each of the alternative ways of dispute resolution have been clarified. The necessity to differentiate mediation procedure and settle the dispute with the participation of a judge, the role of mediators in these procedures is argued. The legal status, functions and tasks of the mediator and the judge in the settlement of disputes are described in alternative ways. The specific features of practical application of alternative dispute resolution methods in foreign countries are analyzed and presented. Prospects of implementation and use of mediation, amicable settlement and dispute settlement institutions with participation of a judge in Ukraine, using international experience, have been clarified. The necessity to reflect the current trends in the legislation of Ukraine, the adoption of new regulations in this field with the establishment of European standards for the protection of rights and legitimate interests of persons, are argued. The conclusions and proposals for improving the use of the institutions of mediation, the amicable settlement and the settlement of disputes with the participation of a judge in the civil process of Ukraine are formulated.

Key words: law institute, alternative means of defense, dispute settlement, civil process, practical application, judge.

УДК 349.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.03

Ольга Бурлака,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ РЕАБІЛІТАЦІЙНИХ ЗАХОДІВ ІНВАЛІДІВ З ДИТИНСТВА ТА ДІТЕЙ-ІНВАЛІДІВ

У статті на основі аналізу норм чинного законодавства України та наукових поглядів вчених надано характеристику окремих реабілітаційних заходів, що здійснюються щодо інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів. Наголошено, що нині доцільно вдосконалити нормативно-правове регулювання даного виду соціального захисту, при цьому одним із вагомих чинників досягнення зазначеної цілі є нормативне закріплення надання державної соціальної допомоги наведеним категоріям осіб, її фінансування та своєчасна виплата. Визначено, що державна соціальна допомога інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю є складовою частиною системи соціального захисту інвалідів загалом та полягає у наданні інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю до 18 років матеріального забезпечення – виплати визначених законодавством грошових сум, розмір яких визначається, виходячи із встановленого законом прожиткового мінімуму для відповідної демографічної групи, з метою подолання негативних наслідків, спричинених дією такого соціального ризику, як інвалідність: створення матеріальних підвалин для досягнення максимально можливого рівня їхньої соціалізації та адаптації в суспільстві, інтелектуальної та фізичної діяльності, відтворення власних ресурсів та розвитку. Зроблено висновок, що питання створення оптимальних умов життєдіяльності, відновлення втраченого контакту з навколишнім світом, психолого-педагогічної реабілітації, соціально-трудової адаптації й інтеграції осіб з обмеженими фізичними можливостями (зокрема, дітей-інвалідів та інвалідів з дитинства) в суспільство належать сьогодні до числа першорядних державних завдань. Зазначена соціальна допомога покликана насамперед задовольнити ключові, основоположні потреби дитини-інваліда та інваліда з дитинства у матеріальних ресурсах, необхідних для харчування, розвитку, забезпечення нормального функціонування організму, а тому держава повинна надалі прагнути до підвищення її розмірів та стандартів. Крім того, як вбачається з наведеного матеріалу, доцільно було б удосконалити нормативно-правове регулювання даного виду соціального захисту у контексті гарантування прозорих умов та порядку надання висновків лікарсько-консультативними комісіями та встановлення груп інвалідності медико-соціальними експертними комісіями.

Ключові слова: реабілітаційні заходи, особи з інвалідністю, нормативно-правове регулювання, реабілітація.

Постановка проблеми. Загальновідомим є той факт, що одним із основоположних підходів у соціальній державі є спрямування збільшеного обсягу ресурсів та сил держави на надання додаткових гарантій та пільг тим категоріям осіб, які цього потребують найбільше. Серед такої категорії осіб найбільш вразливою групою є діти, інвалідність яких настала з народження або до досягнення ними повноліття, адже вони не лише позбавлені можливостей забезпечити свою життєдіяльність у дорослому віці, а й проблемою є належна соціалізація та адаптація таких дітей з огляду на їхні особливі потреби. До вирішення даної проблеми повинні бути залучені додаткові сили та державні ресурси. О.В. Пономаренко та А.Д. Носов звертають увагу на те, що на сучасному етапі розвитку держави та суспільства відбувається докорінне переосмислення парадигми навчання й виховання дитини з особливими потребами, оновлення змісту, форм і методів навчання, зорієнтованого на становлення особистості такої дитини як суб'єкта освітньо-виховного процесу, створення сприятливих умов для її фізичного, психічного, соціального та духовного здоров'я, правового й соціального захисту. Економічні умови нашого життя складаються таким чином, що частина дітей та молоді з порушеннями здоров'я залишаються поза спеціалізованим навчанням, тому що там, де вони живуть, немає спеціалізованих шкіл, а оплата їх навчання в іншому регіоні не завжди доступна. Одним із шляхів вирішення цієї проблеми є інтегроване навчання дітей із вадами зору, слуху та пору-

© О. Бурлака, 2019

шеннями опорно-рухового апарату у загальноосвітніх школах за місцем проживання. У багатьох зарубіжних країнах успішно впроваджується такий досвід, коли інтегроване та спеціалізоване навчання співіснують [1, с. 114; 2].

Рівень цивілізованості будь-якої соціальної держави визначається ставленням до найменш захищених та найбільш вразливих її громадян, які потребують соціального захисту, насамперед до дітей-інвалідів. В умовах реформування економічної системи України у зв'язку з переходом до ринкових відносин такі діти опинилися в найбільш тяжкому становищі. Виділення дітей-інвалідів в окрему самостійну групу є життєво необхідним у зв'язку з їх беззахисністю, важкістю соціальної адаптації в суспільстві, що пов'язано з особливими умовами, в яких відбувається формування особистості дитини-інваліда [3, с. 28–29]. Як бачимо, питання соціального захисту дітей з особливими потребами в Україні, а саме дітей-інвалідів та інвалідів з дитинства, нині є одним із найважливіших напрямів державної соціальної та економічної політики, нормотворчої діяльності та науково-теоретичних досліджень у цій сфері. Зазначені напрями діяльності держави та її органів, окремих осіб насамперед спрямовані на удосконалення тих видів соціального захисту дітей-інвалідів та інвалідів з дитинства, що є натепер, полегшення доступу до соціального захисту усім особам, які його потребують, а також досягнення ефективності у реалізації соціального захисту дітей-інвалідів та інвалідів з дитинства.

Стан дослідження. Дослідженням питань соціального захисту присвятили свої розробки багато вітчизняних науковців, зокрема: С. Бичков, Н. Болотіна, М. Кравченко, Е. Лібанова, Н. Нижник, О. Палій, Т. Русанова, В. Скуратівський, Н. Стаховська, Б. Сташків, А. Стойка, В. Трощинський, А. Халецька, О. Хомра та ін. Серед учених та практиків, які досліджують питання інвалідності, реабілітації та соціального захисту інвалідів, варто виділити С. Богданова, О. Іванову, Р. Кравченко, К. Міщенко, О. Петроє, Т. Семигіну, І. Сироту, А. Шевцова та ін. Проте натепер відсутнє єдине комплексне вивчення питання надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам, що зумовлює актуальність проведення цього дослідження.

Мета статті – надати характеристику окремим реабілітаційним заходам, які надаються інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукової літератури та норм чинного законодавства дає змогу констатувати, що найбільш доцільно виділяти такі реабілітаційні заходи (заходи щодо соціального захисту) інвалідів з дитинства та дітей-інвалідів:

І. Реабілітаційні заходи щодо інвалідів грошового характеру:

1. Пенсії: а) трудові пенсії (за умов трудового каліцтва, професійного захворювання); б) пенсії у разі загального захворювання (у тому числі каліцтва, не пов'язаного з роботою; інвалідності з дитинства); в) пенсії особам, які стали інвалідами під час виконання громадянського обов'язку; г) пенсії по інвалідності особам, які навчаються; ґ) пенсії по інвалідності військовослужбовцям, особам начальницького і рядового складу ОВС; д) пенсії по інвалідності особам, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи; е) пенсії по інвалідності особам, які необґрунтовано зазнали політичних репресій і згодом були реабілітовані; є) пенсії по інвалідності державним службовцям.

2. Державні соціальні допомоги: а) інвалідам, які не мають права на пенсію; б) інвалідам з дитинства і дітям-інвалідам віком до 18 років; в) адресна допомога (інвалідам війни та учасникам бойових дій, малозабезпеченим та ін.); г) одноразова матеріальна допомога (інвалідам у разі тривалої хвороби, смерті близьких родичів та інших особливих обставин).

3. Грошові компенсації на: а) мастильно-паливні матеріали; ремонт і технічне обслуговування автомобілів; б) транспортне обслуговування; в) вартість санаторно-курортного лікування; в) за ненадання чи самостійне придбання засобу або послуги реабілітації, передбачених індивідуальною програмою реабілітації інвалідів.

4. Пільги: а) безплатне або за 50 % придбання лікарських засобів; б) забезпечення санаторно-курортними путівками за наявності медичних показань; в) позачергове встановлення квартирного телефону; г) 50-відсоткова знижка вартості проїзду на внутрішніх лініях (маршрутах) повітряного, залізничного, річкового та автомобільного транспорту; ґ) безплатний проїзд у пасажирському міському транспорті; д) ветерани війни та учасники бойових дій, інші категорії інвалідів мають ряд додаткових пільг (одержання позики на будівництво, знижка плати за користування житлом, позачергове забезпечення житлом осіб, які потребують поліпшення житлових умов, та ін.); е) інші пільги за рахунок коштів місцевих бюджетів.

5. Гуманітарна та благодійницька допомога: а) одноразові та систематичні допо-

моги у грошовій формі; б) допомоги в натуральній формі для громадських організацій інвалідів і реабілітаційних установ для інвалідів та дітей-інвалідів (предмети соціального призначення та реабілітації інвалідів, медико-соціальне обладнання та оснащення, аудіо- та відеотехніка, призначена відповідно для сліпих і глухих, аудіо- та відеокасети з навчальними, соціальними, реабілітаційними програмами, інформацією з фізичної культури та спорту інвалідів тощо); в) забезпечення інвалідів автомобілями, визнаними гуманітарною допомогою [4, с. 84].

II. Реабілітаційні заходи щодо осіб з інвалідністю медичного та соціально-обслуговуючого характеру.

1. Соціальне обслуговування: а) соціально-побутові послуги (забезпечення продуктами харчування, транспортними послугами, здійснення соціально-побутового патронажу, соціально-побутової адаптації тощо); б) психологічні послуги (надання консультацій з питань психічного здоров'я та поліпшення взаємин із соціальним оточенням, застосування психодіагностики тощо); в) соціально-педагогічні послуги (організація індивідуального навчального, виховного та корекційного процесів, спортивно-оздоровчої діяльності тощо); г) соціально-медичні послуги (підтримка та охорона здоров'я, здійснення профілактичних, лікувально-оздоровчих заходів тощо); ґ) соціально-економічні послуги (надання натуральної чи грошової допомоги тощо); д) юридичні послуги (надання консультацій з питань чинного законодавства, здійснення захисту прав та інтересів тощо); е) інформаційні послуги (надання довідкових, просвітницьких, рекламно-пропагандистських послуг тощо); є) послуги з працевлаштування (пошук підходящої роботи, сприяння у працевлаштуванні та соціальне супроводження працевлаштованої особи); ж) інші соціальні послуги.

2. Послуги з реабілітації:

а) медична реабілітація (відновна терапія, реконструктивна хірургія, профілактичні заходи, санаторно-курортне лікування); б) психолого-педагогічна реабілітація (консультування, психолого-педагогічна діагностика тощо; освітні послуги); в) фізична реабілітація (консультування, ерготерапія, лікувальна фізкультура); г) професійна реабілітація (професійна орієнтація, професійний відбір, професійна підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації, професійна освіта); ґ) трудова реабілітація (пристосування та створення робочого місця з урахуванням безпеки та особливих потреб інваліда, раціональне працевлаштування); д) фізкультурно-спортивна реабілітація (навчання заняттям з фізичної культури, оздоровлення у таборах фізкультурно-спортивної реабілітації інвалідів, навчально-тренувальні заняття з фізичної культури і спорту, заняття спортом); е) соціальна та побутова реабілітація (пристосування меблів, встановлення обладнання для адаптації житлових приміщень, навчання основним соціальним навичкам, соціально-побутовий патронаж, працетерапія); є) забезпечення технічними та іншими засобами реабілітації (протезно-ортопедичні вироби; спеціальні засоби для самообслуговування та догляду; засоби для пересування; допоміжні засоби для особистої рухомості, переміщення та підйому; меблі та оснащення; спеціальні засоби для орієнтування, спілкування та обміну інформацією) [4, с. 84–85].

У свою чергу М. В. Чічкань виокремлює три рівні реабілітації інвалідів: 1) індивідуальний – стосовно конкретного інваліда з урахуванням його потреб у реабілітації; 2) процесуально-технологічний рівень, на якому проходить реабілітація контингенту інвалідів в установах різних відомств; 3) державно-регіональний рівень, на якому здійснюється взаємозв'язок системи реабілітації із суспільством у цілому, іншими системами соціальної сфери, загальне керівництво системою реабілітації інвалідів, розподіл ресурсів, вибір стратегії розвитку реабілітації тощо [5, с. 126].

З огляду на наведене, доходимо висновку про те, що державна соціальна допомога інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю є складовою частиною системи соціального захисту інвалідів загалом та полягає у наданні інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю до 18 років матеріального забезпечення – виплати визначених законодавством грошових сум, розмір яких визначається, виходячи із встановленого законом прожиткового мінімуму для відповідної демографічної групи, з метою подолання негативних наслідків, спричинених дією такого соціального ризику, як інвалідність: створення матеріальних підвалин для досягнення максимально можливого рівня їхньої соціалізації та адаптації в суспільстві, інтелектуальної та фізичної діяльності, відтворення власних ресурсів та розвитку [6, с. 54].

Питанням надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю присвячено Закон України «Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам» [7] та Наказ Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України та Міністерства фінан-

сів України «Про затвердження Порядку надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам» [8].

Відповідно до Закону [7], державна соціальна допомога призначається у таких розмірах: інвалідам з дитинства I групи – 100 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність; інвалідам з дитинства II групи – 80 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність; інвалідам з дитинства III групи – 60 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність; на дітей-інвалідів віком до 18 років – 70 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність.

Відповідно до ст. 3 зазначеного Закону [7], інвалідам з дитинства I групи встановлюється надбавка на догляд за ними в розмірі: інвалідам з дитинства, віднесеним до підгрупи А I групи, – 75 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність; інвалідам з дитинства, віднесеним до підгрупи Б I групи, – 50 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність.

Одиноким інвалідам з дитинства II і III груп, які за висновком лікарсько-консультативної комісії лікувально-профілактичного закладу потребують постійного стороннього догляду, встановлюється надбавка на догляд за ними в розмірі 15 % прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність. На догляд за дитиною-інвалідом підгрупи А встановлюється така надбавка: на дитину-інваліда підгрупи А віком до 6 років – в розмірі прожиткового мінімуму для дітей віком до 6 років; на дитину-інваліда підгрупи А віком від 6 до 18 років – в розмірі прожиткового мінімуму для дітей віком від 6 до 18 років. На догляд за іншою дитиною-інвалідом встановлюється така надбавка: на дитину-інваліда віком до 6 років – в розмірі 50 % прожиткового мінімуму для дітей віком до 6 років; на дитину-інваліда віком від 6 до 18 років – у розмірі 50 % прожиткового мінімуму для дітей віком від 6 до 18 років. Надбавка на догляд за дитиною-інвалідом віком до 18 років призначається одному з батьків, усиновителів, опікуну, піклувальнику, які не працюють, не навчаються (крім заочної форми навчання), не проходять службу, не займають виборну посаду і фактично здійснюють догляд за дитиною-інвалідом. Надбавка на догляд за дитиною-інвалідом віком до 18 років також призначається одному з батьків, усиновителів, опікуну, піклувальнику, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, у відпустці без збереження заробітної плати, у разі якщо дитина-інвалід потребує домашнього догляду, і вони фактично здійснюють догляд за дитиною-інвалідом. Одинокій матері (одинокому батьку) надбавка на догляд за дитиною-інвалідом призначається незалежно від факту роботи, навчання, служби [7].

У наказі Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України та Міністерства фінансів України «Про затвердження Порядку надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам» [8] викладені нами вище норми Закону [7] дублюються та уточнюються процедурні питання їх реалізації. Зокрема, щодо надбавки на догляд зазначається, що вона призначається на кожну дитину-інваліда, на яку призначена державна соціальна допомога. Надбавка на догляд за інвалідом з дитинства призначається на строк інвалідності, вказаний у виписці з акта огляду МСЕК. Надбавка на догляд за дитиною призначається на строк призначення державної соціальної допомоги [8].

У разі неможливості документального підтвердження факту догляду, який визначає право на призначення надбавки на догляд за дитиною-інвалідом, за бажанням особи здійснюється обстеження на дому і складається акт обстеження сім'ї, у якій виховується дитина-інвалід. Обстеження у сім'ї, у якій виховується дитина-інвалід, здійснюється комісією у складі депутата місцевої ради (за згодою), посадової особи районного управління праці та соціального захисту населення і двох сусідів. Для підтвердження інших фактів, що впливають на вирішення питання про призначення надбавки на догляд до державної соціальної допомоги, за відсутності документів надсилаються запити до центру зайнятості, органів доходів і зборів, органів охорони здоров'я, органів освіти та інших підприємств, установ, організацій [8].

Таким чином, підсумовуючи наведене, можемо виділити основні ознаки, що притаманні державній соціальній допомозі інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам: 1) матеріально-ціннісний характер – така допомога нараховується та виплачується у грошовому виразі; 2) залежність та обрахунок розміру такої допомоги від прожиткового мінімуму, встановленого для відповідних демографічних груп (осіб, що втратили працездатність, дітей віком до 6 років, дітей віком від 6 до 18 років); 3) значний ступінь диференціації – розмір такої допомоги залежить від низки факторів та розподіляється за: а) групою та підгрупою інвалідності; б) за віднесенням дитини-інваліда до підгрупи А; в) залежно від особливостей висновку лікарсько-консультативної комісії лікуваль-

ного закладу (для призначення надбавки по догляду одиноким інвалідам з дитинства II і III груп – призначається у разі, якщо вони за висновком такої комісії потребують постійного стороннього догляду). Зазначене дозволяє говорити також і про певну диспозитивність у визначенні розміру таких допомог та залежність їх розміру великою мірою від розсуду лікарсько-консультативних комісій, медико-соціальних експертних комісій тощо; 4) безпосередній та адресний характер – зазначена ознака характеризує допомогу як таку, що надається виключно дітям-інвалідам, що визнані такими згідно з медичними висновками лікарсько-консультативних комісій, та інвалідам з дитинства, що віднесені до таких згідно з рішеннями медико-соціальних експертних комісій, а також лише тим особам, що безпосередньо здійснюють нагляд та піклування за такими категоріями інвалідів (про що свідчить норма закону про надання надбавки на догляд виключно особам, що не працюють та фактично здійснюють догляд за дитиною-інвалідом); 5) виключний характер – наведена ознака свідчить про те, що за наявності прав у дитини-інваліда чи інваліда з дитинства на іншу соціальну допомогу, виплату, зокрема, відповідно до Закону України «Про державну соціальну допомогу особам, які не мають права на пенсію, та інвалідам», їй призначається одна за її вибором. Виняток становить лише наявність у дитини-інваліда чи інваліда з дитинства права на пенсію по втраті годувальника – у такому разі призначається і допомога, і пенсія.

Висновок

Таким чином, питання створення оптимальних умов життєдіяльності, відновлення втраченого контакту з навколишнім світом, психолого-педагогічної реабілітації, соціально-трудової адаптації й інтеграції осіб з обмеженими фізичними можливостями (зокрема, дітей-інвалідів та інвалідів з дитинства) в суспільство належать сьогодні до першорядних державних завдань. Одним із вагомих чинників досягнення зазначеної цілі є нормативне закріплення надання державної соціальної допомоги наведеним категоріям осіб, її фінансування та своєчасна виплата. Зазначена допомога покликана насамперед задовольнити ключові, основоположні потреби дитини-інваліда та інваліда з дитинства у матеріальних ресурсах, необхідних для харчування, розвитку, забезпечення нормального функціонування організму, а тому держава повинна надалі прагнути до підвищення її розмірів та стандартів. Крім того, як вбачається з наведеного матеріалу, доцільно було б удосконалити нормативно-правове регулювання даного виду соціального захисту у контексті гарантування прозорих умов та порядку надання висновків лікарсько-консультативними комісіями та встановлення груп інвалідності медико-соціальними експертними комісіями.

Список використаних джерел:

1. Пономаренко О.В., Носов А.Д. Соціально-правовий захист дітей та молоді з особливими потребами в Україні. *Вісник Запорізького національного університету. Серія «Педагогічні науки»*. 2010. Вип. 2 (13). С. 113–120.

2. Корнієнко С. Сутність та пріоритетні напрями державної політики України у сфері соціального захисту дітей-інвалідів на сучасному етапі. *Вісник Національної академії державного управління при Президентові України*. 2011. Вип. 2. С. 275–283.

3. Соціальний захист дітей-інвалідів — пріоритет державної соціальної політики. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 6. С. 28–33.

4. Оболенський Ю., Соболь Є. Організаційно-правові заходи реабілітації інвалідів. *Правовий вісник УАБС*. 2013. № 2 (9). С. 82–87.

5. Чічкань М. В. Правове регулювання соціального захисту інвалідів в Україні : дис. ... кандидата юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2009. 176 с.

6. Бурлака О.С. Державна соціальна допомога інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 10 (248). С. 52–56.

7. Про державну соціальну допомогу інвалідам з дитинства та дітям-інвалідам : Закон України від 16.11.2000 № 2109-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 1. Ст. 2.

8. Про затвердження Порядку надання державної соціальної допомоги інвалідам з дитинства та дітям з інвалідністю : наказ Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України та Міністерства фінансів України від 30.04.2002 № 226/293/169. *Офіційний вісник України*. 2002. № 24. Т. 2. Ст. 473.

In the article, on the basis of the analysis of the norms of the current legislation of Ukraine and scientific views of scientists, the characteristics of some rehabilitation measures carried out in relation to the disabled from childhood and disabled children are given. It is emphasized that for today it is expedient to improve the regulatory and legal regulation of this type of social protection, one of the significant contributions to the achievement of this goal is the normative fixing of the provision of state social assistance to the above categories of persons, its financing and timely payment. It has been determined that state social assistance to disabled children from childhood and to children with disabilities is an integral part of the social protection

system for disabled persons as a whole and consists in providing financial support to the disabled persons from childhood and children with disabilities up to 18 years of age, which is determined by the legislation, based on from the statutory minimum subsistence level for the appropriate demographic to overcome the negative effects of social risk such as disability: created material foundations for achieving the highest possible level of their socialization and social adaptation, intellectual and physical activities play their own resources and development. It is concluded that the issue of creating optimal living conditions, restoration of lost contact with the outside world, psychological and pedagogical rehabilitation, social and labor adaptation and integration of persons with disabilities (in particular, children with disabilities and childhood disabilities) into society today paramount state tasks. One of the important contributions to the achievement of this goal is the normative fixing of the provision of state social assistance to the above categories of persons, its financing and timely payment. This assistance is intended first of all to meet the key, basic needs of the disabled child and the disabled child in the material resources necessary for nutrition, development, ensuring the normal functioning of the organism, and therefore the state should continue to strive to increase its size and standards. In addition, as seen from the above material, it would be advisable to improve the legal regulation of this type of social protection in the context of guaranteeing transparent conditions and the procedure for issuing opinions by medical advisory commissions and setting up disability groups by medical and social expert commissions.

Key words: rehabilitation measures, persons with disabilities, legal regulation, rehabilitation.

УДК 347.514.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.04

Олександр Виговський,
докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ЗМІСТ ІНФОРМАЦІЙНОГО МЕМОРАНДУМУ В МІЖНАРОДНИХ КРЕДИТНИХ ВІДНОСИНАХ

Ця стаття присвячена питанням цивільно-правової відповідальності, що виникає у разі вміщення недостовірної інформації або не розкриття істотної інформації про позичальника в інформаційному меморандумі, який надсилається потенційним учасникам міжнародного синдикованого кредитування. Автор зосереджує увагу на питанні про підстави виникнення цивільно-правової відповідальності банка-організатора синдикату за недостовірну інформацію, вміщену в інформаційному меморандумі, а також про способи обмеження чи зняття цієї відповідальності. У статті розкриваються підстави виникнення відповідальності за хибні твердження в меморандумі відповідно до законодавства та прецедентного права Англії, яке найчастіше вибирається сторонами міжнародних кредитних правочинів для регулювання їхніх прав та обов'язків. Автор розкриває причини, на яких можуть ґрунтуватися вимоги банків-учасників синдикату про притягнення банку-організатора до цивільної відповідальності за недостовірну інформацію в меморандумі, та підкреслює, що правовий статус лід-менеджера не передбачає виконання ним будь-яких фідуціарних обов'язків перед іншими учасниками синдикату на етапі підготовки та розсилки меморандуму. У статті розкривається зміст спеціальних захисних застережень, що зазвичай включаються до тексту інформаційного меморандуму, та договірних застережень, які інкорпоруються у договір міжнародного синдикованого кредитування, що дозволяють зняти з лід-менеджера цивільно-правову відповідальність за недостовірну інформацію в інформаційному меморандумі чи принаймні звести її до мінімуму. Автор зосереджує увагу на випадках, коли такі захисні застереження не забезпечуватимуть зняття цивільної відповідальності за недостовірну інформацію. Він робить висновок, що такі застереження не звільнять організатора синдикату від відповідальності у випадку шахрайства, грубої недбалості чи відсутності обґрунтованих підстав вважати таку інформацію достовірною. Окрема увага автором приділяється аналізу ключових рішень іноземних судів щодо підстав настання такої відповідальності та її обсягу, а також щодо ефективності застосування спеціальних захисних застережень, спрямованих на зняття або мінімізацію обсягу цивільної відповідальності лід-менеджера перед іншими учасниками синдикату за включення недостовірної інформації до інформаційного меморандуму.

Ключові слова: інформаційний меморандум, синдикований кредит, позичальник, лід-менеджер, банківський синдикат, судова практика.

Постановка проблеми. У фінансовому світі активно зростають обсяги міжнародних кредитних операцій, у яких боржник та кредитор належать до різних юрисдикцій. Особливого поширення набуває міжнародне синдиковане кредитування, для якого характерна множинність осіб у зобов'язанні на стороні кредитора: кредит надається позичальнику кількома банками-кредиторами, які утворюють банківський синдикат, на загальних умовах, визначених у єдиному кредитному договорі. Як правило, такі кредити видаються на чималі суми здебільшого для реалізації амбіційних інфраструктурних проектів чи операцій у сфері злиття та поглинання, а тому великими є й ризики, які несуть банки. Ще на стадії переговорів та розробки проекту кредитної документації потенційні учасники синдикату намагаються зібрати максимальний обсяг інформації про позичальника, щоб пересвідчитися у його платоспроможності та належному юридичному статусі, який дозволяє йому виконувати зобов'язання за таким договором. Належне розкриття інформації на фінансових ринках має велике значення, оскільки

© О. Виговський, 2019

допомагає подоланню однієї з найбільших проблем фінансового світу – проблеми асиметричності інформації, коли одна сторона правовідносин – боржник – знає про себе все, а кредитор не володіє такою інформацією і може прийняти хибне рішення. У міжнародних кредитних операціях проблема асиметричності інформації вирішується за допомогою особливого документа – інформаційного меморандуму, який виступає свого роду «паспортом» кредитного проекту, оскільки містить всю повноту інформації про майбутнього позичальника, його бізнес, місце на ринку та основні умови кредитування. Саме на підставі цієї інформації потенційні учасники синдикату прийматимуть рішення про свою участь у ньому, розмір такої участі та висуватимуть пропозиції щодо відсоткової ставки, за якою вони згодні кредитувати цю компанію. Включення до інформаційного меморандуму неправдивої інформації або не розкриття істотної інформації про позичальника може стати причиною чималих збитків з боку банків, якщо позичальник раптом збанкрутує або не зможе своєчасно обслуговувати свій борг.

Ключову роль у підготовці інформаційного меморандуму відіграє банк-організатор синдикату або лід-менеджер. Саме він допомагає позичальнику у розробці цього документа та надсилає його іншим банкам. Проблема полягає в тому, що якщо згодом виявиться, що такий документ містив неправдиву інформацію і банки були введені в оману, то вони можуть звернутися з позовом проти лід-менеджера з вимогами про відшкодування заподіяних їм збитків, особливо якщо позичальник знаходиться у процесі банкрутства і його активів явно не вистачить для задоволення всіх вимог кредиторів. У цьому контексті виникає проблемне питання про підстави та обсяг цивільно-правової відповідальності банка-організатора синдикату за недостовірну інформацію, вміщену в інформаційному меморандумі, а також про способи обмеження чи зняття цієї відповідальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання відповідальності за розкриття недостовірної інформації в рамках міжнародних кредитних операцій практично не досліджувалися в рамках вітчизняної правової доктрини. Окремі питання міжнародного синдикованого кредитування розглядалися, зокрема, у роботах А.М. Яншиної [1], О.М. Савастєєвої [2], Н. В. Кузнєцової [3], Л.С. Омельченко [4] та ряду інших дослідників, однак у них ці питання розглядалися переважно з позиції економічної науки, без аналізу правових аспектів, зокрема питань цивільно-правової відповідальності за розкриття недостовірної інформації (як виняток можна назвати статтю А. Жарікова [5], опубліковану за кордоном). У зарубіжній доктрині цими питаннями займалися, зокрема, Ф. Вуд [6], Р. Теннекун [7], Л. Гулліфер та Дж. Пейн [8], А. Мугаша [9], Е. Булєвіч та Ю.С. Парк [10] та ряд інших дослідників. Загалом ця проблематика залишається малодослідженою у вітчизняній юридичній науці, що зумовлює актуальність її вивчення.

Метою статті є дослідження підстав виникнення цивільно-правової відповідальності за розкриття недостовірної інформації в інформаційному меморандумі у банка-організатора синдикату та ефективних способів зменшення її обсягу, ґрунтуючись в основному на практиці іноземних судів та англійського права, яке найчастіше вибирається сторонами міжнародних кредитних правочинів.

Виклад основного матеріалу. Інформаційний меморандум є основним документом, який містить дані щодо позичальника та майбутній кредит і за багатьма ознаками нагадує проспект цінних паперів, що містить інформацію про емітента та випуск цінних паперів. Незважаючи на те, що зміст інформаційного меморандуму, на відміну від проспекту, не врегульований на законодавчому рівні, його не потрібно реєструвати в регуляторному органі та оприлюднювати, а відповідальність за вміщення в ньому неправдивих відомостей нормативно не встановлюється, однак ризик настання такої відповідальності є досить високим. При цьому межі та обсяги такої відповідальності однозначно визначити досить важко, і підходи судів у різних юрисдикціях до цього питання значною мірою різняться.

Відповідно до англійського права, відповідальність лід-менеджера перед іншими учасниками синдикату може ґрунтуватися на положеннях Закону Англії про неправдиву інформацію 1967 року (*UK Misrepresentation Act 1967*) або на принципах загального права щодо деліктної відповідальності. Стаття 2(1) зазначеного Закону передбачає, що якщо особа уклала договір після повідомлення їй неправдивої інформації іншою стороною і в результаті цього вона зазнала збитків, то особа, яка надала неправдиву інформацію, буде нести відповідальність із відшкодуванням збитків, якщо тільки ця особа не доведе, що вона мала достатньо підстав вважати і дійсно вважала на момент укладення договору, що повідомлені нею факти є правдивими.

В англійському прецедентному праві деліктна відповідальність за недостовірну інформацію може також ґрунтуватися на

принципах, сформульованих у хрестоматійних судових рішеннях по справах *Hedley Byrne & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [11] та *Caparo Industries plc. v. Dickman* [12]. Відповідальність може також ґрунтуватися на принципах загального права щодо деліктної відповідальності за надання неправдивої інформації, які ґрунтуються на рішенні по справі *Derry v. Peek* [13]. Виходячи з цих правових джерел, ми можемо зробити висновок, що відповідальність за неправдиву інформацію в меморандумі може виникнути, якщо:

– в його тексті міститься хибне твердження або в ньому не був розкритий істотний факт, що робить інформаційний меморандум таким, що вводить в оману. При цьому суд може трактувати не розкриття істотного факту у меморандумі як підставу виникнення цивільної відповідальності через те, що така бездіяльність робить іншу інформацію такою, що вводить кредитора в оману;

– банки-учасники синдикату покладалися на таку хибну інформацію, приймаючи інвестиційне рішення щодо надання кредиту; навіть часткове взяття до уваги такої інформації вважатиметься достатнім для виникнення цивільної відповідальності відповідно до Закону Англії про неправдиву інформацію 1967 року чи загального деліктного права;

– позивач є особою, якій надсилався інформаційний меморандум як потенційному учаснику синдикату, що задовольняє критерію наявності тісних відносин між позивачем та відповідачем у справі.

Слід зауважити, що така відповідальність не обмежується лише хибними твердженнями щодо фактів. Заяви про наміри, наприклад, щодо напрямів використання кредитних коштів позичальником будуть також вважатися неправдивою інформацією, якщо позичальник не мав насправді такого наміру. Економічні прогнози можуть також кваліфікуватися як хибні твердження, якщо особа, яка їх надавала, сама не вірила у їх здійсненність або якщо вони були очевидно не обґрунтованими. Часткове розкриття інформації про позичальника, без негативних даних, може також бути підставою для цивільної відповідальності, оскільки така інформація загалом буде визнана такою, що вводить в оману (напівправда вважається брехнею). Відповідно, на практиці існують досить високі стандарти розкриття істотних фактів у меморандумі під час здійснення міжнародних кредитних операцій.

Наявність неправдивої інформації у тексті інформаційного меморандуму може стати підставою для виникнення цивільної відповідальності не лише для позичальника, який надав таку інформацію, а й для лід-менеджера. Річ у тому, що такий факт виявляється зазвичай тоді, коли позичальник потрапляє у фінансові труднощі і не може обслуговувати свій борг за кредитним договором або стає банкрутом. У такій ситуації звичайні засоби правового захисту для кредиторів (оголошення дефолту позичальнику, застосування штрафних санкцій тощо) вже не матимуть сенсу, особливо якщо кредит був незабезпеченим. І тоді погляди всіх інших учасників синдикату звертаються у бік лід-менеджера як єдиного гаманця, здатного покрити їхні збитки від кредитування проблемного клієнта. При цьому потенційна цивільна відповідальність банку-організатора синдикату за недостовірну інформацію в меморандумі може ґрунтуватися на таких припущеннях:

– оскільки лід-менеджер допомагав позичальнику у складанні меморандуму за його завданням та надсилав його потенційним учасникам синдикату, то саме він має нести відповідальність за його зміст так, якби він надав гарантію щодо правдивості включеної інформації;

– досить часто той самий банк, який на початковому етапі виконував функції лід-менеджера, після підписання кредитного договору стає банком-агентом, який несе фідуціарні обов'язки перед своїми принципалами – іншими учасниками синдикату, і у банків може скластися хибне уявлення, що так було завжди, а отже, лід-менеджер, будучи їхнім агентом на етапі складання інформаційного меморандуму, мав ретельно перевірити всі дані, які надавалися позичальником;

– якщо лід-менеджер раніше обслуговував позичальника протягом тривалого часу, то він, на думку інших банків, міг мати доступ до інсайдерської інформації про такого клієнта, бути обізнаним із його станом справ та мав поділитися такою інформацією з іншими банками.

Однак насправді за своїм правовим статусом лід-менеджер на стаді підготовки інформаційного меморандуму не є ані агентом інших банків (він набуває такий статус лише після укладення договору міжнародного синдикованого кредитування, що містить положення про агентські правовідносини), ані агентом позичальника, виступаючи особою, яка надає послуги із формування синдикату. Тому він не несе жодних обов'язків перед іншими банками щодо перевірки інформації, яка надається позичальником. Саме позичальник відповідає за дійсність тверджень, які містяться у меморандумі. Жодних гарантій достовірності викладених у меморандумі

даних лід-менеджер не дає. Попри це, наявна практика йде шляхом включення спеціальних захисних застережень (англ. «*disclaimer notices*») до тексту інформаційного меморандуму та договірних застережень до тексту кредитного договору, які б дозволили зняти з лід-менеджера цю відповідальність чи принаймні звести її до мінімуму. У такому захисному застереженні, адресованому потенційному учаснику синдикату, як правило, вказується на те, що:

– лід-менеджер самостійно не перевіряє інформацію, надану йому позичальником для включення до меморандуму, та не робить жодних гарантій та заяв щодо її достовірності;

– лід-менеджер не несе відповідальності за правдивість інформації у меморандумі, така відповідальність покладається цілком на позичальника;

– учасники синдикату мають провести власний аналіз щодо повноти та достовірності наданої позичальником інформації і мають покладатися лише на результати такої незалежної оцінки;

– інформаційний меморандум не є рекомендацією чи схилянням до участі у синдикаті з боку лід-менеджера.

Іншими словами, таке застереження має спростовувати думку інших банків, що авторство меморандуму належить нібито лід-менеджеру, та запевняти їх у тому, що лід-менеджер є лише комунікаційною ланкою між позичальником та учасниками синдикату. Крім того, таке застереження має на меті перенести відповідальність за перевірку наданої інформації на одержувачів меморандуму та переконати їх не покладатися на твердження позичальника, які там містяться.

Разом із тим аналіз судової практики іноземних судів дозволяє стверджувати, що в ряді випадків такі захисні застереження працювати не будуть. Обмеження відповідальності лід-менеджера за неправдиву інформацію будуть неефективними у випадках:

– шахрайства, коли банк знав чи повинен був знати про хибність тверджень, наведених у меморандумі (в цьому випадку відповідних осіб очікує кримінальна відповідальність та цивільна відповідальність за введення в оману із відшкодуванням завданих збитків);

– грубої недбалості, коли банк не знав про недостовірність наданої інформації, але за наявних обставин мав піддати її сумнівам та перевірити;

– якщо кредитний договір регулюється правом Англії, то зняття відповідальності за надання неправдивої інформації обмежуватиметься нормами Закону Англії про неправдиву інформацію 1967 року та Закону Англії про несправедливі умови договору 1977 року, зокрема, особа може уникнути відповідальності, якщо вона доведе, що мала обґрунтовані підстави вважати таку інформацію достовірною на момент її надання.

Як приклад із судової практики англійських судів у цій сфері можна навести рішення по справі *IFE Fund SA v. Goldman Sachs International* [14]. Банк Goldman Sachs виступав в якості лід-менеджера у синдикованому кредиті, що видавався для придбання іншої компанії. Позивач був учасником цього синдикату. Лід-менеджер направив інформаційний меморандум цьому учаснику зі стандартним захисним застереженням про відсутність його відповідальності за зміст меморандуму. Після придбання виявилося, що фінансове становище придбаної компанії є гіршим, ніж вказувалося у фінансовій звітності. У своєму рішенні суд звернув увагу на те, що меморандум надавався компаніям, що є обізнаними гравцями на фінансовому ринку, які мають самі визначати свої ризики. Лід-менеджер не був зобов'язаний перевіряти інформацію від позичальника. Також немає доказів того, що організатор синдикату знав про недостовірність цієї інформації. Суд зауважив, що, якщо би банк знав про недостовірність звітності, наданої бухгалтерами, він повинен був розкрити цей факт. Тому було встановлено, що лід-менеджер не несе відповідальності за зміст інформаційного меморандуму.

Разом із тим у рішенні по справі *NatWest Australia Bank Ltd v. Tricontinental Corp. Ltd.* [15] суд визнав лід-менеджера винним перед учасником синдикату за не розкриття інформації про гарантії, надані позичальником, в інформаційному меморандумі. Ці гарантійні зобов'язання позичальника не були розкриті у фінансовій звітності. Згодом почалася процедура неспроможності щодо цього боржника. Суд прийняв до уваги той факт, що учасник синдикату зробив лід-менеджеру спеціальний запит щодо таких зобов'язань, а крім того, сам лід-менеджер був одержувачем однієї з таких гарантій, тому він мав знати про це та розкрити факт наявності гарантій на запит учаснику синдикату. У рішенні по справі *Sumitomo Bank Ltd. v. Banque Bruxelles Lambert SA* [16] лід-менеджер також був визнаний винним за хибну заяву, зроблену учаснику синдикату про здійснення страхування кредиту та розкриття всієї інформації про кредит страховику. Суд узяв до уваги застереження про зняття відповідальності з банку, однак підкреслив, що це застереження містилося в кредитному договорі і стосувалося банку-агенту, а не лід-менеджера.

Висновки

На підставі проведеного аналізу зарубіжної доктрини та судової практики можна дійти висновку про те, що в рамках міжнародного синдикованого кредитування цивільна відповідальність за надання недостовірної інформації може виникнути не лише у позичальника, який надає цю інформацію, а й у банка, що виступає організатором синдикату. Практичними способами зменшення цієї відповідальності є спеціальні захисні застереження, які включаються до меморандуму та кредитного договору. Разом із тим такі застереження не звільнять банк від відповідальності у випадку шахрайства, грубої недбалості чи відсутності обґрунтованих підстав вважати таку інформацію достовірною.

Список використаних джерел:

1. Яншина А.М. Розвиток міжнародного синдикованого кредитування в умовах інтернаціоналізації фінансових ринків : автореф. дис. ... канд. екон. наук: 08.00.02. Київ, 2010.

2. Савастєєва О.М., Атаманенко В.О. Деякі аспекти синдикованого банківського кредитування. *Фінансові аспекти розвитку держави, регіонів та суб'єктів господарювання: сучасний стан та перспективи* : зб. матеріалів V Міжнар. наук.-практ. конф., 20-21 листоп. 2017 р., м. Одеса. Одеса, 2017. С. 204–206.

3. Кузнєцова Н.В. Ринок міжнародних синдикованих кредитів в Україні: аналіз структури та динаміки розвитку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Міжнародні економічні відносини та світове господарство»*. 2018. Вип. 19 (частина 2). С. 57–61.

4. Омельченко Л.С., Кравченко Т.Д. Синдиковане кредитування як інноваційний фінансовий інструмент для комерційних банків України. *Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності*. 2018. Вип. 17. С. 249–255.

5. Zharikov A. Liability of the Arranger of a Syndicated Loan: Methods of Protection. *Law and Financial Markets Review*. 2015. Vol. 9. Issue 2. P. 154–158.

6. Wood P. R. International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

7. Tennekoon R.C. The Law and Regulation of International Finance. London: Butterworths, 1991.

8. Gullifer L., Payne J. Corporate Finance Law: Principles and Policy. 2nd edition. Oxford: Hart Publishing, 2015.

9. Mugasha A. The Law of Multi-Bank Financing: Syndications and Participations. Montreal: McGill-Queen's University Press, 1997.

10. Buljevich E.C., Park Y.S. Project Financing and International Financial Markets. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999.

11. Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465.

12. Caparo Industries PLC v Dickman [1990] UKHL 2.

13. Derry v Peek [1889] UKHL 1.

14. IFE Fund SA v Goldman Sachs International [2007] EWCA Civ 811.

15. NatWest Australia Bank Ltd v Tricontinental Corp Ltd and Minter Ellison, Supreme Court of Victoria, Australia, 26 July 1993.

16. Sumitomo Bank Limited v. Banque Bruxelles Lambert SA [1997] 1 Lloyd's Rep 487.

This article is dedicated to the issues of civil legal liability arising in the case of misrepresentation or failure to disclose material information about the borrower in the information memorandum sent to potential participants of an international syndicated loan transaction. The author focuses on the issue of the grounds of civil legal liability of the arranging bank in respect of incorrect or misleading information contained in the information memorandum, as well as the methods of exclusion or limitation of such liability. The author considers the reasons giving rise to liability in respect of false statements incorporated in the memorandum pursuant to the English statutory laws and common law of tort and negligence, since the English law is most frequently chosen by the parties of international loan transactions as the governing law for their rights and obligations. The author reveals the reasons which may serve as the basis for the claims raised by syndicate members trying to bring the lead manager to civil liability in respect of inadequate information contained in the information memorandum and emphasizes that the legal status of the lead manager does not involve any fiduciary duties owed to other syndicate members at the stage of preparation and dissemination of the information memorandum. The author considers the contents of specific disclaimer notices customarily incorporated into the text of the information memorandum and contractual provisions incorporated into the text of the international syndicated loan agreement, which can exclude or at least minimize civil legal liability of the lead manager for inaccurate information contained in the information memorandum. The author focuses on the cases when such disclaimer notices and contractual provisions will not entail exclusion of civil liability for inaccurate information. He concludes that such reservations will not release the arranging bank from liability in case of fraud, gross negligence or in case of the absence of reasonable grounds to believe that such information is accurate. Special attention is paid by the author to the analysis of key decisions of the foreign courts concerning the basis for arising such liability for misrepresentation and its scope.

Key words: information memorandum, syndicated loan, borrower, lead manager, syndicate of banks, court practice.

УДК 347.721
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.05

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

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА СУБ'ЄКТИВНИХ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ ЯК ОБ'ЄКТА ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ

У статті акцентовано увагу на особливостях правової природи корпоративних прав як об'єкта правового захисту, виокремленні їх юридичних ознак та виробленні авторського визначення цього поняття. Наголошується, що процес виникнення корпоративного суб'єктивного права включає в себе складний юридичний факт, що відображається у вчиненні дій, спрямованих на заснування юридичної особи корпоративного типу і внесення вкладу до статутного (складеного) капіталу засновником.

Піддано критиці закріплені у Господарському кодексі підходи до гл. 18, в якій натепер залишилось аж дві статті, присвячені дефініції корпоративних прав та корпоративних правовідносин. Констатовано відсутність регулятивного характеру у нормах цієї глави та доцільність її виключення з канви ГК України як такої, що вносить дисбаланс у звичні для правових систем та зрозумілі учасникам відносин правові категорії корпоративного права, заснованого на реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права на створення юридичних осіб. Натомість суб'єктивне корпоративне право пропонується включити до переліку об'єктів цивільних прав, що міститься у ст. 177 ЦК України.

Здійснено зіставлення корпоративних правовідносин із закріпленими у ст. 1 ЦК України критеріями віднесення відносин до приватноправових чи публічно-правових. Зроблено висновок, що корпоративні правовідносини є майново-організаційними відносинами, які базуються на принципах юридичної рівності сторін, автономії волі та майновій самостійності їх учасників, і в цьому сенсі є частиною цивільного права. Корпоративні відносини мають свою притаманну лише їм специфіку. Насамперед це проявляється в меті, задля досягнення якої створювалась корпорація, а також існуванні між засновником та корпорацією постійного особливого суспільного зв'язку, що існує до моменту припинення юридичної особи.

Виокремлено притаманні поняттю корпоративних прав учасників господарських товариств ознаки, які характеризують не лише його зміст, а й сутність. До юридичних ознак доцільно віднести: 1) складну юридичну природу корпоративних прав; 2) обов'язковість внесення вкладів учасниками господарського товариства; 3) складну юридичну природу відносин; 4) взаємозумовленість та взаємозалежність майнових та немайнових корпоративних прав; 5) відсутність ознаки підприємництва у носія корпоративних прав. На основі цього запропоновано авторське визначення поняття корпоративних прав учасників господарських товариств.

Ключові слова: суб'єктивне право, корпоративне право, об'єкт правового захисту, корпоративні правовідносини, господарське товариство, корпорація, майнові права, немайнові права, учасник господарського товариства.

Постановка проблеми. Розпочинаючи аналіз ознак та правової природи суб'єктивних корпоративних прав, насамперед зазначимо, що корпоративні права за своєю природою є суб'єктивними правами, що виникають у рамках конкретних відносин на основі об'єктивного права, є офіційно визнаними можливостями, якими володіє фізична чи юридична особа, та мірою їх юридично можливої поведінки. Відповідно, під внутрішньою структурою суб'єктивного корпоративного права розуміють класичну тріаду правомочностей: а) права на позитивні дії (правомочність на власну поведінку); б) права вимоги (правомочність на чужу поведінку); в) правомочності на захист (претензія як можливість звернутися до сили державного примусу) [1, с. 79].

Реалізуючи свою правоздатність, учасники цивільних відносин вступають у конкретні правовідносини й таким чином стають носіями як суб'єктивних прав, так і юридичних обов'язків. Відповідно, процес виникнення корпоративного суб'єктивного права включає в себе складний юридичний факт, що відображається у вчиненні дій, спрямованих на заснування юридичної особи корпоративного типу і внесення вкладу до статутного (складеного) капіталу засновником.

© І. Галіян, 2019

Проблематика природи корпоративних прав останнім часом викликає до себе жвавий науковий інтерес не лише на рівні дисертаційних досліджень, а й на правозастосовному рівні. Свідченням останнього є останні узагальнення Верховного Суду з практики розгляду справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів («Огляд за результатами вивчення судової практики розгляду господарськими судами справ щодо корпоративних спорів, корпоративних прав та цінних паперів» за період з 01.01.2018 по 30.11.2018 та «Дайджест судової практики Верховного Суду у справах, що виникають із корпоративних відносин» за період 2018 рік – 15 липня 2019 року). При цьому, як вбачається з опублікованого Верховним Судом огляду, саме проблематика захисту суб'єктивних корпоративних прав набуває особливої ваги в аспекті попередження та протидії недружнім поглинанням і так званим «рейдерським захопленням».

Виклад основного матеріалу. Тобто розгляд підстав, принципів, дієвих способів, форм захисту корпоративних прав учасників господарських товариств не буде повноцінним без з'ясування самого об'єкта такого захисту, його ознак, правової природи, місця в системі об'єктів цивільних прав. Як констатується з цього приводу в юридичній літературі, незважаючи на широкий спектр наукових та практичних публікацій з корпоративного права, визначеності у правовій природі корпоративних прав як таких і досі не досягнуто [2, с. 147]. Більше того, до сьогодні не вщухають дискусії щодо віднесення корпоративного права як сукупності правових норм, що регулюють і охороняють відносини між акціонером, учасником і самою корпорацією, а також між самими учасниками та акціонерами з приводу реалізації їхнього права власності на акцію чи права власності на частку в статутному капіталі, до цивільного чи господарського права. Основним арґументом противників цивілістичної природи корпоративних відносин є відсутність їх закріплення в структурі Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), що не може не викликати посмішку, адже від того, що, наприклад, відносини сурогатного материнства не включені в структуру Сімейного кодексу (далі – СК України), вони не перестають бути сімейно-правовими. Більше того, в юридичній літературі спостерігаються спроби під сформовану нормативну базу з цього приводу підвести теоретичне підґрунтя або ж піддати критиці наявні законодавчі визначення таких категорій, як корпоративне право та корпоративні правовідносини, як приватноправових категорій.

Загалом, не вдаючись до критики закріплених у Господарському кодексі України (далі – ГК України) підходів до гл. 18, в якій натепер залишилось аж дві статті, присвячені дефініції корпоративних прав та корпоративних правовідносин, можемо лише констатувати відсутність регулятивного характеру у нормах цієї глави та доцільність її виключення з канви ГК України як такої, що вносить дисбаланс у звичні для правових систем та зрозумілі учасникам відносин правові категорії корпоративного права, заснованого на реалізації суб'єктами цивільних правовідносин права на створення юридичних осіб. Натомість суб'єктивне корпоративне право пропонується включити до переліку об'єктів цивільних прав, що міститься у ст. 177 ЦК України. Підтвердження наведеного знаходимо на сторінках монографії «Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти)», в якій наголошується на доцільності слідом за податковим законодавством і цивільному праву визнати самостійне місце суб'єктивного корпоративного права серед об'єктів цивільних прав, а не застосовувати аналогію, прирівнюючи їх до майнових прав, або (що ще гірше) ігнорувати таке право [3, с. 91].

Цікавими з цього приводу є напрацьовані аргументи англійської правової доктрини як родоначальниці перших корпорацій, за якою корпоративні відносини є приватними (цивільно-правовими), зважаючи, що юридична особа як правовий інститут виникла насамперед як суб'єкт цивільного права. Поява корпоративних відносин викликана потребами цивільного обороту, участь в якому і становить основний предмет регулювання цивільного права. Тобто саме визнання корпорацій – юридичних осіб суб'єктами цивільного права і стало підставою появи корпоративних відносин.

Зазначене підтверджується й зіставленням корпоративних правовідносин із закріпленими у ст. 1 ЦК України критеріями віднесення відносин до приватноправових чи публічно-правових. Зіставлення цих ознак дозволяє дійти однозначного висновку, що корпоративні правовідносини є майново-організаційними відносинами, які базуються на принципах юридичної рівності сторін, автономії волі та майновій самостійності їх учасників, і в цьому сенсі є частиною цивільного права. І. В. Спасибо-Фатєєва з цього приводу наводить безапеляційні, на наш погляд, арґументи, що, оскільки корпоративні правовідносини є одним із видів цивільних правовідносин, їм притаманні всі ознаки цивільних правовідносин: дозволена спрямованість, автономія волі учасників, їхня майнова само-

стійність, захист суб'єктивних прав та майновий, компенсаційний характер відповідальності [4, с. 8–10]. Аналіз змісту корпоративних прав та обов'язків і самих корпоративних відносин, які складаються між корпорацією та її учасниками і між самими учасниками, дає підстави для висновку, що корпоративні правовідносини є цивільно-правовими, а система правових норм та інших соціальних регуляторів цих відносин становить підгалузь цивільного права [5, с. 13].

Відповідно, для аналізу корпоративних правовідносин незмінним є інструментарій аналізу цивільного правовідношення крізь призму таких понять, як юридичний факт, суб'єкт, об'єкт, зміст, метод правового регулювання. Так, моментом виникнення корпоративного правовідношення є юридичний склад, у якому особливе місце посідають юридичні факти: правочини, факт реєстрації юридичної особи та вступ до корпорації [6, с. 43].

Разом із тим корпоративні відносини мають свою, притаманну лише їм, порівняно з класичними цивільно-правовими відносинами, специфіку. Насамперед це проявляється в меті, задля досягнення якої створювалась корпорація. Крім того, така специфіка зумовлюється й наявністю між засновником та корпорацією постійного особливого суспільного зв'язку, що існує до моменту припинення юридичної особи [7, с. 11]. Особливість зв'язку між учасником і корпорацією проявляється в тому, що саме він дає змогу учаснику реалізовувати певним порядком свої суб'єктивні корпоративні права [8, с. 12–13]. Слушною з цього приводу є висловлена О. І. Харитоновою позиція, що поняття цивільних правовідносин не вичерпує поняття корпоративних правовідносин, так само як поняття корпоративних правовідносин не вичерпується поняттям цивільних правовідносин. Корпоративні правовідносини включають як організаційні цивільні правовідносини, так і деякі групи майнових та немайнових цивільних правовідносин, а також низку правовідносин іншої галузевої належності [9, с. 330].

Недарма під корпоративним правом у юридичній літературі пропонується розуміти право особи, яка поєднує зусилля та капітал, бути учасником корпорації (юридичної особи). Набуття суб'єктивних корпоративних прав пов'язується з майновою участю у формуванні статутного капіталу. Особа втрачає право на внесене майно, ризикує його втратити у разі неефективної діяльності юридичної особи, а тому отримує натомість можливість впливу на подальшу «долю» цього майна шляхом набуття корпоративних прав. Саме такі права у разі їх порушення, невизнання чи оспорювання підлягають цивільно-правому захисту [10, с. 20-21]. Тобто під суб'єктивним корпоративним правом учасника пропонується розуміти наділене особливими (відмінними від зобов'язальних та абсолютних прав) ознаками майнове право, здатне до цивільного обороту [6, с. 48, 53].

Якщо звернутися до закріпленого у п. 8 ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» визначення змісту корпоративних прав, то у ньому зазначаються ключові повноваження учасника (засновника) юридичної особи (участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами). Крім того, під суб'єктивним корпоративним правом акціонера розуміється сукупність як майнових, так і немайнових прав власника акцій товариства.

Якщо порівнювати вищенаведену дефініцію корпоративних прав із відображеною у ст. 167 ГК України дефініцією, слід зазначити наявні у цих визначеннях відмінності, що відображаються у такому. За ГК України поняття корпоративних прав розкривається через перелік правомочностей (на участь особи в управлінні господарською організацією, на отримання частки прибутку (дивідендів) організації, на одержання активів у разі ліквідації господарської організації тощо). Наявність цих прав у особи закон пов'язує із визначенням її частки в статутному капіталі господарської організації. Натомість за Законом України «Про акціонерні товариства» поняття корпоративних прав визначено через сукупність окремих суб'єктивних прав (права на участь в управлінні акціонерним товариством, права на отримання дивідендів, права на отримання активів акціонерного товариства в разі його ліквідації відповідно до закону тощо), однак виникнення цих прав зумовлено володінням на праві власності акціями товариства.

Як видається, зазначена законодавча дефініція є наслідком тривалих дискусій щодо складових елементів суб'єктивного корпоративного права як самостійного об'єкта цивільних прав[1], яке, по суті, є складною сукуп-

[1] Одні дослідники відстоюють позицію щодо виключно майнового складника суб'єктивного корпоративного права (В.А. Васильєва, В.С. Ем, Н.В. Козлова), інші – щодо виключно немайнового характеру корпоративних прав (Д.В. Ломакін, Є.А. Суханов). На нашу ж думку, більш переконливими є арґументи тих дослідників, які складовими елементами суб'єктивного корпоративного права пропонують виділяти як майнові, так і немайнові права (І.В. Спасибо-Фатєєва, І.Р. Калаур, Т.В. Дуденко, О.І. Угриновська).

ністю окремих правомочностей майнового та немайнового характеру. Відповідно, й аналіз суб'єктивного корпоративного права як сукупності окремих майнових та немайнових прав в їхній цілісній єдності дозволяє виокремити його як окремий об'єкт цивільних прав. Незалежно від того, що таке право об'єднує в собі дві групи, кожна з яких включає кілька прав, корпоративне право є цілісним [11, с. 228]. Ю. М. Жорнокуй з цього приводу наголошує на неможливості говорити про елементарне корпоративне право як частину корпоративного права, тому що кожне окреме елементарне корпоративне право є елементом кожного окремого корпоративного правовідношення, а не єдиного (цілого) корпоративного права. Крім того, якщо вважати, що таке право реалізується за своїм механізмом, то мова повинна йти про секундарне право (як про можливість створити, змінити або припинити юридичне відношення шляхом одночасного волевиявлення), а не про суб'єктивне корпоративне право [12, с. 113]. Відповідно, корпоративні права є неподільними та нерозривними, тісно взаємопов'язаними із корпоративними обов'язками [13, с. 27].

З цього приводу доцільно навести висловлене в юридичній літературі твердження, що суб'єктивне корпоративне право є категорією динамічною і мінливою. Наповнення суб'єктивного корпоративного права конкретним змістом залежить від організаційно-правової форми юридичної особи. Акценти можуть зміщуватися у бік зменшення немайнового чи організаційного компоненту, або майнових складників [3, с. 96].

Отже, складовими елементами корпоративних прав учасників господарських товариств є майнові і немайнові права, які є, за влучним висловом І. В. Спасибо-Фатєєвої, взаємозумовленими та взаємозалежними, адже у разі відчуження майнових прав учасником господарського товариства до нового учасника переходять і усі немайнові права [14, с. 28]. Прикладом такої взаємозумовленості та взаємозалежності слугує закріплене законодавчо право вкладника командитного товариства на першочергове повернення свого внеску. Таким чином, виходячи із вищенаведеної концепції єдності корпоративного права, доходимо закономірного висновку про неможливість «розчленування» корпоративного права на майновий та немайновий (організаційну) складники та неможливість їх окремого обороту як окремих об'єктів цивільних прав, що свідчить про перехід у разі відчуження частки в статутному капіталі товариства корпоративного права, складовими елементами якого є як майнові, так немайнові права.

Висновки

Відповідно, перш ніж запропонувати авторське визначення поняття корпоративних прав учасників господарських товариств, яке могло б знайти своє відображення в оновленій редакції гл. 7 ЦК України, виокремимо притаманні йому ознаки, які характеризують не лише його зміст, а й сутність. Зважаючи, що сутність предмета або явища є визначальним, таким, що зумовлене глибинними внутрішніми зв'язками і тенденціями розвитку та пізнається на рівні теоретичного мислення [15, с. 335], у виробленні авторського поняття цього договору неможливо не враховувати законодавчі визначення поняття корпоративних прав учасників господарських товариств.

До юридичних ознак, що знайшли своє відображення у сучасних нормах права з корпоративного законодавства, доцільно віднести: 1) складну юридичну природу корпоративних прав (складаються як із майнових, так і немайнових прав); 2) обов'язковість внесення вкладів учасниками господарського товариства (корпоративні права можуть виникати лише щодо юридичних осіб, у статутному капіталі яких визначаються частки, тобто підприємницької юридичної особи); 3) складну юридичну природу відносин (відображають відносини двох рівнів: а) між учасником (засновником) та товариством та б) між самими учасниками (засновниками) товариства); 4) взаємозумовленість та взаємозалежність майнових та немайнових корпоративних прав між собою; 5) відсутність ознаки підприємництва у носія корпоративних прав (належність особі корпоративних прав не вважається підприємництвом).

Отже, зважаючи на той факт, що під визначенням будь-якого поняття доцільно розуміти встановлення, розпізнання за певними ознаками та закріплення суттєвих властивостей правового явища, під корпоративними правами учасників господарських товариств пропонуємо розуміти визначену законом та локальними актами сукупність взаємозумовлених та взаємозалежних майнових та немайнових правомочностей учасника господарського товариства щодо його створення, функціонування та припинення.

Список використаних джерел:

1. Марущак Я.С. Корпоративні права та обов'язки за законодавством України та Європейського Союзу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса: Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.», 2018. С. 79.

2. П'янова Я.В. Судовий захист майнових цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2009. С. 147.

3. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти) : монографія / за заг. ред. В.В. Луця. Тернопіль : Підручники і посібники, 2007. С. 91, 96.

4. Спасибо-Фатєєва І.В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : автореф. дис. ... д-р юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2000. С. 8–10.

5. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В.А. Васильєва, В.В. Луць, Л.В. Сіщук та ін. ; за заг. ред. В.А. Васильєвої. Харків : Право, 2018. С. 13.

6. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В.А. Васильєва, А.В. Зеліско, В.В. Луць, І.Б. Саракун, Л.В. Сіщук та ін.; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. С. 43, 48, 53.

7. Охорона прав суб'єктів корпоративних відносин : монографія / Луць В.В., Васильєва В.А., Вінник О.М., Кобецька Н.Р., Калаур І.Р., Саракун І.Б. та ін.; за заг. ред. Луця В.В. Київ, 2013. С. 11.

8. Корпоративне право України : підручник / В.В. Луць, В.А. Васильєва, О.Р. Кібенко, І.В. Спасибо-Фатєєва та ін.; за заг. ред. В.В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 12–13.

9. Харитонова О.І. Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних правовідносин. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Т. 10* / голов. ред. С.В. Ківалов; МОНмолодьспорт України, НУ «ОЮА». Одеса, 2011. С. 330.

10. Сліпенчук Н.А. Цивільно-правові способи захисту корпоративних прав : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. С. 20-21.

11. Шимон С.І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014 р. С. 228.

12. Жорнокуй Ю.М. Суб'єктивне корпоративне право : універсальна єдність чи множинність прав. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 3. С. 113.

13. Бутрин Н.С. Правочин як підстава виникнення та припинення корпоративних прав : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. С. 27.

14. Спасибо-Фатєєва І.В., Дуденко Т.Н. Правова природа майнових і корпоративних прав, їх оборотоздатність та деякі аспекти застави. *Юридичний радник*. 2005. № 2. С. 28.

15. Український радянський енциклопедичний словник : в 3-х т. / відп. ред. А.В. Кудрицький. 2-е вид. Київ : Голов. ред. УРЕ, 1987. С. 335.

The article focuses on the peculiarities of the legal nature of corporate rights as an object of legal protection, the separation of their legal features and the author's definition of this concept. It is emphasized that the process of emergence of corporate subjective law involves a complex legal fact, which is reflected in the actions aimed at establishing a corporate body of a corporate type and contributing to the authorized (compound) capital by the founder.

The approaches to Ch. 18, which still has two articles on the definition of corporate rights and corporate relationships. The absence of regulatory character in the norms of this chapter and the expediency of its exclusion from the canvas of the Civil Code of Ukraine as such, which introduces an imbalance in the usual legal systems and understandable to the participants of the legal categories of corporate law, based on the exercise of the legal entities by the subjects of legal entities. Instead, it is suggested that subjective corporate law be included in the list of civil rights objects contained in Art. 177 of the Civil Code of Ukraine.

Correlation of corporate legal relations with those enshrined in Art. 1 of the Civil Code of Ukraine by the criteria of attribution of relations to private or public law. It is concluded that corporate legal relations are property-organizational relations, which are based on the principles of legal equality of parties, autonomy of will and property independence of their participants, and in this sense are part of civil law. Corporate relations have their own peculiarities. This is first and foremost manifested by the purpose for which the corporation was created, as well as by the existence between the founder and the corporation of a permanent special public connection that existed until the termination of the legal entity.

We distinguish inherent in the concept of corporate rights of members of companies, which characterize not only its content, but also the essence. Among the legal features it is advisable to include: 1) the complex legal nature of corporate rights; 2) the obligation to make contributions by members of a business company; 3) the complex legal nature of the relationship; 4) interdependence and interdependence of property and non-property corporate rights among themselves; 5) no sign of entrepreneurship in the holder of corporate rights. On the basis of which the author defines the concept of corporate rights of the participants of business companies

Key words: subjective law, corporate law, object of legal protection, corporate legal relations, business company, corporation, property rights, non-property rights, participant of business partnership.

УДК 347.643.8
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.06

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

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА ДОГОВОРОМ ПРО ВЛАШТУВАННЯ ДІТЕЙ-СИРІТ ТА ДІТЕЙ, ПОЗБАВЛЕНИХ БАТЬКІВСЬКОГО ПІКЛУВАННЯ, У ПРИЙОМНУ СІМ'Ю

У статті акцентовано увагу на особливостях виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю. Наголошується, що за цим договором надаються послуги такого характеру, в яких прийомні батьки не в змозі одразу визначитися щодо можливості чи, навпаки, неможливості досягнення необхідного виховного результату. Більше того, можливість досягнення позитивного для дитини результату вимагає виконання зустрічних дій з боку як прийомних батьків, так і замовника послуги та самої дитини, що ще раз свідчить про складність досліджуваних правовідносин. Для досліджуваного договору виконання полягає у постійній участі: а) прийомних батьків у вихованні, піклуванні, спілкуванні, навчанні тощо з прийомними дітьми та органом виконавчої влади; б) органу виконавчої влади, який здійснює соціальне супроводження прийомної сім'ї.

Особливість виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю відображається у таких елементах, як: 1) суб'єкти виконання – замовник (орган виконавчої влади) і виконавець (прийомні батьки); 2) предмет виконання (дії з надання відповідної послуги та її оплати); 3) строк виконання (до досягнення 18-річного віку, а в разі навчання у професійно-технічних, вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації – до його закінчення); 4) місце виконання (місце проживання прийомних батьків); 5) спосіб виконання (пов'язаний з педагогічними, освітніми, медичними здібностями прийомних батьків).

Специфіка договору про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю полягає у закріпленні законодавчої вимоги до прийомних батьків надати послугу такого характеру особисто. Особистість прийомних батьків має істотне значення, тому до таких відносин застосовуються положення ч. 1 ст. 902 ЦК України. Особливість виконання досліджуваного договору відображається також і в тому, що послуга надається не безпосередньо замовнику, а визначеній ним третій особі (дитині-сироті чи дитині, позбавленій батьківського піклування).

Належне виконання умов зі влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю щодо предмета відображається у наданні виховної послуги з дотриманням відповідних правил щодо проживання, освіти, харчування, відпочинку, усиновлення тощо дитини, а щодо строку – у закріпленні прямої вказівки на строк договору у спеціальному нормативно-правовому акті та неможливості дострокового надання послуги.

Ключові слова: договір, прийомна дитина, прийомна сім'я, прийомні батьки, виконання умов договору, суб'єкти виконання, предмет виконання, строк виконання, спосіб виконання, місце виконання.

Постановка проблеми. Аналізуючи особливості виконання сторонами зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю, доцільно зазначити, що за цим договором надаються послуги такого характеру, в яких прийомні батьки не в змозі одразу визначитися щодо можливості чи, навпаки, неможливості досягнення необхідного виховного результату. Більше того, можливість досягнення позитивного для дитини результату вимагає виконання зустрічних дій з боку як прийомних батьків, так і замовника послуги та самої дитини, що ще раз свідчить про складність досліджуваних правовідносин.

Як і до будь-яких інших договорів, закріплених у Сімейному кодексі України

© О. Козак, 2019

(далі – СК України), до досліджуваного нами договору немає встановлених вимог щодо його належного виконання. Із цього можемо зробити висновок про застосування до цих правовідносин загальних положень гл. 48 Цивільного кодексу України «Виконання зобов'язань» (далі – ЦК України), основоположним принципом яких є виконання зобов'язання належним чином, відповідно до умов договору та вимог актів цивільного законодавства, а за відсутності таких вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться.

Зважаючи на те, що договір про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю має на меті створення оптимальних умов життя і діяльності цих дітей, сприяння їх моральному і фізичному розвитку, підготовці до самостійного життя, зазначеній меті підпорядкований і зміст договору, де закріплено суб'єктивні права та юридичні обов'язки його сторін. Для досліджуваного договору виконання полягає у постійній участі: а) прийомних батьків у вихованні, піклуванні, спілкуванні, навчанні тощо з прийомними дітьми та органом виконавчої влади; б) органу виконавчої влади, який здійснює соціальний супровід прийомної сім'ї. Отже, вчинення дій щодо виконання умов договору про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю є односторонньо зобов'язуючими правочинами, якими можуть бути визнані тільки правомірні дії.

Відповідно, під виконанням договірних зобов'язань зі влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю слід розуміти сукупність фактичних або юридичних дій (у певних випадках – утримання від дії) сторін зобов'язання, спрямованих на реалізацію (здійснення) передбачених договором або законом їхніх суб'єктивних прав і обов'язків задля досягнення економічної і юридичної мети зобов'язання.

Мета статті – розкрити особливості виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю.

Виклад основного матеріалу. Переходячи до аналізу елементів виконання договору про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю, насамперед зазначимо, що для розуміння виконання договору слід виділити найбільш суттєві елементи, дотримання яких призводить до припинення юридичного зв'язку між сторонами, а саме: 1) суб'єкти виконання – замовник (орган виконавчої влади) і виконавець (прийомні батьки); 2) предмет виконання (дії з надання відповідної послуг та їх оплата); 3) строк виконання (до досягнення 18-річного віку, а в разі навчання у професійно-технічних, вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації – до його закінчення); 4) місце виконання (як правило, місце проживання прийомних батьків); 5) спосіб виконання (багато в чому пов'язаний з педагогічними, освітніми, медичними здібностями прийомних батьків).

Отже, серед усіх вищенаведених елементів виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю такий елемент, як виконання договірних умов належними сторонами, є надзвичайно важливим. Так, для дитини важливо виховуватись тими людьми, до яких вона звикла, сприймає їх як рідних, проводить з ними час. Відповідно, особливість виконання цього договору пов'язана із закріпленням законодавчої вимоги до прийомних батьків надати послугу такого характеру особисто. У зв'язку з цим особистість прийомних батьків має істотне значення, тому до таких відносин застосовуються положення ч. 1 ст. 902 ЦК України. Особливість виконання досліджуваного договору відображається також і в тому, що послуга надається не безпосередньо замовнику, а визначеній ним третій особі (дитині-сироті чи дитині, позбавленій батьківського піклування). Таким чином, належне виконання насамперед відображається у виконанні належними сторонами договірних зобов'язань. Звідси випливає й специфіка договору про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю.

Наступним елементом належного виконання договорів про надання послуг є предмет виконання. З цього приводу варто сказати про розмежування на доктринальному рівні понять «предмет зобов'язання» і «предмет виконання зобов'язання» як нетотожних. Так, у юридичній літературі наголошується на доцільності розуміння під предметом виконання дії виконавця щодо надання відповідної послуги і замовника – щодо їх оплати [1, с. 236], а під предметом зобов'язання – безпосередньо саму послугу [2, с. 316]. Екстраполюючи наведені висновки у досліджувані нами договірні зобов'язання, слід наголосити, що предметом зобов'язання є соціальна послуга зі влаштування дитини у свою сім'ю, а предметом виконання – сукупність дій прийомних батьків, спрямованих на задоволення потреб прийомної дитини як фактичного, так і юридич-

ного характеру. Тобто виконання зобов'язання шляхом надання послуги, що відображається у вчиненні відповідних дій прийомними батьками та їх систематичному фінансуванні з боку замовника, є важливим етапом виконання, адже інакше не буде досягнуто основної мети зобов'язання – задоволення потреб прийомної дитини як фактичного, так і юридичного характеру. Належне виконання умов зі влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю щодо предмета відображається у наданні виховної послуги з дотриманням відповідних правил щодо проживання, освіти, харчування, відпочинку, усиновлення тощо дитини. Зазначене підтверджується висловленою М.Д. Пленюк тезою, що належне виконання цивільного договору є юридичним фактом, який за характером спричинених наслідків є правоприпиняючим, оскільки належне виконання договірного зобов'язання припиняє цивільні відносини досягненням певного (очікуваного) результату [3, с. 85].

Аналізуючи такий елемент виконання договору про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю, як спосіб виконання, слід зазначити, що ні СК, ні ЦК України не містить загального правила, яке б визначало спосіб виконання договірного зобов'язання, тобто розкривало характер (послідовність) тих дій, які є змістом цього поняття. Водночас спосіб виконання зобов'язання перебуває у прямій залежності від предмета виконання [4, с. 649]. В юридичній літературі саме через характер дій (порядок, процедуру, послідовність їх вчинення) розкривається спосіб виконання зобов'язання [5, с. 588], що завжди залежить від специфіки окремих зобов'язань [6, с. 94].

Зважаючи на вищенаведене, доцільно наголосити, що зобов'язання як прийомних батьків, так і органу виконавчої влади виконуються у специфічний спосіб, адже є тривалими в часі. Так, уповноважений на прийняття рішення про створення прийомної сім'ї орган виконавчої влади постійно повинен забезпечувати: 1) соціальний супровід прийомної сім'ї шляхом закріплення за нею соціального працівника; 2) щорічне безоплатне медичне обстеження дітей; 3) щомісячні виплати державної соціальної допомоги на дітей та грошове забезпечення; 4) відрахування страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування тощо. Натомість прийомні батьки постійно повинні: 1) забезпечувати дитину повноцінним харчуванням, вихованням, навчанням за рахунок щомісячної державної соціальної допомоги на дитину; 2) всіляко сприяти обов'язковому щорічному медичному обстеженню прийомних дітей; 3) представляти дитину у всіх установах, організаціях; 4) не перешкоджати контакту дитини із соціальним працівником відповідного центру соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді; 5) сприяти забезпеченню пріоритетного права прийомних дітей на усиновлення, комунікування з близькими родичами; 6) раціонально витрачати кошти, виділені на утримання дитини, тощо.

Таким чином, спосіб виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю визначається умовами договору, загальними положеннями гл. 20-1 СК України, а також спеціально закріпленими правилами Положення про прийомну сім'ю.

Важливим елементом виконання договорів про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю є дотримання умов щодо строків їх виконання. За закріпленим у ст. 530 ЦК України загальним правилом зобов'язання повинно бути виконано у визначений умовами договору строк. Екстраполюючи наведене правило у досліджувані нами правовідносини, слід зазначити, що строк, на який укладається договір про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю, передбачено на законодавчому рівні ч. 3 ст. 256-3 СК України шляхом вказівки на подію, яка неминуче має настати (досягнення дитиною повноліття, а в разі навчання у професійно-технічних, вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації – до його закінчення). Як слушно наголошує з цього приводу В.В. Луць, строковою можна назвати ту подію, настання якої є неминучим, на відміну від події, що використовується у разі укладення умовних правочинів і характеризується тим, що вірогідність її настання невідома. Визначаючи ж строк або термін події, яка має неминуче настати, сторони цивільного правовідношення усвідомлюють об'єктивний характер певної події (обставини) і неминучість її настання, хоч і конкретний момент настання цієї події в часі може бути наперед їм невідомим [7, с. 21]. Відповідно, строки, визначені вказівкою на подію, яка неминуче має настати, пропонується відносити до відносно визначених строків [8, с. 48]. Тобто відносно визначені строки характеризуються меншою точністю, однак також пов'язані з певним періодом чи моментом часу. Отже, особливість виконання досліджуваного нами договору щодо строку виконання обов'язків полягає у закріпленні прямої вказівки на строк договору у нормативно-правовому акті, який врегульовує окремі види відносин з надання послуг.

Крім того, особливість виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю відображається також у діях замовника – уповноваженого органу виконавчої влади, який зобов'язаний щомісячно до 20 числа здійснювати виплати державної соціальної допомоги та грошового забезпечення, адже досліджуваний договір є договором про надання послуг, які за своєю сутністю є такими, що необхідні замовнику постійно. Це означає, що одні і ті ж дії виконавець зобов'язується виконувати впродовж строку, на який укладено договір. Відповідно й замовник зобов'язаний періодично у визначений п. 19 Положення про прийомну сім'ю строк оплачувати отриману на користь прийомної дитини послугу. Більше того, для належного виконання умов договору місцеві відділи у справах сім'ї, дітей та молоді зобов'язані раз на рік забезпечити безкоштовне оздоровлення прийомних дітей у дитячих оздоровчих закладах.

Отже, зважаючи на вищенаведене, можемо констатувати, що особливістю виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю є неможливість дострокового надання послуги. Зазначене можна пояснити тим, що надання таких послуг тісно пов'язано з визначеною замовником особою та процесом її споживання останньою. Тобто в цьому сенсі як прострочення виконання зобов'язання, так і дострокове надання послуги вважатиметься порушенням договірного зобов'язання з надання послуг.

Наступним елементом виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю є місце виконання договору. За загальним правилом місцем виконання договорів про надання послуг є місцезнаходження виконавця. Місце виконання може бути визначене законом, договором, або виявлятися зі звичаїв ділового обороту або суті зобов'язання. Пунктом 3 Положення про прийомну сім'ю місцем виконання зобов'язань за досліджуваним договором визначено місце проживання прийомних батьків. Прийомні батьки беруть за плату прийомних дітей на власну житлову площу за наявності відповідних санітарно-гігієнічних та побутових умов (належного стану житлового приміщення, необхідної житлової площі, належного санітарного стану, наявності необхідних меблів, побутової техніки та інших предметів тривалого вжитку, наявності умов для проживання, виховання та розвитку дитини).

З цього приводу доцільно наголосити, що під місцем проживання фізичної особи законодавець розуміє житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово. У ст. 29 ЦК України немає прямої вказівки на те, що таке житло повинно перебувати у неї виключно на праві власності, із чого можемо зробити висновок, що прийомні батьки можуть володіти житлом не лише на праві власності, а й на праві тимчасового володіння й користування ним.

Разом із тим слід звернути увагу, що те місце проживання, яким оперує законодавець у ст. 29 ЦК України, можна вважати певним чином місцем проживання у приватноправовому розумінні. Так, у коментарі до Цивільного кодексу України зазначається, що чинне законодавство містить ще одне, так зване публічно-правове, визначення місця проживання, під яке підпадає адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік. Поряд із ним законодавець вводить ще й інше поняття – «місце перебування», під яким розуміється адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік. Відмінність між вказаними поняттями є очевидною. Адже якщо в розумінні ст. 29 ЦК місцем проживання вважається відповідне приміщення, що чітко визначене та має належну поштову адресу, то в публічно-правовому – це є сама адміністративно-територіальна одиниця, тобто АРК, область, район, місто, район у місті, селище чи село, де особа фактично перебуває (місце перебування) [9, с. 66].

Із цього можемо припустити, що місце виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю має важливе значення, оскільки у разі переміщення прийомної сім'ї з однієї адміністративно-територіальної одиниці до іншої як у прийомних батьків (виконавців), так і в органу виконавчої влади (замовника) виникає ряд обов'язків щодо: а) повідомлення служби у справах дітей за місцем утворення прийомної сім'ї про намір і причини переміщення; б) письмового звернення служби у справах дітей за місцем утворення прийомної сім'ї до служби у справах дітей за новим місцем функціонування прийомної сім'ї для з'ясування умов її проживання на новому місці; в) обстеження житлово-побутових умов прийомної сім'ї та складання акта про це; г) узгодження між службами у справах дітей за місцем утворення прийомної сім'ї та за новим місцем її функціонування дати припинення функціонування прийомної сім'ї в одній адміністративно-територіальній одиниці та дати початку її функціонування в іншій адміністративно-територіальній одиниці; ґ) прийняття районною, районною у мм. Києві та Севастополі держадміністраціями, вико-

навчим органом міських, районних у містах (в разі утворення) рад рішення про забезпечення функціонування прийомної сім'ї на відповідній адміністративно-територіальній одиниці.

Висновки

Отже, на основі вищенаведеного можемо підсумувати, що особливість виконання зобов'язань за договором про влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, у прийомну сім'ю відображається у таких елементах, як: 1) суб'єкти виконання – замовник (орган виконавчої влади) і виконавець (прийомні батьки); 2) предмет виконання (дії з надання відповідної послуги та її оплати); 3) строк виконання (до досягнення 18-річного віку, а в разі навчання у професійно-технічних, вищих навчальних закладах I–IV рівнів акредитації – до його закінчення); 4) місце виконання (місце проживання прийомних батьків); 5) спосіб виконання (пов'язаний з педагогічними, освітніми, медичними здібностями прийомних батьків).

Список використаних джерел:

1. Федорченко Н.В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ, 2015. С. 228–229, 236.

2. Лукасевич-Крутник І.С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль: ФОП Паляниця В. А., 2019. С. 316.

3. Пленюк М., Коструба А. Юридичні факти в доктрині приватного права України : монографія. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2018. С. 85.

4. Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. Кн. 1. / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 649.

5. Гражданское право : учебник для вузов. Академический курс / отв. ред. М.К. Сулейменов, Ю.Г. Басин. Алма-Аты : КазГЮА, 2000. Т. 1. С. 588.

6. Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / [Ред. А.К. Юрченко. Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1955. С. 94.

7. Луць В.В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 21.

8. Вахонєва Т.М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. С. 48.

9. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. 6-те вид., перероб. і допов. / за заг. ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2019. Т. I. С. 66.

The article focuses on the peculiarities of fulfilling the obligations under the agreement on placement of orphans and children deprived of parental care into a foster family. It is emphasized that in accordance with the aforementioned type of agreement, foster parents are not obliged to the ad hoc determination of whether the desirable educational result can be achieved. Moreover, the possibility of achieving the result that might be deemed positive for the child requires the fulfillment of counter-actions as on behalf of the foster parents so by the owner of the services and the child itself, which once again testifies to the complexity of the legal relationships under scrutiny. The execution of this type of contract envisages a continuous involvement of: a) the foster parents in the process of upbringing; b) the executive body that provides social support for the foster family.

The peculiarity fulfilling the obligations under the agreement on placement of orphans and children deprived of parental care in a foster family is reflected in such elements as: 1) the subjects of execution - the owner of services (executive authority) and the executor (foster parents); 2) the subject of performance (the actions related to the provision of the corresponding service and the remuneration for them); 3) the agreement fulfillmenet term (until the child becomes of age, that is 18-year-old, and until graduation in the case of studying in vocational school or higher education establishments of I–IV levels of accreditation); 4) the place of performance (foster parents' place of residence); 5) the method of implementation (related to and depdendent on the pedagogical, educational, and medical abilities of foster parents).

The specifics of the agreement on the placement of orphans and children deprived of parental care into a foster family boils down to bestowing a legislative requirement upon foster parents to provide the defined services personally. In cases like these, the foster parents' identities are essential and that is why the envisaged by the agreement relationships are regulated under Part 1 of Art. 902 of the Civil Code of Ukraine. The peculiarity of performance of the scrutinized type of agreement is equally reflected in the fact that the service is provided not directly to the customer, but to the third party designated by him (an orphan or a child deprived of parental care).

The proper fulfillment of the obligations envisaged by the angreement on placement of orphans and children deprived of parental care in a foster family in regard to the subject is reflected in the provision of proper educational services alongside with observance of the relevant rules and norms pertaining to the conditions of his or her residence, education, food, rest, adoption process, etc. Considering the agreement fulfillment term, the proper fulfillment of obligations boils down to fixing the direct indication of the term of the agreement in a special legal act and the impossibility of early provision of services.

Key words: agreement, foster child, foster family, foster parents, fulfillment of contract conditions, subjects of performance, subject of performance, term of performance, method of performance, place of performance.

УДК 347.922(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.07

Людмила Кондрат'єва,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ГРУПОВОГО ПОЗОВУ

У науці цивільного процесуального права є кардинально різні бачення інституту групового позову, що призводить до неоднозначності тлумачення самого поняття «груповий позов». Аналіз доктринальних підходів до визначення поняття «груповий позов» дав змогу автору зробити висновок про те, що серед українських та зарубіжних учених-процесуалістів немає чіткої позиції у визначенні суті поняття групового позову. На думку автора, одні вчені розглядають груповий позов як певну вимогу, що спрямована на захист численного (невизначеного) кола осіб. Серед науковців є й такі, що розглядають груповий позов крізь призму вже відомих науці цивільного процесуального права інститутів, а саме процесуальної співучасті та представництва, що, своєю чергою, говорить про несприйняття групового позову як самостійного інституту цивільного процесуального права. Мають місце й думки вчених, які акцентують увагу на надуманості такої форми захисту численного (невизначеного) кола осіб, як груповий позов, пояснюючи це тим, що в теорії та практиці цивільного процесу вже є відповідні інститути, що покликані захищати групові права та інтереси. Однак детальний аналіз доктринальних підходів та наявних у процесуальному законодавстві інститутів представництва та співучасті дає автору право підтримати позицію науковців-процесуалістів, які розглядають груповий позов як самостійний процесуальний інститут, за допомогою якого одна (чи більше) особа звертається до суду з позовом на захист прав та інтересів численного (невизначеного) кола осіб. При цьому їхня участь у судовому процесі не є обов'язковою.

Основною особливістю, на думку автора, такого процесуального інституту є те, що судове рішення є обов'язковим не тільки для учасників судового провадження, а й для тих суб'єктів, що безпосередньо не брали участі у такому судовому провадженні, та, можливо, навіть і не знали про його наявність. Аналіз різних доктринальних підходів науковців до визначення поняття «груповий позов», характеристика суміжних процесуальних інститутів співучасті та представництва у співвідношенні з інститутом групового позову, вивчення окремих аспектів функціонування такого механізму в країнах загального права дали змогу сформулювати власне авторське визначення цього процесуального механізму захисту численної (невизначеної) групи осіб.

Ключові слова: масовий позов, численна (невизначена) група осіб, процесуальна співучасть, представництво, інститут групового позову.

Постановка проблеми. Розвиток суспільних відносин та законодавства, що регулює ці відносини, особливо в умовах євроінтеграції, в яких певні правові інститути зазнають кардинальних перетворень, спонукає необхідність перегляду та вдосконалення механізмів захисту прав та свобод людини, зокрема в цивільному судочинстві.

Модель колективного звернення до суду для захисту прав та інтересів широкого (невизначеного) кола осіб у правовій теорії та практиці зарубіжних країн позначається різними термінами: «груповий позов», «масовий позов», «представницький позов», "representative proceeding", "class action" тощо. Немає чіткості у визначенні цього явища і серед українських науковців, які не можуть дійти згоди у тому, як саме називати такий вид позовів. В українській науковій літературі можна зустріти такі поняття, як: «колективний позов», «груповий позов», «масовий позов» тощо. Це говорить про певну невизначеність у термінології, що визначає механізм захисту широкого кола осіб, а також певною мірою про відмінність у механізмі захисту численних (невизначених) груп осіб, що дає змогу залежно від різних індивідуальних ознак таких позовів поділити та класифікувати їх, що і зумовило актуальність теми нашого дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останніми роками спостерігається значний інтерес до системи масових позовів серед українських науковців та вітчизняних практиків. Так, інститут групового позову та суміжні інститути (позов на захист невизначеного кола осіб, похідний позов) висвітлюються в працях учених-процесуалістів,

© Л. Кондрат'єва, 2019

серед яких – Ю. Білоусов, А. Губська, О. Київець, В. Миколаєць, К. Можаровська, Н. Сакара, Т. Степаненко та інші. Про актуальність зазначеної теми свідчить проведення круглого столу «Масовий позов: перспективи в Україні через призму зарубіжного досвіду», який відбувся 11 червня 2015 року.

Метою статті є дослідження та аналіз доктринальних підходів щодо визначення поняття «груповий позов».

Виклад основного матеріалу. Поняття «масовий позов», «колективний позов», на нашу думку, не повною мірою розкривають зміст та сутність позовів на захист численної (невизначеної) групи осіб. Тому поняття «груповий позов» буде більш доречним для позначення позовів на захист численної (невизначеної) групи осіб. Для розуміння поняття «груповий позов» необхідно встановити, на задоволення чиїх інтересів спрямований такий вид позову, а саме на численне (невизначене) коло осіб. Слід зазначити, що розуміння суті поняття численного (невизначеного) кола осіб є важливою передумовою вибору судом того чи іншого процесуального порядку судового захисту такої групи осіб. Так, у п. 6 ч. 1 ст. 161 ЦПК України («Вимоги, за якими може бути видано судовий наказ») зазначається, що судовий наказ може бути виданий у разі, якщо «заявлено вимогу про повернення вартості товару неналежної якості, якщо є рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола споживачів» [1]. Однак поняття «невизначене коло споживачів» законодавець не розкриває. Окрім цього, в п. 15 Постанови Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження» зазначається, що «видача судового наказу за заявленою вимогою про повернення вартості товару неналежної якості можлива лише за наявності преюдиціального рішення суду, яке набрало законної сили, про встановлення факту продажу товару неналежної якості, ухвалене на користь невизначеного кола осіб» [2]. Однак і в цій постанові немає роз'яснення поняття «невизначене коло осіб», що говорить про необхідність законодавчого закріплення цього поняття задля однозначного та конкретного тлумачення судами такої правової категорії і, відповідно, ефективнішого захисту громадян, які постраждали внаслідок дій недобросовісних виробників.

Вважаємо за доцільне звернутись до теоретичних положень науковців щодо визначення цього поняття. Так, Г. Аболонін, наприклад, вважає, що під численним (невизначеним) колом осіб розуміється численна група громадян або юридичних осіб, які можуть виступати як позивачі, що об'єднані спільним предметом і підставою позову у тій самій справі, персональний склад яких може або не може бути встановлений та ідентифікований до моменту ухвалення судового рішення у такій справі [3, с. 69]. З упевненістю можемо стверджувати, що процесуальний інститут групового позову має розглядатись як окремий, самостійний механізм зі своїми специфічними рисами та структурою. Однак для повної та об'єктивної характеристики поняття «груповий позов» варто розглянути думки вчених, які визначають такий механізм як невід'ємну частину уже відомих інститутів процесуальної співучасті та представництва, і позицію, яка передбачає виділення такого механізму (групового позову) у самостійний інститут – інститут групового позову.

Перш за все варто розкрити поняття «груповий позов» за допомогою аналізу різних підходів учених та досвіду країн, в яких діє такий інститут, до тлумачення термінів та правового механізму групового позову та виділення специфічних ознак цього виду позову, що дасть змогу сформулювати узагальнене визначення для повної та об'єктивної характеристики такого цивільного процесуального механізму захисту порушеного права.

Так, Я. Вафін визначає груповий позов як процесуальний засіб захисту прав та інтересів групи, який дає змогу об'єднати позовні вимоги в одному процесі, якщо питання факту і права є спільними для всієї групи осіб (незалежно від їх кількості) [4]. Продовжуючи думку попереднього автора, інший науковець А. Жиді визначає груповий позов як позов, що подається груповим позивачем (або колективним утворенням) з метою захисту права, що належить групі осіб, рішення за яким буде пов'язувати всю групу повністю (*res judicata*) [5, с. 153]. Автор у своєму визначенні, окрім групового позивача, називає ще й колективне утворення як суб'єкт подання групового позову до суду. У зв'язку з цим слід зазначити, що в українському законодавстві є вказівка на суб'єктів, що підпадають під таке поняття колективних утворень, – громадські організації споживачів (об'єднання споживачів). Право споживачів (під час придбання, замовлення або використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб) на утворення такого виду громадських об'єднань закріплюється у п. 7 ч. 1 ст. 4 («Права та обов'язки спожива-

чів») Закону України «Про захист прав споживачів». Так, відповідно до цього Закону, а саме п. 9 ч. 1 ст. 25, об'єднання споживачів мають право «звертатися з позовом до суду про визнання дій продавця, виробника (підприємства, що виконує їх функції), виконавця протиправними щодо невизначеного кола споживачів і припинення цих дій» [6].

Варто зазначити, що серед деяких учених-процесуалістів є такі, що взагалі не визнають груповий позов як окремий інститут та розглядають його виключно як «видозміну», «підвид» таких процесуальних інститутів, як співучасть та представництво. На нашу думку, не варто ототожнювати такі процесуальні механізми через те, що інституту групового позову притаманні ознаки, які дають змогу без сумніву виділити його у самостійний інститут. Однак задля повноти та об'єктивності у характеристиці цього поняття варто взяти до уваги різні думки вчених у визначенні поняття «груповий позов». В. Миколаєць, наприклад, вважає, що за своєю юридичною природою груповий позов є активною процесуальною співучастю з усіма встановленими процесуальним законом ознаками [7, с. 39–40]. При цьому варто зауважити, що модель групового позову, яка існує на практиці в англійських та американських судах, тільки частково схожа на наявну модель процесуальної співучасті в цивільному судочинстві, що не дає змогу ототожнювати ці категорії. На думку Н. Батаєвої, груповий позов є підвидом процесуальної співучасті [8, с. 41]. К. Осакве визначає груповий позов як: особливу процедуру процесуальної співучасті, яка призначена для об'єднання однорідних вимог численної групи співпозивачів, що дає змогу представнику такої групи діяти без довіреності від інших співпозивачів пред'явити об'єднаний позов від імені всіх співпозивачів, які входять у таку групу. Це визначення певною мірою охоплює сутність групового позову в теоретичному аспекті, однак К. Осакве розглядає його як особливу процедуру співучасті, не виділяючи такий механізм як самостійний.

Є також інші погляди науковців, які вважають груповий позов своєрідним «гібридом» процесуальних інститутів співучасті і представництва [9, с. 476]. Звичайно, такі поняття, як «груповий позов», «співучасть» і «представництво», невід'ємно пов'язані одне з одним, але наявність спільних рис ще не говорить про їх тотожність.

Також є думка, згідно з якою відзначається схожа природа механізмів процесуальної співучасті, представництва та групового позову. Так, В. Пучинський, досліджуючи правову природу похідного (представницького) позову в Англії, зазначав, що цей інститут є своєрідним поєднанням таких правових категорій, як процесуальна співучасть та представництво, суть якого зведена до наявності у групи суб'єктів єдиного інтересу, порушення цього інтересу, можливості захисту кожного тим рішенням, яке ухвалене на їхню користь [10]. Подібної позиції дотримується й П. Колесов, який вважає, що груповий позов є поєднанням інститутів судового представництва та процесуальної співучасті [11, с. 13–28]. Інший науковець, В. Бернем, характеризує поняття групового позову як позов одного або декількох представників групи осіб зі спільними вимогами, що виступають від імені всієї групи [12, с. 393]. Таке визначення є досить чітким та лаконічним, однак не розкриває суті поняття «груповий позов» повною мірою.

Своєю чергою Б. Журбін пропонує таке визначення: «груповий позов – це вимога про захист порушених суб'єктивних прав як учасників численної групи осіб, так і інтересів суб'єкта, що звернувся до суду за захистом цієї групи» [13, с. 8–9]. У цьому визначенні акцентується увага на тому, що виступати представником групи у суді може особа, яка сама є частиною цієї групи. Такої думки дотримується низка вчених-процесуалістів, що певною мірою говорить про сприйняття інституту групового позову як відокремленого самостійного механізму захисту численної (невизначеної) групи осіб від суміжних процесуальних інститутів співучасті та представництва.

Окрему групу становлять учені, які характеризують груповий позов як певну процесуальну конструкцію (форму, засіб тощо), в основі якої лежить особливий нормативно-правовий механізм, що являє собою певні правила, доповнення та виключення із загального порядку розгляду цивільних справ у порядку позовного провадження [14, с. 70]. Так, Ю. Трач зазначає, що груповий позов – це не просто множинність осіб у цивільній справі, а особливий вид позовного провадження, що регулює пред'явлення, розгляд, вирішення та виконання вимог значної кількості осіб. Автор вважає, що співучасть та груповий позов, незважаючи на зовнішню подібність, є сутнісно різними інститутами цивільного процесуального права [15].

Груповий позов як позов, який пред'являється до суду на захист групи осіб (невизначеного кола осіб), права, свободи та інтереси яких порушені, якому притаманні ознаки, які відрізняють його від інших інститутів у цивільному судочинстві, розглядає І. Татулич [16, с. 245]. На думку Ш. Кулахметова, груповий позов – це

вимога групи осіб-учасників одного типового матеріального правовідношення, яке спрямоване на захист суб'єктивних прав та законних інтересів кожного учасника групи шляхом застосування процесуальної форми розгляду справи з одночасною участю у процесі групи осіб та особи-представника [17, с. 8]. Як ми бачимо, в цьому визначенні міститься певна схожість інститутів групового позову, представництва та співучасті, однак не йдеться про ототожнення таких інститутів.

Цікавим, на нашу думку, є визначення Я. Вафіна, який розглядає груповий позов як процесуальний засіб захисту прав та інтересів групи, що дає змогу об'єднати позовні вимоги в одному процесі, якщо питання факту і права є спільними для всієї групи [18]. Таке визначення базується на теоретичних засадах розуміння поняття «позов», що свідчить про самостійність інституту групового позову як різновиду позовів.

Однак, на нашу думку, розуміння групового позову Д. Малешина є найбільш логічним, чітким та лаконічним, що розкриває саму суть поняття «груповий позов», який автор характеризує як процесуальний інститут, який дає змогу одній або декільком особам подати позов на захист прав групи осіб або невизначеного кола осіб без обов'язкової їх участі у процесі. Автор наголошує, що основною особливістю такого процесуального інституту є те, що судове рішення є обов'язковим не тільки для учасників судового провадження, а й для тих суб'єктів, що безпосередньо не брали участі у такому судовому провадженні, та, можливо, навіть і не знали про його наявність [19, с. 71].

Наведені вище визначення групового позову так чи інакше розкривають зміст цього поняття. Основою в таких визначеннях служить юридична природа позову, що являє собою вимогу, спрямовану до суду про захист прав, свобод та інтересів осіб, але з акцентом саме на множинності осіб такого позову, що виступають на стороні позивача. Однак такі визначення не розкривають усієї суті та специфіки цього механізму захисту численних (невизначених) груп осіб та базуються здебільшого на уже відомих суміжних інститутах – представництва та співучасті. Це говорить про те, що сама множинність осіб на стороні позивача не є тією підставою, щоб класифікувати такий позов як груповий. Більше того, такі визначення нівелюють ту межу, що дає змогу відокремити інститут групового позову від суміжних інститутів процесуальної співучасті та представництва.

Висновки

Аналіз доктринальних підходів до визначення поняття групового позову дав змогу зробити висновок, що серед як українських, так і зарубіжних учених-процесуалістів немає чіткої позиції у визначенні суті поняття «груповий позов». Одні вчені розглядають груповий позов як певну вимогу, що спрямована на захист численного (невизначеного) кола осіб. Серед науковців є й такі, що розглядають груповий позов крізь призму вже відомих науці цивільного процесуального права інститутів, а саме процесуальної співучасті та представництва, що, своєю чергою, говорить про несприйняття групового позову як самостійного інституту цивільного процесуального права. Мають місце й думки вчених, які акцентують увагу на надуманості такої форми захисту численного (невизначеного) кола осіб, як груповий позов, пояснюючи це тим, що в теорії та практиці цивільного процесу вже є відповідні інститути, що покликані захищати групові права та інтереси. Однак під час детального аналізу доктринальних підходів та наявних у процесуальному законодавстві інститутів представництва та співучасті ми підтримуємо позицію науковців-процесуалістів, що розглядають груповий позов як самостійний процесуальний інститут, що дає змогу одній (чи більше) особі звернутись до суду із позовом на захист прав та інтересів численного (невизначеного) кола осіб без обов'язкової їх участі в судовому процесі. Отже, проаналізувавши наявні в теорії цивільного процесуального права поняття такого виду позовів, ми зробили висновок про те, що більш точно та повно розкриває правову природу та суть механізму цього позову саме поняття «груповий позов».

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року, № 1618-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show[1618-15.

2. Постанова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 23 грудня 2011 року № 14 «Про практику розгляду судами заяв у порядку наказного провадження». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0014740-11.

3. Аболонин Г.О. Групповые иски в гражданском процессе : автореф. дис. ... на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс и арбитражный процесс». Екатеринбург, 1999. 28 с.

4. Вафин Я. Особенности судопроизводства по групповым искам в Англии. URL: http://www.juristlib.ru/book_5459.html.

5. Жиди А. Кодекс гражданского судопроизводства: модель для стран континентального права. *Закон*. 2013. № 11. С. 151–163.

6. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року, № 1023-XII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show[1023-12.

7. Миколаец В. Понятие и признаки группового иска. Legea si viata. № 5-3. 2014. С. 38–41

8. Батаева Н.С. Судебная защита прав и интересов неопределенного круга лиц : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; гражданский процес; международное частное право». Москва, 1998. 164 с.

9. Осакве К. Классовый иск (class action) в современном американском гражданском процессе. *Журнал российского права*. 2003. № 3. URL: http://uristy.ucoz.ru/publ[11-1-0-397.

10. Пучинський В.К. Гражданский процесс зарубежных стран / под. ред. В.В. Безбаха. Москва : Зерцало, 2008. 520 с. URL: http://mybrary.ru/users/personal/read/grajdanskiy-protsess-zarubejnyih-stran.

11. Колесов П.П. Групповые иски в США. Москва : ООО «Городец-издат», 2004. 112 с.

12. Бернам У. Правовая система США. Москва : Новая юстиция, 2006. 3-й выпуск. 608 с.

13. Журбин Б.А. Процессуальные особенности рассмотрения судами дел по групповым и производным искам : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процес». Саратов, 2009. 25 с.

14. Губська А. Груповий позов: теоретико-правові підходи до визначення поняття. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 5. С. 68–72.

15. Трач Ю.Ю. Окремі аспекти відмінності групового позову та процесуальної співучасті. URL: http://www.lex-line.com.ua/?language=ru&go=full_article&id=392.

16. Татулич І.Ю. Правова природа групового позову в цивільному судочинстві. *Актуальні проблеми держави і права*. Випуск 82. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 236–245.

17. Кулахметов Ш.Б. Особенности рассмотрения арбитражными судами дел о защите прав и законных интересов группы лиц : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.15 «Гражданский процесс, арбитражный процесс». Саратов, 2011. 24 с.

18. Вафин Я. Особенности судопроизводства по групповым искам в Англии. URL: http://www.juristlib.ru/book_5459.html.

19. Малешин Д.Я. Российская модель группового иска. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*. 2010. № 10. С. 70–87.

In the science of civil procedural law, there are totally different views on the class action institution, which lead to ambiguity in the interpretation of the concept of class action lawsuit. The analysis of doctrinal approaches to defining the concept of the class action allowed the author to conclude that there is no clear position among Ukrainian and foreign procedural scientists in defining the essence of the class action concept. According to the author, some scholars consider the class action lawsuit as a specific claim aimed at protecting a large (indefinite) circle of persons. Among the scholars there are also those, who consider the class action through the lens of institutes already known in civil procedural law, namely procedural complicity and representation, which, in its turn, shows that the class action lawsuit is not seen as an independent institution of civil procedural law. Some scholars also emphasize that such form of protection of the large (indefinite) circle of persons, as the class action lawsuit, is far-fetched and explain that in the theory and practice of the civil procedural law there already exist institutions aimed at protection of group rights and interests. However, a detailed analysis of the doctrinal approaches and the institutes of representation and complicity existing in the procedural legislation, gives the author the right to express the position in support of procedural scientists who consider the class action as an independent procedural institute, through which one person (or more) applies to court with the claim for the protection of rights and interests of a large (indefinite) circle of persons. However, their involvement in the lawsuit is not mandatory. According to the author, the main feature of this procedural institute is that the court decision is binding not only for the participants in the court proceedings, but also for the entities that did not directly participate in such court proceedings, and, probably, even didn't realize its existence. Analysis of various doctrinal approaches to defining the concept of the class action lawsuit, description of related procedural institutions of complicity and representation in relation to the class action lawsuit, study of certain aspects of this mechanism functioning in common law countries, allowed the author to formulate own author's definition of the procedural mechanism for the protection of a large (indefinite) group of persons.

Key words: class action lawsuit, large (indefinite) group of persons, procedural complicity, representation, institute of class action.

УДК 347.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.08

Алєся Митник,
канд. наук з держ. упр.,
доцент кафедри галузевих юридичних наук
Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

Інна Мороз,
магістрант спеціальності 081 «Право»
Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського

КОМЕРЦІЙНА ТАЄМНИЦЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Стаття присвячена комплексному дослідженню комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності. Викладено визначення комерційної таємниці, її правове регулювання в законодавстві України. Наведено способи введення правового режиму комерційної таємниці. Проаналізовано види відповідальності за порушення права на комерційну таємницю, які закріпленні законодавством України. Описано конкретні форми і способи захисту комерційної таємниці на практиці. Проаналізовано судову практику захисту порушеного права на комерційну таємницю, зроблено висновки та можливі шляхи вдосконалення законодавства правового регулювання комерційної таємниці. Інформація стала першоосновою життя сучасного суспільства, його предметом та продуктом діяльності. Сам процес створення, накопичення, збереження інформації, її передача та обробка стимулювали процес в галузі виробництва інформаційних технологій, операційних систем, засобів передачі інформації. Завдяки новим інформаційним досягненням державні кордони стали прозорішими для обігу інформації, а способи захисту інтересів власників інформації стають все актуальнішими.

Приєднання України до Світової організації торгівлі та обраний державою курс на інтеграцію до Євросоюзу вимагає запровадження нових дієвих методів захисту прав інтелектуальної власності, зближення й інтеграції української економічної системи до економічних систем країн Європейського Союзу. Цей процес потребує впровадження моделі інноваційного розвитку держави, безперешкодного обміну новітніми технологіями, передачі новітніх відкриттів, комерційних таємниць, комерціалізації об'єктів інтелектуального права загалом.

В Україні інститут комерційної таємниці поки перебуває на стадії формування, становлення. Для нашого законодавства його вдосконалення є нині актуальним. Відсутність достатнього правового регулювання негативно позначається на динаміці розвитку приватного сектора економіки, а особливо на надходженнях закордонних інвестицій, оскільки інвестори з розвинених країн не будуть інвестувати і розкривати свої комерційні таємниці, якщо не отримають законодавчо обґрунтованих гарантій збереження такої інформації в таємниці. Тому дана тема є актуальною та потребує досконалого вивчення.

Ключові слова: комерційна таємниця, правовий режим комерційної таємниці, відповідальність за порушення комерційної таємниці, форми захисту комерційної таємниці.

Постановка проблеми. В Україні інститут комерційної таємниці поки перебуває на стадії формування. Його становлення і вдосконалення для нашого законодавства є актуальним. Відсутність достатнього правового регулювання негативно позначається на динаміці розвитку приватного сектору економіки, а особливо на надходженнях закордонних інвестицій, оскільки інвестори з розвинених країн не будуть інвестувати і розкривати свої комерційні таємниці, якщо не отримають законодавчо обґрунтованих гарантій збереження такої інформації в секреті. Тому дана тема є актуальною та потребує досконалого вивчення.

В Україні протягом останніх років формується школа інтелектуальної власності, метою роботи якої є забезпечення інноваційного розвитку держави. Дослідження в напрямі правового регулювання комерційної таємниці, її захисту як об'єкта права інтелектуальної власності проводять такі вчені: Ю.Л. Бошицький, М.К. Галянтич, Д. Гетьмаков, І.І. Дахно, О.В. Дзера, Ю.М. Капіца, А.М. Колодій, О.А. Підопригора, Р.Б. Шишка, О. Рохітницький, А.Д. Святоцький. Питання щодо вдосконалення законодавства про комерційну таємницю, окрім згаданих вчених, досліджують Д.А. Азаров, Г. Андрощук, І.В. Гарарук, І. Дахно, В. Кунцевич,

© А. Митник, І. Мороз, 2019

О. Ноговіцин, Є. Онисько, Г.О. Слєдняєва, О.П. Світличний, О.І. Харитонова.

Однак низка питань потребує додаткової уваги.

Мета статті – розкрити сутність поняття комерційної таємниці як об'єкта інтелектуального права, визначити суб'єктів права на комерційну таємницю, розкрити організацію системи охорони комерційної таємниці, проаналізувати способи та методи захисту права на комерційну таємницю в Україні та визначити шляхи удосконалення системи правового забезпечення охорони та захисту комерційної таємниці.

Виклад основного матеріалу. Право інтелектуальної власності належить кожному, воно закріплене на конституційному рівні. Громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової та технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної дальності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності, ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди (за винятками, встановленими законом). Держава сприяє розвиткові науки, встановленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством [1].

Інтелектуальна діяльність – це розумова, творча, духовна праця в різних галузях науки, спрямована на створення та впровадження інновацій. Результати творчої діяльності, які підлягають законодавчій охороні, є об'єктами права інтелектуальної власності.

Право інтелектуальної власності в об'єктивному розумінні – це сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини з приводу створення, використання, охорони результатів творчої діяльності [2].

Інтелектуальна власність у широкому розумінні означає законодавчо закріплені права на результат інтелектуальної діяльності у науковій, виробничій, літературній та художній галузі. Право інтелектуальної власності, закріплене у ст. 418 ЦК, становить особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності.

Для людини характерні два види творчості – художня (результатом є літературний чи художній твір) та технічна (результатом є комерційна таємниця, винаходи, торгові марки).

Дуже важливо не ототожнювати результати творчої діяльності (об'єкти інтелектуальної власності) з матеріальними об'єктами промисловості, виробництва, а відокремлювати їх.

Інтелектуальною власністю є не сам результат діяльності людини як такий, а право на цей результат. Тобто інтелектуальна власність є нематеріальною, а об'єктом такої власності є право на результат інтелектуальної діяльності людини. Це право має подвійну природу. З одного боку, право інтелектуальної власності складається з майнових прав на об'єкт (володіти, користуватися, розпоряджатися), а з іншого – з немайнових прав на об'єкт (право на авторство, право на недоторканність твору) [3].

Комерційна таємниця належить до конфіденційної інформації, оскільки відповідно до ст. 505 Цивільного кодексу доступність такої інформації повинна обмежуватися її власником і може поширюватися лише за його бажанням і лише у визначеному ним та законодавством порядку.

Відповідно до ст. 506 Цивільного кодексу України майновими правами інтелектуальної власності на комерційну таємницю є такі: право на використання, виключне право надавати дозвіл третім особам на використання, виключне право перешкоджати неправомірному розголошенню, збиранню тощо.

Чинним законодавством України передбачена кримінальна, цивільно-правова, адміністративна, дисциплінарна відповідальність.

Так, згідно зі ст. 231 Кримінального кодексу України незаконне збирання інформації (дії, спрямовані на отримання інформації, що є комерційною таємницею) з метою незаконного використання цих відомостей чи використання їх (впровадження у виробництво чи врахування під час планування), що призвело до настання істотної шкоди власнику, карається штрафом від трьох до восьми тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [4].

Вчинення умисного розголошення комерційної таємниці без згоди її власника особою, яка заволоділа такою інформацією при здійсненні своїх службових чи професійних обов'язків з корисливих чи інших особистих мотивів, що призвело до настання істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності, карається штрафом від однієї до трьох тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян з позбавленням права займати певні посади чи займатися певною діяльністю до трьох років (ст. 232 Кримінального кодексу України).

Несанкціоноване втручання в роботу комп'ютерних систем суб'єкта господарювання, що призвело до витоку, блокування, втрати, підробки інформації, карається штрафом від шестисот до тисячі неоподаткованих мінімумів доходів громадян (ст. 361 Кримінального кодексу України).

До практичних методів здобуття конфіденційної інформації належить проведення таємних активних операцій з метою здобуття, систематизації, дослідження відомостей, придбання інформації за гроші чи шляхом шантажу, розпитування, фотографування документів, їх викрадення тощо.

Якщо право суб'єкта господарської діяльності на комерційну таємницю порушене у межах укладеного договору саме особою, яка є стороною договору, то застосовуються до винної особи цивільно-правові норми за порушення зобов'язань, передбачені главою 51 Цивільного кодексу України.

У разі порушення цього права у позадоговірних зобов'язаннях особою, що незаконно заволоділа такою інформацією, застосовуються норми про зобов'язання про відшкодування шкоди, передбачені главою 82 Цивільного кодексу України.

Відповідно до ст. 36 Господарського кодексу України неправомірне добування відомостей, пов'язаних з виробництвом, технологією, управлінням, фінансами та іншою діяльністю суб'єкта господарської діяльності, якщо це завдало чи могло завдати йому шкоди, вважається неправомірним збиранням відомостей, що містять комерційну таємницю.

Розголошенням комерційної таємниці вважається ознайомлення іншої особи без дозволу на те особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням нею відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди власнику комерційної таємниці.

Схиленням до розголошення є спонукання особи, якій були довірені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням нею відповідних обов'язків відомості, що становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей третім особам.

Під неправомірним використанням розуміється впровадження у виробництво без дозволу уповноваженої особи відомостей, що становлять комерційну таємницю.

Ч. 3 ст. 162 Господарського кодексу України передбачено, що особа, яка протиправно використовує комерційну таємницю, зобов'язана відшкодувати завдані збитки суб'єкту господарювання.

Вчинення усіх актів, що підлягають кваліфікації як недобросовісна конкуренція (неправомірне збирання, використання, розголошення та схилення до розголошення комерційної таємниці), тягнуть за собою відповідальність, передбачену Законом України «Про захист від недобросовісної конкуренції».

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про недобросовісну конкуренцію» неправомірним є використання імені, комерційного найменування, торговельної марки, рекламних матеріалів, оформлення упаковки, інших позначень без дозволу власника суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта [5].

Згідно зі статтею 16 неправомірним збиранням комерційної таємниці є добування протиправним способом відомостей, що становлять комерційну таємницю.

Розголошенням комерційної таємниці є ознайомлення однієї особи без дозволу іншої особи, уповноваженої на те, з відомостями, що становлять комерційну таємницю, третьою особою, якій ці відомості були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання (ст. 17).

Схиленням до розголошення комерційної таємниці є спонукання особи, якій були доведені у встановленому порядку або стали відомі у зв'язку з виконанням відповідних обов'язків відомості, що відповідно до законодавства України становлять комерційну таємницю, до розкриття цих відомостей, якщо це завдало чи могло завдати шкоди суб'єкту господарювання (ст.18).

Неправомірним використанням комерційної таємниці є впровадження у виробництво або врахування під час планування чи здійснення господарської діяльності без дозволу уповноваженої на те особи відомостей, що становлять відповідно до законодавства України комерційну таємницю.

Відповідно до ст. 21 за вчинену суб'єктами господарювання недобросовісну конкуренцію настає відповідальність у вигляді накладення штрафу від п'яти відсотків від реалізованої продукції за останній звітний рік, а якщо доходу (виручки) немає, – до десяти тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Висновки

Оскільки в нашій країні питання захисту комерційної таємниці регулюються нормативно-правовими актами, що належать до різних галузей права та визначають здебільшого лише загальні засади правового

регулювання таких відносин, то необхідною є систематизація й уніфікація законодавства України з правового регулювання комерційної таємниці.

Вважаємо за необхідне ухвалення Закону «Про комерційну таємницю», яким треба встановити ясну регламентацію у правовій нормі «комерційна таємниця» з конкретикою, ясністю та вичерпною повнотою правового регулювання даної норми, логікою у викладенні, відсутністю протиріч, прогалин і колізій, зведенням до мінімуму дублювання нормативного матеріалу. У цьому Законі необхідно чітко встановити відомості, що не можуть бути віднесеними до комерційної таємниці, бо нині такі відомості визначені Постановою Кабінету Міністрів № 611 від 09.08.1993 року, що не відповідає вимогам ст. 505 Цивільного кодексу України. Удосконалення законодавчої бази, наближення її до норм Європейського Союзу стабілізує економічну ситуацію та допоможе залучити іноземний капітал.

Як показує практика, не досить досконало розроблений та не завжди впроваджується на підприємствах режим комерційної таємниці. Можна запропонувати перейняти досвід провідних європейських підприємств та обов'язково займатися підготовкою NDA-договорів (угода про нерозголошення є юридичним договором, укладеним між двома або більше сторонами з метою нерозголошення (зберігання), взаємного обміну знаннями, матеріалами або іншою інформацією, доступ до якої обмежено третім особам, та (або) з метою зберігання (нерозголошення) конфіденційної інформації відносно третіх осіб). Це допоможе якнайкраще захистити конфіденційну інформацію від її несанкціонованого розголошення, сприятиме забезпеченню обліку та схоронності документів, які містять комерційну таємницю, забезпечить використання організаційних, технічних та інших засобів захисту конфіденційної інформації, забезпечить обмеження доступу до носіїв конфіденційної інформації, а також здійснення контролю за дотриманням встановленого режиму охорони комерційних таємниць. У разі необхідності встановлення факту порушення комерційної таємниці документальне фіксування причетних до цього факту осіб та причинно-наслідкового зв'язку дозволить підприємству звертатися до суду за захистом порушеного права на комерційну таємницю. Як свідчить судова практика України, досить складно довести причинно-наслідковий зв'язок між діями винної особи та фактом порушення комерційної таємниці, також складно довести факт спричинення матеріальної шкоди власнику такої інформації, що не дає змоги підприємству компенсувати завдані збитки, оскільки така шкода виражається у вигляді неотриманого доходу.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96 / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Еннан Р.Є. Правова охорона інтелектуальної власності в Європейському союзі: передумови формування, сучасний стан, тенденції розвитку. *Часопис цивілістики*. 2012. Вип. 13. Ст. 130.

3. Скрипник В.Л. Захист інтересів власника при примусовому припиненні права власності : монографія. Кременчук : Щербатих, 2018. 200 с.

4. Харченко В. Захист права інтелектуальної власності в Україні: впорядкування кримінальної відповідальності. *Теорія та практика інтелектуальної власності*. 2008. № 5. С. 21–31.

5. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 07.06.1996 р. № 236196 / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 36. С. 164.

This article is dedicated to the complex investigation of trade secrets as an object of intellectual property rights. The definition of trade secret, its legal regulation in the legislation of Ukraine is outlined. The ways of entering the legal regime of trade secrets are given. The types of liability for violation of the right to trade secret, which are enshrined in the legislation of Ukraine, are analyzed. Specific forms and methods of protection of trade secrets in practice are described. The court practice of protection of the infringed right on a trade secret is analyzed, conclusions are made and possible ways of improvement of the legislation of legal regulation of a trade secret. Information became the basis of life of modern society, its object and product of activity, the very process of creation, accumulation, storage of information, its transfer and processing stimulated the process in the field of production of information technologies, operating systems, means of information transfer. Due to new advances in information, state borders have become more transparent to the circulation of information, and ways of protecting the interests of information owners are becoming more and more relevant.

Ukraine's accession to the World Trade Organization and the state-elected course for integration with the European Union requires the introduction of new effective methods of protection of intellectual property

rights, convergence and integration of the Ukrainian economic system into the economic systems of European Union countries. This process requires the introduction of a model of innovative development of the state. Seamless exchange of the latest technologies, transfer of know-how, trade secrets, commercialization of objects of intellectual law as a whole.

In Ukraine, the Institute of Trade Secrets is still at the stage of formation, formation, and for our legislation its improvement is as relevant as ever. The lack of sufficient legal regulation is negatively reflected in the dynamics of private sector development, and especially in the flow of foreign investment, since investors from developed countries will not invest abroad and disclose their trade secrets unless they receive legally-justified safeguards for securing such information. Therefore, this topic is relevant and needs thorough study.

Key words: trade secrets, legal regime of trade secrets, responsibility for breach of trade secrets, forms of protection of trade secrets.

УДК 347.161
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.09

Катерина Москаленко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДОСТУП ДО ОСНОВНИХ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті йдеться про міжнародні зобов'язання України за Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про економічні, соціальні і культурні права держави щодо гарантування кожною державою доступу до основних лікарських засобів, список яких формується Всесвітньою організацією охорони здоров'я. До основних лікарських засобів віднесено ті, які забезпечують пріоритетні потреби населення у сфері охорони здоров'я і обираються з урахуванням поширеності хвороб, доказів клінічної ефективності, безпеки та виваженості ціни на лікарські засоби. Відповідні списки ВООЗ затверджуються з 1977 року. Наразі на офіційному вебсайті ВООЗ розміщено двадцять перший список основних лікарських засобів для дорослих та сьомий для дітей.

Водночас аналізуються норми національного законодавства України, зокрема стосовно конкуренції норм чинного законодавства про інтелектуальну власність і норм про доступ до основних лікарських засобів, що не забезпечує дієвість останніх. Звернуто увагу на те, що встановлений Законом України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» строк дії патенту на винахід не сприяє зацікавленості у зниженні ціни на лікарський засіб фармацевтичними компаніями. Міжнародними стандартами ООН вже давно визнано, що фармацевтичні компанії повинні прийняти політику щодо дотримання і захисту прав людини та імплементувати її у свою діяльність. Зокрема, це стосується формування ціни на лікарський засіб, яка повинна бути доступною для всіх верств населення певної держави. Що стосується окремих спроб забезпечити доступ до інноваційних лікарських засобів шляхом подання позовів до суду про визнання недійсними відповідних патентів, то це не виключає необхідності проведення патентної реформи в Україні з урахуванням приписів міжнародних документів, зокрема Дохійської декларації, у якій ідеться про пріоритет дотримання права на охорону здоров'я людини над дотриманням права інтелектуальної власності за патентами, що стосуються лікарських засобів.

Автор розглядає також питання щодо судової практики з відповідного питання та аналізує необхідність прийняття поданих на розгляд Верховної Ради України проєктів законодавчих актів, які стосуються забезпечення доступу до лікарських засобів.

Ключові слова: медичне право, права людини, Дохійська декларація, основні лікарські засоби, угода ТРІПС, право на охорону здоров'я.

Постановка проблеми. Фармацевтичні компанії як виробники лікарських засобів мають право захищати свої розробки у сфері медицини патентом, об'єктом якого є лікарський засіб, і здійснювати права власника патенту протягом всього строку його дії. Згідно із загальним правилом строк дії патенту України на винахід становить 20 років від дати подання заявки до патентного відомства, проте строк дії патенту на винахід, об'єктом якого є лікарський засіб, може бути продовжений за клопотанням власника цього патенту на строк, який не може становити більше 5 років. Тобто протягом 25 років власник патенту може користуватися виключними майновими правами інтелектуальної власності на патент, підтримуючи високу ціну на інноваційні лікарські засоби. За таких обставин не всі пацієнти можуть отримати доступ до основних лікарських засобів і повною мірою здійснити своє право на охорону здоров'я.

Метою статті є дослідження міжнародних зобов'язань України у сфері доступу до основних лікарських засобів та визначення справедливого балансу між правами інтелектуальної власності та правом людини на охорону здоров'я.

Особливостям доступу до лікарських засобів були присвячені праці таких вчених, як В.М. Пашков, О.Ю. Кашинцева, Л. Рот, С.К. Перехудофф. Проте питанню доступу до основних лікарських засобів не була приділена достатня увага у працях науковців, а тому його дослідження є актуальним.

Виклад основного матеріалу. Низка міжнародних документів містить норми стосовно

© К. Москаленко, 2019

обов'язків держав забезпечити населенню доступ до лікарських засобів. Так, частиною першою ст. 25 Загальної декларації прав людини передбачено, що кожна людина має право на такий життєвий рівень, включаючи їжу, одяг, житло, *медичний догляд* та необхідне соціальне обслуговування, *який є необхідним для підтримання здоров'я* і добробуту її самої та її сім'ї, і право на забезпечення в разі безробіття, хвороби, інвалідності, вдівства, старості чи іншого випадку втрати засобів до існування через незалежні від неї обставини [1]. Згідно з приписами ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права держави (далі – Пакт), які беруть участь у цьому Пакті, визнають *право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я*. Заходи, яких повинні вжити держави-учасниці цього Пакту для повного здійснення цього права, включають ті, які є необхідними для: а) забезпечення скорочення мертвонароджуваності та дитячої смертності і здорового розвитку дитини; б) поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища і гігієни праці в промисловості; в) запобігання і лікування епідемічних, ендемічних, професійних та інших хвороб і боротьби з ними; г) *створення умов, які б забезпечували всім медичну допомогу і медичний догляд у разі хвороби* [2]. Моніторинг імплементації положень Пакту здійснюється Комітетом з економічних, соціальних та культурних прав, який у 2000 році видав Загальний коментар № 14 «Право на найвищий досяжний рівень здоров'я» (ст. 12) [3], згідно з п. 12 якого право на здоров'я у всіх його формах та на всіх рівнях містить такі взаємопов'язані та основоположні елементи, як наявність, доступність, прийнятність та якість. Елемент «наявність» включає в себе необхідність забезпечення державою доступу до основних лікарських засобів, перелік яких визначається Всесвітньою організацією охорони здоров'я (далі – ВООЗ). Відповідно до п. 43 згаданого Загального коментаря кожна держава, яка підписала Пакт, повинна забезпечити принаймні мінімальні стандарти для належного здійснення права на охорону здоров'я, а одним із обов'язків держави є необхідність *забезпечення кожного основними лікарськими засобами, визначеними ВООЗ*. До основних лікарських засобів віднесено ті, які забезпечують пріоритетні потреби населення у сфері охорони здоров'я і обираються з урахуванням поширеності хвороб, доказів клінічної ефективності, безпеки та виваженості ціни на лікарські засоби [4]. Відповідні списки ВООЗ затверджуються з 1977 року. Наразі на офіційному вебсайті ВООЗ розміщено двадцять перший список основних лікарських засобів для дорослих та сьомий список для дітей [5].

Конституцією України передбачене право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Держава повинна створювати умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, а у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога має надаватися *безоплатно (ст. 49)* [6]. Згідно з приписами частини другої ст. 3 Закону України «Про лікарські засоби» [7] з метою реалізації права громадян України на охорону здоров'я держава забезпечує доступність найнеобхідніших лікарських засобів, а також встановлює пільги і гарантії окремим групам населення та категоріям громадян щодо забезпечення їх лікарськими засобами у разі захворювання. Спеціальним законодавством передбачене також право окремих категорій пацієнтів на отримання безкоштовних лікарських засобів. Ідеться, наприклад, про ст. 15 Закону України «Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» [8], ст. 4 Закону України «Про протидію захворювання на туберкульоз» [9] тощо. Постановою Кабінету Міністрів України «Про забезпечення доступності лікарських засобів» [10] затверджений порядок реімбурсації лікарських засобів та визначений розмір їх реімбурсації, а також перелік міжнародних непатентованих назв лікарських засобів. Тобто чинне законодавство України містить низку норм, які спрямовані на імплементацію положень Пакту в національне законодавство.

Проте, на жаль, пацієнтам не завжди забезпечується доступ до основних лікарських засобів. Так, наприклад, двадцять перший список основних лікарських засобів ВООЗ містить лікарський засіб з активними діючими речовинами *лопінавір* та *ритонавір*, що призначений для лікування ВІЛ-СНІД. В Україні права інтелектуальної власності на такий лікарський засіб під назвою «Алувія» захищені патентом, який належить американській фармацевтичній компанії. За словами О.Ю. Кашинцевої, ціна на оригінальний лікарський засіб «Алувія» становить 18,24 млн доларів США для забезпечення всіх пацієнтів в Україні, а вартість генеричного препарату – 5,7 млн доларів США [11]. Закупівля дешевшого препарату дозволила б гарантувати більшій кількості пацієнтів доступ до відповідного лікарського засобу. Наразі позов благодійної організації «Всеукраїнська мережа людей, які живуть

з ВІЛ-СНІД» про визнання відповідного патенту на лікарський засіб недійсним розглядається в порядку господарського судочинства у Північному апеляційному господарському суді (справа № 910/10050/16), де в апеляційному порядку оскаржується рішення Господарського суду міста Києва від 16 березня 2017 року, яким відмовлено в позові [12].

Угодою ТРІПС [13], до якої приєдналась Україна, дозволяється патентування лікарських засобів. Водночас одним із міжнародних зобов'язань України є визнання важливості Дохійської декларації стосовно Угоди ТРІПС [14] та охорони здоров'я, пунктом 4 якої передбачено, що угода ТРІПС не повинна заважати країнам-членам вживати заходів для захисту публічного здоров'я. Тобто згідно з Дохійською декларацією питання права захисту здоров'я є пріоритетним стосовно захисту прав інтелектуальної власності виробника лікарського засобу. Крім того, позиція Організації Об'єднаних Націй, викладена в п. 33 Рекомендацій фармацевтичним компаніям щодо дотримання прав людини в сфері доступу до лікарських засобів [15], свідчить про те, що фармацевтичні компанії повинні всіляко сприяти дотриманню прав людини в своїй діяльності, в тому числі й формувати так свою цінову політику, щоб вироблені лікарські засоби були доступні якомога більшій кількості осіб.

З огляду на необхідність підвищення доступності лікарських засобів для населення України на розгляд Верховної Ради IX скликання подано три законопроєкти, якими передбачається підвищення доступності лікарських засобів. Ідеться про проєкт закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення доступності лікарських засобів для громадян» № 2089 від 6 вересня 2019 року [16], яким передбачене внесення низки змін до Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі», які, на думку авторів законопроєкту, сприятимуть зниженню цін на лікарські засоби. Водночас на розгляд Верховної Ради України подано проєкт закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та інших товарів, які закуповуються Особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» № 2538 від 5 грудня 2019 року [17] та проєкт закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та інших товарів, які закуповуються за кошти державного бюджету, та створення умов для закупівель у сфері охорони здоров'я за кошти державного бюджету» № 2539 від 5 грудня 2019 року [18].

Висновки

Проведена розвідка дозволяє дійти таких висновків:

1) забезпечення доступу населення до основних лікарських засобів, список яких складається ВООЗ, є обов'язком кожної держави, яка приєдналася до Пакту;

2) норми Закону України «Про охорону прав на винаходи та корисні моделі» сформульовані таким чином, що власники патентів на винаходи, які стосуються лікарських засобів, можуть отримати монополію на визначення ціни на лікарські засоби, що ускладнює, а подеколи й унеможливлює доступ пацієнтів до таких лікарських засобів;

3) Дохійською декларацією підкреслений пріоритет дотримання права на охорону здоров'я людини над дотриманням права інтелектуальної власності власників патентів, що стосуються лікарських засобів;

4) попри низку гарантій щодо доступу до лікарських засобів, які передбачені в чинному законодавстві України, існує необхідність внесення змін до чинних законів, тому на розгляд Верховної Ради вже подані відповідні законопроєкти.

Список використаних джерел:

1. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/995_015 (дата звернення: 05.12.2019).

2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042/sp:wide (дата звернення: 05.12.2019).

3. CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12) dated August 11, 2000. URL: https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf (дата звернення: 05.12.2019).

4. Essential medicines and health products. URL: https://www.who.int/medicines/services/essmedicines_def/en/ (дата звернення: 05.12.2019).

5. WHO Model Lists pf Essential Medicines. URL: https://www.who.int/medicines/publications/essentialmedicines/en/ (дата звернення: 05.12.2019).

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр (дата звернення: 05.12.2019).

7. Про лікарські засоби : Закон України від 4 квітня 1996 року № 123/96-ВР. URL: https://

zakon4.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр (дата звернення: 05.12.2019).

8. Про протидію поширенню хвороб, зумовлених вірусом імунодефіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ : Закон України від 12 грудня 1991 року № 1972-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1972-12 (дата звернення: 05.12.2019).

9. Про протидію захворюванню на туберкульоз : Закон України від 5 липня 2001 року № 2586-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2586-14 (дата звернення: 05.12.2019).

10. Про забезпечення доступності лікарських засобів : Постанова Кабінету Міністрів України від 17 березня 2017 року № 152. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/152-2017-п (дата звернення: 05.12.2019).

11. Кашинцева О.Ю. Про національну патентну реформу в галузі охорони здоров'я. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/pro-nacionalnu-patentnu-reformu-v-galuzi-ohoroni-zdorovya.html (дата звернення: 05.12.2019).

12. Ухвала Північного апеляційного господарського суду від 20 серпня 2019 року у справі № 910/10050/16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83723294 (дата звернення: 05.12.2019).

13. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15 квітня 1994 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018 (дата звернення: 05.12.2019).

14. Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health dated November 14, 2001. URL: https://www.who.int/medicines/areas/policy/tripshealth.pdf (дата звернення: 05.12.2019).

15. Human Rights Guidelines for Pharmaceutical Companies in relation to Access to Medicines (Annex to Report pf the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health) dated August 11, 2008. URL: https://www.who.int/medicines/areas/human_rights/A63_263.pdf (дата звернення: 05.12.2019).

16. Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення доступності лікарських засобів для громадян № 2089 від 6 вересня 2019 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66741 (дата звернення: 05.12.2019).

17. Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та інших товарів, які закуповуються Особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я, від 5 грудня 2019 року № 2538 від 5 грудня 2019 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67552 (дата звернення: 05.12.2019).

18. Проєкт Закону про внесення змін до Податкового кодексу України щодо підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та інших товарів, які закуповуються за кошти державного бюджету, та створення умов для закупівель у сфері охорони здоров'я за кошти державного бюджету від 5 грудня 2019 року № 2539. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67553 (дата звернення: 05.12.2019).

The article is devoted to the profound analysis of the international obligations of Ukraine in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights regarding each State`s guarantee of the access to essential medicinal products, the list of which is formed by the World Health Organization. Essential medicinal products shall be such medicinal products that satisfy the priority needs of the population and are chosen taking into account the diseases, proofs of the clinical efficiency, safety and appropriate pricing to the medicinal products, Such lists are adopted by the World Health Organization starting from 1977 and currently the official web-site of the World Health Organization contains 21st list of the essential medicinal products for adults and the 7th list for children.

In the meantime the author also considers the norms of the national legislation of Ukraine, in particular, regarding the competition of norms on intellectual property and the norms on access to essential medicinal products, that makes the latter inefficient. The author pays attention to the fact that the Law of Ukraine "On Protection of Rights to Inventions and Utility Models" establishes such term of the patent`s validity that does not make it favourable to decrease the prices for the medicine for the pharmaceutical companies. The UN international standards recognize the necessity of adoption of the human rights policy and its implementation into their activity. In the first place, they should adopt such price to the medicinal product to make it affordable for everybody in the certain country. There are some attempts to obtain the access to the innovation medicinal products by means of submission of the claims on recognizing relevant patents as invalid, but this does not exclude the necessity of the patent reform in Ukraine. The international standards should be taken into account, in particular, Doha declaration, which directly envisages the priority of the right to health over the priority of the intellectual rights to the patents to the essential products.

The author also considers the court practice on the relevant question and analyses the drafts of the Law of Ukraine, that were submitted to Verkhovna Rada of Ukraine for consideration and are aiming at the simplification of the access to the essential medicinal products.

Key words: healthcare law, human rights, Doha declaration, essential medicinal products, TRIPS agreement, right to health care.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.10

Володимир Никифорак,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

УМОВИ І ПОРЯДОК РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ МІЖНАРОДНОЇ СИСТЕМИ СТРАХУВАННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВЛАСНИКІВ ТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ «ЗЕЛЕНА КАРТКА»

У статті розкритий порядок реалізації завдань та функціонування Міжнародної системи страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів. Правила регламентуються відповідно до директив Європейського Парламенту. Основною метою директив є врегулювання взаємних відносин між бюро національних страховиків щодо належного захисту потерпілих в результаті ДТП осіб (коли винуватцем події був страхувальник – власник полісу «Зелена картка»).

Визначено, що механізм реалізації завдань Міжнародної системи автомобільного страхування «Зелена картка» ґрунтується на таких основних принципах:

1) кожний транспортний засіб, що перебуває в будь-якій країні, яка є членом ЄС, повинен підлягати обов'язковому страхуванню цивільної відповідальності в порядку, передбаченому законодавством цієї країни;

2) вимога обов'язкового страхування стосується не тільки використання транспортного засобу в межах країни базування, але і в межах всіх країн Співтовариства, де діє договір «Зеленої картки»;

3) характер і обсяг обов'язкового страхового покриття будуть залишатися такими, якими вони були передбачені в законодавстві кожної країни, але з огляду на відсутність на нинішньому етапі єдності правил страхування цивільної відповідальності в країнах ЄС величина страхового покриття може змінюватися після перетину межі;

4) якщо з транспортним засобом відбулася аварія в країні відвідування, бюро автостраховиків цієї країни гарантує, що жертва ДТП отримає необхідне відшкодування, тобто Бюро діє як страховик;

5) коли бюро країни відвідування зазнало витрат на компенсацію наслідків ДТП, відшкодування має бути здійснене бюро країни базування, де застрахований транспортний засіб.

Встановлено, що умовою належного функціонування досліджуваної системи в Україні є забезпечення державою повноважень національного Бюро для виконання ним контрольно-розпорядчих функцій і порядку видачі автовласникам страхових сертифікатів «Зелена картка» та запобігання фактам міжнародного шахрайства у страхуванні. Надання таких повноважень є необхідною умовою належного забезпечення конституційних прав національних автовласників, які можуть спричиняти дорожньо-транспортні пригоди в інших країнах і до яких можуть пред'являтися матеріальні претензії у значних обсягах.

Ключові слова: страхування відповідальності, «Зелена картка», транспортний засіб, національне бюро, відшкодування, потерпіла особа, дорожньо-транспортна пригода.

Постановка проблеми. Страхування є багатогранною категорією, наповненою приватним, економічним та фінансовим змістом. З цивільно-правового погляду страхування, в тому числі страхування відповідальності, є ефективним механізмом, мета якого полягає у захисті майнових інтересів фізичних та юридичних осіб (страхувальників) від певних негативних подій та їх наслідків (страхових випадків) [5, с. 16]. Серед трьох основних видів страхування сьогодні одним з найбільш затребуваних та актуальних вважається страхування відповідальності, більшість підвидів якого здійснюється майже у всіх європейських державах обов'язково. Яскравим прикладом та відомим різновидом страхування відповідальності є страхування цивільної відповідальності власників наземних транспортних засобів. Даний вид страхування покликаний забезпечити виплату потерпілій особі (особам) грошового відшкодування в розмірі суми, яка була б стягнута з власника транспортного засобу за цивільним позовом на користь третьої особи за

© В. Никифорак, 2019

шкоду життю та здоров'ю, а також за пошкодження належного їй майна, які виникли внаслідок аварії або дорожньо-транспортної пригоди з вини страхувальника.

Унікальність страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів полягає в тому, що воно може запроваджуватися не лише на внутрішньодержавному рівні, але й на міжнародному. Зокрема, найвідомішим прикладом такого міжнародного страхування є «Зелена картка» ("Green Card") – система міжнародних договорів автомобільного страхування, яка була введена ще на початку 50-х років минулого століття у країнах ЄС, а нині об'єднує вже 48 країн. Метою створення системи було спрощення міжнародного руху автотранспортних засобів шляхом забезпечення страхування ризиків відповідальності перед третіми особами у зв'язку з використанням цих транспортних засобів відповідно до вимог країни відвідування [4, с. 170].

Мета статті полягає у проведенні комплексного аналізу засновницьких принципів міжнародної системи страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів «Зелена картка», а також у визначенні механізму реалізації принципів та завдань цієї системи.

Дослідження такого інституту цивільного права, як страхування, завжди викликало інтерес у науковців різних сфер. Однак у даній статті основна увага приділяється працям вчених-правознавців, предметом яких були особливості здійснення страхування відповідальності власників наземних транспортних засобів як в Україні, так і за кордоном (Європейському Союзі) в рамках Міжнародної системи автострахування «Зелена картка». Зокрема, досліджуваній проблемі свої праці присвятили І. Андрушків, Л. Зубкова, І. Іванюк, О. Кульчій, К. Лібіх, П. Лозневий, Н. Пацурія, І. Семенчук та інші.

Виклад основного матеріалу. Належна реалізація завдань та досягнення соціальної мети міжнародної системи страхування «Зелена картка» неможливі без достатньої нормативної бази, яка б ефективно врегулювала порядок відшкодування шкоди потерпілим особам внаслідок ДТП. Зокрема, до джерел правового регулювання відносин страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів в рамках системи «Зелена картка» належать такі документи: Перша Директива Ради 72/166/ЄЕС від 24.04.72 щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності у зв'язку з використанням транспортних засобів та виконання зобов'язання щодо страхування такої відповідальності; Друга Директива Ради 84/5/ЄЕС від 30.12.83 щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності у зв'язку з використанням транспортних засобів; Третя Директива Ради 90/232/ЄЕС від 14.05.90 щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності у зв'язку з використанням транспортних засобів; Четверта Директива 2002/26/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16.05.2000 щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності у зв'язку з використанням транспортних засобів і внесення змін до Директив Ради 73/239/ЄЕС та 88/357/ЄЕС; Директива 2005/14/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 11.05.05, що вносить зміни в директиви Ради 72/166/ЄЕС, 84/5/ЄЕС, 88/357/ЄЕС і 90/232/ЄЕС та в Директиву 2000/26/ЄС Європейського Парламенту та Ради про страхування цивільної відповідальності при використанні механічних транспортних засобів.

Перші три директиви визначили страхування відповідальності власників транспортних засобів як обов'язковий вид страхування та скасували перевірку наявності страхового полісу при перетині кордону між державами-членами [2, с. 112]. Директиви гарантують кращий захист потерпілих у ДТП, включаючи ті ДТП, що були скоєні незастрахованими або невстановленими транспортними засобами. Вказані акти ЄС містять механізм компенсації потерпілим у ДТП, яка була скоєна транспортним засобом з іншої держави-члена. Четверта Директива завершила процес формування системи шляхом створення ефективного механізму задоволення позовів, які подаються потерпілими з іншої держави-члена. Відповідно до п'ятої директиви, як стверджує Н.Б. Пацурія, система автомобільного страхування Співтовариства була оновлена та удосконалена [6, с. 46]. Зокрема, Директива визначила обов'язки держав-членів у гарантуванні принаймні певних мінімальних обсягів страхової відповідальності у забезпеченні захисту потерпілих. Мінімальні суми, що первісно передбачалися Директивою 84/5/ЄЕС, були оновленими. Обсяги відповідальності за завдання ушкоджень життю і здоров'ю потерпілих встановлені на такому рівні, щоб надати повну та справедливу компенсацію усім потерпілим, яким була завдана дуже серйозна шкода.

У низці країн обсяг відповідальності страховика відносно можливого збитку потерпілих у ДТП не лімітований і страхове відшко-

дування проводиться в розмірі реального збитку [4, с. 172]. Тобто, як слушно зазначає І.А. Семенчук, якщо суд визнає необхідність довічного утримання сім'ї потерпілого, то страховій компанії доведеться його оплачувати [7, с. 121]. Сьогоднішні мінімальні розміри страхового забезпечення за системою «Зелена картка» в різних країнах досить різняться. Зокрема, за одним страховим випадком може бути виплачено від 40–200 тис. євро до 5–10 млн євро, а в окремих країнах, таких як Бельгія, Франція, Голландія, Великобританія, Ізраїль, страхове покриття взагалі не лімітується. В Україні ж розміри страхового забезпечення на одну потерпілу особу складають близько 4 тис. євро.

Одним з основних джерел правового регулювання відносин, що виникають в рамках міжнародної системи автострахування «Зелена картка», є так звані Внутрішні правила, прийняті вищим органом управління міжнародною системою – Генеральною Асамблеєю – на Криті 30 травня 2002 року та переглянуті в Лісабоні 29 травня 2008 року та в Стамбулі 23 травня 2013 року [8] (далі – Внутрішні правила). Мета Внутрішніх правил полягає у регулюванні взаємних відносин між бюро національних страховиків, тим самим забезпечується виконання положень Рекомендації № 5, яка була прийнята ще 25 січня 1949 року Робочою групою з автомобільного транспорту Комітету з внутрішнього транспорту Європейської економічної комісії Організації Об'єднаних Націй.

Під час прийняття Внутрішніх правил були обговорені причини, які зумовили необхідність їх запровадження. Зокрема, до цих причин належали такі: 1) у 1949 році Робоча група з автомобільного транспорту Комітету з внутрішнього транспорту Європейської економічної комісії ООН направила урядам держав-членів рекомендацію, яка запропонувала їм попросити страховиків, що покривають ризики відповідальності перед третьою стороною стосовно використання транспортних засобів, укладати угоди про встановлення уніфікованих та практичних положень, що дозволили б автовласникам бути застрахованими при в'їзді в ті країни, де страхування від таких ризиків є обов'язковим; 2) дані правила вводять єдиний страховий документ, що буде найкращим способом досягнення мети прийняття Внутрішніх правил та встановлюють основні принципи укладення договорів між страховиками різних країн; 3) оскільки мета системи «Зелена картка» полягає у сприянні міжнародному обігу транспортних засобів шляхом забезпечення страхування ризиків відповідальності перед третьою стороною у зв'язку з їх використанням відповідно до вимог, встановлених країною відвідання, то в разі настання нещасних випадків система гарантує компенсацію потерпілим сторонам відповідно до національного законодавства та правил цієї країни; 4) у кожній державі-учасниці було створено та офіційно затверджено національне бюро, щоб забезпечити подвійну гарантію (свій уряд гарантує, що іноземний страховик буде дотримуватися закону, який діє в цій країні, і компенсує потерпілій стороні завдані збитки, а національне бюро країни відвідання зобов'язує страховика – члена бюро – покрити відповідальність перед третьою стороною внаслідок використання забезпеченого транспортного засобу, який спричинив ДТП); 5) внаслідок неприбуткового подвійного мандату кожне національне бюро має свою власну незалежну фінансову структуру, засновану на спільному зобов'язанні страховиків-членів бюро, які уповноважені здійснювати обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників автотранспортних засобів, що дозволяє йому виконувати зобов'язання, які випливають з угод між ним та національними бюро інших країн.

Механізм реалізації завдань Міжнародної системи автомобільного страхування «Зелена картка» ґрунтується на таких основних принципах [1, с. 194–195]: по-перше, кожний транспортний засіб, що перебуває в будь-якій країні, яка є членом ЄС, повинен підлягати обов'язковому страхуванню цивільної відповідальності в порядку, передбаченому законодавством цієї країни; по-друге, вимога обов'язкового страхування стосується не тільки використання транспортного засобу в межах країни базування, але і в межах всіх країн Співтовариства, де діє договір «Зеленої картки»; по-третє, характер і обсяг обов'язкового страхового покриття будуть залишатися такими, якими вони передбачені в законодавстві кожної країни, але з огляду на відсутність на нинішньому етапі єдності правил страхування цивільної відповідальності в країнах ЄС величина страхового покриття може змінюватися після перетину кордону; по-четверте, якщо з транспортним засобом відбулася аварія в країні відвідування, бюро автостраховиків цієї країни гарантує, що жертва ДТП отримає необхідне відшкодування, тобто Бюро діє як страховик; по-п'яте, коли бюро країни відвідування зазнало витрат на компенсацію наслідків ДТП, відшкодування має бути здійснене бюро країни базування, де застрахований транспортний засіб.

Як зазначають І. Іванюк та П. Лозневий, значним кроком у розвитку та забезпеченні дієвості міжнародної системи автостраху-

вання «Зелена картка» стало прийняття 94 сесією Робочої групи з автомобільного транспорту Європейської економічної комісії Організації Об'єднаних Націй, яка відбулася у Женеві з 14 до 16 листопада 2000 року, нової Зведеної резолюції щодо покращення автодорожнього руху. Вчені пишуть: «Міжнародно-правовими нормами зазначеної вище Резолюції, яка, до речі, була схвалена усіма країнами, що входять до цього міжнародного органу, в тому числі і повноважною українською делегацією, були значно підвищені вимоги до функціональних повноважень та статусу національних Бюро, а також до структуризації правовідносин у системі» [3, с. 19]. Зокрема, було встановлено, що у кожній країні має бути лише одне Бюро, при цьому воно має включати всі страхові організації, які мають ліцензію на здійснення обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів. Така організація має бути визначена Урядом відповідно до внутрішньодержавних процедур.

Для діяльності національного Бюро за нормативно-правової підтримки держави мають бути створені такі умови, за яких пред'явлені вимоги до застрахованих іноземних автовласників у країнах відвідування могли б бути опрацьовані та задоволені Бюро країни відвідування відповідно до принципів міжнародної системи автострахування «Зелена картка». Це є одним із чинників забезпечення законних прав іноземців (як правило, резидентів європейських країн) на території країни відвідання. Державою мають бути створені умови та забезпечені повноваження національного Бюро для виконання ним контрольно-розпорядчих функцій і умов видачі автовласникам страхових сертифікатів «Зелена картка» та запобігання фактам міжнародного шахрайства у страхуванні. Надання таких повноважень є необхідною умовою належного забезпечення конституційних прав національних автовласників, які можуть спричиняти дорожньо-транспортні пригоди в інших країнах і до яких можуть пред'являтися матеріальні претензії у значних обсягах.

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що принципи, на яких ґрунтується Міжнародна система страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів «Зелена картка», мають надзвичайно високе соціальне значення, адже саме завдяки реалізації функцій та завдань цієї системи забезпечується належний страховий захист майнових інтересів потерпілих в результаті дорожньо-транспортних пригод осіб. При цьому система забезпечує належне відшкодування шкоди, заподіяної потерпілим особам незалежно від фінансового становища безпосереднього заподіювача шкоди (страхувальника), а також незалежно від того, в якій саме країні, яка є членом даної системи, був укладений договір страхування цивільної відповідальності власника транспортного засобу «Зелена картка». Про безумовну актуальність і затребуваність суспільством страхування цивільно-правової відповідальності власників транспортних засобів свідчить і те, що за сімдесят років свого існування Міжнародна система страхування «Зелена картка» об'єднала 48 країн, кожна з яких, вступаючи до даної системи, переконана в тому, що система є надійним механізмом швидкого і повного відшкодування збитків, заподіяних володільцями джерел підвищеної небезпеки (транспортних засобів) третім особам, тобто механізмом цивілізованих відносин при розв'язанні проблем, пов'язаних з наслідками ДТП. Світова практика досі не виробила більш ефективного способу захисту водночас двох категорій осіб, тобто володільців джерел підвищеної небезпеки (транспортних засобів), що є заподіювачами шкоди, та потерпілих осіб.

Список використаних джерел:

1. Андрушків І.П. «Зелена картка» – система міжнародних договорів автомобільного страхування. *Вісник Львівської комерційної академії* : зб. наук. пр. Вип. 30. Львів. 2009. С. 193–196.

2. Зубкова Л.А. Особенности регулирования страхования ответственности владельцев транспортных средств в странах Европейского союза в контексте евроинтеграционных стремлений Украины. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2014. № 2. С. 108–115.

3. Іванюк І., Лозневий П. Міжнародна система обов'язкового страхування цивільної відповідальності власників автотранспортних засобів «Зелена картка» як механізм гарантованого соціального захисту майнових інтересів постраждалих в дорожньо-транспортних пригодах. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Економіка»*. 2006. № 81–82. С. 19–21.

4. Кульчій О.О. Іноземний досвід правового регулювання договору страхування цивільно-правової відповідальності автовласників. *Часопис цивілістики* : науково-практичний журнал. Одеса : Національний університет «Одеська юридична академія», 2015. № 19. С. 170–175.

5. Лібіх К.О. Страхування цивільної відповідальності власників автотранспортних засобів та його розвиток в Україні : автореф. дис. ... к.е.н. Київ : Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана, 2010. 22 с.

6. Пацурія Н.Б. Страхування цивільно-правової відповідальності власників транспортних засобів: порівняльно-правовий аналіз законодавства України з ACQUIS COMMUNAUTAIRE. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. 2009. № 81. С. 45–50.

7. Семенчук І.А. Система «Зелена картка» як інструмент захисту відповідальності громадян. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Економічні науки»*. 2016. Випуск 16. Частина 3. С. 119–123.

8. Internal Regulations adopted by the General Assembly in Crete on 30 May 2002 and revised in Lisbon on 29 May 2008, in Istanbul on 23 May 2013, in Tallinn on 2nd June 2016 and in Helsinki on 8th June 2017. URL: http://www.bcf.asso.fr/system/files/17-internal-regulations-helsinki-en-2016-00616-01-E.pdf.

The article under studies reveals the procedure of implementing the tasks and functions of the International Civil Liability Insurance System for Vehicle Owners "Green Card", whose activities are regulated in compliance with the Directives of the European Parliament. The main objective of the latter Directives is the regulation of the interrelations between the members of the Bureau of National Insurers regarding proper protection of the individuals who suffered in road accidents (whereby the owner of the insurance policy "Green Card" was the culprit of the accident).

In the course of the research, it has been ascertained that the mechanism of regulating the implementation of the basic tasks of the International Civil Liability Insurance System for Vehicle Owners "Green Card" is based on the following principles:

1) being on the territory of any EU state, each vehicle shall be liable to mandatory civil insurance in the order, envisaged by the legislation of that state;

2) the requirement of mandatory insurance regards not only the usage of the vehicle within the country it is currently located in, but also the territories of all other EU states, where the "Green Card" agreement is in effect;

3) the essence and the amount of civil liability insurance shall remain as they are intended to be by the legislation of every state. However, due to the difference in civil liability insurance rules in the EU states, the insurance amount may vary after crossing the border;

4) in case a vehicle gets into an accident in the country of its destination, the Bureau of Insurance in this country guarantees that a road accident victim should receive a relevant compensation. In other words, the Bureau acts as an insurer;

5) in case the Bureau in the country of destination has incurred the expenses, necessary to compensate the consequences of the road accident, the above reimbursement shall be made at the cost of the Bureau, located in the country, where the vehicle has been insured.

The article concludes that the most essential condition of the system's proper functioning in Ukraine is the state's ability to provide the National Bureau with all the necessary powers to perform control and management functions, as well as to monitor the procedure of issuing insurance certificates "Green Card" to the vehicle owners and to prevent international fraud in insurance. The above-mentioned powers will also ensure the constitutional rights of the Ukrainian vehicle owners in case they cause a road accident in other countries and, consequently, are substantially claimed by the foreign enforcement bodies.

Key words: civil liability insurance, "Green Card", vehicle owners, bureau of insurance, compensate the consequences of the road accident, individual who suffered in road accident.

УДК 347.63
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.11

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

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ ЗЛОВЖИВАННЯ БАТЬКІВСЬКИМИ ПРАВАМИ

Статтю присвячено дослідженню поняття «зловживання батьківськими правами». Порушено дискусійне питання відносно правомірності зловживання батьківськими правами. Встановлено, що такі категорії, як «батьки» та «діти», є в полі правового регулювання не лише сімейного права, яке регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання, а й в площині цивільного права, адже цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

У статті приділяється увага дослідженню категорії «зловживання правом». З огляду на загальну теорію зловживання правом ведеться дослідження категорії «зловживання батьківськими правами».

Поняття «зловживання батьківськими правами» в Сімейному кодексі України відсутнє. Вважається доцільним під зловживанням батьківськими правами розуміти здійснення батьками або особами, що їх замінюють, визначених законом суб'єктивних прав у межах закону, однак всупереч їх призначенню та інтересам дитини, а тому на шкоду дитині.

Встановлено, що законодавець передбачив захист від зловживання з боку опікуна або піклувальника, залишивши поза увагою зловживання батьківськими правами. Виведено елементи правової конструкції зловживання, до яких може бути віднесено об'єкт, предмет і суб'єкти зловживання правом. Предметом зловживань батьківськими правами є дія або бездіяльність батьків або осіб, що їх замінюють, тобто активна і пасивна складова частина батьківської поведінки, що може спричинити шкоду дитині. Суб'єктами розглядуваних правовідносин є батьки або особи, які їх замінюють, та діти. Об'єктом виступає закріплене у нормативно-правових актах право та відповідний обов'язок батьків або осіб, які їх замінюють.

Виділено такі основні ознаки зловживання батьківськими правами: наявність суб'єктивного права (народження дитини, встановлення походження дитини від батька та матері та відповідна реєстрація в органах походження дитини); наявність дії чи бездіяльності під час здійснення батьківських прав, а також умислу та зловживання батьківськими правами з необережності; порушення меж здійснення батьківських прав; темпоральна обмеженість. Зроблено висновок, що феномен зловживання батьківськими правами існує лише до досягнення дитиною віку 18 років.

Ключові слова: батьківські права, виконання батьківських обов'язків, зловживання, зловживання батьківськими правами, ознаки зловживання батьківськими правами.

Постановка проблеми. Необхідність виокремлення інституту зловживання батьківськими правами як елемента протиправної поведінки батьків була і залишається дискусійною у вітчизняній правовій науці. Очевидно, що окреслена дискусія лежить у площині не лише сімейного права, оскільки такі категорії, як «батьки» та «діти», є в полі правового регулювання виключно сімейного права, яке регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання, а й у площині цивільного права, адже цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Зловживання батьківськими правами на сьогодні є актуальною темою, яка обговорюється не лише науковою спільнотою, оскільки випадки зловживання батьківськими правами досягли величезних масштабів. З огляду на це правова природа зловживання батьківськими правами у сімейному праві України потребує комплексного теоре-

© О. Оніщук, 2019

тичного осмислення як для подальшого розвитку науки сімейного права, так і для вдосконалення сімейного законодавства.

Питання, пов'язані зі зловживанням правом, не нові для наукової спільноти. Різним аспектам питання про зловживання правом приділяли увагу такі вчені, як М.М. Агарков, С.Н. Братусь, В.П. Грібанов, О.С. Іоффе, О.І. Муранов, В.О. Рясенцев, О.Я. Рогач, О.Ф. Скакун. Окремі аспекти зловживання батьківськими правами у сімейному праві України досліджували такі вітчизняні вчені, як Т.В. Бондар, Б.К. Левківський, Г.О. Резнік, З.В. Ромовська, М.В. Логвінова, Я.М. Шевченко. Проте особливості зловживання батьками своїми батьківськими правами досі залишаються предметом жвавих наукових дискусій, що й актуалізує розглядувану тему.

Метою дослідження є комплексне теоретичне осмислення правової природи зловживання батьківськими правами у сімейному праві України.

Виклад основного матеріалу. Зловживання правом є надскладною категорією, яка досі залишається в полі зору наукових досліджень, оскільки, як слушно зазначає О.І. Муранов, за простими, здавалося б, словами «зловживання правом» ховається велика кількість складних та цікавих правових питань, багато з яких виражає саму сутність права [11, с. 21].

В.О. Рясенцев під зловживанням правом розумів здійснення суб'єктивного права на противагу його призначенню [15, с. 8].

Відповідно до іншої позиції зловживання правом очевидне тоді, коли уповноважений суб'єкт допускає недозволене використання свого права, але при цьому завжди зовні спирається на суб'єктивне право і формально не суперечить об'єктивному праву [2, с. 118].

Однак найвдалішим і таким, що береться за основу сучасними вченими, вважається визначення В.П. Грібанова, який зазначав, що зловживання правом є особливим типом цивільного правопорушення, що вчиняється уповноваженою особою під час здійснення нею належного їй права та пов'язаний з використанням недозволених конкретних форм в рамках дозволеного їй загального типу поведінки [6, с. 63].

Принагідно зазначимо, що категорія «зловживання правом» не є новою для сучасної науки, вона відома ще римському праву.

Однак вважається, що вперше вираз «зловживання цивільними правами» був введений у цивільному законодавстві Швейцарії. Законодавчими актами Швейцарії, що встановили заборону здійснення права, яке мало за мету заподіяти шкоду іншій особі, стали Цивільне Уложення Цюріхського Кантона і Швейцарське Цивільне Уложення. Однак Цивільне Уложення Цюріхського Кантона не містило загального положення про заборону зловживання правом, а мало лише низку конкретних норм, які переважно регулювали сусідські відносини та забороняли шикану, а не зловживання правом у цілому. Автори Швейцарського цивільного Уложення обмежилися загальною характеристикою [14, с. 113].

Принагідно зазначимо, що у науковій літературі радянського періоду неодноразово зверталась увага на те, що в теорії цивільного права загальне правило про неприпустимість зловживання правом зустрічає численних і авторитетних супротивників. Основними мотивами цієї негативної думки є такі: небезпека для міцності суб'єктивних прав, легкість під час обговорення конкретного питання про змішування права з мораллю, імовірність більшої шкоди для правопорядку, ніж користі [13, с. 115].

О.Ф. Скакун у своїх роботах, присвячених зловживанню правом, звертає увагу на те, що протиправність поведінки як юридична ознака правопорушення при зловживанні правом явно не виражена, саме тому деякі вчені не схильні кваліфікувати зловживання правом як правопорушення [16, с. 429]. Свого часу М.М. Агарков відзначав, що здійснення права не може бути протиправним, оскільки ті дії, які називають зловживанням правом, насправді здійснені за межами права [1, с. 427].

У цьому контексті слід згадати відомого вченого С.М. Братуся, який у своїх роботах звертав увагу на те, що здійснення права всупереч його призначенню не слід кваліфікувати як зловживання правом [3, с. 82].

Тобто, як вірно зазначає О.Я. Рогач, про зловживання правом може йтися лише тоді, коли уповноважена особа діє в межах належного їй суб'єктивного права, але використовує такі форми його реалізації, які виходять за встановлені законом межі здійснення права [14, с. 73].

З огляду на загальну теорію зловживання правом цікавим видається дослідження категорії «зловживання батьківськими правами».

Батьківські права визначаються як сукупність усіх прав, що належать громадянам у силу походження від них дітей, засвідченого в установленому порядку [5, с. 186].

Розгляд питання зловживання батьківськими правами слід розпочати з цивільного права. Ідеться про межі здійснення цивільних прав, які особа реалізує у рамках, наданих їй договором або актами цивільного законодавства.

Так, при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю або культурній спадщині. При цьому не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах.

Натомість поняття «зловживання батьківськими правами» в Сімейному кодексі України відсутнє.

Однак у статті 155 СК України, в якій ідеться про здійснення батьківських прав та виконання батьківських обов'язків, відзначається, що здійснення батьками своїх прав та виконання обов'язків мають ґрунтуватися на повазі до прав дитини та її людської гідності. Ключовим положенням в межах зазначеної статті 155 СК України є те, що батьківські права не можуть здійснюватися всупереч інтересам дитини.

Крім того, відповідно до п. 2 ст. 152 СК України, якою визначається забезпечення права дитини на належне батьківське виховання, дитина має право чинити спротив неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї.

Так, дитина має право звернутися за захистом своїх прав та інтересів до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій. Окрім цього, дитина має право звернутися за захистом своїх прав та інтересів безпосередньо до суду, якщо вона досягла чотирнадцяти років.

При цьому не можна залишити поза увагою статтю 247 СК України, в якій згадуються права дитини, над якою встановлено опіку або піклування, а саме право на захист від зловживань з боку опікуна або піклувальника.

Очевидно, що в цьому випадку законодавець передбачив захист від зловживання з боку опікуна або піклувальника, залишивши поза увагою зловживання батьківськими правами.

У цьому контексті М.В. Логвінова зазначає, що зловживання батьківськими правами як соціальна шкідлива поведінка, що здійснюється в межах правових норм, не передбачена сімейним законодавством [9, с. 83].

При цьому суть зловживання батьківськими правами як різновиду протиправної активної дії полягає у використанні батьківського права на шкоду дитині, її вихованню та розвитку. Можливість діяти всупереч інтересам неповнолітнього існує доти, доки зберігається право батьків на виховання [10].

Зловживання батьківськими правами має різні прояви, зокрема: 1) у вигляді перешкод до покращення умов життя, виховання дитини, її навчання, участі в громадському житті; 2) в примушуванні до вчинення асоціальних вчинків; 3) в застосуванні антипедагогічних заходів покарання; 4) у свідомому формуванні у дитини негативного ставлення до суспільно значущих цінностей [12, с. 68].

Сьогодні захистити дитину від зловживання батьками правом на виховання можна шляхом відібрання дитини від батьків або від одного з них за рішенням суду, якщо залишення дитини у них є небезпечним для її життя, здоров'я і морального виховання (ст. 170 СК) [8, с. 74].

Розглядаючи зловживання батьківськими правами, не можна оминути важливий аспект, пов'язаний із елементами зловживання правом. Щоб якнайкраще зрозуміти складові частини такої складної конструкції, як елементи батьківських прав, слід керуватися загальнотеоретичними засадами розуміння даної категорії.

Зокрема, О.С. Губар, досліджуючи недопустимість зловживання правом у цивільному праві України, акцентує увагу на тому, що правова конструкція зловживання має властиві їй елементи, до яких може бути віднесено об'єкт, предмет і суб'єкти зловживання правом. Вважається, що суб'єктом зловживання цивільним правом не може бути носій суб'єктивного обов'язку, оскільки зобов'язана особа не є носієм суб'єктивного права та позбавлена можливості його здійснювати як добросовісно, так і недобросовісно [7, с. 36–41].

З огляду на це слід відзначити таке. По-перше, у правовідносинах між батьками та дітьми об'єктом виступає закріплене у нормативно-правових актах право та відповідний обов'язок батьків або осіб, які їх замінюють. У цьому аспекті невипадково використовується конструкція «батьківський право-обов'язок», оскільки з огляду на положення глави 13 СК України, якою визначаються особисті немайнові права і обов'язки батьків, батьківські права прямо не визначені, однак вони визначаються крізь призму закріплених у законодавстві відповідних батьківських обов'язків. По-друге, предметом зловживань батьківськими правами є дія або бездіяльність батьків або осіб, що їх замінюють, тобто активна і пасивна складова частина батьківської поведінки, що може спричинити шкоду дитині. По-третє, оскільки учасниками розглядуваних правовідносин є визначені законом суб'єкти – батьки або особи, які їх замінюють, та діти, то необхідно враховувати особливості правового статусу таких учасників при встановленні суб'єктивного складника зловживання батьківськими правами.

Отже, суб'єктами у конструкції «зловживання батьківськими правами» виступають батьки або особи, які їх замінюють, та діти. Для якнайкращого розуміння особливостей зловживання батьківськими правами, окрім наведеного, слід розглянути ще й ознаки зловживань відповідними правами.

У науковій літературі неодноразово зверталась увага на ознаки зловживань правом. Вбачається, що найбільш повно ознаки зловживання правом охарактеризував М.О. Стефанчук, який, розглядаючи зловживання правом як використання свого права зі злими намірами, виділив такі ознаки: 1) закріплення в законі суб'єктивного цивільного права (наявність уповноважуючої норми); 2) закріплення реальної можливості здійснення суб'єктивного цивільного права; 3) закріплення реального здійснення свого суб'єктивного цивільного права, відповідно до якого особа власним волевиявленням здійснює його (фактичним чи юридичним способом); 4) уповноважена особа своєю поведінкою зі здійснення суб'єктивного цивільного права завдає шкоду, яка може бути як майновою, так і немайновою; 5) уповноважена особа діє винно [17, с. 119–121].

Дещо інший підхід відображений у роботі Ю.С. Васильєва, який виділив такі ознаки зловживання правом: 1) дії щодо здійснення права не повинні прямо порушувати правової норми, а можуть бути самі собою припустимими, можливими; 2) такі дії в даному конкретному випадку відбуваються для досягнення цілей, що не відповідають цілям і функціям, які закріплені в тій правовій нормі, що передбачає конкретні суб'єктивні права; 3) ці дії відбуваються з наміром завдати шкоди іншим особам або погіршити їх майнове чи суспільне становище; 4) дії, про які йдеться, здійснюються носіями суб'єктивного права, що не мають при цьому виправданого інтересу [4, с. 14].

О.С. Губар звертає увагу на такі визначальні (істотні) ознаки зловживання правом: 1) недобросовісне здійснення цивільних прав за відсутності виправданого інтересу або в суперечності з його соціальним призначенням під впливом корисливого, егоїстичного інтересу, що заперечує правомірність існування всякого іншого інтересу; 2) умисел або необережність у зловживанні правом через призму розумності та добросовісності; 3) наявність шкоди або створення умов для настання шкоди при зловживанні правом; 4) наявність правової невизначеності внаслідок неможливості використання спеціальної норми, яка регулює недобросовісне здійснення цивільних прав, що викликає до дії норму ст. 13 ЦК України; 5) нормативна урегульованість шляхом заборони поведінки, яка визнається зловживанням правом [7, с. 35–36].

Розуміючи, що критерієм виявлення зловживання батьківськими правами виступає інтерес дитини, а також взявши за основу наведене, слід виділити й основні ознаки зловживання батьківськими правами.

1. Наявність суб'єктивного права. Відомо, що батьки є законними представниками своїх дітей та повинні захищати їх права та інтереси перед будь-якими фізичними чи юридичними особами без спеціальних повноважень. Що відбувся факт зловживання батьківськими правами, суб'єкт зловживання повинен мати статус батька або матері, що означає, що батьківські права та обов'язки відносно дитини виникають з моменту народження дитини. Тобто народження дитини є підставою виникнення батьківських прав. Однак батьківські права та обов'язки засновані на походженні дитини від батьків, факт якого повинен бути встановлений у визначеному законом порядку. Отже, у широкому розумінні для початку батьківських відносин необхідні такі складники: народження дитини; встановлення походження дитини від батька та матері та відповідна реєстрація в органах походження дитини.

2. Наявність дії чи бездіяльності при здійсненні батьківських прав, а також умислу та зловживання батьківськими правами з необережності.

3. Порушення меж здійснення батьківських прав. Здійснення батьківських прав обмежене визначеним право-обов'язком виховувати дитину, що означає можливість здійснювати батьківські права лише в межах, визначених законом.

4. Темпоральна обмеженість. Феномен зловживання батьківськими правами існує лише до досягнення дитиною віку 18 років, що цілком корелюється із положенням ст. 6 СК України, згідно з яким правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття.

Висновки

Викладене спонукає до таких висновків: по-перше, за відсутності у законодавстві поняття «зловживання батьківськими правами» видається доцільним під зловживанням батьківськими правами розуміти здійснення батьками або особами, що їх замінюють, визначених законом суб'єктивних прав в межах закону, однак всупереч їх призначенню та інтересам дитини, а тому на шкоду дитині; по-друге, зловживання батьківськими правами є багатоаспектною

категорією, яка є дією або бездіяльністю, що характеризується порушенням прав дитини (зловживання батьківськими правами є формою протиправної поведінки, за яку законом встановлена відповідальність); по-третє, зловживання батьківськими правами є дією або бездіяльністю батьків або осіб, які їх замінюють, зі здійснення установлених законом прав і обов'язків. Така дія чи бездіяльність спричиняє шкоду дітям.

Ключовим у цьому є розуміння того, що бездіяльність чи дії, спрямовані на заподіяння шкоди дитині, здійснюються суб'єктом, який недобросовісно здійснює своє право, визначене законом.

Зрештою, слід пам'ятати, що наслідком невизначеності у СК України поняття «зловживання батьківськими правами» є відсутність чіткої системи захисту дітей від протиправних дій або бездіяльності батьків або осіб, які їх замінюють, в процесі реалізації останніми закріпленого законом обов'язку виховувати дитину.

Список використаних джерел:

1. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. Известия АН СССР. *Отделение экономики и права*. 1946. № 6. С. 401–464.

2. Бару М.И. Ст. 1 Гражданского кодекса. *Советское государство и право*. 1958. № 12. С. 117–120.

3. Братусь С.Н. О пределах осуществления гражданских прав. *Правоведение*. 1967. № 3. С. 79–86.

4. Васильев Ю.С. Взаимодействие права и морали. *Сов. государство и право*. 1966. № 11. С. 12–20.

5. Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. Москва : Юридическая литература, 1972. 336 с.

6. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. М.: Статут, 2001. 411 с.

7. Губар О.С. Недопустимість зловживання правом у цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.03 ; Нац. акад. прав. наук України, НДІ приват. права і підприємництва. Київ, 2013. 200 с.

8. Колінчук Х.Г. Зловживання батьківськими правами в контексті інституту зловживання суб'єктивними цивільними правами. *Наукові записки. Том 90. Юридичні науки*. 2009. С. 72–75.

9. Логвінова М.В. Зловживання батьківськими правами: постановка проблеми. *Вдосконалення правового захисту прав та основних свобод людини і громадянина* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції молодих вчених та аспірантів, 23 квітня 2010 року. Івано-Франківськ : Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника, 2010. С. 82–86.

10. Логвінова М.В. Цивільна та сімейно-правова відповідальність батьків за правопорушення, вчинені неповнолітніми : автореф. дис ... канд. юрид. наук. Київ : б. в., 2006. 20 с.

11. Муранов А.И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 1999. 272 с.

12. Нечаева А.М. Правонарушения в сфере личных семейных отношений. Москва : Наука, 1991. 238 с.

13. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. Москва : Статут, 2001. 353 с.

14. Рогач О.Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження. Ужгород : Ліра, 2011. 368 с.

15. Рясенцев В.А. Условия и юридические последствия отказа в защите гражданских прав. *Советская юстиция*. 1962. № 9. С. 8–9.

16. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Консум, 2001. 656 с.

17. Стефанчук М.О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав. Київ : Алерта : КНТ : Центр учбової літератури, 2008. 184 с.

The article is devoted to the study of the concept of abuse of parental rights. Discussion on the lawfulness of abuse of parental rights has been raised. It is established that categories such as "parents" and "children" are within the legal framework of not only family law governing family personal property and property relations between spouses, between parents and children, adoptive parents and adoptive parents, between mother and father of the child for their upbringing, development and maintenance, in particular, but also in the field of civil law, since civil law regulates personal property and property relations (civil relations) based on legal equality, free expression, the property independence of their participants.

The article focuses on the study of the category of "abuse of law". In view of the general theory of abuse of rights, the category of parental abuse is being investigated.

There is no concept of abuse of parental rights in the Family Code of Ukraine, moreover, no similar phrase is mentioned in any article of the UK. It is considered expedient for the abuse of parental rights to understand the exercise of the subjective rights within the law by the parents or their substitute persons, however contrary to their purpose and the interests of the child and therefore to the detriment of the child.

It was found that the legislator provided protection against abuse by the guardian or guardian, leaving out the abuse of parental rights. The elements of the legal structure of the abuse, which can be attributed to the object, subject and subjects of abuse of law, have been deduced. The subject of abuse of parental rights is the actions or omissions of the parents or their substitute persons, that is, an active and passive component of parental behavior that could cause harm to the child. The subjects of the relationship in question are the

parents or the persons who replace them and the children. The object is the law enshrined in the legal acts and the corresponding duty of the parents or persons who replace them.

The main features of abuse of parental rights are highlighted: presence of subjective right (birth of a child; establishment of origin of the child from the father and mother and corresponding registration in the organs of origin of the child); the existence of acts or omissions in the exercise of parental rights, and intentional and abusive parental rights; violation of the limits of the exercise of parental rights; temporal limitation. It is concluded that the phenomenon of parental abuse only exists until the child reaches the age of 18 years.

Key words: parental rights, performance of parental responsibilities, abuse, abuse of parental rights, signs of abuse of parental rights.

УДК 347.611
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.12

Лілія Радченко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МОДЕРНІЗАЦІЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ У СФЕРІ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Стаття присвячена розгляду порівняльно-правових засад захисту прав людини у сфері сімейних відносин через призму дослідження практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). Автором наголошується, що категорія "найкращі інтереси дитини" є базовим принципом у сфері захисту прав дитини, що стосується прийняття рішень ЄСПЛ. Визначення того, що відповідає найкращим інтересам дитини, має основоположне значення та встановлюється в кожному окремому випадку. Залежно від їх природи та серйозності інтереси дитини можуть переважати інтереси батьків.

У статті на основі аналізу прецедентної практики ЄСПЛ характеризуються його основні правові позиції, що відіграють найбільш важливу роль у вирішенні справ, пов'язаних із застосуванням ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У статті наголошується, що аналіз практики ЄСПЛ у частині захисту прав у сфері сімейних відносин засвідчує застосування зазначеним судом для захисту прав та охоронюваних законом інтересів у сімейній сфері не лише норм міжнародних правових актів, а й врахування їх розуміння та тлумачення для оцінки конкретних правових відносин та розв'язання відповідного спору. Отже, у сучасних умовах для забезпечення захисту прав особи набуває важливого значення не лише буквальне застосування норми правового припису, але і його оцінка на предмет відповідності основоположним правам людини, забезпечення інтересів дитини, створення умов для вільного розвитку людської особистості. Саме ці правові чинники мають бути основами для захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів та враховуватися при розробці правових засад модернізації цивільно-правової відповідальності. Проведений аналіз дозволяє дійти висновків, які мають значення для визначення основних напрямів розвитку національної системи правового регулювання сімейних відносин та захисту сімейних прав.

Ключові слова: сім'я, сімейне життя, сімейні відносини, найкращі інтереси дитини, право ЄС, міжнародне сімейне право, цивільно-правова відповідальність.

Постановка проблеми. Питання цивільно-правової відповідальності з огляду на значущу роль таких джерел, як міжнародно-правові акти та практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), та їх вплив на формування нових положень і гармонізацію приватно-правового законодавства України є багатогранними, різновекторними та такими, що вимагають системної наукової уваги і законодавчого вирішення.

Ці фактори спонукають до осучаснення, оновлення традиційних засад регулювання цивільно-правової відповідальності, практичним результатом чого має стати модернізація такого регулювання. При цьому слід враховувати, що у загальному вигляді модернізація своїм підґрунтям має раціональні наукові розробки та дослідження, проведені у демократичному суспільстві.

Різновекторність цивільно-правової відповідальності охоплює цілу низку приватно-правових інститутів (наприклад, право власності, зобов'язальне право, житлове право тощо), які лежать в одній площині приватного права, однак потребують окремого юридичного аналізу та сприйняття, адже охоплюють різноманітні сфери суспільного життя. Водночас проблема цивільно-правової відповідальності пов'язана з питаннями належного та ефективного захисту цивільних прав та інтересів, адже відповідальність є логічним наслідком та результатом застосування способів захисту прав та інтересів. Тому пропонуємо більш детально розглянути окремі аспекти модернізації цивільно-правового захисту у сфері сімейних правовідносин.

Метою статті є дослідження порівняльно-правових засад захисту прав людини у сфері сімейних відносин через аналіз практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), визначення основних правових позицій ЄСПЛ, що відіграють

© Л. Радченко, 2019

найбільш важливу роль у вирішенні справ, пов'язаних із застосуванням ст. 8 Конвенції про захист прав і основоположних свобод, а також формулювання висновків і пропозицій, що мають враховуватися для визначення основних напрямів розвитку національної системи правового регулювання сімейних відносин та захисту сімейних прав.

Проблема захисту прав людини у сфері сімейних відносин через призму міжнародного приватного права була предметом наукового дослідження вітчизняних науковців, зокрема Т.В. Боднар, А.С. Довгерта, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, В.І. Кисіля, В.І. Труби тощо, а також представників правової доктрини вчених країн ЄС.

У заданому аспекті доцільно зупинитись на аналізі певних положень Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. [1] (далі – Конвенція) та окремих рішень практики Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини як офіційних джерел права України відповідно до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (ст. 17) [2].

Оскільки дана стаття присвячена сімейно-правовому напряму, вважаємо за доцільне звернути увагу, що серед положень Конвенції з урахуванням Протоколів до неї слід виокремити положення ст. 8 Конвенції «Право на повагу до приватного і сімейного життя» та ст. 5 Протоколу № 7 до Конвенції «Рівноправність кожного з подружжя» [3] (далі – Протокол № 7).

Зокрема, у ч. 1 ст. 8 Конвенції визначено, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. А відповідно до ст. 5 Протоколу №7 кожен із подружжя у відносинах між собою і відносинах зі своїми дітьми користується рівними правами та обов'язками цивільного характеру, що виникають зі вступу у шлюб, перебування в шлюбі та у разі його розірвання. При цьому дана норма не перешкоджає державам вживати таких заходів, що є необхідними в інтересах дітей.

Оскільки Конвенція гарантує такий основоположний принцип, що притаманний демократичному суспільству, як право на повагу до свого приватного і сімейного життя, то слід зосередити увагу на поняттях «повага до приватного і сімейного життя» та «приватне» і «сімейне життя» в розумінні практики ЄСПЛ, а також на спектрі питань, що охоплюються цими поняттями.

Зокрема, як поняття «приватне», так і поняття «сімейне життя» у практиці ЄСПЛ не є чітко визначеним. Вони тлумачаться широко і присвячені різноманітному діапазону питань. Це ілюструється рішеннями у конкретних справах. Однак заради справедливості можна підкреслити, що діапазон, присвячений розгляду порушених прав на приватне життя, є ширшим порівняно із розглядом порушених прав на сімейне життя.

Розглянемо декілька найбільш прикметних рішень ЄСПЛ щодо застосування ст. 8 Конвенції у контексті захисту інтересів дитини.

Зокрема, відзначимо, що найкращі інтереси дитини є базовим принципом зі сфери захисту прав дитини, що стосується прийняття рішень ЄСПЛ. У статті третій Конвенції ООН про права дитини говориться: «В усіх діях щодо дітей незалежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, що займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини» [4].

Розгляд того, що полягає в найкращих інтересах дитини, має першорядне значення у кожному подібному випадку. Залежно від їх природи та серйозності інтереси дитини можуть переважати інтереси батьків.

Особливо цікавими є такі рішення ЄСПЛ.

Так, у рішенні «*М.С. проти України*» [5] суд констатував порушення Україною права заявника, гарантованого ст. 8 «Право на повагу до приватного та сімейного життя», у зв'язку з рішенням національних судів про визначення місця проживання дитини заявника.

ЄСПЛ наголосив, що в усіх подібних випадках основне значення має вирішення питання про те, що найкраще відповідає інтересам дитини. При цьому ЄСПЛ зауважив, що, визначаючи найкращі інтереси дитини, в кожній конкретній справі необхідно враховувати два аспекти. По-перше, інтересам дитини найкраще відповідає збереження її зв'язків із сім'єю. По-друге, у якнайкращих інтересах дитини міститься забезпечення її розвитку в безпечному, спокійному та стійкому середовищі.

ЄСПЛ зробив висновок, що здійснений національними судами аналіз перед ухваленням рішення про визначення місця проживання дитини заявника разом із матір'ю був недостатньо ретельним. Тому, попри широкі дискреційні повноваження, надані національним органам у сфері встановлення опіки над дітьми, ЄСПЛ визнав, що обґрунтування ухваленого ними рішення не є належним та достатнім [4].

В іншому рішенні у справі *«Лазоріва проти України»* від 17 квітня 2018 року [6] ЄСПЛ зазначив, що, хоча постійне піклування у формі опіки заявницею-членом розширеної сім'ї дитини, було для дитини чудовою можливістю підтримувати контакти з сім'єю її походження, воно не надало б їй основних переваг статусу члена родини. З огляду на дуже обмежені стосунки між заявницею та хлопчиком усиновлення останнього родиною, яка виховуватиме його у спосіб, який належним чином замінить дійсні біологічні зв'язки, повністю відповідає його найкращим інтересам. ЄСПЛ наполягав на тому, що заявниця як тітка дитини мала право на те, щоб її думки та її пропозиція стати опікуном хлопчика були належним чином розглянуті судом, який, зрештою, ухвалив рішення щодо усиновлення хлопчика третіми особами. Водночас ЄСПЛ визнав, що у цій справі усиновлення відповідало найкращим інтересам дитини. Іншими словами, йдеться про процесуальний недолік, який, однак, призвів до правильного результату для дитини. У цьому випадку суд керувався тим, що більше відповідає інтересам дитини її виховання у повноцінній сім'ї, а не підтримання родинних стосунків.

В іншому випадку ЄСПЛ, незважаючи на висловлене бажання дитиною, врахував, що найбільше відповідає інтересам дитини необхідність підтримання стосунків з її обома батьками.

Так, у рішенні, ухваленому 22 червня 2006 року у справі *«Б'янчі проти Швейцарії»* [7], Суд постановив, що сталося порушення ст. 8 Конвенції щодо права на повагу до приватного та сімейного життя. Відповідно до ст. 41 Конвенції Суд призначив сплатити заявнику 15 000 євро як компенсацію моральної шкоди та 5 000 євро на відшкодування судових витрат.

Заявник Стефано Б'янчі є громадянином Італії, народився 1952 року і мешкає у м. Буггіано (Італія). У червні 1998 року заявник одружився з Е. Х., громадянкою Італії. У листопаді 1999 року у них народився син. У червні 2002 року подружжя розлучилася, і Е. Х., переїхавши до Швейцарії, забрала сина без згоди його батька.

У вересні 2002 року заявник звернувся до компетентних органів Швейцарії з проханням сприяти поверненню хлопчика. Він покликався на Гаазьку конвенцію про цивільні аспекти, пов'язані з міжнародним викраденням дитини. У лютому 2003 року місцевий суд м. Пістої (Італія) визнав за заявником право опіки над сином. У квітні 2003 року заяву розглянув Федеральний суд Швейцарії і постановив, що дитина має повернутися до Італії. Е. Х. незабаром повернулася до Італії. У грудні 2003 року під час чергових відвідин хлопчика його матір'ю заявник, як звичайно, відпустив дитину для прогулянок з матір'ю. Однак Е. Х. не повернулася ані того дня, ані згодом. Як виявилося, колишня дружина заявника знову переїхала з хлопчиком до Швейцарії. У січні 2004 року заявник звернувся до місцевого суду в Швейцарії з позовом про повернення сина. Наступного дня суд ухвалив рішення, відповідно до якого до остаточного вирішення даного питання дитина має залишатися з матір'ю у Швейцарії. У вирішенні ніде не було обумовлено можливості побачень заявника з сином.

У травні 2004 року швейцарський місцевий суд відмовив заявнику у задоволенні його заяви про повернення дитини в Італію. Цей суд дійшов висновку, що хлопчик, імовірно, не був щасливим з батьком в Італії, беручи до уваги явно виявлений дитиною опір щодо перспектив повернення до цієї країни. Також суд зауважив, що у хлопчика був тісніший зв'язок з матір'ю, аніж зі своїм батьком. Заявник оскаржив це рішення. Високий суд, розглянувши скаргу заявника, постановив, що не пізніше ніж 31 липня 2004 року дитину слід повернути до Італії. У серпні 2004 року контролером наглядової ради було складено висновок щодо обставин побачень батька з дитиною.

У вересні 2004 року місцевий суд в Італії ухвалив рішення про остаточне розлучення заявника та Е. Х. та визнав виключні права опіки за п. Б'янчі, надавши матері хлопчика право регулярних побачень. У жовтні 2004 року рішення у справі ухвалив Федеральний суд Швейцарії. Цей суд відмовив заявнику у задоволенні заяви. На час прийняття рішення судом місце перебування колишньої дружини заявника та його сина залишалося невідомим.

Заявник стверджував про порушення ст. 8 та ч. 1 ст. 6 Конвенції. Зокрема, він скаржився на надмірну тривалість процесу, а також на нездатність відповідних органів Швейцарії забезпечити виконання судових рішень про повернення йому сина. Суд дійшов висновку, що втручання у право заявника на повагу до сімейного життя виявилося в конкретних рішеннях та процедурах, які відбувалися після зникнення дитини. Ці рішення та процедури заважали заявнику (принаймні тимчасово) здійснювати опіку над сином. До того ж втручанням у право заявника стало рішення місцевого суду Швейцарії від 3 травня 2004 року про відмову п. Б'янчі у поверненні сина до Італії.

Суд висловив сумніви щодо правильності рішення місцевого суду Швейцарії, ухваленого в січні 2004 року. У рішенні стверджувалося, що до остаточного вирішення питання про повернення дитини до Італії хлопчик мав залишитися в Швейцарії.

Як зазначалося, суд головним чином покладався на реакцію дитини щодо перспектив повернення до Італії. Однак у ЄСПЛ виникли певні застереження стосовно обставин, які привели до висновку про небажання дитини повернутися з батьком до Італії. Суд, зокрема, вказав, що компетентні органи Швейцарії виявилися неспроможними виконати вчасно перші рішення щодо повернення дитини до Італії.

У зв'язку з цим ЄСПЛ цілковито погодився з висновком Високого суду Швейцарії про те, що опір чотирирічного хлопчика перед перспективою повернення його до Італії природно пояснюється тривалим (протягом декількох місяців) проживанням дитини тільки з матір'ю у Швейцарії. Суд відзначив, що пасивність органів спричинила цілковите розірвання контакту між батьком і сином упродовж майже двох років. З огляду на малий вік дитини це розірвання, зрештою, призвело до відчуження хлопчика від заявника. Цю обставину ніяк не можна вважати такою, що відповідала інтересам дитини. Тому Суд не міг дійти висновку, що право заявника на повагу до сімейного життя захищається ефективно, як цього вимагає Конвенція [7]. Отже, сталося порушення ст. 8 Конвенції.

Ще в одному рішенні, ухваленому 26 жовтня 2006 року у справі «*Валлова та Валла проти Чеської республіки*» [8], ЄСПЛ постановив, що було порушено ст. 8 Конвенції щодо факту розлучення дітей із заявниками та поміщення їх під соціальний нагляд. Відповідно до ст. 41 Конвенції Суд призначив сплатити заявникам 10 000 євро як компенсацію моральної шкоди.

Заявники Емілі Валлова (1969 р.н.) та її чоловік Ярослав Валла (1949 р.н.) є громадянами Чехії, мешкають у м. Вече (Чехія). Вони мають п'ятеро дітей, які народились у 1985, 1988, 1995, 1997 і 2000 роках.

У вересні 2000 року місцевий суд (за зверненням департаменту соціального захисту) ухвалив рішення про встановлення нагляду за сім'єю п. Валли та п. Валлової. Встановлення нагляду було спрямоване на те, аби домогтися від заявників належного облаштування їх сімейного побуту.

У листопаді 2000 року департамент соціального захисту звернувся до суду із клопотанням про отримання тимчасової опіки над дітьми заявників. Представники департаменту стверджували, що заявники ще з 1997 року так і не спромоглися знайти постійне та належно облаштоване помешкання з огляду на потреби дітей. Суд задовольнив зазначене клопотання (рішення від 15 листопада 2000 року).

Трьох старших дітей було тимчасово поміщено до одного дитячого будинку, а двох молодших – до іншого.

У квітні 2002 року суд вирішив перевести дітей заявників під цілковиту опіку відповідних дитячих установ. У його рішенні, зокрема, зазначалося, що п. Валла не має постійної роботи, а його дружина, яка була безробітною, ще не оформила необхідних документів для отримання соціальної допомоги. Суд, зрештою, вказав, що заявники виявилися неспроможними подолати свої матеріальні труднощі та знайти придатне помешкання. Отже, суд дійшов висновку про те, що п. Валла та п. Валлова не можуть належно виховувати своїх дітей. Він також зауважив, крім іншого, що відтоді, як дітей було поміщено до дитячих будинків, їхні батьки (заявники) не наполягали на побаченні з дітьми. Зазначене рішення місцевого суду було підтримане апеляційною інстанцією.

У січні 2004 року Конституційний суд відмовив заявникам у задоволенні скарги, відзначивши, що спосіб, у який справу було вирішено, був єдиним можливим способом. У 2003 році було скасовано опіку над найстаршим сином заявників (у зв'язку з досягненням ним повноліття). У 2005 році двоє найменших дітей були усиновлені подружжям М. Двох старших дітей було повернуто заявникам за умови перебування підлітків під наглядом школи (судове рішення від лютого 2006 року).

Останнє рішення було мотивоване, зокрема, тим, що заявникам, зрештою, вдалося орендувати придатну квартиру, п. Валла продовжував упродовж кількох місяців працювати, а його дружина вже отримувала пенсію з інвалідності.

Заявники скаржилися на те, що їх розлучили з дітьми, а державні органи жодним чином не зарадили такій ситуації. Вони стверджували про порушення ст. 8 та ст. 14 Конвенції. Суд зауважив, що вже внутрішні суди чітко вбачали проблему у тому, що заявникам було важко знайти помешкання, придатне для такої великої сім'ї. Суд також відзначив, що під сумнів не ставилася здатність заявників виховувати своїх дітей та їх батьківські почуття.

На думку Суду, справжня проблема полягала в обмеженості засобів, які органи влади застосували для вирішення справи. Отже, було застосовано такий вкрай суворий захід, як розлучення дітей з батьками. Суд

вважає, що до такого кроку можна вдаватися лише в особливо серйозних випадках. Він вказав, що органам влади слід було пошукати м'якших заходів. Зокрема, можна було організувати регулярне відстеження побутових та гігієнічних умов у помешканні заявників.

Крім того, соціальні працівники могли надавати заявникам конкретні поради щодо того, як поліпшити їх житлові умови. Але такі альтернативні заходи проведені не були. Отже, Суд дійшов висновку про недостатність підстав, якими керувалися національні органи, ухвалюючи рішення про поміщення дітей до соціальних опікунських установ.

Тому Суд постановив, що відбулося втручання у право заявників на повагу до їх сімейного життя, яке порушувало ст. 8 Конвенції. Суд також вирішив, що не було необхідності розглядати питання щодо можливого порушення ст. 14 Конвенції [8].

Висновки

Аналіз практики ЄСПЛ у частині захисту прав у сфері сімейних відносин засвідчує застосування зазначеним судом для захисту прав та охоронюваних законом інтересів у сімейній сфері не лише норм міжнародних правових актів, а й врахування їх розуміння та тлумачення для оцінки конкретних правових відносин та розв'язання відповідного спору. Отже, у сучасних умовах для забезпечення захисту прав особи набуває важливого значення не лише буквальне застосування норм правового припису, але і оцінка таких норм на предмет відповідності основоположним правам людини, забезпечення інтересів дитини, створення умов для вільного розвитку людської особистості. Саме ці правові чинники мають бути основами для захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів та враховуватися під час розробки правових засад модернізації цивільно-правової відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний документ від 04.11.1950 р. / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 04.12.2019).
2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 року (в редакції від 02.12.2012). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15 (дата звернення: 04.12.2019).
3. Протокол № 7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (введено у дію 01.11.1988 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_804 (дата звернення: 04.12.2019).
4. Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 04.12.2019).
5. Справа «М.С. проти України». URL: https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/162658_znachennya-rshennya-spl-u-sprav-ms-proti-ukrani-dlya-pravozastosovcho-praktiki (дата звернення: 04.12.2019).
6. Справа «Лазоріва проти України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d30 (дата звернення: 04.12.2019).
7. Case of "Bianchi v. Switzerland". URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng (дата звернення: 04.12.2019).
8. "Wallová and Walla v. The Czech Republic". URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng (дата звернення: 04.12.2019).

The article deals with the comparative legal framework for the protection of human rights in the field of family relations through the case-law of the European Court of Human Rights (ECHR). The author emphasizes that the category of "best interests of the child" is a basic principle in the field of the protection rights of the child with regard to ECHR's decisions. The determination of what is the best interests of the child is established on a case-by-case basis; depending on their nature and seriousness, the interests of the child may outweigh the interests of the parents.

The article, based on an analysis of the case-law of the ECHR, outlines its basic legal positions, which play the most important role in resolving cases related to the application of Art. 8 of the Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms. The article points out that the analysis of the ECHR's practice in the field of protection of human rights in the sphere of family relations shows that the court uses the interests of the family in the sphere of protection not only of norms of international legal acts, but also, first of all, taking into account their understanding and interpretation for evaluation, specific legal relations and the resolution of the relevant dispute. Therefore, in modern conditions, not only the literal application of the rule of law, but also its assessment of compliance with fundamental human rights and the protection of the interests of the child are important to ensure the protection of individual rights; creating conditions for the free development of the human personality. These legal factors should be the basis for the protection of subjective civil rights and interests and should be taken into account with the development the legal basis for the modernization of civil liability. The above analysis leads to the conclusions that should be considered in determining the main directions of development of the national legal system in the sphere of legal regulation of family relations and protection of family human rights.

Key words: family, family life, family relations, best interests of the child, EU law, international family law, civil liability.

УДК 347.998.2(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.13

Ірина Татулич,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри процесуального права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРИСЯЖНИХ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Стаття на вказану тему є досить актуальною сьогодні. Саме з метою покращення судової системи України, що і є метою судових реформ, був введений в судочинство інститут присяжних, який активно реалізується як в цивільному, так і в кримінальному процесах. Участь присяжних під час здійснення судочинства з цивільних справ спрямована на забезпечення завдань цивільного судочинства, якими є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Здійснення правосуддя за їх участі спрямоване на дотримання цивільної процесуальної форми, належної судової процедури, принципів цивільного процесуального права, реалізацію учасниками судового процесу своїх процесуальних прав та обов'язків тощо. Це буде підвищувати особисту відповідальність суддів за ухвалені ними рішення та постановлені ухвали в порядку цивільного судочинства. Даний інститут закріплений як на національному, так і на міжнародному рівні. Процесуальне становище присяжних регламентується в нормах Конституції України, законах та підзаконних актах. Досвід роботи присяжних передбачений як в судовій практиці національних судів, так і за кордоном, зокрема в багатьох європейських державах. У статті звертається увага на історію становлення даного інституту. Описуються моделі суду присяжних у світовій практиці в цілому. Розкривається сутність та значення інституту присяжних для цивільного судочинства. Аналізуються справи, в яких вони безпосередньо беруть участь. Аналізуються погляди науковців та вчених-процесуалістів стосовно правового становища присяжних під час розгляду справ окремого провадження в цивільному процесі. Характеризується чинне процесуальне законодавство, яке закріплює участь присяжних та судову практику вітчизняних судів. Пропонуються шляхи та перспективи розвитку вказаного інституту на національному рівні з метою ефективного та справедливого захисту прав, свобод та інтересів осіб.

Ключові слова: народ, присяжні, правосуддя, суд, судочинство, окреме провадження, цивільні справи.

Постановка проблеми. Участь народу під час здійснення правосуддя впроваджується в багатьох судових системах світу, Україна не є винятком. Питання, пов'язане із залученням представників громадськості до розгляду справ та проявом принципу публічності судової влади, закріплене як на національному, так і на міжнародному рівні. Відповідно до ст. 127 Конституції України правосуддя здійснюють судді. У визначених законом випадках правосуддя здійснюється за участю присяжних [1]. Передбачений Конституцією України принцип участі народу у здійсненні правосуддя необхідно визначити як урегульовану чинним законодавством систему правових положень, які в концентрованому вигляді регламентують право представників народу здійснювати судову функцію державної влади шляхом безпосередньої участі у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних [2, с. 82]. З метою підтвердження актуальності зазначеного інституту для цивільного судочинства слід залучити Стратегію реформування судоустрою, судочинства і суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., затверджену Указом Президента 20 травня 2015 р. Серед системи завдань, заходів і результатів зазначається поступове впровадження та розширення застосування суду присяжних [3]. Загальна декларація прав людини (1948 р.) містить вимогу про необхідність забезпечення природного і невід'ємного права кожного на розгляд його справи гласно та із дотриманням усіх вимог справедливості незалежним та неупередженим судом (ст. 10). Згідно з п. 1 ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966 р.) публічний розгляд є елементом права на справедливий суд. Відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних

© І. Татулич, 2019

свобод (1950 р.) публічний розгляд справи є теж одним із елементів справедливого судового розгляду. На сьогодні питання участі народу під час здійснення цивільного судочинства є дуже актуальним, оскільки сприяє повному, всебічному та об'єктивному дослідженню обставин справи, ухваленню законних та обґрунтованих рішень, реалізації принципів цивільного процесуального права, дотриманню учасниками справи процесуальних прав та обов'язків у судовому процесі, дотриманню завдань цивільного судочинства, забезпеченню повноти виконання завдань, які стоять перед судовою владою. На жаль, сьогодні спостерігається тенденція недовіри населення до судової системи України. Причинами цього є такі фактори: рівень корупції в судах; втручання органів державної влади та тиск на суддівський корпус; недостатній рівень інформування суспільства про діяльність судових органів; порушення строків розгляду судами справ; неналежне та несвоєчасне виконання судових рішень; проблема єдності судової практики; невідповідність судової діяльності європейським та міжнародним стандартам; проблема реалізації права громадян на оскарження судових рішень тощо. Тому 8 квітня 2014 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про відновлення довіри до судової влади», який передбачає правовий статус перевірки суддівського корпусу Тимчасовою спеціальною комісією з метою з'ясування фактів, що свідчать про порушення суддями присяги, наявність підстав для притягнення суддів до дисциплінарної або кримінальної відповідальності. На наш погляд, одним із кроків досягнення довіри суспільства до судової влади є, зокрема, безпосередня участь громадян, а саме присяжних, під час розгляду та вирішення справ в порядку цивільного судочинства. Як підкреслює В.В. Городовенко, окрім підвищення довіри до суду, присяжні зміцнюють фундаментальну засаду судової влади – її незалежність [4, с. 353]. Звідси випливає, що розгляд питань, пов'язаних із дослідженням правового становища останніх, заслуговує на увагу.

Інститут присяжних (народних засідателів) тривалий час був об'єктом дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних вчених-процесуалістів та науковців, до яких можна віднести С.Я. Фурсу, В.В. Комарова, М.М. Ясинка, О.В. Колісник, О.О. Сидорчук, Л.А. Кондратьєву, І.Є. Марочкіна, Л.М. Москвич, В.П. Тихого, І.О. Русанову, Л.В. Сапейко, В.В. Городовенка, В.М. Коваль, С.О. Іваницького, С. Шевчука та ін. Вказані автори у своїх працях досліджували інститут присяжних (народних засідателів) у різних видах судочинства, вивчали особливості розгляду справ окремого провадження за участі присяжних, аналізували даних суб'єктів як одну із форм безпосередньої участі громадян під час здійснення правосуддя. Незважаючи на достатню кількість праць, можна стверджувати, що багато питань, пов'язаних із залученням присяжних у цивільне судочинство для розгляду та вирішення справ окремого провадження, потребують вивчення та аналізу, оскільки деякі з них так і залишилися відкритими та недостатньо проаналізованими у науці та практиці.

Метою статті є розгляд питань, що стосуються появи інституту присяжних в Україні, характеристика правового становища та правового статусу присяжних в цивільному судочинстві, аналіз проблемних питань та шляхів їх вирішення, пов'язаних із участю присяжних при вирішенні справ окремого провадження.

Виклад основного матеріалу. Інститут присяжних (народних засідателів) у цивільному судочинстві не є новим, адже народні засідателі активно залучалися до участі в процесі в минулому столітті, але їх роль при відправленні правосуддя в різні часи на державному рівні сприймалася по-різному. Як самостійний інститут в судовій системі суд присяжних з'явився в Англії в 13 ст. Пізніше він був сприйнятий англійськими колоністами в США та в низці інших країн. Вперше присяжних (народних засідателів) почали залучати для розгляду справ позовного провадження у 1922 році, коли на території України були організовані народні суди. Тоді цивільні справи позовного провадження розглядалися у складі народного судді і двох народних засідателів, а справи окремого провадження суд розглядав одноособово. Конституція СРСР 1936 р. закріплювала положення, згідно з яким справи в усіх судах розглядалися за участю народних засідателів, крім випадків, встановлених в законі. Згодом Конституція УРСР 1937 р., Конституція СРСР 1977 р., Конституція УРСР 1978 р. продублювали вищезазначені положення. З 90-х років 20 ст. інститут народних засідателів був виключений із судочинства. Однак Конституція України 1996 р. відновила інститут народних засідателів та присяжних. Це відбилося і на процесуальному законодавстві. У 2004 році в нормах Цивільного процесуального кодексу інститут народних засідателів знайшов своє закріплення при вирішенні деяких справ окремого провадження. Цей інститут діяв до 2017 року у процесуальному законодавстві.

11 березня 2017 року набув чинності Закон від 09.02.2017 р. № 1847-8 «Про внесення змін до Цивільного процесуального кодексу України щодо розгляду справ за участю присяжних». Даним Законом введено у цивільний процес присяжних замість народних засідателів.

Якщо на Конституційному рівні та в нормах процесуального законодавства закріплюється норма щодо участі присяжних під час здійснення судочинства, то в Законі «Про судоустрій і статус суддів» детально регламентується процесуальне становище останніх. Зокрема, розділ 3 даного Закону так і іменується «Судді та присяжні», а глава 3 має назву «Присяжний», де чітко закріплено статус присяжного, список присяжних, вимоги до присяжного, підстави і порядок увільнення від виконання обов'язків присяжного, залучення присяжних до виконання обов'язків у суді, гарантії прав присяжних.

У світовій юридичній практиці існують дві моделі суду присяжних – європейська (континентальна) і англо-американська (класична). При континентальній моделі (Франція, Німеччина, Італія, Греція, Австрія, Данія, Україна та ін.) колегія із числа професійних суддів та представників народу всі питання, які пов'язані з розглядом справи та постановленням вироку, вирішує спільно. Непрофесійних суддів називають «шефени» (що з німецької перекладається як «засідателі»), які беруть участь у всіх стадіях процесу. При цьому на відміну від кандидатів у присяжні, які обираються одноразово (англо-американська модель суду присяжних), шефени виконують свої повноваження протягом певного періоду часу [5, с. 109]. Практиці вітчизняних судів притаманна європейська модель суду, за якої присяжні разом із суддею беруть участь під час розгляду та вирішення справ окремого провадження, при здійсненні правосуддя користуються всіма процесуальними правами професійних суддів, висловлюють свою позицію щодо вирішення справи по суті, мають право на окрему думку. Як і судді, вони є незалежними і підкоряються тільки Конституції України і закону. У Німеччині, наприклад, європейська модель суду присяжних передбачає існування шефенів та народних засідателів, які спільно із судом вирішують питання права і факту. Для англо-американської моделі суду присяжних (Велика Британія, Канада, Бельгія, Швейцарія, Мальта, США тощо) характерним є те, що колегія присяжних виносить вердикт про винуватість (невинуватість) особи у вчиненні злочину без участі професійних суддів. Якщо присяжні виражають згоду з обвинувальним актом, професійний суддя призначає підсудному конкретний вид та розмір покарання. За таких умов, очевидно, компетенція присяжних і професійних суддів є різною, оскільки перших прийнято відносити до суддів факту, натомість других – до суддів права [6, с. 134]. Тобто англо-американська модель передбачає, що колегія присяжних самостійно і без участі судді виносить вердикт про винність або невинність підсудного. Даний документ після його оголошення отримує законну силу і є обов'язковим для судді. У цій моделі правосуддя присяжні вирішують тільки питання винності підсудного. Як бачимо, кожна із моделей передбачає свій інститут присяжних з певними особливостями участі та покладає різні повноваження на представників народу у суді.

Варто також зазначити, що інститут присяжних покликаний забезпечувати реалізацію принципів цивільного процесу. Так, він безпосередньо пов'язаний із поняттям складу суду. Відповідно до ч. 2 ст. 34 ЦПК України цивільні справи у судах першої інстанції розглядаються колегією у складі одного судді і двох присяжних, які при здійсненні правосуддя користуються всіма правами судді [7]. Участь присяжних у здійсненні правосуддя співвідноситься також з таким важливим принципом, як рівність сторін перед законом і судом. Суд присяжних є яскраво вираженим показником принципу демократії, при якій права і свободи людини є найвищою цінністю держави. Суд присяжних допомагає реалізувати і змагальну форму судочинства, на засадах якої здійснюється цивільне судочинство. Підтвердженням цього є позиція В.М. Тертишника, який каже, що із створенням та належним функціонуванням суду присяжних змагальність сторін буде не просто формою судового процесу, а стане необхідною практичною реальністю, суттєвим каталізатором пошуку істини [8, с. 279]. Окрім цього, їх участь у процесі забезпечить дотримання загальноправових принципів, таких як законність, гуманізм, справедливість.

Як вірно зазначає вітчизняний вчений-процесуаліст С.Я. Фурса, участь народу у здійсненні судочинства також безпосередньо пов'язана з принципом публічності. Вона свідчить про демократизм цивільного процесу, є гарантією правильного розгляду та вирішення цивільних справ, встановлення судової істини, а також свідчить про виховне значення судових рішень [9, с. 82]. На думку інших вчених, представники народу відіграють важливу роль в реалізації судової влади. Вони привносять в суд життєвий досвід і ціннісні орієнтації суспільства і значною мірою

сприяють підвищенню авторитету судової влади в державі [10, с. 145].

Про важливість даного інституту для судочинства свідчить і те, що в науці цивільного процесуального права вчені не тільки досліджують питання участі присяжних у справах окремого провадження, але і пропонують їх безпосередню участь у деяких справах позовного провадження. Наприклад, О.В. Колісник зазначає, що до таких справ необхідно зарахувати справи про позбавлення та поновлення батьківських прав, про відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав, про визначення чи зміну місця проживання дитини, спори щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї. Так, у разі позбавлення батьківських прав справа має велике значення як для дитини, так і для того з батьків, кого позбавляють цих прав, тому брати участь у прийнятті рішення мають не лише професійні судді, а й представники громадськості, щоб не суддя з усталеними стереотипами вирішував справу, а представники суспільства з високими моральними якостями, загостреним відчуттям справедливості [11, с. 140]. С.Я. Фурса теж пропонує у справах, у яких вартість позову сягає більше ніж 1 000 000 гривень, сплачувати судовий збір з урахуванням участі у справі суду присяжних. Так, автор пропонує залучати присяжних до участі у справах позовного провадження, а фінансові витрати на присяжних включати у вартість судового збору у вищезазначених справах [12, с. 15].

Попри важливе значення цих суб'єктів для судочинства в цілому, законодавець тільки для деяких справ окремого провадження передбачає їх участь. Так, в ч. 4 ст. 293 ЦПК міститься перелік справ, розгляд яких проводиться судом колегіально – у складі одного судді і двох присяжних, зокрема, це справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи; визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою; усиновлення; надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку; примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу. Законодавець, як бачимо, передбачив участь присяжних лише у деяких категоріях справ, оскільки вони є особливо важкими та зачіпають особисті немайнові права людини. Але інші справи окремого провадження, на нашу думку, теж пов'язані з особистими немайновими правами фізичних осіб. Наприклад, справи про емансипацію, про надання права на шлюб, про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя. Однак вони розглядаються суддею одноособово, хоча теж є досить складними і вимагають детального розгляду та вивчення для ухвалення законного та обґрунтованого рішення. У таких категоріях справ захищаються як майнові, так і немайнові особисті права особи.

Можливо, саме тому в науці цивільного процесуального права стосовно участі присяжних при здійсненні правосуддя в порядку цивільного судочинства виникли певні дискусії. Вчений-процесуаліст М.М. Ясинок зауважує, що практика показує, що інститут народних засідателів у тому вигляді, як він існує, вичерпав свій ресурс. Він вже не є ні контролем суспільства над судочинством, ні помічником судді, ні засобом участі працівників у відправленні правосуддя. Він став знову судовим баластом, який не потрібний ні суду, ні самим народним засідателям, ні суспільству в цілому. Таким чином, всі справи окремого провадження доцільно розглядати суддею одноособово [13, с. 163]. Л.В. Сапейко також вважає, що інститут народних засідателів (присяжних) в цивільному судочинстві є номінальним, оскільки він не виконує свого юридичного призначення. Судові рішення у справах, в яких на сьогодні передбачена участь народних засідателів (присяжних), до введення даного інституту в законодавство мали, як і зараз, найменш суперечливий характер порівняно з рішеннями в позовних справах, в яких наявні спори про право, сторони та інші зацікавлені особи з протилежними інтересами та різні за своєю суттю і значенням доказові джерела, що ускладнює їх вирішення. Вирішення справ окремого провадження, зокрема тих, в яких мають брати участь народні засідателі (присяжні), відбувається здебільшого на підставі наперед встановлених законом доказів (письмових доказів, що мають офіційний характер), належно дослідити та оцінити які здатен лише професійний суддя, тому практичної необхідності залучати народних засідателів до розгляду певних категорій справ окремого провадження немає [14, с. 299]. В. Смірнова взагалі пропонує виключити з переліку справ, що розглядаються за участю присяжних, справи про обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною й поновлення цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою, надання особі психіатричної допомоги в примусовому порядку, примусову госпіталізацію до протитуберкульозного закладу, а залишити тільки їх участь у справах про усиновлення. Натомість автор

пропонує запровадити інститут присяжних у позовному провадженні, оскільки участь присяжних є необхідною в тих категоріях справ, де зачіпаються фундаментальні інтереси та права людини, де думка представників громадськості має значення з урахуванням їхнього соціального досвіду й активної життєвої позиції [15, с. 71].

Проаналізувавши вищезазначені положення, бачимо, що вказані науковці мотивують свою позицію тим, що рішення у деяких категоріях справ (наприклад, щодо обмеження цивільної дієздатності фізичної особи, визнання фізичної особи недієздатною та поновлення цивільної дієздатності фізичної особи) ухвалюються і ґрунтуються на доказах, які подаються до суду заявником (довідки про стан здоров'я особи, медичні висновки та ін.). Також у даній категорії справ суд своєю ухвалою призначає судово-психіатричну експертизу для повного і всебічного з'ясування обставин справи. Тобто у даних справах виключно суддя дає оцінку доказам, а присяжні не володіють спеціальними юридичними знаннями. Аналогічна ситуація існує під час розгляду та вирішення й інших справ (наприклад, визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи оголошення її померлою). Що стосується справ про надання примусових заходів медичного характеру, то у них законодавець встановив чіткі і короткі строки як пред'явлення заяви, так і її розгляду з метою якнайшвидшого розгляду цих справ, ухвалення судового рішення та його реалізації. Тому, на думку вчених, витрачати час на пошуки та залучення присяжних безглуздо.

Висновки

Дослідивши процесуальне законодавство, що закріплює статус присяжних, та думки вчених, які по-різному підходять до розуміння інституту присяжних, вважаємо, що до вказаних осіб існує подвійне ставлення. З одного боку, присяжні не є професіоналами. З іншого боку, вони залучаються до розгляду найскладніших категорій справ та здійснюють правосуддя. Схиляємось до думки, що саме для ефективного та справедливого здійснення судочинства був введений даний інститут. Тому з метою розширення повноважень народу у здійсненні правосуддя їх участь не повинна обмежуватись лише категорією справ, зазначених у законодавстві, а має поширюватись на всі справи окремого провадження. Так, справи окремого провадження мають безспірний характер, учасники звертаються до суду не для врегулювання спору про право цивільне, а щоб встановити певний стан або юридичний факт, без встановлення чого особа не може реалізувати своїх прав. Немає інститутів, які притаманні позовному провадженню. Однак, попри ці особливості, всі справи даного виду провадження мають внутрішню єдність, кожна з них має притаманні їй особливості та процедуру вирішення, характеризується складністю та специфічними ознаками. Тому не завжди одному судді з огляду на його вік, навантаженість, стаж роботи та професіоналізм буде легко розібратися і детально з'ясувати всі обставини справи. І саме участь присяжних, на нашу думку, які досить часто є старшими за віком від судді, мають більший життєвий досвід, психологічні особливості, звертають більше уваги на деталі справи, мають власне бачення вирішення справи по суті, керуються не тільки нормами права, дотримання яких є, без сумніву, важливим, забезпечить належний захист прав, свобод та інтересів осіб.

Окрім цього, ми поділяємо думку тих вчених, які пропонують розглядати деякі категорії справ позовного провадження теж за участі присяжних. Зокрема, сюди слід віднести справи, в яких учасниками процесу є діти, де порушені права дітей, а також складні справи, наприклад, де учасниками процесу є іноземні громадяни. Справа про усиновлення розглядається за правилами окремого провадження за участі присяжних, тоді як скасування усиновлення або визнання його недійсним відбувається за правилами позовного провадження одноособово суддею. Отже, вважаємо, що такі категорії справ слід теж розглядати за участі присяжних.

З огляду на викладене, враховуючи статус присяжних в судочинстві з цивільних справ, ми пропонуємо включити їх до інших учасників судового процесу. Вони не мають матеріально-правової зацікавленості у результаті розгляду справи, не захищають свої права та інтереси. Якщо всі інші учасники судового процесу залучаються, як правило, за ініціативи суду або учасників справи, то присяжні будуть вступати для розгляду деяких справ позовного провадження за вказівкою суду та залучатися для розгляду всіх справ окремого провадження як особи, які сприяють розгляду та вирішенню справи по суті. Інше питання стосується фінансування, якого потребують дані учасники справи, адже їх явка до суду тягне певні витрати, що пов'язані з прибуттям, проживанням, перебуванням їх в певному місці. Тому це певний тягар для держави.

Отже, інститут присяжних в цивільному судочинстві потребує вдосконалення та більшої уваги з боку громадськості шляхом розширення його повноважень та гарантій їх реа-

лізації з метою забезпечення безпосередньої участі народу у здійсненні правосуддя. Даний інститут є реалізацією конституційних засад правосуддя (незалежності суддів, змагальності, гласності судового процесу тощо). Він займає важливе місце у цивільному судочинстві, гарантує особі дотримання її прав, свобод та інтересів, є сміливим кроком на шляху до становлення правової та демократичної держави. Належне функціонування інституту присяжних буде гарантією доступу народу до справедливого правосуддя.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

2. Кондратьєва Л.А. Правовий статус народного засідателя в цивільному судочинстві. *Науковий вісник Чернівецького університету. 2014. Випуск 728. Правознавство*. С. 79–83.

3. Стратегія реформування судоустрою, судочинства і суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., затверджена Указом Президента від 20 травня 2015 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/chow/276/2015.

4. Городовенко В.В. Перспективи впровадження суду присяжних в Україні. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 2. С. 349–360.

5. Яценко Н.Г. Народні засідателі та суд присяжних у цивільному процесі: історія і сучасність. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1 (5). С. 109–118.

6. Солодков А.А. Сучасні світові моделі суду присяжних. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2014 р. № 10-2. Том 2. С. 133–135.

7. Цивільний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 лют. 2019 р. Київ : Паливода А.В., 2019. 288 с.

8. Тертишник В.М. Суд присяжних: ростки і суть ідеї та її мімікрія при реформуванні кримінального судочинства України. *Право України*. 2012. № 7. С. 274–279.

9. Цивільний процес України : академічний курс : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С.Я. ; КНТ, 2009. 848 с.

10. Організація судової влади в Україні : навч. посіб. / за ред. І.Є. Марочкіна, Н.В. Сібільової. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2009.184 с.

11. Колісник О.В. Непрофесійний елемент складу суду у цивільному судочинстві у контексті європейського досвіду. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2008. Випуск 15. URL: http://dspace.nulau.edu.ua/bitstream/123456789/2936/1/Kolisnuk_136.pdf. С. 136–144.

12. Цивільний процес України: проблеми і перспективи : навчальний посібник. Київ : Видавець Фурса С.Я. ; КНТ, 2006. 448 с.

13. Ясинок М.М. Окреме провадження і народні засідателі: історико-правовий огляд. *Часопис Київськ. ун-ту права*. 2009. № 2. С. 160–164.

14. Сапейко Л.В. Проблематика участі в цивільному судочинстві народних засідателів. *Форум права*. 2015. № 1. С. 295–300. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_1_48.pdf.

15. Смірнова В. Правові підстави участі присяжних у цивільному судочинстві України. *Підприємництво, господарство і право*. Вип. 5. 2019. С. 66–72.

The topicality of the article is quite relevant nowadays. The jury institute was introduced into the judiciary, and is actively implemented in both civil and criminal proceedings to meet the purpose of judicial reform and improve the judicial system of Ukraine. The participation of jurors in civil proceedings is aimed at ensuring the tasks of civil justice, i.e. fair, impartial and timely consideration and resolution of civil cases in order to protect effectively the violated, unrecognized or contested rights, freedoms or interests of individuals, rights and interests of legal entities, the interests of the state. The administration of justice with the participation of jurors is aimed at observance of the civil procedural form, due process of law, principles of civil procedural law, exercise by litigants their procedural rights and obligations, etc. This, in its turn, will increase personal responsibility of judges for their decisions and rulings in civil proceedings. This institute is established both nationally and internationally. The procedural position of jurors is regulated in the norms of the Constitution of Ukraine, laws and by-laws. Jury trials are often used in national courts and abroad in many European countries. The article draws attention to the history of formation of the jury institute. The models of jury trials in the world are described as a whole. The essence and importance of the jury institute for the civil proceedings are revealed. The cases in which they are directly involved are analyzed. The views of scientists and procedural scientists on the jury's legal status in the course of civil proceedings are also analyzed. The current procedural legislation, which defines the participation of jurors and the jurisprudence of domestic courts, is characterized. The ways and perspectives of the development of this institute on the national level with the aim of effective and fair protection of the rights, freedoms and interests of persons are offered.

Key words: people, jury, justice, court, legal proceedings, separate proceedings, civil cases.

УДК 347.97
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.14

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

Неля-Софія Трусевич,
магістрантка юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка

ОЦІНКА ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ: ЗАКОНОДАВЧА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ТА СУДОВА ПРАКТИКА

Стаття присвячена практичному застосуванню новел цивільного процесуального законодавства в інституті доказування з огляду на останні зміни. Основну увагу зосереджено на ключовому критерії оцінки доказів – допустимості доказів – та на його застосуванні судами станом на сьогодні. З'ясовано основні засади допустимості доказів та їх дотримання на прикладі судової практики.

Досліджено особливості допустимості електронних доказів як нового засобу доказування в світлі технологічного прогресу та причини їх відхилення судами. Визначено можливості впливу сторін на визнання доказів допустимими чи недопустимими та повноваження суду щодо перевірки позицій сторін. Порушено проблему визнання доказів, отриманих на тимчасово окупованих територіях, такими, що отримані у встановленому законодаством порядку. Наведено судову ілюстрацію можливості такого визнання відповідно до найвищих стандартів дотримання прав людини у складних політичних ситуаціях. Підкреслено вагомий поступ українського правосуддя щодо цього.

Також з'ясовано аспект застосування національними судами міжнародних принципів оцінки доказів з практичними прикладами позицій Європейського суду з прав людини. Зосереджено увагу на наданні міжнародними судами дискреції державі у встановленні власних критеріїв оцінки доказів, що не позбавляє контролю міжнародними арбітрами за їх дотриманням у разі виникнення підозри щодо порушення міжнародних норм.

Окреслено специфіку меж оцінки судових рішень судами апеляційної інстанції, а також обмеження, встановлені для касаційної інстанції. Наведено приклади з судової практики щодо застосування виняткового випадку прийняття судом нових доказів під час апеляційного провадження та відхилення таких під час касаційного провадження.

Загалом ґрунтовно досліджено основні проблеми допустимості доказів у цивільному процесі з огляду на безперервний процес змін як у законодавстві, так і на практиці та наведено шляхи вирішення їх судами під час відправлення правосуддя.

Ключові слова: цивільне судочинство, докази, оцінка доказів, допустимість доказів.

Постановка проблеми. У контексті останніх трансформацій, що відбуваються в сучасних цивільних правовідносинах та правовому полі, що їх регулює, виникає багато запитань щодо правозастосування тих чи інших нормативних положень. Відстеження останніх змін до цивільного процесуального законодавства щодо подання доказів, можливостей учасників справи у доказуванні, ролі суду в зазначеному процесі дозволяє відзначити вагомий поступ українського законодавця в нормативному регулюванні ключової для вирішення цивільного спору діяльності.

Також позитивним моментом є застосування національними судами міжнародних стандартів оцінки доказів у своїх рішеннях, що свідчить про орієнтацію українського судочинства на основні постулати людиноцентристської ідеології.

Проте не завжди вдається передбачити усі нюанси реалізації правозастосувачами нових положень. Законотворча техніка – це недосконалий, але надзвичайно гнучкий механізм. Тому з часом виникають напрацьовані практичні підходи щодо трактування тих чи інших нововведених положень.

Отже, ця стаття буде присвячена концентрату судових рішень, в яких так чи інакше порушується проблема допустимості доказів в цивільному судочинстві з огляду на актуальну судову практику.

© О. Угриновська, Н.-С. Трусевич, 2019

Мета статті – визначити особливості та недоліки застосування критерію допустимості доказів на основі сучасної судової практики в цивільному процесі.

Виклад основного матеріалу. Допустимість доказів – четверта частина одного цілого, що являє собою оцінка доказів судом під час розгляду та вирішення цивільної справи. Зазначений критерій не є новим, він був закріплений і в попередній редакції Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) [1].

Основний його зміст полягає у тому, що кожен доказ, доданий до відповідного процесуального документа, повинен бути отриманий у вірний спосіб, тобто з дотриманням законодавчих вимог. Закон забороняє суду при зважуванні обставин справи на основі їх обґрунтування брати до уваги докази, одержані з порушенням порядку, встановленого законом. Крім цього, ті обставини, що згідно з законом мають бути підтверджені певними засобами доказування, не можуть підтверджуватися іншими засобами доказування.

У цій статті буде зосереджена увага на допустимості доказів у контексті практичного аспекту змін до цивільного процесуального законодавства, що були проведені у 2017 році [2].

Так, однією з новел, що станом на сьогодні вже є звичним засобом доказування, було впровадження електронних доказів. Багато питань виникало в науці та на практиці щодо їх форми, подання до суду, достовірності тощо. Але електронні докази є проявом технологічного поступу в світі, тож ігнорування їх є ірраціональним.

Прикладом вирішення питання судом щодо допустимості електронних доказів може слугувати справа № 352/1441/19 від 08 листопада 2019 року, в котрій Тисменицький районний суд Івано-Франківської області вирішив, що подана до суду як доказ копія електронного договору позики не може вважатися належним та достовірним доказом, оскільки не підтверджує факту підписання договору відповідачем за допомогою одноразового ідентифікатора або ж за допомогою електронного цифрового підпису, який би відповідав вимогам Закону України «Про електронний цифровий підпис». Інших письмових або електронних доказів, які б відповідали вимогам процесуального законодавства щодо належності, допустимості або достатності доказів, суду не було надано.

Суд наголосив на тому, що позивачем не надано належних і допустимих доказів того, що саме відповідачем підписано договір позики № 48458 від 20.06.2016 р.

На підтвердження укладення договору відповідачем до позовної заяви долучено роздруківки з інтернет-сторінок. Однак дані докази не можуть підтвердити обставину, що реєстрацію в Особистому кабінеті на сайті позивача та заповнення обов'язкових полів заявки на отримання позики здійснив саме відповідач [3].

Таким чином, допустимість – такий критерій оцінки, що вимагає тотальної перевірки судом наданої йому інформації.

Крім того, сторони наділені правом впливати на процес оцінки допустимості того чи іншого доказу судом.

Пленум Верховного Суду України у Постанові «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції» № 2 від 12.06.2019 року зазначає: «Якщо при дослідженні письмових доказів особою, яка бере участь у справі, буде подана заява про те, що доданий до справи або поданий іншою особою для ознайомлення документ викликає сумнів з приводу його достовірності або є фальшивим, особа, яка подала цей документ, може просити суд виключити його з числа доказів і розглядати справу на підставі інших доказів» [4].

Якщо суд дійде висновку, що доказ є недопустимим, він не візьме цей доказ до уваги. Тобто суд не може обґрунтовувати ним своє рішення. Однак суд повинен у мотивувальній частині рішення зазначити, чому саме він цей доказ відхиляє.

З огляду на принцип змагальності сторони часто обирають стратегію захисту шляхом виклику сумнівів у суду щодо правдивості того чи іншого доказу. Тому цивільне процесуальне законодавство наділило українського арбітра різноманітними інструментами контролю.

Наприклад, у справі 757/38969/19-ц від 05 листопада 2019 р. Печерський районний суд м. Києва задовольнив клопотання позивача про витребування у сторони відповідача оригіналу боргової розписки від 22 березня 2013 року та проведення почеркознавчої експертизи у зв'язку із запереченням відповідача щодо її підписання.

Суд зазначив, що незасвідчені або неправильно засвідчені копії документів можуть бути належними, проте недопустимими доказам, оскільки у випадках, передбачених законодавством, певні обставини справи повинні або не можуть підтверджуватися певними засобами доказування.

Оскільки доказування не може ґрунтуватися на припущенні, а докази повинні відповідати вимогам належності, допустимості, достатності та достовірності, у разі немож-

ливості самостійно надати докази, учасник справи вправі подати клопотання про витребування таких доказів судом.

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини та з огляду на зміст статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право кожного на захист жодним чином не допускає обмеження держави у виборі правових засобів і їх реалізації в ході розгляду його справи, оскільки у своїх доводах Суд керується теорією рівності зброї, тобто зрівнювання сторін не за кількісними ознаками наданих повноважень, а за процесуальним статусом в ході усього процесу, в тому числі і в суді (постанова у справі «Рожков проти РФ» від 31 жовтня 2013 року). Сам принцип рівності зброї передбачає, що кожній зі сторін повинна бути надана розумна можливість представляти свою правову позицію, включаючи свої докази таким чином, щоб вона не була поставлена в значно менш вигідне становище, ніж інша сторона [5].

На практиці трапляються достатньо неординарні судові позиції щодо визнання доказів належними та допустимими.

Зокрема, у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 17 жовтня 2019 року у справі № 678/364/15-ц останній визнав належним і допустимим доказом укладення договору позики наявність матеріалів кримінального провадження та постанови про його закриття.

Касаційний цивільний суд погодився з обґрунтуванням апеляційного суду, що відповідно до статті 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод матеріали вказаного кримінального провадження взяті ним до уваги як доказ укладення договору позики між сторонами, а не як преюдиційні обставини, встановлені в постанові про закриття провадження. Проте первинно судом першої інстанції такі докази були визнані неналежними та недопустимими [6].

Болючим питанням для України залишається захист майнових та немайнових прав громадян, порушених у зв'язку з конфліктом на Донбасі. З приводу цього Апеляційним судом Харківської області були підготовлені Узагальнення судової практики у справах щодо захисту майнових та немайнових прав, порушених у зв'язку з конфліктом на Донбасі.

Так, враховуючи Консультативний висновок Міжнародного суду (ООН) у справі Намібії (Намібійський виняток), який полягає в тому, що не можуть визнаватися недійсними всі документи, видані на окупованій території, оскільки це може зашкодити правам мешканців такої території, наші національні суди вирішили, що можуть враховуватись і оцінюватись разом з іншими доказами в їх сукупності документи, видані органами та організаціями і установами, що перебувають на тимчасово окупованій території України, визначеній Верховною Радою України. Отже, такі докази є належними та допустимими, а сторони можуть підтвердити з їх допомогою свої вимоги [7].

Рішенням Вовчанського районного суду Харківської області від 21.06.2017 року у справі № 617/783/17 задоволено заяву Особи 1, встановлено факт народження Особи 2 08.06.2017 року на території с. Ровеньки Луганської області від батьків Особи 3 та Особи 4.

Рішення мотивоване тим, що згідно з медичним свідоцтвом про народження, виданим пологовим відділенням ГУ «Ровенська ЦГМБ» 08.06.2017 року народився хлопчик вагою 3185 гр. Однак Вовчанський відділ ДРАЦС у Харківській області відмовив у видачі свідоцтва про народження, оскільки лікарня перебуває на непідконтрольній Україні території. Таким чином, встановлено, що дитина дійсно народилась на непідконтрольній території в сім'ї Особи 3 та Особи 4, які перебувають в шлюбі [8].

Позиція щодо допустимості та належності доказів, отриманих на тимчасово окупованих територіях, підтверджує можливість судової системи змінюватися залежно від потреб суспільства та надавати послуги з правосуддя відповідно до найвищих європейських стандартів.

Якщо керуватися європейськими принципами оцінки доказів, то часто в рішеннях Європейського суду з прав людини можна зустріти такий стандарт доказування, як баланс ймовірностей.

У справі "J.K. AND OTHERS v. SWEDEN" від 23.08.2016 р. ЄСПЛ зазначає, що на відміну від кримінального процесу, де основним стандартом оцінки доказів є формулювання «поза розумним сумнівом», у цивільному процесі закон не вимагає цього високого стандарту. Суддя повинен вирішити справу з огляду на баланс ймовірностей. У справах про захист прав та інтересів біженців немає необхідності у тому, щоб суддя був повністю переконаний у правдивості кожного фактичного твердження заявника. Суддя повинен вирішити, чи з огляду на надані докази, а також правдивість тверджень заявника, ймовірно, що вимога цього заявника є достовірною [9].

Слід зазначити, що такий підхід позбавляє оцінку доказів абстракції, а її критерії становлять чіткий і злагоджений механізм.

Проблемним практичним питанням, що часто слугує підставою для скасування

касаційним судом рішень судів апеляційної інстанції та залишення в силі рішень судів першої інстанції, є подання учасником справи доказів, які не були подані до суду першої інстанції, до апеляційного суду.

Цивільно-процесуальна норма передбачає можливість подання нових доказів у виняткових випадках, якщо учасник справи надав докази неможливості їх подання до суду першої інстанції з причин, що об'єктивно не залежали від нього (ч. 3 ст. 367 ЦПК України).

Яскравим практичним прикладом, де суд власне застосував вищезазначене положення, а також підкреслив важливість з'ясування судами наявного доказового матеріалу у підготовчому судовому засіданні, є постанова Вінницького апеляційного суду від 17 вересня 2019 року у справі № 146/500/19.

Під час апеляційного розгляду з'ясувалося, що докази на підтвердження факту сімейних зв'язків між ОСОБА_2 та ОСОБА_3 для оформлення спадкових прав на домоволодіння не були додані до позовної заяви, оскільки були отримані після звернення з позовом. При цьому такі докази були подані у підготовчому судовому засіданні, проте з невідомих причин не були долучені до матеріалів справи.

З матеріалів справи та технічного запису у підготовчому судовому засіданні апеляційний суд встановив, що 22 травня 2019 року суд першої інстанції не з'ясував у позивача ОСОБА_1 те, чи нею були подані всі докази на підтвердження обставин, викладених у позові, не скористався своїм правом роз'яснити, які обставини входять до предмета доказування та які докази мають бути подані тим чи іншим учасником справи, а також які наслідки вчинення чи невчинення відповідних процесуальних дій.

Водночас однією із підстав для відмови у задоволенні позову суд першої інстанції вказав відсутність доказів, що ОСОБА_3 та ОСОБА_2 були чоловіком та дружиною, що фактично подані були.

Апеляційний суд наголосив на необхідності дотримання судом першої інстанції усіх вимог щодо належного проведення підготовчого судового засідання і визнав причини неподання доказів в цій справі поважними та такими, що мають істотне значення для правильного вирішення справи [10].

У касаційному оскарженні теж є своя специфіка. Зокрема, Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду неодноразово відзначав те, що під час розгляду справи в касаційному порядку суд перевіряє в межах касаційної скарги правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими (ч. 1 ст. 400 ЦПК України).

Так, у справі № 727/6399/16-ц представник позивача касаційну скаргу мотивував тим, що судами попередніх інстанцій не враховано того, що скріншот екрана із зображенням позичальника з карткою, зроблений 10 вересня 2012 року, не може бути належним та допустимим доказом на підтвердження зобов'язань за Генеральною угодою про реструктуризацію заборгованості, а також того, що відбулося волевиявлення на укладення цього договору, тому такий договір є недійсним.

Таким чином, представник позивача спонукав касаційний суд встановити обставини, котрі не були встановлені в рішенні суду першої інстанції. З приводу цього судом було надане відповідне роз'яснення у постанові від 26 червня 2019 року.

Однак Касаційний цивільний суд, перевіривши застосування норм матеріального та процесуального права в контексті встановлення доказового матеріалу судами першої та апеляційної інстанції, що належним чином підтверджувало би існування кредитних правовідносин, дійшов висновку про їх правильність, повноту та всебічність.

Отже, суд залишив касаційну скаргу без задоволення, а судове рішення він залишив без змін [11].

У разі перегляду судових рішень національними судами вищих інстанцій чи міжнародними судами варто відзначити, що первинною оцінкою доказів є та, що була здійснена судом першої інстанції відповідно до національних правил.

Крім того, міжнародні суди дозволяють державам встановлювати власні фільтри оцінки доказів.

ЄСПЛ наголошує, що оцінка доказів є компетенцією національних судів і ЄСПЛ не підмінятиме власною позицією оцінку фактів, яку їм було надано в межах національного провадження, гарантуючи право на справедливий судовий розгляд. Стаття 6 Конвенції водночас не встановлює жодних правил щодо допустимості доказів або способів їх оцінки, що є предметом регулювання національного законодавства та оцінки національними судами (справа «Трофимчук проти України» від 28.10.2010 року).

Але вимога справедливості судового розгляду включає дослідження способу, у який було отримано та представлено докази,

тому завдання ЄСПЛ, серед іншого, полягає у тому, щоб установити, чи провадження в цілому включно зі способом отримання і представлення доказів було справедливим у розумінні п. 1 ст. 6 Конвенції [12].

Отже, ЄСПЛ не втручається в процес оцінки доказів, поки не буде встановлене порушення Конвенції через отримання доказів незаконним шляхом.

Національні суди зважають на таку позицію останнього та неодноразово зазначають про це у своїх рішеннях.

Наприклад, Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду у рішенні № 369/1923/15-ц від 04 липня 2018 року підкреслює, що засади рівності і змагальності у судовому процесі виведені ним із принципу верховенства права, якому підпорядкована вся Конвенція, та є складовими частинами права на справедливий суд, гарантованого статтею 6 Конвенції. Принцип рівності сторін у процесі у розумінні справедливого балансу між сторонами вимагає, щоб кожній стороні надавалася розумна можливість представити справу в таких умовах, які не ставлять цю сторону у суттєво невигідне становище відносно іншої сторони [13].

Висновки

З огляду на проаналізовану судову практику ми дійшли висновку, що питання допустимості доказів є багатогранним і проявляється в різних іпостасях впродовж здійснення цивільного судочинства. Важливо підкресити, що усі вимоги законодовця до оформлення заяв по суті справи чи часових меж подання доказів повинні неухильно дотримуватися учасниками справи. У іншому разі діють заходи відповідальності.

Судова практика постійно видозмінюється, але важливо формувати доказовий матеріал легітимним шляхом.

Таким чином, дана стаття стала сукупністю найактуальнішої як національної, так і міжнародної судової практики в світлі і законодавчих змін, і політичних перипетій. Тут порушуються проблемні питання застосування тих чи інших нормативних положень. Це позитивно впливає на цілісне бачення допустимості доказів як важливої частини їх оцінки, а також ухвалення справедливого рішення судом у справі.

Список використаних джерел:

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2017. № 48. Ст. 436. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2147-19.

3. Рішення Тисменицького районного суду Івано-Франківської області від 08.11.2019 у справі № 352/1441/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85623697.

4. Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 12.06.2009 р. № 2. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-09.

5. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 05.11.2019 року у справі № 757/38969/19-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85441260.

6. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного цивільного суду від 17 жовтня 2019 року у справі № 678/364/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85033223.

7. Узагальнення судової практики у справах щодо захисту майнових та немайнових прав, порушених у зв'язку з конфліктом на Донбасі. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: https://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag17c10.

8. Рішення Вовчанського районного суду Харківської області від 21.06.2017 року у справі № 617/783/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/67298522.

9. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі "J.K. AND OTHERS v. SWEDEN" від 23.08.2016 р. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-165442%22]}.

10. Постанова Вінницького апеляційного суду від 17 вересня 2019 року у справі № 146/500/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84353842.

11. Постанова Великої Палати Верховного суду від 26 червня 2019 року у справі № 727/6399/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/84573553.

12. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Трофимчук проти України» від 28.10.2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/974_846.

13. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 04 липня 2018 року № 369/1923/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75241756.

The article is devoted to the practical application of the novels of civil procedural legislation regarding the institute of prooving in point of view of recent changes. The main focus is on the key criterion for the evaluation of evidence – the admissibility of evidence and their use by the courts in a modern way. There were clarified basic principles of admissibility of evidence and their compliance on the example of case law.

There were investigated peculiarities of the admissibility of electronic evidence as a new mean of prooving in the light of technological progress and the reasons for their rejection by the courts. There were determined possibilities of influence of the parties on the recognition of evidence as admissible or inadmissible and the power of the court to verify the positions of the parties. There is raised a problem that evidence obtained on temporarily occupied territories should be recognised as those that were obtained in manner prescribed by legislation, and the judicial illustration of the possibility of such recognition according to the highest standards of human rights in difficult political situations. There is underlined a significant progress of Ukrainian justice in this regard.

The aspect of the application by national courts of international principles of the assessment of evidence has also been clarified, with practical examples of the position of the European Court of Human Rights. The focus is on thransfering discretion from the international courts to state concerning establishing their own criteria for evaluating evidence, which in its turn doesn't deprive international arbitrators of control on their compliance in the event of a suspected breach of international standards.

There is outlined the specific of the limits of assessment of appeal courts decisions, as well as the limitations imposed for the cassation instance. The examples of judicial practice on application the exceptional case of admission by the court of new evidence during the appeal proceedings and the rejection of such evidence during the cassation proceedings.

In general, the main problems of admissibility of evidence in civil proceedings have been thoroughly investigated in view of the continuous process of changes both in legislation and in practice, and the ways of solving of them by the courts while administration of justice.

Key words: civil proceedings, evidence, evaluation of evidence, admissibility of evidence.

УДК 347.724:347.9(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.15

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

ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВ УЧАСНИКІВ ЗА ЗАКОНОМ УКРАЇНИ "ПРО ТОВАРИСТВА З ОБМЕЖЕНОЮ ТА ДОДАТКОВОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ"

Стаття присвячена тенденціям здійснення прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Однією із засад здійснення корпоративних прав, встановлених Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», є співвідношення із розміром частки у статутному капіталі.

Співвідношення із розміром частки у статутному капіталі господарського товариства може бути двох видів:

1) співвідношення із розміром частки, належної учаснику товариства (наприклад, згідно із ст.ст. 18 та 20 Закону учасник товариства – суб'єкт переважного права купівлі частки – може набути такий обсяг корпоративних прав, що пропонується до продажу, який відповідає (є пропорційним) розміру його частки у статутному капіталі товариства. Цей вид співвідношення слід назвати пропорційністю у здійсненні корпоративних прав);

2) співвідношення із розміром частки, передбаченої Законом (наприклад, відповідно до ст. 41 Закону право вимагати проведення аудиторської перевірки діяльності товариства належить не кожному учаснику, а лише тому, частка якого у статутному капіталі товариства становить не менше 10 відсотків. Цей вид співвідношення має назву співрозмірності у здійсненні корпоративних прав).

Більшість дослідників нового Закону одностайно звертає увагу на таку його тенденцію, як диспозитивність у здійсненні прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю. Учасники цих товариств згідно із загальним правилом здійснюють свої корпоративні права з урахуванням засади співвідношення із розміром частки у статутному капіталі, тобто пропорційності. Однак із цього загального правила вони можуть на свій розсуд, тобто вільним волевиявленням, встановити винятки. Такі винятки досягаються різними правовими засобами – одностайним рішенням учасників товариства, першою редакцією статуту, змінами до уже чинного статуту.

Можливість внесення кваліфікованою більшістю учасників змін до статуту товариства, якими встановлюється інший, ніж передбачено законом, порядок здійснення корпоративних прав, має ознаки відступу від пропорційності у їх здійсненні.

Особливості здійснення корпоративних прав учасниками товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю дали підстави зробити висновок про те, що законодавець розширив засаду вільного (на власний розсуд) їх здійснення (свободи здійснення). Однак Законом закладена можливість відступу від засади співвідношення (пропорційності) у здійсненні корпоративних прав.

Ключові слова: здійснення, корпоративні права, пропорційність, співвідношення, співрозмірність, тенденції.

Постановка проблеми. Із набранням чинності Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» виникли певні тенденції у здійсненні корпоративних прав їх учасників. Ці тенденції загалом мають позитивний характер, хоча варто звернути увагу і на певні суперечності.

Питанню здійснення корпоративних прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю приділили увагу українські вчені, такі як О.В. Бігняк, В.А. Васильєва, О.М. Вінник, Н.С. Глусь, Д.В. Задихайло, Ю.М. Жорнокуй, О.Р. Кібенко, В.М. Коссак, С.С. Кравченко, В.М. Кравчук, Н.С. Кузнєцова, І.В. Лукач, В.В. Луць, Р.А. Майданик, І.Б. Саракун, І.В. Спасибо-Фатєєва. Проте недостатньо дослідженими залишаються новели правового регулювання здійснення прав учасників товариств з обмеженою або додатковою

© В. Цікало, 2019

відповідальністю, передбачені профільним Законом про ці товариства.

Мета статті. Для вирішення частини окресленої проблеми необхідно встановити тенденції Закону щодо здійснення прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю, вплив цих тенденцій на правовий статус учасників товариств, можливі варіанти удосконалення положень Закону щодо засад здійснення прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Виклад основного матеріалу. Здійснення корпоративних прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю підпорядковане певним засадам. Загальні засади здійснення корпоративних прав як різновиду цивільних встановлені у ст. 12 Цивільного кодексу України. Спеціальну засаду здійснення немайнових та майнових прав учасників передбачає Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

Відповідно до ч. 1 ст. 12 Цивільного кодексу України особа здійснює свої цивільні права вільно, тобто на власний розсуд. Цю засаду можна назвати засадою ***свободи у здійсненні корпоративних прав***. У науковій літературі її пов'язують із диспозитивністю. Так, на думку Н.С. Кузнєцової, принцип диспозитивності – це вільне користування та розпорядження суб'єктів цивільних правовідносин своїми правами [1, с. 122].

Положення Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» містять іншу засаду здійснення корпоративних прав. Вона полягає у ***співвідношенні із розміром частки у статутному капіталі*** при здійсненні корпоративних прав. ***Співвідношення із розміром частки у статутному капіталі*** господарського товариства може бути двох видів:

1) співвідношення із розміром частки, належної учаснику товариства (наприклад, згідно із ст.ст. 18 та 20 Закону учасник товариства – суб'єкт переважного права купівлі частки – може набути такий обсяг корпоративних прав, що пропонується до продажу, який відповідає (є пропорційним) розміру його частки у статутному капіталі товариства. Цей вид співвідношення слід назвати ***пропорційністю у здійсненні корпоративних прав);***

2) співвідношення із розміром частки, передбаченої Законом (наприклад, відповідно до ст. 41 Закону право вимагати проведення аудиторської перевірки діяльності товариства належить не кожному учаснику, а лише тому, частка якого у статутному капіталі товариства становить не менше 10 відсотків. Цей вид співвідношення має назву ***співрозмірності у здійсненні корпоративних прав***).

У цивілістичній літературі правило про співрозмірність у здійсненні суб'єктивних прав розглядають як досягнення балансу протилежних або суперечливих інтересів, як процес співмірювання протилежних інтересів і забезпечення їх балансу на засадах партнерства (співробітництва) [2, с. 75]. Для здійснення корпоративних прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю законом про товариства передбачена ***співрозмірність у здійсненні корпоративних прав*** учасників з більшою та меншою частками (тобто мажоритарних та міноритарних учасників).

Таким чином, ***співвідношення із розміром частки у статутному капіталі*** (співвідношення) як засада здійснення корпоративних прав включає у себе два окремих елементи (два види співвідношення):

– ***пропорційність у здійсненні корпоративних прав*** (якщо здійснення корпоративних прав залежить від розміру частки, яка належить учаснику);

– ***співрозмірність у здійсненні корпоративних прав*** (якщо здійснення корпоративних прав залежить від розміру частки, передбаченого Законом).

Більшість дослідників Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» звертає увагу на таку його тенденцію, як ***диспозитивність у регулюванні відносин учасників***. Особливо слід звернути увагу на диспозитивність у здійсненні прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю. Так, Тарас Утіралов відзначає, що закон про ТОВ дає набагато більшу волю учасникам ТОВ [3, с. 1, 5]. Співавтори статті «Корпоративна реформа: чого очікувати бізнесу?» вважають, що нове законодавче регулювання ТОВ дасть можливість його учасникам здійснювати свої права з більшою диспозитивністю [4, с. 66]. Автор докторської дисертації на тему «Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні» О.В. Бігняк стверджує, що Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» запроваджує багато вимог, які раніше стосувалися виключно акціонерних товариств, але на відміну від Закону України «Про акціонерні товариства» він дозволяє їх застосовувати за бажанням власників бізнесу [5, с. 209].

Підтримуючи оцінку положень Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» про розширення диспозитивності (свободи) у здій-

сненні корпоративних прав, зазначимо, що треба звернути увагу на його конкретні положення, з урахуванням яких науковці роблять відповідний висновок.

Згідно із ст. 18 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» учасникам товариства належить переважне право на участь у збільшенні статутного капіталу товариства за рахунок додаткових вкладів учасників на підставі рішення загальних зборів. При цьому кожний учасник може здійснити своє переважне право, зробивши додатковий вклад у межах суми збільшення статутного капіталу ***пропорційно*** до його частки у статутному капіталі. Водночас статутом або одностайним рішенням загальних зборів учасників, в яких взяли участь всі учасники товариства, може встановлюватися можливість учасників вносити додаткові вклади без дотримання пропорцій їхніх часток у статутному капіталі (ч. 7 ст. 18 Закону).

Учасник товариства також має переважне право на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі (ч. 1 ст. 20 Закону). Якщо кілька учасників товариства скористалися своїм переважним правом, вони набувають частку (частину частки) ***пропорційно*** до розміру належних їм часток у статутному капіталі товариства, тобто на пропорційних засадах. Проте відповідно до ч. 6 ст. 20 Закону статутом товариства може встановлюватися інший, зокрема й непропорційний, порядок реалізації переважного права або ж відсутність такого права взагалі.

Одним із основних корпоративних прав учасника товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю є право на виплату дивідендів. Відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» виплата дивідендів здійснюється особам, які були учасниками товариства на день прийняття рішення про виплату дивідендів, ***пропорційно*** до розміру їхніх часток. У ст. 27 Закону передбачені випадки, коли товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів або виплачувати їх. Водночас статут може встановлювати додатково інші умови, за яких загальні збори учасників не можуть приймати рішення про виплату дивідендів чи дивіденди не можуть виплачуватися.

Корпоративним правом учасника товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю, яке здійснюється на ***пропорційних*** засадах, є право на участь у прийнятті рішень вищим органом управління товариством – зборами учасників. Згідно із ч. 3 ст. 29 Закону кожен учасник товариства на загальних зборах учасників має кількість голосів, ***пропорційну*** до розміру його частки у статутному капіталі товариства. Із цього загального правила статутом може бути передбачений виняток, якщо встановлене положення про іншу кількість голосів, належних учасникам товариства (ч. 3 ст. 29 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»).

Аналіз змісту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» дає підстави виділити корпоративні права, пропорційний порядок здійснення яких може бути змінений самими учасниками. До цих корпоративних прав, зокрема, належать такі: переважне право на участь у збільшенні статутного капіталу за рахунок додаткових вкладів (ст. 18 Закону); переважне право на купівлю частки іншого учасника, яку пропонують до продажу третій особі (ст. 20 Закону); право на участь у прийнятті рішень вищим органом управління товариством (загальними зборами) (ст. 29 Закону).

Порядок здійснення корпоративних прав учасників товариств з обмеженою або додатковою відповідальністю як загальне правило передбачений Законом. Учасники товариств їх здійснюють з урахуванням засади ***співвідношення із розміром частки у статутному капіталі***, тобто ***пропорційності***. Однак із цього загального правила учасники товариства можуть на свій розсуд, тобто вільним волевиявленням, встановити винятки. Такі винятки із положень Закону досягаються різними правовими засобами – одностайним рішенням учасників товариства, першою редакцією статуту, змінами до уже чинного статуту.

У разі встановлення порядку здійснення корпоративних прав одностайним рішенням учасників товариства або першою редакцією статуту (підписується всіма учасниками товариства згідно з ч. 2 ст. 11 Закону) необхідна згода усіх учасників (засновників) без винятку. Заперечення хоча б одного учасника (засновника) товариства незалежно від розміру його частки у статутному капіталі виключає можливість зміни порядку здійснення корпоративних прав.

Встановлення порядку здійснення корпоративних прав за допомогою одностайного рішення учасників товариства водночас забезпечує дотримання засади співвідношення із часткою у статутному капіталі в частині ***співрозмірності у здійсненні корпоративних прав***. Співрозмірність при здійсненні корпоративних прав у таких випадках означає наявність балансу між інтересами мажоритарних та міноритар-

них учасників, тобто учасників із більшою та меншою частками у статутному капіталі товариства. Іншими словами, за умови одностайності у прийнятті рішень зміна законодавчого порядку здійснення корпоративних прав без участі міноритарних учасників не допускається.

Якщо ж встановлений законом порядок здійснення корпоративних прав може бути переглянутий шляхом внесення змін до статуту, то у таких випадках достатньо кваліфікованої більшості голосів учасників. Так, відповідно до ч. 2 ст. 34 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» рішення про внесення змін до статуту товариства приймаються трьома чвертями голосів усіх учасників товариства, які мають право голосу з відповідних питань. Це означає, що для зміни встановленого Законом порядку здійснення корпоративних прав внесенням змін до статуту не потрібна згода усіх учасників, а достатньо лише волевиявлення кваліфікованої більшості учасників.

Можливість внесення кваліфікованою більшістю учасників змін до статуту товариства, якими встановлюється інший, ніж передбачено законом, порядок здійснення корпоративних прав, має ознаки відступу від засади пропорційності.

У науковій літературі вчені звертають увагу не лише на позитивні, але й на сумнівні результати впливу Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Так, на думку Олександра Гарагонича, у Законі про ТОВ містяться норми, які створюють потенційні загрози для суб'єктів корпоративних правовідносин [6, с. 29].

Однією із загроз Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» є можливий відступ від засади співвідношення із розміром статутного капіталу, тобто пропорційності, у здійсненні корпоративних прав учасників. На цю обставину в контексті здійснення права на управління товариством з обмеженою відповідальністю звернула увагу Ірина Лукач [7].

Таким чином, Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» передбачена можливість відступу від засади співвідношення (пропорційності) у здійсненні корпоративних прав за рішенням не усіх учасників товариства, а їх кваліфікованої більшості (3/4 голосів). Це може призвести до випадків, коли визначена більшість учасників товариства з обмеженою або додатковою відповідальністю шляхом внесення змін до статуту встановить інший, тобто ***непропорційний***, порядок здійснення корпоративних прав.

Наведена ситуація, безумовно, вплине на правовий статус учасників із меншою часткою (міноритарних учасників), які можуть втратити юридичну рівність з іншими учасниками, зазнати дискримінації.

У сфері корпоративних відносин, окрім ***засад здійснення цивільних (корпоративних) прав***, діють ***засади, на яких засновані цивільні відносини***, встановлені у ст. 1 Цивільного кодексу України. Вони не є тотожними. Засади здійснення корпоративних прав повинні бути узгоджені із засадами цивільних відносин. Дотримання однієї із засад цивільних відносин не може поступатися (шкодити) іншим із них.

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України цивільними є особисті немайнові та майнові відносини, засновані на ***юридичній рівності, вільному волевиявленні***, ***майновій самостійності їх учасників***. Українські вчені-цивілісти по-різному характеризують правову природу цих особливостей цивільних відносин. Наприклад, на думку З.В. Ромовської, юридична рівність, вільне волевиявлення та майнова самостійність – це *ознаки цивільних відносин,* які існують об'єктивно [8, с. 41]. Н.С. Кузнєцова відносить ці особливості до *засад, на яких ґрунтуються цивільні відносини* [1, с. 122]. На думку Є.О. Харитонова, вони *є характерними ознаками диспозитивного (уповноважувального) елемента цивільно-правового методу правового регулювання* [9, с. 122].

Незалежно від того, як визначати правову природу засад цивільних відносин, їх треба розглядати у сукупності, в розумному поєднанні. Жодна із них не повинна мати переваг щодо інших. Свобода волевиявлення не може бути більш пріоритетною, наприклад, ніж юридична рівність. Цивільні відносини об'єктивно не можуть ґрунтуватися на юридичній нерівності. Отже, юридична рівність є внутрішньою і сутнісною ознакою цивільних відносин, а не ознакою, доданою до них законодавцем [8, с. 41]. Усі засади цивільних відносин, за словами А.С. Довгерта, мають єдиний генний код [10, с. 58].

Такий елемент засади співвідношення із розміром частки у статутному капіталі, як пропорційність у здійсненні корпоративних прав, є засобом забезпечення дотримання юридичної рівності між учасниками товариства. Завдяки пропорційності в учасників із меншим розміром частки (міноритарних учасників) зберігається юридична рівність із іншими (мажоритарними) учасниками товариства. Відступ від пропорційності у здійсненні корпоративних прав означає відступ від юридичної рівності всіх учасників.

З метою уникнення відступу від такої засади цивільних відносин, а також для удосконалення положень Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» в частині здійснення корпоративних прав пропонуємо виключити із Закону випадки можливого скасування правила про ***пропорційність*** у їх здійсненні шляхом внесення змін до статуту більшістю голосів учасників. Такі зміни, якщо й уважати їх допустимими, мають бути внесені лише одностайністю голосів усіх учасників товариства, що дозволить також зберегти ***співрозмірність*** у здійсненні корпоративних прав.

Висновки

Більшість дослідників нового Закону звертає увагу на таку його тенденцію, як диспозитивність у здійсненні прав учасників товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

Згідно із загальним правилом, встановленим законом, учасники товариства здійснюють свої корпоративні права з урахуванням вимоги пропорційності. Однак із цього загального правила самі учасники можуть на свій розсуд, тобто вільним волевиявленням, встановити винятки. Такі винятки досягаються різними правовими засобами – одностайним рішенням учасників товариства, першою редакцією статуту, змінами до уже чинного статуту.

Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» передбачена можливість відступу від засади співвідношення (пропорційності) у здійсненні корпоративних прав за рішенням не усіх учасників товариства, а їх кваліфікованої більшості (3/4 голосів).

Список використаних джерел:

1. Кузнєцова Н.С. Основні завдання Книги першої проєкту Цивільного кодексу України. *Кодифікація приватного (цивільного) права України* / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

2. Майданик Р.А. Розвиток приватного права України : монографія. Київ : Алерта, 2016. 226 с.

3. Утіралов Т. Новий закон про ТОВ: для кого і для чого? *Юридична газета*. № 16 (618). 17.04.2018.

4. Дейненко Є., Кильчинська Ю. Корпоративна реформа: чого очікувати бізнесу? *Юридична газета*. № 16 (618). 17.04.2018.

5. Бігняк О.В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» ; Національний університет «Одеська юридична академія», Одеса, 2018. URL: http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/10739?show=full.

6. Гарагонич О. 10 пасток Закону про ТОВ. URL: http://blog.liga.net/user/ogaragonych/article/30270.

7. Лукач І. Принцип пропорційності частки в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю праву на управління. *Право України*. № 8. 2019. С. 145–155. URL: http://pravoua.com.ua.

8. Ромовська З.В. Проблеми загальної теорії права у проєкті Цивільного кодексу України. *Кодифікація приватного (цивільного) права України* / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

9. Харитонов Є.О. Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти) : монографія. Одеса : Фенікс, 2008. 464 с.

10. Довгерт А.С. Проблеми кодифікації приватного (цивільного) права в Україні наприкінці XX століття. *Кодифікація приватного (цивільного) права України* / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 336 с.

The paper deals with the tendencies of exercise of the rights of participants of limited liability and additional liability partnerships.

One of the fundamentals of corporate rights exercise set by the Law of Ukraine "On Limited Liability and Additional Liability Partnerships" is the correlation with a share size in the statute capital. In turn, the correlation with a size of a share in the statute capital of an economic partnership can be of two types:

1) correlation with a size of a share that belongs to a participant of a partnership (for example, according to Art. 18 and 20 of the law, a participant of a partnership – a subject of the pre-emptive right to purchase the share, may acquire the amount of corporate rights offered for sale which corresponds to (is proportional to) the size of his share in the statute capital of the partnership: this kind of correlation should be called "proportionality" in the exercise of corporate rights);

2) correlation with a size of a share provided for by law (for example, according to Art. 41 of the law, not every participant has the right to request an audit of the partnership's activities, but only the one whose share size in the statute capital of the partnership is not less than 10 percent: this type of correlation is called "commensurability" in the exercise of corporate rights).

Most researchers of the new law unanimously pay attention to such its tendency as dispositiveness in exercise of the rights of participants of limited liability and additional liability partnerships. Participants of these partnerships, as a general rule, exercise their corporate rights based on the fundamental of correlation with a size of a share in the statute capital, namely, proportionality. Moreover, such exceptions can be

achieved by various legal means: unanimous decision of the participants of the partnership; the first version of the statute; amendments to the current statute.

Ability of amending the statute of the partnership by the qualified majority of participants on the legislative order for the exercise of corporate rights is endowed with features of deviation from proportionality in their exercise.

Peculiarities of exercise of corporate rights of participants of limited liability and additional liability partnerships lead to the conclusion that the legislator has broadened the fundamental of free exercise of these rights at the discretion of their subject (freedom of exercise). Moreover, the law provides for the possibility of deviation from the fundamental of correlation (proportionality) in the exercise of corporate rights.

Key words: exercise, corporate rights, proportionality, correlation commensurability, tendencies.

УДК 346.91
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.16

Ірина Андрієчко,
аспірант Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України,
помічник судді Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПРИНЦИПІВ ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА

Стаття присвячена аналізу принципів господарського судочинства, їх ролі у реалізації процесуальних прав та обов'язків учасниками судового процесу, а також дослідженню особливостей застосування процесуальних принципів у вирішенні господарських спорів. У статті надається загальна характеристика принципів господарського судочинства, що закріплені у процесуальному законі як норми-принципи, в контексті визначення їхнього змісту у Господарському процесуальному кодексі України в редакції до та після внесення змін Законом України від 03.10.2017 № 2147-VIII, а також в аспекті рішень Європейського суду з прав людини, що ґрунтуються на застосуванні приписів Конвенції про захист з прав людини і основоположних свобод.

Автором виокремлено базові принципи господарського судочинства, що застосовуються на всіх стадіях судового провадження, та проаналізовано їх поняття та особливості реалізації судом й учасниками справи з огляду на зміст норм господарського процесуального закону та усталену практику Європейського суду з прав людини щодо застосування статті 6 Конвенції.

У статті зроблено акцент на принципах диспозитивності та пропорційності, що є новелами у чинному Господарському процесуальному кодексі України і відображають особливості здійснення судочинства під час розгляду господарських спорів між суб'єктами господарювання, діяльність яких піддається ризикам, що зумовлює обов'язок господарського суду, розглядаючи спір, забезпечити справедливий баланс між сторонами з урахуванням того, що тягар негативних наслідків господарської діяльності несе суб'єкт господарювання.

Зроблено висновки про цілісність системи принципів господарського судочинства, реалізація яких у процесі здійснення правосуддя визначає спрямованість діяльності господарських судів на виконання приписів статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та на забезпечення особам, які звернулися до суду, гарантій права на справедливий суд, що є обов'язком держави Україна як учасниці цієї Конвенції.

Ключові слова: принцип права, норма-принцип, верховенство права, безсторонність суду, диспозитивність, пропорційність, легітимна мета, змагальність сторін, рівність перед законом і судом, розумність строків.

Постановка проблеми. Поняття «принцип» походить від латинського слова "principum", що означає начало, правило, від якого не відступають. Його ще трактують як підґрунтя, напрям подальшого розвитку науки чи галузі, вихідне положення, керівну ідею, засаду [4, с. 23]. Ф. Бекон визначив принципи фундаментальною, універсальною категорією, первісними та найбільш простими елементами, з яких утворюється все інше [1, с. 22].

Отже, принципи права є засадничими ідеями права, що визначають зміст та спрямованість його норм на врегулювання суспільних відносин і встановлюють вимоги як до юридичних норм у процесі правотворчої діяльності, так і до поведінки суб'єктів правовідносин, що регулюється нормами права.

Зміст принципу права не можна звужувати до абстрактної правової категорії. Принципи права, які закріплені у нормативно-правовому акті, є базовими положеннями, що зумовлюють обов'язок суб'єктів правовідносин, на яких поширюється такий нормативний акт, узгоджувати свої дії з нормами-принципами, які містяться у нормативно-правовому акті, та не порушувати їх. Тобто у разі безпосереднього закріплення у нормах права принципи права набувають ознаки імперативності, що не допускає жодних винятків щодо їх дії. Принципи права є самостійними регуляторами суспільних відносин, тому їх значимість порівняно з нормами права не варто применшувати, а необхідно застосовувати в сукупності з правовими нормами.

© І. Андрієчко, 2019

Держава Україна є учасником Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [9] (далі – Конвенція), що гарантує кожному, хто звернувся до суду, право на справедливий суд, у зв'язку з чим проведення аналізу принципів господарського судочинства як керівних ідей діяльності господарського суду в процесі здійснення правосуддя крізь призму застосування статті 6 Конвенції Європейським судом з прав людини є актуальним завданням фахівців господарського процесу і має практичне застосування в юриспруденції.

Аналіз досліджень і публікацій. У правовій доктрині під поняттям «принципи права» розуміють вихідні теоретичні положення, основні засади, загальні нормативно-керівні положення, що закладені в основу правової науки. О. В. Старчук зауважує, що, виходячи з природничих ідей виникнення права, є неприйнятним ототожнення принципів права та норм права, а також є недопустимим їх визначення через суб'єктивні права та обов'язки [7, с. 40]. Водночас у правовій науці існує думка про те, що необхідно відрізняти принципи права від норм-принципів, тобто принципів, які безпосередньо закріплені в нормах права та становлять внутрішній зміст правових норм [6, с. 221].

Представники легістської доктрини трактують принципи права як допоміжні елементи, призначені суто для обслуговування потреб, пов'язаних зі створенням та використанням нормативного масиву і не пристосованих для безпосереднього регулювання суспільних відносин [3, с. 115-118]. Оскільки принципи не придатні для безпосереднього регулювання правовідносин, то норми права (закону), ймовірно, варто вважати ціннішими та важливішими за принципи права елементами правового регулювання [4].

У контексті юридичного підходу принципами права є не лише положення, закріплені в законодавстві та інших джерелах правових норм, а й основоположні ідеї правосвідомості, що сформувалися протягом тисячоліть людського співжиття, відобразили у стислій формі людські інтереси та потреби, тому отримали загальне визнання у діяльності органів правосуддя, інших суб'єктів внутрішньодержавного та міжнародного права, незважаючи на відсутність їх формальної фіксації в об'єктивному праві [8, с. 218].

Натепер у правовій доктрині не досягнуто одностайності у підходах до трактування регулятивної функції принципів права, що підкреслює актуальність теми дослідження та необхідність розкриття суті принципів господарського судочинства через призму рішень Європейського суду з прав людини, що є джерелом права в Україні.

Метою статті є з'ясування змісту та функцій основних принципів господарського судочинства в контексті усталеної практики Європейського суду прав людини щодо застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року «Право на справедливий суд».

Виклад основного матеріалу. У процесі здійснення правосуддя суди повинні дотримуватися як загальних норм процесуального закону, що визначають процедуру розгляду справ на різних стадіях судового провадження, так і норм-принципів, які закріплюють основні засади відправлення правосуддя та встановлюють вимоги до судових рішень як результату судової діяльності та процедури їх виконання, що є завершальним етапом провадження з розгляду судової справи.

Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 № 2147-VIII [13], який набрав чинності 15.12.2017, викладено Господарський процесуальний кодекс України [12] (далі – ГПК України) у новій редакції та значно розширено його зміст порівняно з Господарським процесуальним кодексом України, який діяв до 15.12.2017 [11].

Так, у частині 3 статті 2 ГПК України в редакції Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII законодавцем уніфіковано принципи господарського процесу, які були закріплені у попередній редакції ГПК України (рівність перед законом і судом (стаття 4-2), змагальність (стаття 4-3), гласність розгляду справ (стаття 4-4), неприпустимість зловживання процесуальними правами (частина 3 статті 22), відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення (частина 5 статті 49), забезпечення права на апеляційний перегляд справи (частина 1 статті 91), забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках (частина 1 статті 107), обов'язковість виконання судових рішень (частина 1 статті 4-5, частина 1 статті 115)) та які не були визначені в окремій статті ГПК України, однак простежувалися за змістом ряду процесуальних норм – принципи верховенства права та розумності строків розгляду справи судом, а також визначено як основні засади господарського судочинства два процесуальні принципи, які не були перед-

бачені нормами ГПК України в редакції до 15.12.2017, – диспозитивність та пропорційність.

Отже, натепер принципи господарського судочинства становлять цілісну систему та є нормами-принципами, які визначають керівні ідеї діяльності господарського суду, що є органом влади, до повноважень якого віднесено захист прав та охоронюваних законом інтересів юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та фізичних осіб, яким законодавцем надано право на звернення до господарського суду в силу приписів статті 4 ГПК України.

Серед основних принципів господарського судочинства можна виокремити базові засади здійснення правосуддя у господарських справах на всіх стадіях судового провадження, а саме верховенство права, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальність сторін, диспозитивність, пропорційність, розумність строків розгляду справи судом.

Положеннями статті 8 Конституції України гарантовано, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права як панування права в суспільстві, що є засадничою ціннісною ідеєю у законотворчості та правозастосуванні [10].

Частиною 1 статті 11 ГПК України на господарський суд покладено обов'язок у розгляді справ керуватися принципом верховенства права. Водночас законодавець не наводить дефініції поняття «верховенство права», а розкриває суть цього терміна через імперативну вимогу щодо застосування судом під час розгляду справ Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших правових актів, прийнятих відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України.

У контексті реалізації принципу верховенства права законодавець у частині 4 статті 11 ГПК України визначив обов'язок суду застосовувати під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерело права.

Отже, верховенство права розглядається як елемент спільної спадщини держав-учасниць Конвенції 1950 року, яка є частиною національного законодавства України, тому його дотримання як принципу права у сфері судочинства є обов'язковим як для суду, так і для учасників справи.

Поняття «верховенство права» та його основні елементи було проаналізовано у Доповіді Венеціанської комісії «Про верховенство права» на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року [14]. Так, принцип верховенства права у формальному розумінні – це верховенство права, а не особи, тоді як у сутнісному розумінні це верховенство права над законом.

Пунктом 41 Доповіді визначено основні елементи верховенства права: (1) законність, у тому числі прозорий, підзвітний і демократичний порядок уведення законів у дію; (2) правова певність; (3) заборона свавілля; (4) доступ до правосуддя у незалежних і неупереджених судах, у тому числі судовий контроль за адміністративними актами; 5) дотримання прав людини; (6) недискримінація та рівність перед законом. Зазначені елементи становлять зміст принципу верховенства права, дія якого має на меті встановлення певних меж діяльності держави в напрямі захисту прав людини та недопущення будь-якого свавілля з боку держави, зокрема органів судової влади.

П. Гаудер, аналізуючи реалізацію верховенства права у реальному світі, зауважив, що верховенство права стосується загальних моделей поведінки та норм, що повинні належно дотримуватись державними інститутами, до яких належать й органи судочинства. Якщо окремий суддя використовує свою владу у спосіб, що суперечить принципу верховенства права, не можна вважати, що верховенство права занепало, оскільки цей суддя порушує закон; якщо ж судді постійно так вчиняють, то верховенство права занепало [2, с. 58-59].

Отже, дотримання принципу верховенства права у процесі здійснення правосуддя є запорукою законності судового провадження та справедливості прийнятих судами рішень, а також належної довіри учасників справи до суду, який вирішує спір про їхні права та обов'язки.

У практиці ЄСПЛ, рішення якого ґрунтуються на застосуванні положень Конвенції 1950 року та протоколів до неї, визначено ряд процесуальних принципів, що спрямовані на забезпечення належного відправлення правосуддя, дотримання верховенства права та юридичної визначеності судових рішень, які набрали законної сили.

Гарантією законності діяльності суду як складника принципу верховенства права є «безсторонність» суду, який розглядає справу, що має визначатися відповідно до суб'єктивного критерію на підставі особистих переконань та поведінки конкретного судді у конкретній справі, тобто жоден з чле-

нів складу суду не має проявляти особистої прихильності або упередження, а також об'єктивного критерію, тобто чи були у судді достатні гарантії для того, щоб виключити будь-які легітимні сумніви з цього приводу (пункт 104 рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України» від 09.01.2013 [15]).

Отже, у процесі здійснення правосуддя господарський суд повинен не тільки керуватися приписами закону в контексті реалізації гарантії законності діяльності суду, а й забезпечити дотримання як суб'єктивного, так й об'єктивного критеріїв «безсторонності» суду, визначеного в автоматизованому порядку для розгляду конкретної судової справи, шляхом застосування окремим суддею чи колегією суддів процесуального інституту самовідводу від розгляду справи у разі наявності об'єктивних сумнівів у безсторонності суду.

Складником принципу верховенства права є принцип юридичної визначеності (правової певності), що вимагає поваги до принципу res judicata, тобто поваги до остаточного рішення суду. Згідно з цим принципом жодна сторона не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового до виконання рішення суду лише з однією метою – домогтися повторного перегляду та винесення нового рішення у справі (пункт 34 рішення ЄСПЛ у справі «Христов проти України» від 19.02.2009 [16]).

У розрізі статті 6 Конвенції «право на справедливий суд» гарантовано реалізацію такого складника принципу верховенства права, як право на доступ до суду, що полягає у забезпеченні кожному права на справедливий та публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, до компетенції якого віднесено вирішення спору щодо прав та обов'язків суб'єкта звернення.

У контексті гарантії доступу до правосуддя ЄСПЛ зауважив, що, застосовуючи процесуальні норми, національні суди повинні уникати як надмірного формалізму, який може вплинути на справедливість провадження, так і надмірної гнучкості, яка призведе до анулювання вимог процесуального законодавства (пункт 33 рішення ЄСПЛ у справі «ТОВ "ФРІДА" проти України» від 08 грудня 2016 року [17]).

Разом із тим право на доступ до суду не є абсолютним і може підлягати дозволеним за змістом обмеженням, зокрема, щодо умов прийнятності скарг, однак такі обмеження не можуть зашкоджувати самій суті права доступу до суду, мають переслідувати легітимну мету, а також має бути обґрунтована пропорційність між застосованими засобами та поставленою метою (пункт 33 рішення ЄСПЛ у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України» від 21 грудня 2010 року [18]). У зазначеному рішенні ЄСПЛ розкрито суть закріпленого в пункті 6 частини 3 статті 2 ГПК України принципу пропорційності, що визначає обов'язок суду, з'ясовуючи прийнятність заяви (скарги), забезпечити баланс між результатом, який буде досягнуто за наслідком прийнятого судом рішення, та поставленою заявником метою у зв'язку зі зверненням до суду з такою заявою (скаргою).

Положеннями статті 15 ГПК України визначено обов'язок суду визначати порядок здійснення провадження у господарській справі в межах, встановлених цим Кодексом, та відповідно до принципу пропорційності, що вимагає від суду врахування завдань господарського судочинства, забезпечення розумного балансу між приватними та публічними інтересами, особливостей предмета спору, ціни позову, складності справи, значення розгляду справи для сторін, часу, необхідного для вчинення тих чи інших процесуальних дій.

Водночас, зважаючи на стадійність розгляду господарських спорів та повноваження судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій, реалізація господарськими судами принципу пропорційності здійснюється з урахуванням законодавчо встановлених обмежень щодо прийнятності скарг на судові рішення, подані до касаційного суду, що не є обмеженням доступу особи до правосуддя чи перепоною в одержанні судового захисту. Визначений процесуальним законом перелік судових рішень, які не можуть бути предметом касаційного перегляду, зумовлений виключно особливим статусом суду касаційної інстанції, який покликаний забезпечувати сталість судової практики, а не можливість здійснення касаційного провадження як «розгляду заради розгляду», що вважалося би порушенням принципу юридичної визначеності судового рішення, що не допускається в силу статті 6 Конвенції.

Відповідно до прецедентної практики ЄСПЛ, спосіб, у який стаття 6 Конвенції застосовується до апеляційних та касаційних судів, має залежати від особливостей процесуального характеру. ЄСПЛ зауважив, що було б важко погодитися з тим, що касаційний суд у ситуації, коли відповідне національне законодавство дозволяло йому відфільтрувати справи, що надходять до нього, зобов'язаний враховувати помилки, яких припустилися суди нижчих інстанцій,

визначаючи, чи надавати доступ до цього суду. Інакше це може серйозно заважати роботі суду касаційної інстанції і зробить неможливим виконання ним своєї особливої ролі – забезпечення єдності судової практики (пункт 122 рішення ЄСПЛ у справі «Зубац проти Хорватії» від 05 квітня 2018 року [19]).

Водночас Суд повинен прийняти в останній інстанції рішення щодо дотримання вимог Конвенції, він повинен переконатись у тому, що право доступу до суду не обмежується таким чином чи такою мірою, що сама суть права буде зведена нанівець (пункт 37 рішення ЄСПЛ у справі «Мушта проти України» від 18 листопада 2010 року [20]). Таке обмеження не буде відповідати статті 6 Конвенції, якщо воно не переслідує легітимної мети та не існує розумної пропорційності між використаними засобами та поставленою метою, що становить порушення принципу пропорційності у судочинстві.

Рівність перед законом і судом є елементом принципу верховенства права та визначено законодавцем у статті 7 ГПК України як засаду господарського судочинства. Принцип рівності перед законом і судом у процесуальному аспекті означає рівність суб'єктивних процесуальних прав усіх учасників судового процесу незалежно від їхніх особистих якостей (правового статусу, майнового стану тощо), визначення процесуального становища учасників судочинства тільки процесуальним законодавством і ніяким іншим, визначення процедури розгляду справ певною процесуальною формою.

ЄСПЛ однією з гарантій справедливого розгляду справи визначає рівність сторін у судовому процесі, що вимагає «справедливого балансу між сторонами», і кожній стороні має бути надано відповідну можливість для ефективного представлення своєї справи в умовах, що не ставлять її у суттєво невигідне становище порівняно з її опонентом, та нарівні з протилежною стороною користуватися правами, передбаченими принципом рівності сторін (пункт 48 рішення ЄСПЛ у справі «Мала проти України» від 03 липня 2014 року [21]).

У зазначеному рішенні ЄСПЛ також простежується гарантування учасникам справи можливості реалізації принципу змагальності сторін, який в національному законодавстві закріплений у статті 13 ГПК України та полягає в тому, що сторони у судовому процесі зобов'язані в процесуальній формі довести свою правоту та за допомогою поданих ними доказів переконати суд в обґрунтованості своїх вимог чи заперечень. Тобто кожна із сторін має бути «почута судом» задля забезпечення гарантії рівності її прав поряд з іншими учасниками судового процесу (пункт 58 рішення ЄСПЛ у справі «Серявін та інші проти України» від 10 лютого 2010 року [22]).

У контексті реалізації принципу змагальності сторін на господарський суд покладено обов'язок забезпечити однаковий підхід до заслуховування учасників судового процесу та викласти мотиви свого рішення з урахуванням доводів сторін та їх належної правової оцінки, оскільки принцип справедливості, що закріплений у статті 6 Конвенції, порушується, якщо суди ігнорують конкретний, доречний та важливий довід, наведений учасником справи (пункт 13 рішення ЄСПЛ у справі «Петриченко проти України» від 12 липня 2016 року [23]). Водночас у пункті 54 рішення від 28 січня 2011 року у справі «Трофимчук проти України» ЄСПЛ зауважив, що, хоча стаття 6 Конвенції зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, це не може розумітись як вимога детально відповідати на кожен довід заявника [24].

Однією із базових засад господарського судочинства законодавцем визначено принцип диспозитивності та закріплено його у статті 14 ГПК України, яка визначає обов'язок суду здійснювати розгляд справ не інакше як за зверненням особи, поданим відповідно до процесуального закону, в межах заявлених нею вимог та на підставі доказів, поданих учасниками справи або витребуваних судом у передбачених цих Кодексом випадках.

Реалізація принципу диспозитивності у господарському судочинстві пов'язується безпосередньо з волевиявленням осіб, які беруть участь у справі, та забезпечується гарантією права на звернення до господарського суду в установленому законом порядку.

М.П. Курило зауважив, що у принцип диспозитивності закладено вольову ознаку щодо використання або відмови від використання особою свого матеріального чи процесуального права; зазначений принцип завжди визначає початкову частину кожної стадії судового процесу та є поштовхом для судового процесу [5].

Принцип диспозитивності визначає межі здійснення господарським судом та учасниками справи їхніх процесуальних прав та обов'язків, надає учасникам справи можливість вільно розпоряджатися своїми правами щодо предмета спору та визначає обов'язок суду здійснювати провадження у справі виключно за зверненням особи, поданим до суду у відповідній процесуальній формі. Суд не повинен допускати збирання

доказів у справі з власної ініціативи, тоді як має обов'язок сприяти учасникам судового процесу у реалізації ними передбачених процесуальним законом прав, зберігаючи при цьому об'єктивність та неупередженість.

ЄСПЛ у пункті 82 рішення у справі «Олюджіч проти Хорватії» від 05 лютого 2009 року [25] зауважив, що національний суд володіє певною межею розсуду під час розгляду справи, віддаючи перевагу тим чи іншим доводам у конкретній справі та приймаючи докази на підтримку позицій сторін. Однак суд не позбавлений обов'язку мотивувати свої дії, оскільки протилежне становитиме порушення статті 6 Конвенції.

Отже, реалізація принципу диспозитивності у процесі здійснення правосуддя спрямована на досягнення справедливого балансу між суб'єктами судового процесу і визначає межі процесуальних дій суду у розгляді справи.

Серед принципів господарського судочинства вбачається розумність строків розгляду справи судом, який законодавцем імплементовано у ряд процесуальних норм, що визначають строки вчинення господарським судом та учасниками справи конкретних процесуальних дій, а також строки розгляду справи залежно від стадії судового провадження. Як гарантію забезпечення можливості суду здійснювати розгляд справи з дотриманням процесуальних строків законодавцем визначено правовий механізм вжиття заходів процесуального примусу до учасників справи, які зловживають процесуальними правами, та визначено граничні строки вчинення конкретних процесуальних дій чи подання доказів до суду.

Надмірна тривалість провадження у справі порушує право учасників справи на ефективний засіб юридичного захисту та нівелює визначені статтею 6 Конвенції гарантії кожного, хто звернувся до суду, на справедливий розгляд його справи упродовж розумного строку. Невиправдане порушення національними судами строків розгляду справ визнано Судом порушенням статті 6 Конвенції, якою гарантовано справедливий розгляд справи незалежним і безстороннім судом у розумний строк тривалості судового провадження, зокрема, у рішеннях ЄСПЛ від 20 жовтня 2016 року у справі «Кін та інші проти України», від 30 червня 2016 року у справі «Кравченко проти України» [26; 27].

Висновки

Принципи господарського судочинства становлять систему керівних засад здійснення правосуддя, дотримання яких господарськими судами забезпечує реалізацію визначених статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року гарантій права на справедливий суд кожному, хто звернувся до суду, та декларує виконання державою Україна, іменем якої приймаються судові рішення, положень цієї Конвенції та протоколів до неї, оскільки закріплені у частині 3 статті 2 ГПК України основні засади (принципи) господарського судочинства співзвучні з принципами здійснення правосуддя, якими керується ЄСПЛ у прийнятті рішень, що базуються на застосуванні положень Конвенції 1950 року та є джерелом права в Україні в силу частини 4 статті 11 ГПК України.

З прийняттям Закону України від 03.10.2017 № 2147-VIII відбулася новелізація процесуального закону в контексті включення до ГПК України як норм-принципів, що не були передбачені у попередній редакції ГПК України, чинній до 15.12.2017, таких засад здійснення господарського судочинства, як диспозитивність та пропорційність. Зазначені зміни у господарському процесуальному законі відповідають специфіці розгляду господарських спорів, які виникають між суб'єктами господарювання, що здійснюють господарську діяльність на власний ризик та у разі виникнення господарського спору користуються належними їм процесуальними правами на власний розсуд, що, у свою чергу, зумовлює обов'язок господарського суду розглянути спір в межах заявлених вимог та забезпечити справедливий баланс між сторонами.

Проведене дослідження дозволяє дійти висновку, що в системі принципів господарського судочинства принципи диспозитивності та пропорційності є базовими та відображають особливу роль господарського суду як «арбітра» у вирішенні спорів, що виникають між господарюючими суб'єктами, в межах заявлених сторонами вимог, виходячи з оцінки доказів, наданих сторонами, та за умов справедливого балансу між учасниками справи, а також вчинення судом процесуальних дій у такий спосіб, щоб вжиті заходи виправдовували поставлену мету їх застосування.

Детальний аналіз процесуальних принципів диспозитивності та пропорційності, а також особливостей їх реалізації у процесі вирішення господарських спорів потребує подальшого наукового дослідження.

Список використаних джерел:

1. Бэкон Ф. О принципах и началах. Москва : Гос. соц. эконом. изд-во, 1937. 82 с.
2. Гаудер П. Верховенство права у реальному світі. Харків : Право, 2018. 392 с.

3. Иванов Р. О понятии принципов права. Вестник Омского университета. 1996. Вып. 2. С. 32–38.

4. Колодій А.М. Конституція і розвиток принципів права України (методологічні питання) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01, 12.00.02. Київ, 1999. 36 с.

5. Курило М.П. Щодо можливості уніфікації принципів цивільного, адміністративного, господарського та кримінально-процесуального права. *Право України*. 2013. № 8. С. 271–278.

6. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Харків : Видавництво Консум, 2005. 656 с.

7. Старчук О.В. Щодо поняття принципів права. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 40.

8. Уварова О.О. Шляхи дослідження правозастосовної функції принципів права. *Форум права*. 2007. № 2. С. 217–221.

9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року : Закон України від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 12.11.2019).

10. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. (зі змінами і доповненнями) / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254к/96-вр (дата звернення: 12.10.2019).

11. Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed20170803 (дата звернення: 12.10.2019).

12. Господарський процесуальний кодекс України в редакції Закону України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12/ed20171215 (дата звернення: 15.10.2019).

13. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19/ed20171215#n6 (дата звернення: 12.11.2019).

14. Про верховенство права: доповідь Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії) на 86-му пленарному засіданні (м. Венеція, 25-26 березня 2011 року). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr (дата звернення: 12.11.2019).

15. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11), Страсбург, 09 січня 2013 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947 (дата звернення: 12.11.2019).

16. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Христов проти України» (Заява № 24465/04), Страсбург, 19 лютого 2009 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_443 (дата звернення: 02.11.2019).

17. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «ТОВ "ФРІДА" проти України» (Заява № 24003/07), Страсбург, 08 грудня 2016 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c83 (дата звернення: 12.11.2019).

18. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Перетяка та Шереметьев проти України» (Заяви № 17160/06 та № 35548/06), Страсбург, 21 грудня 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_657 (дата звернення: 02.11.2019).

19. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Зубац проти Хорватії» (Заява № 40160/12), Страсбург, 05 квітня 2018 року. URL: https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:[%22%D0%B7%D1%83%D0%B1%D0%B0%D1%86%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} (дата звернення: 02.11.2019).

20. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мушта проти України» (Заява № 8863/06), Страсбург, 18 листопада 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_660 (дата звернення: 02.11.2019).

21. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Мала проти України» (Заява № 4436/07), Страсбург, 03 липня 2014 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a23 (дата звернення: 02.11.2019).

22. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Серявін та інші проти України» (Заява № 4909/04), Страсбург, 10 лютого 2010 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_672 (дата звернення: 18.11.2019).

23. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Петриченко проти України» (Заява № 2586/07), Страсбург, 12 липня 2016 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b58#n22 (дата звернення: 18.11.2019).

24. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Трофимчук проти України» (Заява № 4241/03), Страсбург, 28 січня 2011 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_846 (дата звернення: 18.11.2019).

25. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олюджіч проти Хорватії» (Заява № 22330/05), Страсбург, 05 лютого 2009 року. *Вісник* Верховного Суду України. 2011. № 1. С. 23–31. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvsu_2011_1_6 (дата звернення: 12.10.2019).

26. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Кін та інші проти України» (Заява № 19451/04 та 7 інших заяв), Страсбург, 20 жовтня 2016 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b72 (дата звернення: 12.10.2019).

27. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Кравченко проти України» (Заява № 46673/06), Страсбург, 30 червня 2016 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d47 (дата звернення: 12.10.2019).

The article is concerned to an analysis in principles of commercial litigation to define their effect during realisation procedural rights and obligations by participants at the judicial process and to determine application features during resolution of economic disputes. The article gives a general description of the principles of economic litigation, which are enshrined in the procedural law as norm-principles, in the context of defining their content in the Economic Procedure Code of Ukraine as amended before and after amending the Law of Ukraine dated 03.10.2017 No. 2147-VIII, as well as in a breakdown of the decisions of the European Court of Human Rights based on the application of the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The author outlines the basic principles of commercial litigation, applicable at all stages of court proceedings and analyzes their concepts and peculiarities of court and parties' implementation of the case with regard to the content of the rules of business procedural law and the settled case-law of the European Court of Human Rights on the application of Article 6 of the Convention.

The article focuses on the principles of dispositiveness and proportionality, which are novelties in the current Economic Procedure Code of Ukraine and reflect the peculiarities of judicial proceedings in the consideration of economic disputes between economic entities, whose activities are subject to risks, which determines the duty of the economic court, considering the dispute, to ensure a fair balance between the parties.

The conclusions are drawn about the integrity of the system of principles of economic justice, the implementation of which in the course of justice determines the orientation of the activity of economic courts to comply with the provisions of Article 6 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and to ensure that persons who have appealed to court have a fair right to a fair trial. It is the responsibility of the State of Ukraine as a party to this Convention.

Key words: principle of law, norm-principle, rule of law, impartiality of court, dispositiveness, proportionality, legitimate aim, competitiveness of parties, equality in front of the law and court, reasonableness of terms.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.17

Тетяна Крицун,
студентка факультету соціології і права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

ХАРАКТЕРИСТИКА ОНОВЛЕНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ БАНКРУТСТВА

Стаття присвячена вирішенню питань визнання боржників банкрутами в системі економічних правовідносин та регулювання цього процесу відповідними законами та підзаконними нормативно-правовими актами, також визначенню прав, обов'язків та повноважень більшості учасників процедури банкрутства, умов та порядку відновлення платоспроможності фізичної особи-боржника. Надано характеристику процедурі погашення боргу боржником та наведено вичерпний перелік наслідків визнання фізичної особи банкрутом у справі про неплатоспроможність. Зазначається, що в юридичній літературі, законодавстві та на практиці не проводилось раніше співвідношення понять «боржник фізична особа», «боржник фізична особа-підприємець» та «боржник юридична особа», хоча це має значення для визначення процедури банкрутства та наслідків, що можуть настати для кредитора та боржника в результаті її проведення. На підставі вивчення вітчизняної та зарубіжної літератури, а також законодавства України сформульовано ґрунтовний висновок, в якому автор стверджує, що за своєю сутністю інститут фізичної особи боржника є ефективним механізмом для фізичної особи, яка під впливом певних обставин стала боржником, збереження активів та відновлення своєї платоспроможності. А от для кредитора це можливість впливати на виконання зобов'язань боржником. До прийняття КУзПБ єдиною можливістю визнання фізичної особи банкрутом був випадок, коли її неплатоспроможність була наслідком її зайняття підприємницькою діяльністю. Тепер фізична особа боржник може за місцем свого знаходження звернутись до господарського суду із заявою про визнання її неплатоспроможною (банкрутом). Окрім цього, у статті звертається увага на прогалини (недосконалості), які містить у собі КУзПБ, та наведено деякі пропозиції, які дадуть змогу усунути їх та цим самим налагодити процедуру відновлення платоспроможності. Мінімальним розміром боргу юридичної особи, який доцільно має знайти відображення в КУзПБ, є 100 мінімальних розмірів заробітної плати, а строк несплати такого боргу – не менше ніж 6 місяців з дня пред'явлення до боржника вимоги про сплату такого боргу, саме на цьому, як підсумок, автор акцентує увагу.

Ключові слова: банкрутство, інститут банкрутства фізичних осіб, боржник, кредитор, фізична особа-підприємець, неплатоспроможність.

Постановка проблеми. Дослідження інституту банкрутства в системі економічних відносин, які регулюються Господарським кодексом України та іншими спеціальними нормативно-правовими актами (далі – НПА), викликане нещодавніми масштабними змінами законодавства цієї сфери, а саме в частині процедур банкрутства в господарському судочинстві. На нашу думку, є потреба у проведенні детального правового аналізу Кодексу України з процедур банкрутства та його порівняння з НПА, що передували його створенню.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання банкрутства юридичних та фізичних осіб не є новим, його дослідженням займаються науковці з усього світу. Яскравими представниками вітчизняних учених цієї сфери є О.Б. Андрушко, В.Г. Гончаренко, Е.Ф. Демський, Н.І. Коломієць, В.О. Подольська, В.С. Щербина, А.В. Череп, О. Бордаченко, Б.М. Поляков та ін. Якщо ж звернутись до зарубіжних дослідників, які привернули нашу увагу, то варто згадати праці Едварда Альтмана [1] – американського дослідника, який першим запропонував методику прогнозування ймовірності банкрутства, А. Таффлера [2] – британського вченого, який запропонував прогнозуючу модель платоспроможності та точний фінансовий стан корпорації, а також моделі ймовірності банкрутства, розроблені Г. Спрингейтом [3]. Проте через новизну внесених до законодавства змін окремі питання не знайшли належного розгляду в останніх наукових розвідках. У цьому контексті є лише окремі публікації, можна відзначити наукові пошуки Б.М. Полякова [4], О.С. Суріна [5]. Потребу-

© Т. Крицун, 2019

ють подальшого уточнення поняття «боржник» і «кредитор» та їхні права та обов'язки з урахуванням реалій сьогодення.

Метою статті є дослідження правового регулювання процедури банкрутства в Україні, що зазнало значних змін та оновлень, які були результатом перетворень як у національній економіці, так і в міжнародному економічному середовищі.

Виклад основного матеріалу. Станом натепер є велике розмаїття наукових підходів до розуміння сутності банкрутства. Ми розглядаємо ті визначення поняття «банкрутство», що знайшли своє відображення в українському законодавстві.

По-перше, відповідно до ч. 2 ст. 209 ГК України нездатність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів інакше як через застосування визначеної судом ліквідаційної процедури вважається банкрутством [6].

По-друге, ЗУ «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», що втратив чинність 21.10.2019, статтею 1 було визначено, що банкрутство – визнана арбітражним судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше як через застосування ліквідаційної процедури [7].

По-третє, відповідно до статті 1 Кодексу України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ), що нині вважається актуальним у сфері нашого дослідження, банкрутство – це визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність за допомогою процедури санації та реструктуризації і погасити встановлені у порядку, визначеному цим Кодексом, грошові вимоги кредиторів інакше, ніж через застосування ліквідаційної процедури [9].

Отже, як ми вже зазначили, 21 жовтня 2019 року набув чинності КУзПБ, що своєю чергою вмістив у собі статті як уже добре відомі, що містились у спеціальних законах, так і абсолютно нові.

Зрозуміло, що необхідність створення такого Кодексу є абсолютно обґрунтованою, особливо в наш час, а зважаючи на те, що попередній ЗУ «Про банкрутство» був прийнятий ще в 1999 році, то очевидно, що протягом 20 років відбулися значні зміни як у сфері господарських відносин усередині країни, так і за її межами.

Стосовно нововведень першим і найбільш вагомим, на наш погляд, є введення абсолютно невідомого для України донині інституту банкрутства фізичних осіб. Тепер відповідно до ч. 1 ст. 8 КУзПБ боржником у справі про банкрутство є юридична особа, фізична особа або фізична особа-підприємець та саме вони відповідно до частини 2 цієї ж статті мають право на звернення до господарського суду із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство.

Відповідно до ст. 6 КУзПБ щодо боржника – фізичної особи застосовуються такі судові процедури, як: реструктуризація боргів боржника або їх погашення. На відміну від юридичної особи – боржника, до якого застосовуються такі судові процедури, як: розпорядження майном боржника, санація боржника та ліквідація банкрута. Законодавство про захист економічної конкуренції є тим інструментом регулювання відносин у цій сфері, без дотримання вимог якого неможливе вчинення правочину.

Щодо ініціювання самої процедури, то новостворений кодекс спрощує таку процедуру та зменшує кількість суб'єктів, наділених правом на ініціювання. Раніше відповідно до ч. 1 ст. 7 ЗУ «Про банкрутство» заява про порушення справи про банкрутство подавалась боржником або кредитором, а відповідно до п. 3 ч. 7 ст. 7 ЗУ «Про банкрутство» для того щоб порушити справу про банкрутство, заява кредитора мала містити, окрім відомостей, передбачених частиною першою цієї статті, докази того, що сума підтверджених вимог перевищує суму в триста мінімальних розмірів заробітної плати [8]. Тепер відповідно до КУзПБ таким виключним правом наділений тільки боржник, а вимогу стосовно обов'язкової суми підтверджених вимог для юридичних осіб взагалі прибрали з Кодексу.

Доцільність такого підходу є досить спірним питанням, адже якщо поглянути на це з практичної точки зору, то тепер юридична особа може претендувати на статус банкрута із будь-яким розміром боргу, а заборгованість фізичної особи все ж має становити не менше ніж 30 мінімальних розмірів заробітної плати. На наш погляд, така норма є недосконалою і задля її покращення все ж варто було б встановити певний мінімальний розмір боргу, бо наслідком відсутності такого елемента в нормі буде великий обсяг заяв про визнання боржника банкрутом з розміром боргу меншим, аніж наприклад прожитковий мінімум для працездатних осіб.

Відкриття ліквідаційної процедури супроводжується ухваленням господарським судом постанови про визнання боржника банкрутом. Деякі наслідки для такого боржника настають саме з моменту постанови цієї

ухвали, а саме відповідно до ч. 1 ст. 59 КУзПБ настає строк усіх грошових зобов'язань, усі зобов'язання пов'язані лише зі здійсненням ліквідаційної процедури, разом із тим припиняється нарахування неустойки (штрафу, пені), процентів та інших економічних санкцій за всіма видами заборгованості банкрута, а відомості про фінансове становище банкрута перестають бути конфіденційними чи становити комерційну таємницю.

Наступними наслідками, які настають після призначення ліквідатора, є передача всієї документації, штампів, печаток та цінностей банкрута його посадовими особами протягом 15 днів ліквідатору. Після цього задля виявлення кредиторів з вимогами за зобов'язаннями боржника, визнаного банкрутом, господарський суд здійснює офіційне оприлюднення повідомлення про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури на офіційному веб-порталі судової влади України.

Законодавець, дозволивши фізичній особі набути статусу банкрута у встановленому законом порядку, мав на меті відновлення платоспроможності боржника шляхом зміни способу та порядку виконання його зобов'язань. Задля цього уже давно є процедура реструктуризації боргу боржника. Згідно з КУзПБ, цей процес здійснюється за відповідним планом. Такий план є досить складним за своєю структурою, він має як обов'язкові, так і факультативні елементи, що можуть різнитись залежно від кількості майна у боржника, розміру боргу та ін.

Варто також звернути увагу на те, які зміни у процесі визнання фізичної особи-підприємця (далі – ФОП) відбулися із прийняттям КУзПБ. Відповідно до ч. 1 ст. 113 КУзПБ провадження у справах про неплатоспроможність боржника – ФОП здійснюється в порядку, визначеному цим Кодексом для юридичних осіб, з урахуванням особливостей, встановлених цією Книгою [9].

Відповідно до ч. 1 ст. 115 КУзПБ провадження у справі про неплатоспроможність боржника – ФОП може бути відкрито лише за заявою боржника. Після визнання ФОП банкрутом усе майно, що йому належить, визнається ліквідаційною масою, за винятком накопичень боржника у пенсійних чи страхових фондах та житла, яке є єдиним місцем проживання боржника. Вимоги, які залишились не задоволеними за недостатності майна у ФОП, вважатимуться погашеними. За новим Кодексом продаж майна для погашення боргу буде здійснюватися на електронних торгах у системі ProZorro.

Висновки

Раніше до прийняття КУзПБ єдиною можливістю визнання фізичної особи банкрутом був випадок, коли її неплатоспроможність була наслідком її зайняття підприємницькою діяльністю. Тепер фізична особа-боржник може за місцем свого знаходження звернутись до господарського суду із заявою про визнання її неплатоспроможною (банкрутом).

Проте залишаються невирішеними питання щодо визнання юридичної особи банкрутом, а саме розмір її боргу та строк його несплати. На нашу думку, доречним мінімальним розміром боргу юридичної особи, який варто передбачити у КУзПБ, є 100 мінімальних розмірів заробітної плати, а строк несплати такого боргу – не менше ніж 6 місяців з дня пред'явлення до боржника вимоги про сплату такого боргу.

Не досить обґрунтованим та зрозумілим у КУзПБ є визначений у ньому державний орган як суб'єкт, що може бути визнаний банкрутом. Неймовірним для розуміння є той факт, що суди, поліція, прокуратура та інші органи можуть бути банкрутами, ми вважаємо, що це швидше прогалина цього Закону, аніж запланований наслідок застосування такої норми.

На наш погляд, беззаперечним є той факт, що КУзПБ має значні переваги порівняно із законами, які регулювали відносини у цій сфері суспільних відносин до його прийняття, та все ж і його не можна вважати ідеальним. Тому питання правового регулювання процесу банкрутства продовжує бути актуальним та виступатиме предметом досліджень і надалі.

Список використаних джерел:

1. Altman E.I. "Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy". *The Journal of Finance, No. 23(4)*. 1968. URL: https://www.raggeduniversity.co.uk/wp-content/uploads/2016/08/FINANCIAL-RATIOS-DISCRIMINANT-ANALYSIS-AND.pdf (дата звернення: 21.11.2019).

2. Richard J. Taffler. Twenty-five years of the Taffler z-score model: does it really have predictive ability? (June 14, 2007). *Researchgate*. URL: https://www.researchgate.net/publication/254229215_Twenty Five_Years_of_the_Taffler_ZScore_Model_Does_It_Really_Have_Predictive_Ability (дата звернення: 21.11.2019).

3. Модель Спрингейта (четырехфакторная модель банкротства). *FM ФИНАНСОВЫЙ МЕНЕДЖЕР* : вебсайт. URL: http://finance-m.info/bankruptcy_model_springate.html (дата звернення: 21.11.2019).

4. Поляков Б.М. Право несостоятельности (банкротства) в Украине. Киев : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. 440 с.

5. Суріна О.С. Правове регулювання банкрутства в Україні. *Молодий вчений.* 2017. № 11. С. 1010–1013. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2017_11_245 (дата звернення: 28.11.2019).

6. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798–XII. *Відомості Верховної Ради України*.1992. № 6. Ст. 56.

7. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» № 2344-XII від 14.05.92. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*), 1992, № 31. Ст. 440.

8. Закон України «Про банкрутство» від 30.06.1999 № 784-XIV. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*), 1999, № 42–43. Ст. 378.

9. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради* (*ВВР*), 2019, № 19. Ст. 74.

The article is devoted to solving the issues of bankruptcy of the debtor in the economic legal system and regulating this process with the relevant laws and regulations, as well as to determine the rights, obligations and powers of most participants in the bankruptcy procedure, conditions and procedure for restoring the solvency of the physical debtor. The procedure of debt repayment by the debtor is described and a comprehensive list of consequences of declaring an individual bankrupt in a bankruptcy case is given. It is noted that in the legal literature, legislation and practice, the relation between the terms "debtor natural person", "debtor natural person entrepreneur" and ""debtor legal entity" has not been conducted before, although this is relevant for determining the bankruptcy procedure and the consequences that may occur for the creditor and the debtor as a result of its conduct. Based on the study of domestic and foreign literature, as well as the legislation of Ukraine, the author concludes that the institution of a debtor's natural person is an effective mechanism for a debtor, preservation of assets and recovery of assets under certain circumstances solvency. But for the lender, it is an opportunity to influence the debtor's obligations. Prior to the adoption of the CCCBB, the only possibility of declaring an individual bankrupt was when his insolvency was the result of his business activities. Now the debtor's natural person can apply to the economic court for his/her location to declare his/her insolvent (bankrupt). In addition, the article draws attention to the gaps (imperfections) contained in the CUPB and provides some suggestions that will allow them to be eliminated and thereby establish a solvency recovery procedure. The minimum amount of debt of a legal entity, which should reasonably be reflected in the CUPB, is 100 minimum wages, and the term of non-payment of such debt is less than 6 months from the date of the debtor's claim for payment of such debt, as a result, the author focuses his attention.

Key words: bankruptcy, bankruptcy institute of individuals, debtor, lender, individual entrepreneur, insolvency.

УДК 34:346.27
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.18

Марина Кузьміна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУБ'ЄКТИ МАЛОГО ТА СЕРЕДНЬОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА У СФЕРІ ВІДНОВЛЮВАНОЇ ЕНЕРГЕТИКИ

У статті досліджено особливості правового регулювання діяльності малого та середнього бізнесу у сфері відновлюваної енергетики. Тема є дуже актуальною, адже розвиток малого та середнього підприємництва є фундаментом розвитку добробуту населення та фактором конкурентоспроможності країни загалом. Підтримка малого та середнього підприємництва у перетворенні екологічних викликів на нові можливості є одним із принципів економічної політики ЄС.

У статті визначається, яких суб'єктів господарювання законодавство відносить до малого та середнього підприємництва залежно від розміру та організаційно-правової форми. Серед традиційних організаційно-правових форм розглядається енергетичний кооператив, що дає можливість громадам забезпечувати свої потреби в енергоресурсах, використовувати місцеві види палива, ставати енергонезалежними і бути активними учасниками енергетичного ринку.

Досліджується питання державної підтримки розвитку малого та середнього підприємництва. Наголошується на тому, що державна політика має бути спрямована на стимулювання розвитку малого та середнього бізнесу для децентралізованої розподіленої відновлюваної енергетики. Підтримку слід здійснювати для суб'єктів малого та середнього підприємництва в цілому, а також встановлювати спеціальний режим для окремих об'єктів відновлюваної енергетики.

Проводиться класифікація об'єктів відновлюваної енергетики на об'єкти вітроенергетики, об'єкти сонячної енергетики, об'єкти біоенергетики, об'єкти малої гідроенергетики, об'єкти геотермальної енергетики. У рамках цього розподілу виділено об'єкти, що можуть належати до об'єктів малого та середнього підприємництва, визначено види діяльності, що можуть здійснюватися малим та середнім бізнесом у рамках кожного зазначеного напряму, а також визначено недоліки правового регулювання за кожним напрямом.

Робиться наголос на необхідності змін у системі державного регулювання підтримки малого та середнього підприємництва з урахуванням їх екологізації шляхом реформування системи органів влади. Окрім державного регулювання, важливу роль у процесі розподіленої генерації та розвитку малого та середнього підприємництва відіграють органи місцевого самоврядування.

Ключові слова: енергетика, відновлювані джерела енергії, підтримка малого та середнього підприємництва, зелена економіка, енергетичний кооператив.

Постановка проблеми. Відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС [1] співробітництво має покращити нормативно-правову базу для українських і європейських суб'єктів господарювання, а також структуру органів виконавчої влади, що здійснюють регулювання у цій сфері, та має засновуватися на політиці ЄС щодо розвитку малого і середнього підприємництва та промисловості з урахуванням визнаних на міжнародному рівні принципів та практики.

Акт з питань малого бізнесу для Європи (The Small Business Act for Europe (SBA) [2] є фундаментом політики ЄС з питань малих і середніх підприємств. Одним із його принципів є підтримка МСП у перетворенні екологічних викликів на нові можливості. Для його виконання в ЄС розроблено чітку політику, спрямовану на підтримку малого та середнього підприємництва у використанні можливостей «зеленого» бізнесу у вигляді Стратегії ЄС «Європа – 2020: стратегія розумного, збалансованого та інклюзивного зростання» [3]. Розроблено також Зелений план дій для МСП, у якому конкретизуються напрями та принципи того, як ЄС у партнерстві з державами-членами й регіонами працюватиме з МСП для надання їм підтримки у використанні бізнес-можливостей, передбачених переходом до зеленої економіки.

В Україні передбачено проведення оцінювання ефективності політики щодо розвитку малого і середнього підприємництва

© М. Кузьміна, 2019

шляхом визначення Індексу економічної політики у сфері малого і середнього підприємництва [4], що є інструментом для пошуку і впровадження кращих практик для країн з економікою, що розвивається, та призначений для проведення моніторингу та оцінювання прогресу політик, спрямованих на підтримку малого і середнього підприємництва. Індекс дає змогу оцінити успішність заходів, що здійснюються, виходячи з принципів Акта з питань малого бізнесу для Європи. Одним із показників Індексу економічної політики є місце малого та середнього підприємництва у «зеленій економіці», в тому числі у сфері відновлюваної енергетики.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання відновлюваної енергетики досліджують С.Д. Білоцький (механізми регулювання відносин у сфері екологічно орієнтованої енергетики), А.О. Пантелеймоненко (зарубіжний досвід створення енергетичних кооперативів) та інші. І.В. Труш досліджує питання господарсько-правового забезпечення державної підтримки малого та середнього підприємництва. Однак проблеми правового регулювання діяльності суб'єктів малого та середнього підприємництва з метою розвитку виробництва енергії з відновлюваних джерел не досить розкриті.

Метою статті є визначення особливостей та проблем функціонування малого та середнього підприємництва у сфері відновлюваної енергетики.

Виклад основного матеріалу. «Зелений бізнес» можна визначити як бізнес, що дотримується принципів екологічної збалансованості у своїй діяльності, прагне до використання відновлюваних ресурсів і намагається мінімізувати негативний вплив своєї діяльності на довкілля. Зелений бізнес дотримується нормативних вимог щодо екологічних показників, однак, робить конкретні кроки для перевищення цих показників з метою мінімізації свого впливу на довкілля, може виробляти або постачати традиційні чи нові продукти та послуги таким способом, щоб мінімізувати вплив на довкілля, а також прагне використовувати ресурси й енергію, які було вироблено так, аби мінімізувати вплив на довкілля [5].

В Енергетичній Стратегії до 2035 року зазначено, що необхідним є сприяння розвитку місцевих енергетичних ініціатив, зокрема, малого та середнього підприємництва в енергетичній сфері та створенню енергетичних кооперативів, генерації та постачання електричної і теплової енергії з урахуванням регіональних особливостей, розвитку розподіленої генерації [6].

Господарський кодекс України [7] визначає, що суб'єктами малого підприємництва є: фізичні особи-підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України; юридичні особи, у яких середня кількість працівників не перевищує 50 осіб та річний дохід не перевищує 10 мільйонів євро. До середнього підприємництва належать фізичні та юридичні особи з кількістю працюючих до 250 осіб та доходом до 50 млн євро.

За організаційно-правовою формою суб'єкти малого та середнього підприємництва (МСП) поділяються на фізичних осіб-підприємців, а також юридичних осіб, що можуть бути створені у формі ТОВ, ТДВ, ПТ та КТ. Акціонерне товариство через свої особливості більш характерне для великого бізнесу.

Особливої уваги у цьому аспекті заслуговує енергетичний кооператив. У Законі України «Про альтернативні джерела енергії» [8] шляхом внесення змін надане визначення енергетичного кооперативу як юридичної особи, заснованої відповідно до Закону України «Про кооперацію» або Закону України «Про споживчу кооперацію» для здійснення господарської діяльності з виробництва, заготівлі або транспортування паливно-енергетичних ресурсів, а також для надання інших послуг з метою задоволення потреб його членів або територіальної громади, а також з метою отримання прибутку, відповідно до вимог законодавства. Встановлено також особливості нарахування та диференціації «зеленого» тарифу для енергетичних кооперативів, що виробляють енергію з різних відновлюваних джерел (вітер, сонце, біогаз).

На наш погляд, енергетичний кооператив може бути двох видів: виробничий та споживчий. Виробничий енергетичний кооператив створюється лише фізичними особами з метою одержання прибутку. Наприклад, фізичні особи спільними зусиллями будуючи сонячну електростанцію на дахах своїх будинків задовольняють власні потреби в енергії, але також можуть її продавати третім особам, у тому числі територіальній громаді в особі органів місцевого самоврядування для задоволення місцевих потреб. Споживчий енергетичний кооператив може створюватися як фізичними, так і юридичними особами, але основною його метою є задоволення власних потреб та досягнення соціального ефекту. Енергетичні коопе-

ративи дають можливість громадам забезпечувати свої потреби в енергоресурсах, використовувати місцеві види палива, ставати енергонезалежними і, що цікаво, бути активними учасниками енергетичного ринку [9, с. 41].

Правове регулювання підтримки малого та середнього підприємництва здійснюється Стратегією розвитку малого і середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року [10], а також Законом України «Про розвиток та державну підтримку малого та середнього підприємництва» [11]. Закон акцентує на зниженні адміністративного навантаження на МСП та підвищенні його конкурентоспроможності. Однак екологізація МСП до цієї діяльності не належить.

Державна підтримка суб'єктів малого і середнього підприємництва та об'єктів інфраструктури підтримки малого і середнього підприємництва включає фінансову, інформаційну, консультаційну підтримку, у тому числі підтримку у сфері інновацій, науки і промислового виробництва, підтримку суб'єктів малого і середнього підприємництва, що провадять експортну діяльність, підтримку у сфері підготовки, перепідготовки і підвищення кваліфікації управлінських кадрів та кадрів ведення бізнесу [10].

Основним засобом підтримки є фінансова, а саме розширення доступу малого і середнього підприємництва до фінансування, що передбачає: 1) розширення кредитування комерційними банками: використання схеми гарантування кредитів, лізинг та факторинг, введення реєстру кредитних історій та створення бюро кредитних історій для корпоративних клієнтів, що допоможе підвищити доступ до банківських кредитів для суб'єктів малого і середнього підприємництва; 2) створення умов для розвитку венчурного капіталу, залучення коштів неформальних інвесторів (бізнес-ангелів), добровільне об'єднання ресурсів для фінансування проектів (краудфандинг). Мають бути створені фонди, що сфокусовані на малому та середньому підприємництві. Крім того, необхідно доповнити договірне право положеннями щодо забезпечення прозорості та захисту прав кредиторів у системах краудфандингу; 3) активізація кредитування небанківськими фінансовими установами (кредитними спілками та іншими фінансовими установами), які спеціалізуються на кредитуванні суб'єктів малого і середнього підприємництва.

Державна політика має бути спрямована на стимулювання розвитку малого та середнього бізнесу для децентралізованої відновлюваної енергетики. Підтримку слід здійснювати для суб'єктів малого та середнього підприємництва в цілому, а також встановлювати спеціальний режим для окремих об'єктів відновлюваної енергетики.

Об'єкти відновлюваної енергетики можна класифікувати за видами джерел енергії: 1) об'єкти вітроенергетики; 2) об'єкти сонячної енергетики; 3) об'єкти біоенергетики; 4) об'єкти малої гідроенергетики; 5) об'єкти геотермальної енергетики.

Серед об'єктів біоенергетики виділять такі: 1. ТЕЦ, ТЕС та котельні на біопаливі (солома зернових культур, відходи виробництва соняшнику, вторинні відходи сільського господарства (лушпиння, жом), деревна біомаса тощо); реконструйовані вугільні ТЕС (сумісне спалювання біомаси з вугіллям); ТЕС і ТЕЦ на твердих побутових відходах. 2. Плантації технічних культур для виробництва енергії (верба, тополя, міскантус). МСП уже нині відіграють основну роль у секторі біоенергетики. Так, малі та середні підприємства беруть участь в організації систем збору та переробки біомаси для полегшення транспортування біомаси до енергоспоживачів і постачання біомаси до установок спалювання, де біомаса використовується для виробництва енергії. При цьому слід доповнити законодавство вимогою щодо забезпечення повернення достатньої кількості поживних речовин до сільськогосподарських та інших земель, насамперед тих, на площі яких вироблялася біомаса.

Найкращі можливості для розвитку вітроенергетики спостерігаються в південних областях і Карпатах. Об'єкти вітроенергетики розподіляються на великі та малі. Закон України «Про альтернативні джерела енергії» класифікує об'єкти вітроенергетики за потужністю. МСП мають змогу взяти участь у розвитку вітроенергетики через: надання послуг із проєктування та планування; виробництво опор і турбін, які необхідні для підкорення енергії вітру. Вітроенергетика є непостійною, тому також є можливість створення та виробництва систем накопичення енергії.

Повноцінне використання геотермальної енергетики потребує вирішення низки питань державної політики, а також оновлення ліній електропередачі. Безпосередня можливість участі МСП у галузі геотермальної енергетики буде пов'язана з наданням послуг із розроблення стратегії галузі геотермальної енергетики, а здійснення капіталовкладень стане можливим у майбутньому.

Можливості участі МСП у сонячній енергетиці передбачають встановлення і використання колекторів сонячної енергії,

а також виробництво фотоелектричних елементів та іншого обладнання, необхідного для збору й постачання сонячної енергії. Об'єкти сонячної енергетики можна класифікувати за призначенням: 1) промислові; 2) об'єкти, які вмонтовані (встановлені) на дахах та/або фасадах будинків, будівель та споруд; 3) об'єкти, які вмонтовані (встановлені) на дахах приватних домогосподарств.

Розвитку сектору сприятиме діяльність уряду України з реалізації програми зі створення сонячної електростанції потужністю 1 ГВт на території Чорнобильської зони з допомогою впровадження відповідних процедур закупівель та інших політичних заходів для підтримки участі МСП у такій ініціативі. МСП можуть також залучатися до розвитку використання сонячної енергії, коли це не потребує підключення до відповідної інфраструктури. Наприклад, сонячну енергію може бути використано для енергоживлення міського вуличного освітлення без потреби його підключення до енергосистеми. А ще сонячна енергія ефективно використовується у разі зарядки легких транспортних засобів, які не потребують використання вуглеводнів чи енергосистем, необхідних для підтримки транспортних засобів, що обладнані двигунами внутрішнього згорання та електричними двигунами [5].

Найбільш розвинуті в Україні промислові об'єкти сонячної енергетики. Зростає також кількість об'єктів, які вмонтовані (встановлені) на дахах приватних домогосподарств, що є і загальною тенденцією у світі. Ринок приватних дахових сонячних електростанцій за останні два роки подвоївся завдяки «зеленому» тарифу, а також встановленню доступних процедур для споживачів, а саме відсутність ліцензії, підготовки документів для встановлення «зеленого» тарифу Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, організації продажу електроенергії.

Однак не досить розвиваються об'єкти, які вмонтовані (встановлені) на дахах та/або фасадах будинків, будівель та споруд, що можуть використовуватися малим і середнім бізнесом. Для розвитку розподіленої генерації слід спростити процедури для юридичних осіб, що хочуть встановлювати дахові СЕС. З метою підтримки за відповідним напрямом необхідно продовжити дію «зеленого» тарифу для об'єктів до 500 кВт до 2040 року, рівень тарифу дозволити переглядати щорічно, а розмір визначати за аукціонною ціною для великих об'єктів попереднього року плюс 20%, тобто «зелений» тариф для домашніх господарств має бути на 20% вищий, ніж звичайний [12].

Розвиток малої гідроенергетики сприятиме децентралізації загальної енергетичної системи та допоможе вирішити низку проблем в енергопостачанні віддалених і важкодоступних районів сільської місцевості. Об'єкти гідроенергетики: 1) мікрогідроелектростанції (не більше 200 Квт); 2) мінігідроелектростанції (від 200 до 1000 Квт); 3) малі гідроелектростанції (від 1 до 10 Мвт). Основним недоліком будівництва МГЕС, особливо на гірських річках, є загроза порушення природного стану екологічної системи, тому необхідно завжди виконувати перевірку екологічних ризиків таких станцій [13]. Затверджено Програму розвитку гідроенергетики на період до 2026 року з метою більш ефективного використання гідроенергетичного потенціалу та використання об'єктів гідроенергетики [14]. Основний акцент у правовому регулюванні гідроелектроенергетики, на наш погляд, варто зробити на ефективному використанні гідропотенціалу з урахуванням можливої шкоди для навколишнього середовища, а отже, основним напрямом удосконалення законодавства мають стати нормативно-правові акти щодо безпеки гідротехнічних споруд.

Повноваження у сфері формування державної політики щодо розвитку МСП має Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства. Створено також дорадчий орган – Офіс розвитку малого та середнього підприємництва.

На наш погляд, необхідно надати Офісу розвитку малого та середнього підприємництва статус державного органу, одним із напрямів діяльності якого мають стати питання підтримки розвитку МСП у сфері відновлюваної енергетики, що може реалізовуватись ним спільно з Державним агентством енергоефективності та енергозбереження.

Важливу роль також у розвитку відновлюваної енергетики, окрім держави, відіграють органи місцевого самоврядування та децентралізація владних повноважень, передача ресурсів і відповідальності за функціонування комунальної енергетики на місцевий рівень, сприяння децентралізації систем енергозабезпечення, використання місцевих видів палива та відновлюваних джерел енергії; стимулювання генерації електроенергії малопотужними установками ВДЕ; забезпечення реалізації проєктів з децентралізації енергопостачання на місцевому рівні (наоснові використання відновлюваної енергетики, «розумних мереж», підвищення енергоефективності). Органи місцевого

самоврядування реалізують енергетичну стратегію у межах своєї компетенції шляхом: розробки та затвердження планів (схем) розвитку місцевих систем енергозабезпечення, регіональних програм модернізації комунальної теплоенергетики; узгодження інвестиційних планів комунальних енергетичних компаній; реалізації потенціалу енергозбереження та енергоефективності відновлюваної енергетики на місцевому рівні. Ці питання мають стати темою подальших досліджень.

Висновки

Розвиток малого та середнього підприємництва є запорукою підвищення не тільки рівня життя населення, його добробуту, але й економічного розвитку та конкурентоспроможності країни. Одним із показників Індексу економічної політики, що є інструментом впровадження кращих практик для країн з економікою, що розвивається, та призначений для проведення моніторингу та оцінювання підтримки малого і середнього підприємництва, є місце малого та середнього підприємництва у «зеленій економіці», в тому числі у сфері відновлюваної енергетики.

Державна політика має бути спрямована на стимулювання розвитку малого та середнього бізнесу для децентралізованої розподіленої відновлюваної енергетики. Підтримку слід здійснювати для суб'єктів малого та середнього підприємництва загалом, а також встановлювати спеціальний режим для окремих об'єктів відновлюваної енергетики.

Необхідно надати Офісу розвитку малого та середнього підприємництва статус державного органу, одним із напрямів діяльності якого мають стати питання підтримки розвитку МСП у сфері відновлюваної енергетики, що може реалізовуватись ним спільно з Державним агентством енергоефективності та енергозбереження.

Список використаних джерел:

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL. https://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 23.11.2019).

2. Акт з питань малого бізнесу для Європи (The Small Business Act for Europe (SBA). URL: https://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/small-business-act_en (дата звернення: 23.11.2019).

3. Europe 2020. A strategy for smart sustainable and inclusive growth. URL: http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm (дата звернення 23.11.2019).

4. Індекс політики щодо МСП: країни Східного партнерства (2016 рік) – Оцінка виконання Акта з питань малого бізнесу для Європи. URL: https://www.oecd.org/eurasia/competitiveness-programme/SMEPI_Launch_Agenda_UA.pdf (дата звернення: 23.11.2019).

5. Марушевський Г. «Зелений» бізнес для малих і середніх підприємств : посібник. Київ. 2017. 50 с.

6. Енергетична стратегія. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/file/text/58/f469391n10.pdf (дата звернення: 23.11.2019).

7. Господарський кодекс від 16.01.2003 №436-IV. Дата оновлення: 17.11.2019. / *Законодавство України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 23.11.2019).

8. Про альтернативні джерела енергії : Закон України від 20.02.2003 № 555-IV. Дата оновлення: 09.08.2019. URL https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555-15 (дата звернення: 23.11.2019).

9. Кузьміна М. Правове регулювання створення і функціонування енергетичних кооперативів в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 7 (281). С. 40–45.

10. Про схвалення Стратегії розвитку малого і середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.05.2017 № 504-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/504-2017-р (дата звернення: 23.11.2019).

11. Про розвиток та державну підтримку малого та середнього підприємництва : Закон України від 22.03. 2012 № 4618-IV. URL. https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4618-17 (дата звернення: 23.11.2019).

12. Савицкий О. Украинская солнечная энергетика: как не повторить судьбу Икара. URL: https://www.epravda.com.ua/rus/publications/2019/02/15/645301/ (дата звернення: 23.11.2019).

13. Геотермальна енергія. URL: http://saee.gov.ua/uk/ae/geoenergy (дата звернення: 23.11.2019).

14. Програма розвитку гідроенергетики на період до 2026. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/552-2016-р (дата звернення: 23.11.2019).

The article is devoted the features of the legal regulation of small and medium-sized businesses in the field of renewable energy. The topic of the article is relevant because the development of small and medium-sized entrepreneurship is the basis for the development of the well-being of the population and a factor of competitiveness of the country. Supporting small and medium-sized enterprises in transforming environmental challenges into new opportunities is one of the principles of EU economic policy.

The article determines small and medium-sized enterprises, depending on their size and legal form according to legislation. The article considers the energy cooperative as organizational form for small and medium-sized businesses.

The issue of state support for the development of small and medium-sized enterprises is explored. It is emphasized that public policy should aim to stimulate the development of small and medium-sized businesses for decentralized distributed renewable energy. Support should be provided for small and medium-sized enterprises as a whole, and specific regime for individual renewable energy facilities should be established.

Renewable energy objects are classified into wind energy objects, solar energy objects, bioenergy objects, small hydropower objects, geothermal energy objects. The objects that may belong to the objects of small and medium-sized enterprises are identified, the types of activities that can be carried out by small and medium-sized businesses within each indicated area are identified.

Emphasis is placed on the need for changes in the system of state regulation of support to small and medium-sized enterprises, taking into account their greening by reforming the system of government bodies. In addition to state regulation, local governments play an important role in the process of distributed generation and development of small and medium-sized enterprises.

Key words: renewable energy, energy, support for small and medium-sized enterprises, green economy, energy cooperative.

УДК 656.614.3.075
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.19

Арсен Кулієв,
канд. юрид. наук, завідувач кафедри морського права
Одеського національного морського університету

Мухаммет Саліхоглу,
студент магістратури
Навчально-наукового морського гуманітарного інституту
Одеського національного морського університету

ПРАВОВА ОСНОВА ДІЯЛЬНОСТІ МОРСЬКОГО АГЕНТА

У статті аналізується зміст та сутність логістичних функцій, які виконуються морським агентом, розглядаються особливості правового регулювання діяльності морського агента в Україні порівняно із законодавством зарубіжних країн, визначаються основні ознаки такої діяльності. Зазначаються роль агентського договору, а також комерційних правил та звичаїв у регулюванні діяльності морського агента.

Зроблені висновки, що, незважаючи на те, що хоча за своїм змістом морське агентування і є однією з найважливіших послуг, що надаються у сфері торговельного мореплавства, але, попри це, й досі в міжнародній практиці всеосяжного правового регулювання агентської діяльності немає, оскільки немає цілеспрямованих законодавчих актів, присвячених цьому інституту суспільних відносин. Норми, які містяться в окремих міжнародних правових документах, мають здебільшого уривчастий, розрізнений характер і регулюють лише окремі аспекти агентської діяльності.

Акцентується увага на тому, що безпосередньо діяльність морського агента регламентується законодавством, яке визначає, що у межах порту функціонують суб'єкти господарювання всіх форм власності, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням суден, пасажирів, вантажів. Тарифи ж на агентські послуги є вільними та визначаються договором між суб'єктом господарювання, який надає відповідні послуги, та їх замовником, тобто у цьому разі діє принцип свободи договору.

Зроблено важливий висновок про те, що чинне законодавство припускає саме представницький характер дій морського агента, оскільки останній є постійним представником судновласника і виконує різні юридичні і фактичні дії від його імені. При цьому досліджуються ознаки агентської діяльності, які дають можливість відмежувати надання послуг з комерційного посередництва від суміжних видів діяльності, комісійної діяльності і виконання доручення, а також від інституту представництва. Тобто агент фактично є особливим видом підприємця, діяльність якого відображається у відносинах комісійного посередництва. Головною ж особливістю цих відносин є те, що агент не заміщує особу суб'єкта, якого він представляє (наприклад, комітента у договорі комісії або довірителя у договорі доручення).

Ключові слова: агентські організації, інститут агентування, логістичні функції, договір агентування, представництво.

Постановка проблеми. Світовий досвід свідчить, що з розвитком економічних та політичних відносин, розширенням ринків збуту продукції та зміцненням зовнішньоекономічних зв'язків збільшується кількість правочинів, які супроводжують діяльність учасників цивільних правовідносин. Однак різне правове регулювання схожих інститутів цивільного права окремих держав може призвести до колізій у правозастосовній практиці. Яскравим прикладом залишається інститут агентського договору, правова природа якого у цивільному праві України є дещо іншою порівняно з цивільним правом зарубіжних країн.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вітчизняні юристи у своїх дослідженнях майже не висвітлювали проблеми морського агентування, за винятком І.М. Петрова, О.В. Полтавського, А.О. Кудюкіна, О.Ф. Висоцького, А.Л. Колодкіна, О.М. Шемякіна і декількох інших фахівців у галузі морського права. Це свідчить про низьку теоретичну опрацьованість теми, що розглядається. Не можна не наголосити на тому, що агентські відносини історично розвивалися саме як інститут представництва, про що свідчать багатотомні дослідження таких видатних цивілістів, як А.Ф. Федоров, Г.Ф. Шерше-

© А. Кулієв, М. Саліхоглу, 2019

невич, Л.С. Таль, П.П. Цитович та ін. Однак саме ці вчені і наголошували на тому, що відносини агента та принципала є неоднозначними й такими, що потребують спеціального правового регулювання [1].

Метою дослідження є аналіз правового регулювання діяльності морського агента та визначення його ролі як елемента транспортно-логістичної системи України.

Виклад основного матеріалу. За своєю суттю діяльність з агентування морських суден зумовлена поділом трудових обов'язків. З'явилася певна потреба розширення і виділення спеціалізованої категорії співробітників, які можуть виконувати функціональні обов'язки власника [2, с. 19].

Будь-якого всеосяжного міжнародного регулювання інституту морського агентування немає. Норми, що містяться в окремих міжнародних правових документах та мають відношення до морського агентування, є фрагментарними, розрізненими і не дають підстав для будь-якого узагальнення. Звідси складність аналізу морського агентування, оскільки воно являє собою інститут національного цивільного або торговельного права й у різних країнах регулюється по-різному. Проте, незважаючи на всі розходження, у регулюванні правовідносин у морському агентуванні є багато подібного.

У більшості країн немає спеціальних законодавчих актів, присвячених морському агентуванню. Винятки становлять такі країни, як Франція, частково Італія, Болгарія, Польща та ін. Багато країн мають окремі спеціальні норми, що містяться в законах і підзаконних актах. З їх допомогою регулюються ті чи інші аспекти агентського договору. Навіть у тих країнах, де є законодавчі акти про морських агентів, передбачено, що в тому, що не врегульовано ними, відповідно застосовуються правила цивільного або торговельного законодавства [3, с. 137].

У вітчизняній і зарубіжній літературі згадується ціла низка термінів, що позначають це коло осіб. Крім найбільш вживаного терміна «морський агент», застосовуються і інші, зокрема, «портовий агент», «агент судновласника», «судновий агент», «довірена особа судна».

За французьким правом агент є уповноваженим представником судновласника і під особисту відповідальність виконує весь комплекс послуг і операцій, що не здійснює сам капітан судна.

У Польщі згідно з Морським кодексом 1961 р. агентом вважається постійний представник судновласника, який діє від його імені і за його рахунок.

У Бельгії Асоціацією морських організацій порту Антверпен агенту дається таке визначення: «це особа, якій від імені та за дорученням судновласників, фрахтувальників, капітанів суден доручено спостерігати за діяльністю судна і вести справи останнього, забезпечуючи в найширшому розумінні всі дії, необхідні для здійснення транспортних операцій, включаючи митне оформлення та взаємодію з іншими організаціями, зокрема, з одержувачами і відправниками вантажів, виконання будь-яких справ, що мають безпосереднє відношення до доручення, а також надання посередницьких послуг як представника перевізника під час укладення фрахтових угод» [4, с. 174].

У Хорватії морський агент визначений як «фізична або юридична особа, яка є посередником в морській діяльності».

Згідно зі ст. 3 Наказу «Про затвердження Технологічної схеми митного оформлення товарів та інших предметів, що переміщуються через митний кордон України водними видами транспорту через пункт пропуску Іллічівський морський торговельний порт (ІМТП)» від 04.11.2002 р. морський агент – суб'єкт підприємницької діяльності, який відповідно до договору морського агентування діє як постійний представник судновласника й за винагороду здійснює послуги в галузі торговельного мореплавства [5].

Згідно зі ст. 116 КТМ України у морському порту або поза його територією як постійні представники судновласника діють агентські організації (морський агент), які за договором морського агентування за винагороду зобов'язуються надавати послуги в галузі торговельного мореплавства. Під час виконання договору морського агентування морський агент, що діє від імені судновласника, може також діяти на користь іншої договірної сторони, якщо вона його на те уповноважила і якщо судновласник не заперечує [6].

У континентальній правовій системі інституту агентування як відособленного, галузевого або міжгалузевого правового інституту немає. Система норм права, що регламентує відносини, які виникають, коли одна особа діє від імені іншої особи, яку представляє, створюючи, змінюючи чи припиняючи безпосерендьо для неї цивільні права та обов'язки, утворює інститут представництва. В Україні так само, як у Франції та Німеччині, розрізняють такі види представництва: законне – засноване на законі, адміністративному чи судовому акті, і добровільне – засноване на договорі сторін [7, с. 91].

Представництво в Англії та США регулюється нормами, які створені судовою практикою, тут немає поділу на законне

та договірне представництво. На відміну від континентальної правової системи, в англосаксонській правовій системі є спеціальне законодавство про агентування.

Правове регулювання агентської діяльності в портах України нині здійснюється за допомогою системи нормативних актів, що регламентують поведінку сторін в агентських відносинах і передбачають встановлення відповідних критеріїв і галузевих вимог.

Безпосередньо діяльність морського агента регулюється ЗУ «Про морські порти України», у розділі 4 ст. 18 якого наголошується, що у межах морського порту функціонують суб'єкти господарювання всіх форм власності, діяльність яких пов'язана з обслуговуванням суден, пасажирів, вантажів. Ст. 21 цього Закону зазначає, що тарифи на агентські послуги є вільними та визначаються договором між суб'єктом господарювання, який надає відповідні послуги, та їх замовником [8].

Також правове регулювання діяльності морського агента в Україні здійснюється ЦК України, ГК України, КТМ України, іншими нормативно-правовими та підзаконними актами.

Основним документом, що регулює торгове судноплавство України, є КТМ України, затверджений постановою ВРУ від 23.05.1995 р. Інститут морського агентування регулюється главою 5 КТМ України, яка визначає загальні положення договору морського агентування, права та обов'язки морського агента, обов'язки судновласника або його довірителя стосовно агента, порядок припинення договору [6].

Зміст ст. 116 КТМ України припускає саме представницький характер дій морського агента, оскільки останній є постійним представником судновласника (ч. 1 ст. 116 КТМ України) і виконує різні юридичні і фактичні дії від його імені [6].

Агентська діяльність у морських портах є різновидом морської агентської діяльності, яка, своєю чергою, є різновидом агентської діяльності, на яку поширюються положення Глави 31 ГК України, яка присвячена комерційному посередництву (ст. 295 закріплює поняття та низку ознак агентської діяльності, ч. 1 цієї статті наводить визначення комерційного посередництва (агентської діяльності). За змістом викладеного визначення можна встановити основні ознаки такої діяльності: це – підприємницька діяльність; предметом цієї діяльності є надання послуг; послуги надаються виключно суб'єктам господарювання; послуги надаються шляхом посередництва; послуги надаються виключно у господарській діяльності; посередництво здійснюється від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого представляють.

Викладені ознаки дають можливість відмежувати надання послуг з комерційного посередництва від суміжних видів діяльності; комісійної діяльності і виконання доручення, а також від інституту представництва. Відносини комерційного посередництва передбачають участь у них особливої категорії підприємців – агентів. Особливістю цих відносин є також те, що агент не заміщує особу суб'єкта, якого він представляє, – комітента (у договорі комісії) або довірителя (у договорі доручення) [9, с. 383–385].

Зміст поняття «комерційний агент» розкривається через визначення ознак цього суб'єкта: суб'єкт господарювання (фізична або юридична особа); наявність повноваження, що грунтується на агентському договорі.

Згідно з ч. 1 ст. 55 ГК України, суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію, мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями у межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством [10].

У ЦК України під представництвом варто розуміти такі цивільні правовідносини, в яких одна особа, іменована представником, діючи в межах наданих їй повноважень, здобуває або здійснює від імені іншої особи (яку представляє) і в її інтересах цивільні права й обов'язки, вчиняє угоди й інші дії з третіми особами. Угода, вчинена представником у межах наданих йому повноважень, створює, змінює або припиняє цивільні права й обов'язки особи, яку представляють [11].

Функції морського агента різноманітні і можуть включати в себе також посередництво у працевлаштуванні на роботу за кордоном, більше того, робота агентів-резидентів України більшою мірою пов'язана з іноземними принципалами, тобто ще один вид ліцензованої діяльності, такий як зовнішньоекономічна діяльність.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 ЗУ «Про зовнішньоекономічну діяльність» дії, які здійснюються від імені іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності України, уповноваженим на це належним чином, вважаються діями цього іноземного суб'єкта зовнішньоекономічної діяльності [12]. Таким чином, дії морського агента або субагента, якому морський агент делегував свої повноваження щодо вчинення певних дій від імені та за рахунок судновласника-нерезидента, під час виконання зовнішньоекономічного

договору з судновласником-нерезидентом є діями цього нерезидента.

До підзаконних актів, що так чи інакше регулюють діяльність агента, потрібно віднести Наказ Мінінфраструктури України «Про затвердження Правил надання послуг у морських портах України» від 05.06.2013 р.

Глава XV «Надання послуг з обслуговування суден» регламентує, що обслуговування суден та інші послуги в морських портах України та на підходах до них здійснюються суб'єктами господарювання на підставі укладених договорів відповідно до чинного законодавства з урахуванням вимог міжнародних договорів України, та зазначає, що у разі надання послуг з обслуговування суден та інших послуг у морських портах України та на підходах до них суб'єкти господарювання мають:

1) надавати судновласнику або його представнику в морському порту (морському агенту) інформацію про заплановану постановку й обробку суден, оперативну інформацію, пов'язану зі знаходженням судна в порту (під ВО або постачанням);

2) приймати інформацію від судновласника або його представника в морському порту (морського агента) про час підходу судна і ступеня його готовності до обробки;

3) своєчасно надавати судновласнику або його представнику в морському порту (морському агенту) рахунки/квитанції з оплати портових зборів та наданих у порту послуг.

Оплата судновласником-нерезидентом представницьких послуг, які йому надав морський агент, субагент, або послуг, придбаних у інших резидентів за посередництвом агента, субагента, проводиться в іноземній валюті, оскільки здійснюється нерезидентом – стороною зовнішньоекономічного договору за послуги, отримані в України згідно з цим договором, і є формою розрахунків у межах торговельного обороту між нерезидентом і резидентами, які регулюються ст. 7 Декрету Кабінету Міністрів України «Про систему валютного регулювання і валютного контролю». Здійснення розрахунків у валюті України допускається за умови отримання індивідуальної ліцензії Національного банку України [13].

Крім законів і підзаконних актів, агентські відносини між сторонами регулюються власне положеннями договорів морського агентування.

Юридичною підставою для виконання агентських функцій є договір. У законодавствах європейських держав договір морського агентування ототожнюється з договорами представництва, посередництва, доручення та комісії.

Агентська угода містить елементи зазначених видів договорів. А.Ф. Луговцов вважає, що «його головною метою є забезпечення морської господарської діяльності судновласника» [2, с. 81].

Слід враховувати, що агентська угода не обов'язково існує як договір, детально визначає права й обов'язки сторін. Це може бути і довіреність на виконання агентських функцій і інша форма домовленості між агентом і принципалом [14, с. 69].

Агентські відносини можуть виникати між морським агентом і суб'єктом господарювання без укладання відповідного договору у разі подальшого схвалення угод, що вчинені морським агентом в інтересах цього суб'єкта, без повноважень на їх укладання або з перевищенням повноважень.

Угода вважається укладеною без повноважень на її укладання тоді, коли агент взагалі не наділений будь-якими повноваженнями діяти в інтересах суб'єкта господарювання. Угода вважається укладеною з перевищенням повноважень на її укладання тоді, коли між агентом і суб'єктом господарювання є агентські відносини, але повноваження агента обмежені агентським договором [15, с. 231].

Значний вплив на правове регулювання діяльності морського агента чинить сформована в різних портах світу багаторічна практика роботи, комерційні правила і звичаї. Так, Північною судноплавною асоціацією Нідерландів розроблені і прийняті загальні умови діяльності суднових агентів, що регулюють комерційно-правову діяльність агентів у портах Нідерландів, включаючи відповідальність суднових агентів перед принципалом.

Висновки

За своїм змістом морське агентування є однією з найважливіших послуг, що надаються у сфері торговельного мореплавства, але, попри це, й досі в міжнародній практиці всеосяжного правового регулювання агентської діяльності немає, оскільки немає цілеспрямованих законодавчих актів, присвячених цьому інституту суспільних відносин. Норми, які містяться в окремих міжнародних правових документах, мають здебільшого уривчастий, розрізнений характер і регулюють лише окремі аспекти агентської діяльності.

Морські агенти є важливою ланкою транспортно-логістичної системи, вони здійснюють комерційну, господарську діяльність з обслуговування морських суден та вантажів та іншого устаткування, при цьому взаємодіючи як з принципалом, так і з третіми особами.

Список використаних джерел:

1. Мирошниченко Н. Агентирование судна в порту / Н. Мирошниченко, А. Чеботаренко. Порты Украины. 2012. № 2. С. 62–67.
2. Луговцов А.Ф. Агентирование морских судов : учебник для вузов мор. трансп. / А.Ф. Луговцов, Г.А. Маслов. Москва : Транспорт. 1988. 207 с. ISBN 966-74-815-X.
3. Юридический справочник по торговому мореплаванию / под редакцией А.С. Кокина. Москва : Издательство «Спартак». 2007. 560 с.
4. Маркізова О.О. Міжнародна торгівля морськими транспортними послугами : навчальний посібник / О.О. Маркізова, Ю.О. Коваленко. Київ : Центр навчальної літератури, 2008. 456 с. ISBN 966-364-315-3.
5. Наказ Іллічівської регіональної митниці № 733 від 04.11.2002 р. «Про затвердження Технологічної схеми митного оформлення товарів та інших предметів, що переміщуються через митний кордон України водними видами транспорту через пункт пропуску ІМТП». URL: http://www.uazakon.com/index.htm.
6. Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 52. Ст. 349.
7. Харітонов Є.О. Цивільне право: Приватне право. Цивілістика. Фізичні особи. Юридичні особи. Речове право. Зобов'язання. Види договорів. Авторське право. Представництво : навчальний посібник / Є.О. Харітонов, Н.А. Саніахметова Київ : А.С.К., 2001. 327 с.
8. Закон України «Про морські порти» від 17.05.2012 р. за № 4709-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 7. С. 407.
9. Боднар Т.В. Договірне право України. Особлива частина : навчальний посібник. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 1200 с. ISBN 978-966-667-341-4.
10. Господарський кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144
11. Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.
12. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» № 959-XII від 16.04.1991 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/959-12.
13. Наказ Мінінфраструктури України «Про затвердження Правил надання послуг у морських портах України» № 348 від 05.06.2013 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1401-13.
14. Вилкова, Н.Г. Договорное право в международном обороте: книга 6. Москва : «Статут». 2006. С. 789.
15. *Припинення договору морського агентування* : зб. тез студ., асп. та здобувачів – уч. 67-ї звіт. конф., присвяченої 146-й річниці створення ОНУ ім. І.І. Мечникова. Одеса : «Астропринт». 2011 р. С. 230–238.

The article analyzes the content and nature of logistic functions performed by a maritime agent, examines the features of legal regulation of the activities of a maritime agent in Ukraine in comparison with the legislation of foreign countries, identifies the main features of such activity. The role of the agency contract, as well as the commercial rules and customs in regulating the activities of the maritime agent are outlined.

It is concluded that, although in terms of content, maritime agency is one of the most important services provided in the field of merchant shipping, but nonetheless, there is still no comprehensive legal regulation of agency activity in international practice, as there is no purposeful legislative acts devoted to this Institute of Public Relations. The rules contained in separate international legal instruments are mainly fragmentary, fragmented in nature and regulate only certain aspects of agency activity.

The emphasis is on respect for the fact that the agent's irreproachably active duty is governed by the law, as well as the principle that at the boundaries of the sea port there are functionalities for granting state-owned services, due servicing, and servicing. Tariffs for agency services are free and signaled by a contract between the sub's state grant, a kind of servants, that deputy, so that, in this case, the principle of freedom of contract.

The important vows of those about the most important legislation of the allowance are representative of the representative nature of the agent's agent, the remnants of the ship the permanent representative of the ship's messenger and the official representative of the law. If you are aware of the sings of agency activities, as well as the ability to provide additional services from the commercial center, the total number of activities, and the presentation of such services, as well as the availability of additional services. So, an agent, in fact, whit a special kind of privacy, a kind of vision in the middle of the commercial environment. The main thing is that the agent is not deprived of the person of the submission, who represents the person (for example, the amount of the contract is the agreement of the contractor of the contract of trust).

Key words: agency organizations, institution of agency, logistic functions, agency agreement, representation.

УДК 346.1:347.736
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.20

Сергій Масловський,
здобувач Інституту економіко-правових досліджень
Національної академії наук України

ПОВНОВАЖЕННЯ СУДУ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ В ПРОВАДЖЕННІ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО

Із набуттям чинності Кодексом України з процедур банкрутства змінилось правове регулювання провадження у справі про банкрутство. Змінилося і регулювання повноважень суду у справі про банкрутство, у зв'язку з чим актуальним видається дослідження повноважень суду першої інстанції у справі про банкрутство.

Метою статті є аналіз повноважень суду першої інстанції в провадженні у справі про банкрутство, виявлення особливостей діяльності господарського суду у справі про банкрутство та порівняння функцій господарського суду у справі про банкрутство з його функціями в інших видах провадження у господарському судочинстві.

Встановлено, що у справі про банкрутство обсяг діяльності господарського суду значно ширший порівняно з іншими видами проваджень у господарському судочинстві, оскільки тут господарський суд здійснює не просто правосуддя, а займає становище керівного суб'єкта у справі про банкрутство.

Розглянуто такі функції господарського суду у справі про банкрутство, як: функція правосуддя, контрольна та організаційна.

Наголошено, що концентрація у межах справи про банкрутство всіх майнових спорів, стороною в яких є боржник, вимагає від судді господарського суду ґрунтовного знання норм не лише господарського, але і трудового, цивільного, податкового та іншого законодавства.

У справі про банкрутство широко проявляється суддівська дискреція, зокрема, коли суд може діяти на власний розсуд. У зв'язку з цим обґрунтовується особлива роль господарського суду у справі про банкрутство, коли суд є не тільки незалежним арбітром, але й активним учасником справи, який, спираючись на власні знання та досвід, може самостійно приймати важливі для справи рішення.

Автор доходить висновку, що у справі про банкрутство суд першої інстанції виступає не лише у ролі незалежного і неупередженого арбітра, а часто сам, з власної ініціативи, приймає важливі для всієї справи про банкрутство рішення. З огляду те, що у справі про банкрутство стикається безліч протилежних за змістом інтересів різних учасників справи, господарський суд опиняється у центрі цих інтересів і покликаний забезпечити їх баланс.

Ключові слова: банкрутство, неплатоспроможність, господарський суд, суд першої інстанції, повноваження суду, функції господарського суду.

Постановка проблеми. Однією з особливостей господарського процесу є наявність у ньому такого особливого виду провадження, як провадження у справах про банкрутство. Справи про банкрутство є специфічною категорією господарських справ, які не лише вимагають від учасників процесу ґрунтовного розуміння інститутів права неспроможності (банкрутства), але і особливого правового регулювання. 21 жовтня 2019 року набув чинності новий Кодекс України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ) [1], який порівняно з попереднім Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [2] (далі – Закон про банкрутство) по-новому врегулював провадження у справах про банкрутство, запровадивши нові інститути (наприклад, інститут відновлення платоспроможності фізичної особи) та скасувавши застарілі інститути, які на практиці себе не виправдали (наприклад, інститут мирової угоди). Змінилось у новому КУзПБ і правове регулювання повноважень суду у справі про банкрутство, у зв'язку з чим актуальним видається дослідження повноважень суду першої інстанції у справі про банкрутство.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, предметом наукових досліджень яких стали питання відновлення платоспроможності та банкрутства, слід відзначити: О. Беляневич, О. Бірюкова, А. Бутирського, І. Бутирську, І. Вечірка, Л. Грабован, В. Джуня, Ю. Кабенок, Б. Полякова, П. Пригузу, В. Радзивілюк, Я. Рябцеву та ін. У працях згаданих учених детально аналізуються норми права неспроможності (банкрутства) та досліджується практика їх застосування. Питання повноважень госпо-

© С. Масловський, 2019

дарських судів у своїх працях детально розкривали Н. Іванюта, Л. Ніколенко, В. Рєзнікова, Т. Степанова, Є. Таликін та ін. Разом із тим із набуттям чинності КУзПБ наукові дослідження проблем відновлення платоспроможності та банкрутства, а також ролі господарського суду у справі про банкрутство набувають актуалізації та потребують поглиблення.

Метою статті є аналіз повноважень суду першої інстанції в провадженні у справі про банкрутство, виявлення особливостей діяльності господарського суду у справі про банкрутство та порівняння функцій господарського суду у справі про банкрутство з його функціями в інших видах провадження у господарському судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Провадження у справі про банкрутство є специфічним видом провадження у господарському процесі, в якому традиційні господарсько-процесуальні інститути реалізуються особливо.

Відповідно до ст. 20 Господарського процесуального кодексу України [3] (далі – ГПК України) до юрисдикції господарських судів належать справи про банкрутство та справи у спорах з майновими вимогами до боржника, стосовно якого відкрито провадження у справі про банкрутство, у тому числі справи у спорах про визнання недійсними будь-яких правочинів (договорів), укладених боржником; стягнення заробітної плати; поновлення на роботі посадових та службових осіб боржника, за винятком спорів про визначення та сплату (стягнення) грошових зобов'язань (податкового боргу), визначених відповідно до Податкового кодексу України, а також спорів про визнання недійсними правочинів за позовом контролюючого органу на виконання його повноважень, визначених Податковим кодексом України; а також справи за заявами про затвердження планів санації боржника до відкриття провадження у справі про банкрутство.

Разом із тим не можна не відзначити недолік у чинній редакції ГПК України, а саме відсутність належних змін та посилання у процесуальному кодексі на КУзПБ. Так, відповідно до ч. 6 ст. 12 ГПК України господарські суди розглядають справи про банкрутство у порядку, передбаченому цим Кодексом для позовного провадження, з урахуванням особливостей, встановлених Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». У зв'язку з цим на практиці можуть виникнути проблеми у правозастосуванні. Адже якщо щось не врегульовано положеннями спеціального акта – КУзПБ, то мають застосовуватися загальні процесуальні норми – норми ГПК України. На необхідність негайного внесення змін до ГПК Україні шляхом заміни згадування Закону про банкрутство на відсилання до КУзПБ вказує і Б. Поляков [4].

Що стосується функцій господарського суду у справі про банкрутство, то Н. Іванюта у цілому визначає три функції господарського суду: 1) функцію правосуддя, яка є основною та відрізняє діяльність судів, зокрема господарських, від діяльності інших органів влади й полягає в розгляді та вирішенні судом справ, віднесених до його компетенції; 2) функцію відтворення, яка розкривається через постійну здатність суду виконувати покладений обсяг повноважень у результаті цілеспрямованої взаємодії всіх ланок інстанційної системи, яка проявляється в прийнятті якісних судових актів; 3) організаційну функцію, яка характеризується процесуальною формою практичної реалізації діяльності господарського суду [5, с. 165].

У справі про банкрутство обсяг діяльності господарського суду значно ширший порівняно з іншими видами проваджень у господарському судочинстві, оскільки тут господарський суд здійснює не просто правосуддя, а займає становище керівного суб'єкта у справі про банкрутство. Я. Рябцева у справах про банкрутство виділяє такі функції господарського суду, як: єдине та правильне застосування норм законодавства України та законодавства про банкрутство зокрема; здійснення контролю за проведенням процедур банкрутства; здійснення оцінки дій учасників провадження у справі про банкрутство та їх затвердження або відхилення в процесуальних документах; застосування санкцій за порушення норм законодавства про банкрутство; реабілітація боржника, який відновив свою платоспроможність та розрахувався з кредиторами [6, с. 90]. І. Бутирська вказує, що у справах про банкрутство роль господарського суду значно відрізняється від його ролі у позовному провадженні, оскільки тут суд наділений широким колом повноважень, які він управі реалізовувати незалежно від процесуальної активності сторін. Господарський суд у справі про банкрутство, діючи на підставі Закону про банкрутство, здійснює, крім загальних, спеціальні функції. До останніх слід віднести контрольну та організаційну. Зміст цих функцій полягає у контролі за діями учасників у справі про банкрутство та реалізації організаційних повноважень, які здійснюють суттєвий вплив на хід справи про банкрутство [7, с. 69].

Отже, перша функція, яка притаманна не лише для діяльності господарського суду у справах про банкрутство, а для всіх судів загалом, – це функція правосуддя. На думку Є. Таликіна, з огляду на теоретичні положення, чинне законодавство та правові реалії, найбільш виваженим є приналежність до правосуддя тільки діяльності судів з вирішення спорів (конфліктів) [8, с. 168]. У межах справи про банкрутство господарський суд насамперед справді здійснює правосуддя шляхом розгляду всіх вимог, що стосуються боржника. Так, ст. 7 КУзПБ передбачає повну концентрацію всіх майнових спорів за участю боржника у компетенції господарського суду, який розглядає справу про банкрутство такого боржника. Слід зазначити, що КУзПБ порівняно з попереднім Законом про банкрутство розширив коло справ, що розглядаються господарським судом у межах справи про банкрутство. Адже ч. 4 ст. 10 Закону про банкрутство передбачала, що господарський суд розглядає тільки ті майнові спори, які пред'явлені до боржника, а на справи, де боржник є позивачем, така норма не поширювалася. Крім того, раніше господарський суд розглядав усі спори за майновими вимогами до боржника, крім спорів, пов'язаних із визначенням та сплатою (стягненням) грошових зобов'язань (податкового боргу), визначених відповідно до Податкового кодексу України, а також справ у спорах про визнання недійсними правочинів (договорів), якщо з відповідним позовом звертається на виконання своїх повноважень контролюючий орган, визначений Податковим кодексом України. Тобто раніше господарському суду не були підвідомчі справи за участю боржника, у яких іншою стороною виступає суб'єкт владних повноважень. Тепер же, виходячи зі змісту ст. 7 КУзПБ, господарський суд такі спори розглядатиме. Причому всі справи відповідно до абз. 3 ч. 2 ст. 7 КУзПБ господарський суд має розглядати за правилами ГПК України. Однак абз. 4 ч. 2 ст. 7 КУзПБ передбачає: у разі якщо відповідачем у такому спорі є суб'єкт владних повноважень, суд керується принципом офіційного з'ясування всіх обставин у справі та вживає визначених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів, з власної ініціативи. Справді, справи, де відповідачем виступає суб'єкт владних повноважень – це справи адміністративної юрисдикції, а адміністративний процес, як відомо, має свої суттєві особливості. Зокрема, щодо покладення тягаря доказування на відповідача. КУзПБ щодо цього нічого не зазначає. У зв'язку з чим виходить, що господарський суд, розглядаючи справу за участю боржника, яка по суті є адміністративною, буде сам ставати основним суб'єктом доказування, як того вимагає абз. 4 ч. 2 ст. 7 КУзПБ, а відповідач у справі – суб'єкт владних повноважень – перетвориться з активного учасника процесу на «стороннього спостерігача», який більше не зобов'язаний доводити правомірність свого рішення/дії/бездіяльності.

Новелою КУзПБ є також те, що матеріали справи, в якій стороною є боржник, щодо майнових спорів з вимогами до боржника та його майна, провадження в якій відкрито до відкриття провадження у справі про банкрутство, надсилаються до господарського суду, в провадженні якого перебуває справа про банкрутство, який розглядає спір по суті в межах цієї справи (ч. 3 ст. 7 КУзПБ). Однак, що далі робити з такою справою господарському суду, з якого етапу розпочинати розгляд справи, чи передаються справи, провадження в яких відкрито за часів дії Закону про банкрутство, і т.д. КУзПБ відповіді на такі питання не надає. Вважаємо, що для концентрації судових спорів, що пов'язані з банкрутством, всі справи, в яких стороною є боржник, незалежно від часу відкриття провадження, слід передати судді, який розглядає справу про банкрутство.

Крім того, концентрація у межах справи про банкрутство всіх майнових спорів, стороною в яких є боржник, вимагає від судді господарського суду ґрунтовного знання норм не лише господарського, але і трудового, цивільного, податкового та іншого законодавства.

Судовий контроль, на думку П. Хотенця, постає як такий аспект реалізації функції правосуддя, в межах якого суд як орган судової влади активно і цілеспрямовано впливає передбаченими процесуальним законом правовими засобами на розвиток правової ситуації у правовідносинах учасників судового процесу (причому здебільшого незалежно від позиції останніх), а у передбачених законом випадках – також і сторонніх стосовно процесу осіб, з метою приведення такої ситуації до параметрів ідеальної юридичної моделі, визначеної відповідно до норми права чи їх комплексу [9, с. 275]. Справді, у справах позовного провадження судовий контроль є лише аспектом функції правосуддя, однак що стосується провадження у справі про банкрутство, то підтримуємо позицію науковців [7, с. 69], що контрольна функція набуває тут самостійного значення. Контрольна функція господарського суду у справі про банкрутство проявляється в тому, що господарський суд заслуховує та затверджує план

санації, звіти розпорядника майна, керуючого санацією та ліквідатора, контролює діяльність арбітражного керуючого у цілому і може відсторонити останнього навіть з власної ініціативи.

У справі про банкрутство широко проявляється суддівська дискреція, зокрема, коли суд може діяти на власний розсуд. Наприклад, господарський суд на свій розсуд в ухвалі про відкриття провадження у справі може зобов'язати боржника провести аудит (ч. 10 ст. 39 КУзПБ); вжити заходів до забезпечення вимог кредиторів (ст. 40 КУзПБ); суд визначає строк, протягом якого ліквідатор зобов'язаний здійснити ліквідацію боржника (ст. 58 КУзПБ) тощо. У всіх цих випадках господарському суду не обов'язково чекати відповідного клопотання від учасника справи, а суд може сам виступити з ініціативою прийняття відповідного рішення. У зв'язку з цим слід говорити про особливу роль господарського суду у справі про банкрутство, коли суд є не тільки незалежним арбітром, але й активним учасником справи, який, спираючись на власні знання та досвід, може самостійно приймати важливі для справи рішення. Л. Ніколенко звертає увагу на те, що реалізація дискреційних повноважень має здійснюватися в межах законності та справедливості у разі дотримання умов доцільності, розумності та мотивованості дій господарського суду в процесі розгляду кожної конкретної справи [10, с. 35].

Організаційна функція господарського суду у справі про банкрутство за новим КУзПБ також зберігається: адже саме господарський суд займає центральну роль у системі учасників справи про банкрутство, призначаючи арбітражного керуючого, визначаючи учасникам справи про банкрутство строки для вчинення відповідних процесуальних дій, спрямовуючи рух усієї справи про банкрутство.

А. Бутирський відзначає, що інститут банкрутства має універсальний характер, оскільки спрямований на задоволення інтересів широкого кола учасників справи про банкрутство, зокрема кредиторів, боржника, держави і суспільства загалом [11, с. 89]. Справді, у справі про банкрутство стикаються безліч інтересів – боржника (який хоче відновити свою платоспроможність або позбутися боргів), кредиторів (кожен із яких прагне отримати якомога більше задоволення своїх вимог до боржника), держави (яка зацікавлена у збереженні боржника як суб'єкта господарювання) тощо. І у центрі всіх цих інтересів опиняється господарський суд, який має не лише діяти у суворій відповідності із законом, але і в межах своєї суддівської дискреції вчасно «спрямовувати» рух справи у потрібне русло, щоб забезпечити баланс усіх названих інтересів.

Висновки

Таким чином, роль господарського суду першої інстанції у справі про банкрутство суттєво відрізняється від його ролі у справах позовного провадження. Адже тут суд не лише виступає у ролі незалежного і неупередженого арбітра, а часто сам з власної ініціативи приймає важливі для всієї справи про банкрутство рішення. З огляду на те, що у справі про банкрутство стикається безліч протилежних за змістом інтересів різних учасників справи, господарський суд опиняється у центрі цих інтересів і покликаний забезпечити їх баланс.

Список використаних джерел:

1. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74.

2. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від 14 травня 1992 року № 2343-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.

3. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 року. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

4. Поляков Б. Пригоди капітана Врунгеля, або як КЗпБ позбавив фізичних осіб права на оскарження. Закон і бізнес. № 44. 09.11–15.11.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/139983-yak_kzpb_pozbaviv_fizichnih_osib_prava_na_oskarzhennya.html https://zib.com.ua/ua/139983-yak_kzpb_pozbaviv_fizichnih_osib_prava_na_oskarzhennya.html (дата звернення: 02.12.2019).

5. Іванюта Н.В. Методологічний аналіз діяльності господарського суду. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 162–166.

6. Рябцева Я.Г. Основні учасники судових процедур банкрутства. *Вісник господарського судочинства*. 2008. № 6. С. 85–91.

7. Бутирська І.А. Правовий статус учасників справи про банкрутство : монографія. Чернівці : Технодрук, 2017. 184 с.

8. Таликін Є.А. Зміст поняття «правосуддя» у контексті функцій господарського суду. Університетські наукові записки. 2011. № 4. С. 164–169.

9. Хотенець П. Форми реалізації функції судового контролю в господарському судочинстві. *Право України*. 2013. № 7. С. 274–282.

10. Ніколенко Л.М. Дискреційні повноваження господарського суду: межі та умови їх реалізації. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція*. 2013. № 6–2. Т. 2. С. 32–36.

11. Бутирський А. Концепція удосконалення законодавства про неспроможність. *Право України*. 2018. № 6. С. 86–97.

With the entry into force of the Bankruptcy Code of Ukraine, the legal regulation of bankruptcy proceedings has changed. The regulation of the bankruptcy court's powers has also changed, with a view to the relevance of the study of the bankruptcy court's first-instance jurisdiction.

The purpose of the article is to analyze the powers of a court of first instance in bankruptcy proceedings, to identify the features of an economic court in a bankruptcy case, and to compare the functions of an economic court in a bankruptcy case with its functions in other types of commercial litigation.

It is established that in a bankruptcy case the scope of activity of a commercial court is much wider than other types of proceedings in a commercial court, since here the commercial court does not just administer justice, but occupies the position of a leading entity in the bankruptcy case.

Bankruptcy court functions such as the function of justice, control and organizational are considered.

It is emphasized that the concentration in the bankruptcy case of all property disputes to which the debtor is a party requires from the judge of the economic court a thorough knowledge of the norms not only of economic, but also of labor, civil, tax and other legislation.

In bankruptcy cases, there is widespread judicial discretion, particularly when the court may act at its own discretion. In this regard, the special role of the economic court in the bankruptcy case is justified, when the court is not only an independent arbiter, but also an active participant in the case, who based on his own knowledge and experience can independently make important decisions for the case.

The author concludes that in a bankruptcy case, the court of first instance not only acts as an independent and impartial arbitrator, but often itself, on its own initiative, makes important decisions for the entire bankruptcy case. Given that the bankruptcy case faces many conflicting interests of different participants in the case, the Commercial Court finds itself at the centre of those interests and is called to ensure their balance.

Key words: bankruptcy, insolvency, economic court, court of first instance, court powers, functions of economic court.

УДК 346.34
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.21

Наталія Никитченко,
докт. юрид. наук,
завідувач кафедри господарського права та процесу
Університету державної фіскальної служби України

Владислав Остринський,
аспірант кафедри господарського права та процесу
Університету державної фіскальної служби України

ГЕНЕЗА ПОНЯТТЯ EPC-КОНТРАКТ ЯК ОСОБЛИВОГО ВИДУ ЗМІШАНОГО ДОГОВОРУ

Оскільки суспільні відносини в Україні розвиваються стрімкими темпами, національне законодавство не встигає здійснювати їх належне правове регулювання, що примушує суб'єктів господарювання все частіше використовувати норми закордонних юрисдикцій чи проформи міжнародних профільних організацій для здійснення договірних транзакцій. У статті наведено приклади того, як саме на практиці врегульовуються складні договірні відносини, чому українському законодавству необхідні зміни та яким чином зараз господарюючі суб'єкти вимушені діяти заради захисту власних інтересів під час укладення договорів з будівництва об'єктів «під ключ».

Стаття присвячена вивченню ґенези поняття EPC-контракт та його правової природи. Авторами досліджені питання виникнення типових проформ, розроблених Міжнародною Федерацією Інженерів-Консультантів. Зокрема, увага приділена так званій «Срібній книзі», яка передбачає реалізацію проєктів будівництва «під ключ» і можливості її застосування суб'єктами господарювання в Україні. Дослідження містить загальний аналіз EPC-контракту, зроблений через призму українського законодавства, в якому визначено його особливості та вказано на проблемні питання його укладення і виконання. Запропоновано авторське визначення поняття «EPC-контракт» з огляду на те, що цей договір є непойменованим, змішаним та має притаманні лише йому особливі риси.

Також у статті здійснено аналіз застосування окремих положень господарського та цивільного законодавства, які відображаються в EPC-контрактах. Це особливості погодження проєктно-кошторисної документації, укладення договору генерального підряду, договору поставки, надання послуг, зовнішньоекономічного договору, порядку визначення та відшкодування збитків у разі неналежного виконання договірних зобов'язань тощо. Обґрунтовано думку про необхідність внесення змін до законодавства в частині надання суб'єктам господарювання можливості договірного обмеження зобов'язань зі сплати фактичних збитків та заподіяної шкоди, можливості вільно використовувати проформи міжнародних профільних організацій у разі, якщо їх положення не суперечать імперативним нормам українського законодавства та загальним принципам господарювання, визначеним у статті 6 Господарського кодексу України.

Ключові слова: EPC-контракт, FIDIC, господарський договір, змішаний договір, непойменований договір, іноземний елемент.

Постановка проблеми. Нині Україна переходить до чергового етапу розвитку правовідносин у сфері капітального будівництва та енергетики. Це пов'язано зі реалізацією проєктів електростанцій, що використовують відновлювальні джерела енергії (далі – ВДЕ). За даними Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, лише в третьому кварталі 2019 року було введено в експлуатацію 956 МВт «зелених» потужностей, що майже у 6 разів більше, ніж за аналогічний період 2018 року, а 97,8% з цих потужностей складають вітряні і сонячні електростанції [1]. Разом зі стрімким розвитком галузі почали з'являтись досі майже відсутні в Україні договірні відносини. Зокрема, широкої популярності набуло укладення так званих EPC-контрактів (від англ. "Engineering, Procurement and Construction") з метою будівництва станцій «під ключ».

Метою статті є дослідження ґенези поняття «EPC-контракт», визначення його ключових особливостей як змішаного договору на основі типових форм, розроблених Міжнародною Федерацією інженерів-консультантів (далі – FIDIC).

© Н. Никитченко, В. Остринський, 2019

Також слід зауважити, що впровадження стандартів FIDIC в Україні набуває поширення не лише у сфері ВДЕ, але й під час реалізації інфраструктурних проєктів. Зокрема, інженер-консультант FIDIC здійснює контроль за виконанням капітального ремонту доріг підрядниками Державного агентства автомобільних доріг України [2], а Адміністрація морських портів України в оновленій документації на поглиблення дна в морському порті «Південний» відобразила умови типових контрактів FIDIC з урахуванням вимог українського законодавства [3].

Слід відразу ж наголосити, що досі жоден з вітчизняних вчених-юристів не займався дослідженням походження чи правової природи EPC-контрактів, адже більше уваги нині приділяється договору генерального підряду (Г.М. Гриценко, М.С. Біленко, А.В. Гаврилов, І.І. Банасевич), інжинірингу (К.Е. Насурлаєва, І.О. Кириченко) та договору про надання послуг (В.С. Мілаш, Д.Ю. Сурай), на відміну від юристів-практиків, для яких проблема укладення та виконання EPC-контрактів наразі досить актуальна.

Виклад основного матеріалу. У національному законодавстві України поняття «контракт» ототожнюють з зовнішньоекономічним договором. Про це свідчать положення статей 382–383 ГК України та статті 1 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», яка визначає, що зовнішньоекономічний договір (контракт) – це матеріально оформлена угода двох або більше суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності та їх іноземних контрагентів, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх взаємних прав та обов'язків у зовнішньоекономічній діяльності [4].

В.Б. Саксонов розглядає зовнішньоекономічний договір (контракт) як різновид господарського договору, що є різновидом цивільно-правового договору, якому притаманні особливості як господарських, так і цивільно-правових договорів [5]. Подібний підхід вважаємо вдалим, адже він дозволяє вийти за рамки тлумачення законодавчих норм і на універсальному рівні використовувати поняття «контракт» відносно складних, комплексних і змішаних договорів, якими є EPC-контракти. Посилання на загальну теорію права дає можливість зрозуміти, що він укладається виключно письмово.

Як слушно зазначає І.В. Сухоставець, правова природа EPC-контрактів (за проформами FIDIC) є досить дискусійною. Окремі дослідники вважають, що подібні контракти належать до так званого soft law – м'якого права, неправового м'якого права, інші вчені відносять вказані проформи до lex constructionis – системи недержавного регулювання міжнародного будівельного підряду, що відображає звичаї і кілька типових умов міжнародних будівельних контрактів. На основі lex constructionis FIDIC розробляє рекомендації у вигляді проформ, типових контрактів, типових регламентів, правових настанов, які використовують замовники і підрядники при укладенні договорів з реалізації проєктів капітального будівництва [6].

Подібна практика укладення договорів за проформами міжнародних асоціацій не є поодинокою, прикладом цього можуть слугувати типові контракти у сфері аграрного сектору, розроблені такими організаціями, як ФОСФА (FOSFA – The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations – Федерація асоціацій торгівлі оліями, олійними продуктами і жирами) та ГАФТА (GAFTA – The Grain and Feed Trade Association – Міжнародна асоціація торгівлі зерном та кормами) [7].

Протягом багатьох років FIDIC займається діяльністю з розробки типових проформ контрактів у сфері цивільного будівництва. У 1957 році FIDIC опублікувала свій перший контракт з назвою «Форма договору на виконання робіт з цивільного будівництва» (з англ. "The Form of contract for works of Civil Engineering construction"). Як випливає з назви, ця перша проформа мала на меті урегулювати підрядні відносини у сфері цивільного будівництва і згодом отримала назву «Червона книга» (з англ. "The Red Book") у зв'язку з кольором її обкладинки. Всі наступні проформи були вже традиційно названі за подібним принципом («Срібна книга», «Жовта книга» тощо).

Перша проформа FIDIC була розроблена спільно з Міжнародною федерацією з будівництва і цивільних робіт (з англ. "International federation of Building and Public works"). Завдяки злагодженим зусиллям FIDIC щодо забезпечення консультацій і прийняття нових форм контрактів вони були визнані Міжнародною федерацією підрядників, Азіатською та Західнотихоокеанською асоціацією підрядників, Асоціацією генеральних підрядників Америки та іншими. У зв'язку з широкою підтримкою з боку міжнародних організацій та банків типові контракти FIDIC користуються високою популярністю під час здійсненя будівництва за рахунок коштів міжнародних фінансових установ та організацій [8].

Опублікований в 1999 році документ «Срібна книга» був орієнтований на реалізацію проєктів «під ключ». Цей документ передбачає покладення на підрядника низки ризиків не лише щодо всеохопного про-

цесу будівництва об'єкта, але й щодо проєктування та пусконалагоджувальних робіт, також він дав поштовх до активного використання і впровадження передбаченої ним концепції EPC.

Зважаючи на положення Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), Господарського кодексу України (далі – ГК України), Закону України «Про міжнародне приватне право» та низки інших нормативно-правових актів, вважаємо, що EPC-контракти в Україні укладати можливо, однак слід пам'ятати про те, що Цивільний кодекс України передбачає велику кількість договірних конструкцій раніше не відомих цивільному законодавству. Це значно полегшує та оптимізує діяльність суб'єктів господарювання, оскільки відсутність законодавчого набору договорів призвела б до зволікання (затягування) в оформленні договірних відносин. Але водночас закріплення правового регулювання тих чи інших договорів у законодавстві зовсім не означає, що сторони повинні конструювати свої зобов'язальні взаємозв'язки у такий спосіб, щоб вони відповідали одній з відомих законодавству договірних моделей [9].

Свобода договору передбачає право вибору виду договору, зокрема і укладення змішаного договору. Згідно з частиною 2 статті 628 ЦК України сторони мають право укласти договір, у якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір). До відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті змішаного договору [10].

Таким чином, зважаючи на вищевказану норму ЦК України, EPC-контракт можна віднести до змішаного договору, адже він поєднує в собі окремі елементи договору будівельного підряду, надання послуг, поставки та інжинірингу (навіть кредитного договору).

Перш ніж з'ясувати те, які елементи договору будівельного підряду притаманні EPC-контракту, слід наголосити на тому, що існує певна неузгодженість норм ЦК України та ГК України з приводу прав і обов'язків сторін договору підряду на капітальне будівництво і щодо предмету даного договору.

Так, аналізуючи частину 1 статті 318 ГК України, відразу ж натрапляємо на перший обов'язок підрядника – здійснити будівництво об'єкта своїми силами та засобами [11], натомість частина 1 статті 875 ЦК України такого обов'язку на підрядника не покладає. З огляду на це слід зазначити, що EPC-контракт передбачає виконання всього фронту робіт підрядником саме за рахунок його власних сил та засобів, безумовно, включаючи можливість виконання робіт субпідрядниками. При цьому за роботу субпідрядників перед замовником відповідає підрядник, тому у разі неякісно виконаних робіт всі претензії щодо недоліків адресуються останньому.

Як слушно зазначає Н.О. Кучаковська, частина 1 статті 318 ГК України покладає на замовника обов'язок передати підряднику проєктно-кошторисну документацію, однак положення частини 1 статті 875 ЦК та пункту 31 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві [12] вказують не на імперативність, а на презумпцію такого обов'язку замовника [13].

Тут відразу ж слід зазначити, що стосовно EPC-контракту існує певна особливість щодо розробки та затвердження проєктно-кошторисної документації. Зокрема, кошторис проєкту будівництва може бути розроблений підрядником його силами і за його рахунок, але при цьому затверджений замовником (згідно з документом «Срібна книга»). Разом з тим не заборонено і покладати на замовника обов'язок передати підряднику вже розроблену і затверджену проєктно-кошторисну документацію (згідно з документом «Жовта книга»). Також вимоги до складу і змісту проєктної документації, що передбачені умовами контрактів FIDIC, можуть мати низку відмінностей порівняно з нормами чинного законодавства [6].

Що стосується елементів договору поставки, то тут EPC-контракт включає в себе всі ті риси, які передбачають положення глави 30 ГК України та статті 264 ГК України. Щоправда, деякі норми українського законодавства, які дістались у спадок від часів Радянського Союзу, все ж таки не можуть бути застосовані. Ідеться про Інструкцію про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення та товарів народного споживання за якістю, затверджену Постановою Ради Міністрів РСР від 25.04.1966 р. № П-7, та Інструкцію про порядок приймання продукції виробничо-технічного призначення і товарів народного споживання за кількістю, затверджену Постановою Ради Міністрів РСР від 14.06.1965 р. № П-6 [14].

Оскільки договір інжинірингу є непойменованим, то спеціальних законодавчих вимог щодо його змісту в Україні немає. Щоправда, підпункт 14.1.85 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України містить досить

широке визначення поняття «інжиніринг», під яким розуміється надання послуг (виконання робіт) із складення технічних завдань, проєктних пропозицій, проведення наукових досліджень і техніко-економічних обстежень, виконання інженерно-розвідувальних робіт з будівництва об'єктів, розроблення технічної документації, проєктування та конструкторського опрацювання об'єктів техніки і технології, надання консультації та авторського нагляду під час монтажних та пусконалагоджувальних робіт, а також надання консультацій, пов'язаних із такими послугами (роботами). Вказане поняття не суперечить правовій природі EPC-контракту, адже останній може передбачати здійснення підрядником робіт з інжинірингу певних технічних виробів (наприклад, вітроелектроустановок, атомних реакторів чи інверторів), які згодом стануть частиною комплексного об'єкта. У контексті цього вбачається хибною позиція деяких дослідників, які розглядають договір інжинірингу виключно як невід'ємну частину здійснення будівельних робіт і ототожнюють інжиніринг з авторським наглядом [15].

Водночас низка положень типових проформ суперечить нормам українського законодавства, що викликає необхідність в їх адаптації. Процес адаптації повинен відбуватись виключно з умовою отримання ліцензії від FIDIC на внесення змін до типової форми контракту з огляду на авторські права розробників на його текст. Наприклад, положення, які стосуються вирішення спорів радою з врегулювання суперечок, як правило, видаляються з контрактів. На жаль, вказане положення рідко використовується в Україні [6].

Під час адаптації Загальних умов контрактів FIDIC окремої уваги заслуговує те, що розробники керувались принципами англійського права, тому левова частка термінології, яка вживається в документі «Срібна книга», не має аналогів в українському законодавстві. Прикладами можуть слугувати поняття «заздалегідь оцінені збитки» (з англ. "liquidated damages"), «обмеження відповідальності» (з англ. "limitation of liability"), у зв'язку з чим виникає необхідність у застосуванні до умов договору норм англійського, а не українського законодавства. Ця проблема вирішується за допомогою включення до складу договірних сторін так званого іноземного елементу, передбаченого Законом України «Про міжнародне приватне право», стаття 5 якого передбачає наявність автономії волі у сторін правочину, що надає їм змогу вибору права, яке буде застосовуватись сторони правочину. Також частина 4 статті 5 вищеназваного Закону України містить вказівку на те, що вибір права щодо окремих частин правочину повинен бути явно вираженим. Водночас зрозуміло, що відносини щодо виробництва і поставки товарів або обладнання згідно з EPC-контрактом можуть бути врегульовані нормами права іншої держави як «офшорна» частина договору, але щодо капітального будівництва сторони повинні передбачити застосування імперативних норм національного законодавства, адже воно буде здійснюватися безпосередньо на території України («оншорна» частина договору).

Саме необхідність наявності іноземного елементу для можливості врегулювання відносин сторін не за нормами українського законодавства робить EPC-контракт особливим видом змішаного договору.

Вважаємо за необхідне надати визначення поняттю «EPC-контракт». Отже, EPC-контракт – це особливий вид змішаного договору, укладений відповідно до типових форм, затверджених міжнародними профільними організаціями, згідно з яким підрядник відповідає за проєктування, поставку, будівництво, пусконалагоджувальні роботи та введення об'єкта в промислову експлуатацію у визначені строки, а в замовник зобов'язаний передати в належному стані будівельний майданчик підряднику та оплатити роботи відповідно до затвердженого графіку платежів, і який, як правило, містить ознаки зовнішньоекономічного договору.

Висновки

Сторони, не маючи можливості врегулювати відносини поіменованим договором, вимушені укладати непоіменований змішаний договір із застосуванням матеріального права інших держав (Англії, Німеччини тощо) і саме таким чином проводити договірні транзакції в закордонних юрисдикціях. Дане питання потребує правового врегулювання.

З огляду на викладене пропонуємо доповнити:

1) статтю 225 ГК України частиною 5 такого змісту: «Суб'єкти господарювання мають право самостійно визначати склад та максимальний розмір відшкодування збитків, спричинених невиконанням договірних зобов'язань»;

2) статтю 179 ГК України частиною 8 в такій редакції: «При укладенні господарських договорів сторони можуть використовувати проформи міжнародних профільних організацій, якщо їх положення не суперечать імперативним нормам законодавства та загальним принципам господарювання, визначеним у статті 6 цього Кодексу».

Список використаних джерел:

1. НКРЕКП інформує про розвиток сектору ВДЕ у ІІІ кварталі 2019 року. *НКРЕКП* : сайт Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. URL: https://www.nerc.gov.ua/?news=9438 (дата звернення: 04.12.2019).
2. Новак С.: «Починаємо капітальний ремонт м-01. Технічний контроль за будівельними роботами на об'єкті здійснює інженер-консультант FIDIC» : сайт Державного агентства автомобільних доріг України / ДААД України. URL: https://ukravtodor.gov.ua/press/news/slavomir_novak_pochynaiemo_kapitalnyi_remont_m-01__tekhnichnyi_kontrol_za_budivelnymy_robotamy_na_ob_yekti_zdiisniuie_inzhener-konsultant_fidic.html (дата звернення: 04.12.2019).
3. АМПУ спростить контрактну документацію за міжнародними стандартами FIDIC : сайт Адміністрації морських портів України / АМП України. URL: http://uspa.gov.ua/ru/pres-tsentr/novini/novini-ampu/15250-ampu-uprostit-kontraktnuyu-dokumentatsiyu-po-mezhdunarodnym-standartam-fidic (дата звернення: 04.12.2019).
4. Про зовнішньоекономічну діяльність: Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/959-12 (дата звернення: 04.12.2019).
5. Саксонов В.Б. Правові особливості зовнішньоекономічних договорів (контрактів) України. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2012. № 2. С. 252–260.
6. Сухоставец И. Контракты FIDIC. Практическое применение в Украине. *ЮРЛИГА* : сайт. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/186294_kontrakty-fidic-prakticheskoe-primenenie-v-ukraine (дата звернення: 04.12.2019).
7. Гиренко І., Пинчук Д. Недержавне регулювання зовнішньоекономічних договорів проформами міжнародних асоціацій. Internauka. Series "Juridical Sciences" : *International scientific journal*. URL: https://www.inter-nauka.com/uploads/public/15420364133335.pdf (дата звернення: 04.12.2019).
8. Koko Udom. A brief introduction to FIDIC contracts // National Building Specification / NBS URL: https://www.thenbs.com/knowledge/a-brief-introduction-to-fidic-contracts (дата звернення: 04.12.2019).
9. Тупицька Є. Щодо питання поіменованості чи непоіменованості договору новації боргу у позикове зобов'язання. *Форум права*. 2009. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2009_3_97 (дата звернення: 04.12.2019).
10. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 04.12.2019).
11. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 04.12.2019).
12. Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : Постанова КМ України від 01.08.2005 р. № 669. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/668-2005-%D0%BF (дата звернення: 04.12.2019).
13. Кучаковська Н. Правове регулювання договору підряду на капітальне будівництво: окремі аспекти. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2017_5_14 (дата звернення: 04.12.2019).
14. Третяк В. Проблеми правового регулювання поставки товару в українському законодавстві. Репозитарій Національного Авіаційного Університету / НАУ. URL: http://er.nau.edu.ua/bitstream/NAU/35657/1/%D0%A2%D1%80%D0%B5%D1%82%D1%8F%D0%BA%20%D0%92.%D0%AE..pdf (дата звернення: 04.12.2019).
15. Кириченко І. До питання визначення правової природи договору інжинірингу. URL: http://www.visnyk-juris.uzhnu.uz.ua/file/No.46/part_1/23.pdf (дата звернення: 04.12.2019).
16. Галунько В.В. Науково-практичний коментар до Господарського кодексу України. Київ : Професіонал, 2019. С. 528.

Due to the rapid development of social relations in Ukraine, national legislation can`t keep up to regulate them properly, which force businesses to use the rules of foreign jurisdictions or the pro-forms of international specialized organizations to carry out the contractual transactions more frequently. The article provides examples of how the complex contractual relations are governed in practice, why Ukrainian legislation requires changes, and how the businesses are forced to protect its interests while entering into turnkey contracts.

This article is concerning the genesis of the term "EPC-contract" and its legal nature. The author has researched the emergence of the contract templates, which were created by International Federation of Consulting Engineers, in particular Silver book which envisages realization of the construction projects in the turn-key way and opportunity to use such templates by the entities in Ukraine. This research also includes general analysis of the EPC-contract through the prism of the Ukrainian legislation, which indicates the features and problems with its conclusion and implementation. In addition, author definition concept of "EPC-contract" was suggested in connection with the fact that according to the Ukrainian legislation such an agreement is defines as unnamed and mixed with a specific features.

Also, article analyzes the use of certain provisions of the economic and civil law which are reflected in EPC contracts, in particular: the features of approval of the building design documentation, the conclusion

of the turnkey contract, the supply contract, the provision of services, foreign trade agreement, the procedure for determining and compensation for losses in case of improper performance of contractual obligations, etc. It is substantiated the opinion of amending the legislation regarding the provision of the contractual limitation of obligations for the actual losses fees of and damages caused to economic entities as well as the possibility to freely use the international organizations pro-form in case when its provisions do not contradict the imperative norms of the Ukrainian legislation and the principles of economic management as defined in Article 6 of the Economic Code of Ukraine.

Key words: EPC-contract, FIDIC, economic contract, mixed contract, unnamed contract, foreign element.

УДК 346:34
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.22

Світлана Подоляк,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарського та адміністративного права
факультету соціології та права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

FIDIC CONTRACTS ЯК ІНСТРУМЕНТ ДЛЯ ЗАЛУЧЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНУ

У статті проводиться дослідження типових договорів ФІДІК, розроблених Міжнародною федерацією інженерів-консультантів, які активно застосовуються в міжнародній практиці. ФІДІК була заснована у 1913 році трьома національними асоціаціями інженерів-консультантів європейських країн, метою її діяльності було створення міжнародної методологічної бази, яка б регламентувала діяльність інженерів-консультантів. Діяльність ФІДІК була сконцентрована на розробці та публікації типових умов договорів для використання з метою регламентації міжнародних інвестиційно-будівельних процесів. Всі вони мають форму книг, кожна з яких містить у назві колір.

Першим договором, розробленим ФІДІК для Міжнародного банку реконструкції та розвитку, була «Червона книга», в якій було передбачено, що спори, які виникають з такого договору, мають вирішуватися інженером-консультантом, а лише потім сторони зможуть звернутись до суду.

У 1960-х роках у Вашингтоні було вперше зареєстровано випадок створення Ради зі спорів під час будівництва. У 1999 році ФІДІК у новій редакції своїх різнокольорових книг використала рішення щодо запровадження Ради з вирішення спорів, яка мала повноваження приймати рішення, які є зобов'язальними для сторін договору.

Договори ФІДІК використовуються в будівельних проєктах із міжнародними компаніями, які зазвичай використовують їх при під час фінансування великих проєктів. У разі використання договорів ФІДІК відпадає необхідність укладання договору з самого початку, адже всі взаємодії вже прописані, залишається тільки внесення за необхідності змін за взаємною згодою. Для України розширюються можливості залучення інвестицій міжнародних фінансових організацій для фінансування інфраструктурних об'єктів і компаній, які б не ризикнули працювати в Україні без зрозумілих і прозорих стандартів укладення договорів, оскільки механізм їх реалізації є зрозумілим іноземним партнерам та підтвердив свою ефективність під час використання у будівельних проєктах у багатьох країнах.

Проведений аналіз чинного законодавства довів, що в Україні створені певні умови для використання договорів ФІДІК, але при цьому існують й перепони щодо їх застосування. Запропоновано основні шляхи їх подолання.

Ключові слова: інженер-консультант, договір будівельного підряду, ФІДІК, рада з вирішення спорів, інвестиційний проєкт.

Постановка проблеми. Пошук взаємовідносин з інвесторами, які готові вкладати кошти в розвиток українських інфраструктурних проєктів, потребує активного впровадження в систему українського законодавства міжнародних норм і стандартів, при цьому досить часто відбуваються стрімкі зміни в нормативно-правовому регулюванні ринкових відносин. Це не призводить до позитивного ставлення іноземних інвесторів до прийняття участі у великих будівельних проєктах, в яких в Україні є нагальна потреба. Для приваблення відомих міжнародних операторів інфраструктури, підрядників та будівельних компаній необхідне гарантування незмінності умов діяльності, прозорі та зрозумілі правила роботи. В умовах реформування системи державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання та законодавчих змін, особливо в галузі будівництва, найбільш раціональним та ефективним шляхом імплементації найкращих світових практик при реалізації будівельних проєктів є використання договорів, розроблених ФІДІК (Міжнародною федерацією інженерів-консультантів).

Досі договори ФІДІК не були предметами фундаментальних досліджень в Україні. Наукові розвідки у цьому аспекті характеризуються наявними статтями з цієї теми

© С. Подоляк, 2019

та практичними посібниками – «Посібник із контрактів FIDIC» [1], «Посібник із процедур закупівель FIDIC» [2].

Метою статті є розкриття сутності договорів ФІДІК та розробка пропозицій щодо можливості їх застосування в Україні як інструменту для залучення інвестицій.

Виклад основного матеріалу. Типові форми договорів ФІДІК знайшли широке застосування у міжнародній практиці будівництва. У середині XIX століття у всьому світі розпочався бум складних будівельних проєктів. Це призвело до виокремлення професії інженера-консультанта, який був незалежною особою та наймався замовником для консультування з питань закупівлі відповідних матеріалів й устаткування та будівництва. На початку XX століття вже виникла необхідність координування діяльності інженерів-консультантів та розробки єдиної системи послуг, які вони надавали. Тому у таких країнах, як Німеччина, Франція, Данія, США, Великобританія, Франція, почали створюватися національні асоціації інженерів-консультантів. ФІДІК (абревіатура назви федерації французькою мовою) була заснована у 1913 році трьома національними асоціаціями інженерів-консультантів європейських країн. Метою її діяльності було створення міжнародної методологічної бази, яка б регламентувала діяльність інженерів-консультантів. З часом діяльність ФІДІК була сконцентрована на розробці та публікації типових умов договорів для використання з метою регламентації міжнародних інвестиційно-будівельних процесів. Типові договори ФІДІК мають рекомендаційний характер, однак саме вони найбільш часто використовуються під час реалізації інвестиційних проєктів. Всі вони мають форму книг, кожна з яких містить у назві колір.

Першим договором, розробленим ФІДІК для Міжнародного банку реконструкції та розвитку, був договір «Умови договору на спорудження об'єктів цивільного будівництва» («Червона книга»), в якому було передбачено, що спори, які виникають з такого договору до звернення до суду, мають вирішуватися інженером-консультантом. Міжнародний банк мав намір фінансувати великі міжнародні будівельні проєкти, але при цьому для нього було важливим, щоб договір на реалізацію такого проєкту максимально враховував як національне законодавство, так і особливості кожного проєкту. ФІДІК вдалося це реалізувати у «Червоній книзі» («Умови договору на спорудження об'єктів цивільного будівництва») шляхом розподілу книги на дві частини, які нерозривно пов'язані одна з одною. Перша частина – «Загальні умови договору», тобто положення договору, які є максимально прозорими та зрозумілими і можуть використовуватись для будь-якого проєкту без внесення змін або з невеликим коректуванням. Друга частина – «Умови для особливого використання» – дозволяє юридично грамотно врахувати особливості проєкту та національного законодавства. Друга частина обов'язково містить покликання на першу.

Водночас федерація ФІДІК все більше стикалася з критикою рішень, які приймав інженер-консультант, адже він наймався замовником, який міг тиснути на інженера-консультанта й таким чином впливати на його рішення. А виконавець міг ставити під сумнів рішення інженера-консультанта як архітектора та/або керуючого роботами, що створювало конфлікт інтересів. У 1960-х роках у Вашингтоні було вперше зареєстровано випадок створення Ради зі спорів під час будівництва межової дамби, відомої як Об'єднана консультативна рада. Наявність двох підходів до вирішення спорів призвела до того, що у 1999 році ФІДІК була опублікована нова редакція різнокольорових книг, в яких вже постійно використовувалась Рада з вирішення спорів, яка мала повноваження приймати рішення, які є зобов'язальними для сторін договору. Крім того, у «Червоній книзі» в умовах договору містились положення щодо постійної Ради з вирішення спорів, а в «Жовтій» та «Срібній» – спеціальної.

Рада мала створюватися при укладанні договору та діяти протягом усього строку його дії. До її складу входило від одного до трьох інженерів – будівельних експертів у роботах, які мали виконуватися за договором. Склад Ради погоджувався сторонами договору. Раді надавався доступ до всіх документів, що мали відношення до будівельного проєкту. Рада з вирішення спорів за договорами ФІДІК вирішувала не тільки спірні питання, а й всі розбіжності, які виникали під час реалізації будівельного підряду. Вона мала відвідувати об'єкт будівництва кожні 3–4 місяці та зустрічатися зі сторонами. До обов'язків Ради входило також виявлення та вирішення розбіжностей до того, як вони стануть спірними питаннями. Також Рада мала на запит сторін надавати їм кваліфіковані роз'яснення, проводити повноцінні слухання щодо спору та надавати письмові рекомендації та зобов'язальні рішення для сторін. Отже, можна сказати, що така Рада була одночасно й посередником, й третейським суддею, оскільки рішення, прийняте Радою, було обов'язковим для обох сторін договору. Якщо сторони не були згодні з таким рішенням, вони мали право звернутися до суду для

вирішення спору. Члени Ради отримували щомісячну платню, а також щоденну винагороду за відвідування об'єкту будівництва, сторони несли спільні витрати на фінансування діяльності Ради.

Серед інших книг – договорів ФІДІК, які сьогодні є достатньо розповсюдженими, можна також виокремити такі:

1) «Умови договору на будівництво», які рекомендовані для використання при виконанні будівельних або інженерних робіт, які були спроєктовані або замовником, або його представником. Для проєктів, які фінансуються міжнародними банками, у 2010 році було видане окреме адаптоване видання;

2) «Умови договору на постачання обладнання, проєктування та будівництво», які рекомендовані для використання під час розробки проєкту та виконання будівельних або інженерних робіт, а також поставки та монтажу електричного та іншого обладнання;

3) «Умови договорів для проєктів типу ІПС («інжиніринг – прокьюремент – будівництво») та проєктів «під ключ», які рекомендовані для використання тоді, коли замовник бажає якнайменше приймати участь у проєктуванні та будівництві та націлений отримати якісний кінцевий результат. Тягар відповідальності повністю покладається на підрядника, який заздалегідь повинен визначити вартість будівництва та обладнання (наприклад, електростанції) та повністю розробити проєкт і реалізувати його;

4) «Коротку форму договору», яка рекомендована для використання при виконанні будівельних та інженерних робіт з мінімальним обсягом інвестицій. Дана форма може використовуватись і під час реалізації великих проєктів, але лише для робіт, які є простими та/або повторюваними (та/або короткостроковими);

5) «Умови договору для проєктів, які реалізується за схемою «проєктування – будівництво – експлуатація», які рекомендовані для використання концесійних або схожих схем реалізації інвестиційно-будівельних проєктів.

Крім того, Міжнародний банк реконструкції та розвитку та Європейський банк реконструкції та розвитку використовують під час реалізації великих міжнародних будівельних проєктів документ, розроблений ФІДІК та направлений на регламентацію конкурсних торгів тендерних процедур. Він допомагає підрядникам підготувати оферту, а для банків створює швидку та ефективну систему оцінки такої оферти.

Оскільки договори ФІДІК мають рекомендаційний характер, то можна зазначити, що вони регулюються lex mercatoria, тобто м'яким правом. Спочатку lex mercatoria використовувався у торговельних відносинах, але із розвитком цієї концепції у різних сферах почали формуватися свої концепції lex mercatoria: lex sportiva – у спорті, lex petrolea – в енергетиці, lex finanziaria – на фінансових ринках, lex maritime – у морських відносинах, lex informatica – в інформаційних відносинах, lex constructionis – у будівництві [3]. Lex constructionis – це система недержавного регулювання міжнародного будівельного підряду, яка відображає звичаї або найбільш розповсюджені умови міжнародних будівельних договорів.

Питання доцільності використання договорів ФІДІК в Україні є риторичним. Договори ФІДІК використовуються в будівельних проєктах із міжнародними компаніями, міжнародні фінансові організації зазвичай використовують їх при фінансуванні великих проєктів. У разі використання договорів ФІДІК відпадає необхідність укладання договору з самого початку, адже всі взаємодії вже прописані, залишається тільки внесення за необхідності змін за взаємною згодою. Для України розширюються можливості залучення інвестицій міжнародних фінансових організацій для фінансування інфраструктурних об'єктів і компаній, які б не ризикнули працювати в Україні без зрозумілих і прозорих стандартів укладення договорів, оскільки механізм їх реалізації є зрозумілим іноземним партнерам та підтвердив свою ефективність при використанні у будівельних проєктах у багатьох країнах світу. Вже сьогодні існує інтерес до проєктів дорожнього будівництва, які можуть бути реалізованими на умовах договорів ФІДІК. Тому висновок такий: ці договори треба упроваджувати, а можливість застосування договорів ФІДІК надає п. 3 ст. 3 ЦК України [4], де ідеться про свободу договору та вільного волевиявлення (п. 4 ст. 179 ГК України [5]).

У Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження вимог щодо проведення контролю якості робіт з нового будівництва, реконструкції та капітального ремонту автомобільних доріг загального користування» від 28 грудня 2016 р. №1065 наведене законодавче визначення поняття «інженер-консультант». Отже, інженер-консультант – це «суб'єкт господарювання, який надає дорожні консультаційні послуги з урахуванням умов, визначених у контрактах ФІДІК, або із залученням спеціалістів, що мають виданий відповідно до законодавства кваліфікаційний сертифікат для здійснення технічного нагляду за будівництвом автомобільних доріг загального користування» [6].

Закон України «Про архітектурну діяльність» [7] визначає можливість ведення інжинірингової діяльності у сфері будівництва, формулюючи її як «діяльність з надання послуг інженерного та технічного характеру, до яких належать такі дії: проведення попередніх техніко-економічних обґрунтувань і досліджень, експертизи проєкту, розробка програм фінансування будівництва, організація виготовлення проєктної документації, проведення конкурсів і торгів, укладання договорів підряду, координація діяльності всіх учасників будівництва, а також здійснення технічного нагляду за будівництвом об'єкта архітектури та консультації економічного, фінансового, або іншого характеру» (ст. 1). Отже, можна вважати, що Закон України «Про архітектурну діяльність» по суті визначає напрями діяльності інженера-консультанта.

В українському законодавстві професія інженера-консультанта визначена Національним класифікатором України (Класифікатор професій ДК 003:2010 [8]), Державним класифікатором професій. В основу класифікаційних характеристик було закладено таку чотирирівневу систему знань та кваліфікацій: провідний інженер-консультант; інженер-консультант (будівництво) I категорії; інженер-консультант (будівництво) II категорії; інженер-консультант (будівництво). Однак при цьому відсутня чітка регламентація повноважень, прав та обов'язків сторін при укладанні договорів на надання інженерно-консультаційних послуг, що є особливо важливим з погляду розширення чи обмеження повноважень інженера-консультанта.

Таким чином, в українському законодавстві створено умови розвитку інженерів-консультантів, проте досі чітко не визначено їх права та обов'язки, функції та обмеження щодо делегування замовником повноважень. Тому упровадження договорів ФІДІК потребує певної зміни законодавчої бази у цій частині.

Але все ж таки, попри вищевказані норми, певні перепони у застосуванні договорів ФІДІК в Україні є (зокрема, у Постанові Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» [9]). Фактично генеральні підрядники та замовники зобов'язані використовувати типові умови з цієї постанови та не відступати від них. У таких умовах відзначається зарегульована процедура визначення договірної ціни, договірної документації (наприклад, в частині проведення тендерів, адже залежно від учасників вони повинні ще й відповідати умовам Закону України «Про публічні закупівлі» від 22.12.2015 № 922-VII, який містить обмеження щодо участі у тендерах групи незалежних підприємств, які об'єднуються в різні організаційно-правові форми для реалізації певного великого будівельного проєкту; або в частині приймання виконаних робіт та в інших питаннях, які зобов'язані вирішувати суб'єкти господарювання з України). Крім того, ДСТУ БД.1.1-1:2013 передбачає ведення спеціальних форм первинних документів в будівництві, які не є притаманними для договорів ФІДІК.

В умовах українських реалій існує ще одна перепона у ефективності застосування договорів ФІДІК – це корупційна складова, яка займає особливе місце саме у будівельній галузі. Основним принципом класифікації договорів ФІДІК є відмінність у функціях і принципах взаємодії між сторонами договору.

Головне те, що імплементація договорів ФІДІК забезпечує незалежний контроль якості робіт.

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна стверджувати, що впровадження європейських норм і стандартів в умовах інтеграції національної економіки у світовий економічний простір розширює для України можливості залучення інвестицій як міжнародних компаній, так і міжнародних фінансових організацій. Використання договорів ФІДІК є перепусткою України до прозорих та зрозумілих стандартів укладення договорів, тому вважаємо необхідним запропонувати як альтернативу у Постанові Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668 «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» також зафіксувати можливість застосування договорів ФІДІК.

Список використаних джерел:

1. Посібник із контрактів FIDIC / пер. з англ. І.В.Хараїм та ін. ; наук. ред. О.М. Непомнящий ; громад. спілка «Міждержав. гільдія інженерів-консультатнів» (МГІК). Київ : Форт, 2019. 477 с.

2. Посібник із процедур закупівель FIDIC / пер. з англ. І.В.Хараїм та ін. ; наук. ред. О.М. Непомнящий ; громад. спілка «Міждержав. гільдія інженерів-консультатнів» (МГІК). Київ : Форт, 2019. 326 с.

3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Москва : Статут, 2005. Кн. 3 : Договоры о выполнении работ и оказании услуг. 2005. 1054 с.

4. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/paran161#n161&p=.

5. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/print.

6. Про затвердження вимог щодо проведення контролю якості робіт з нового будівництва, реконструкції та капітального ремонту автомобільних доріг загального користування : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 грудня 2016 р. № 1065. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP161065.html.

7. Про архітектурну діяльність : Закон України від 20.05.1999 року № 687-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/687-14.

8. Національний класифікатор України, Класифікатор професій ДК 003:2010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/va327609-10/sp:max20#n4.

9. Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : Постанова Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2005 р. № 668. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/668-2005-%D0%BF.

In the article FIDIC contracts, drawn up by the International Federation of Consulting Engineers and actively used in international practice, is examined. FIDIC was founded in 1913 by three national associations of consulting engineers in European countries, its purpose was to develop an international methodological framework that would regulate the activities of consulting engineers. FIDIC's activities are focused on the development and publication of model contractual terms for using in regulation of international investment and construction processes. They all are written in the form of books; each has a color in the title.

The first contract drawn up by FIDIC for the International Bank for Reconstruction and Development was the so-called "Red Book", which stipulated that disputes arising from such contract should be resolved by a consulting engineer and only then the parties could go to court.

In the 1960s in Washington the first Disputes Board in building process was recorded. In 1999 in new version of FIDIC's multicolored books Dispute Settlement Board was regulated. It had a power to make decisions that were binding on the contract's parties.

FIDIC contracts are used in large construction projects financed by international companies. When using FIDIC contracts, there is no need to conclude a contract from the beginning – all interactions have already been registered, only making, if necessary changes, by mutual consent remains. Ukraine is expanding its ability to attract investment from international financial institutions to finance infrastructure facilities and companies that would not risk operating in Ukraine without clear and transparent contracting standards, as the mechanism for their implementation is clear to foreign partners and has proven effectiveness in construction projects in many countries.

The analysis of the current legislation has showed that certain conditions for the use of FIDIC contracts were created in Ukraine, but there were also obstacles to their application. The basic directions of legal barriers breaking down are offered.

Key words: consultant engineer, building contract, FIDIC, dispute resolution board, investment project.

УДК 346.91(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.23

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

ПІДСТАВИ СУДОВОГО РОЗСУДУ ПРИ ВСТАНОВЛЕННІ ФАКТУ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ У ГОСПОДАРСЬКОМУ ПРОЦЕСІ

Ця стаття присвячена аналізу правових засобів уповноваження господарського суду на здійснення судового розсуду. Це дослідження базується на нормах Господарського процесуального кодексу України, присвячених регулюванню зловживання процесуальними правами.

Зловживання процесуальними правами є процесуальним правопорушенням. Таке правопорушення може бути скоєне будь-якими учасниками господарського процесу. Кодекс містить групу спеціальних приписів, які визначають ознаки факту зловживання процесуальними правами та встановлюють санкції за це правопорушення. Особливість цих норм полягає в тому, що їх застосування вимагає здійснення судової дискреції. Юридична доктрина визначає судовий розсуд як повноваження суду здійснити вибір між декількома правовими можливостями. Основна причина для надання суду повноваження робити такий вибір полягає в існуванні великого різноманіття вчинків, що становлять зловживання процесуальними правами. Законодавець не може встановити ознаки усіх видів зловживання. Недобросовісні учасники господарського процесу винаходять нові способи зашкодити суду досягти вирішення завдань господарського судочинства. Все різноманіття способів зловживання не може бути втілене у конкретній нормі чи законі. Відповідно до цього існує потреба у вповноваженні правозастосовця на здійснення розсуду.

Юридична наука описує різні підходи до питання джерел повноваження на здійснення судового розсуду. Більшість авторів згадує оціночні категорії, такі як добросовісність, розумність, справедливість. Також згадується проста вказівка на здійснення розсуду.

Автор дійшов висновку, що сучасне господарське процесуальне право України наділяє суд відповідними повноваженнями шляхом використання оціночних понять, наприклад, добросовісності, розумності. Крім того, у чинному ГПК використання оціночних понять поєднується із простою вказівкою на застосування судового розсуду. Таке поєднання дозволяє досягти справедливих та розумних результатів. Відповідно до цього у чинному ГПК встановлене застосування комбінації обох зазначених засобів встановлення зловживання процесуальними правами.

Ключові слова: зловживання процесуальними правами, судовий розсуд, підстави здійснення судового розсуду, оціночні категорії, пряма вказівка на здійснення судового розсуду, комбінація засобів вповноваження на здійснення розсуду.

Постановка проблеми. Чинний Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПК, Кодекс) не містить терміна «судовий розсуд» чи аналогічних за змістом термінів. Проте застосування багатьох норм матеріального та процесуального права потребує здійснення судом владного вибору належного варіанту поведінки із кола дозволених законом, що отримало у доктрині процесуального права назву судового розсуду (дискреції).

Професор А. Барак вдало підкреслив значущість вірного розуміння судового розсуду: «Суддя повинен здійснювати свій розсуд як розумний суддя. Щоб так діяти, він повинен усвідомлювати той факт, що у нього є право розсуду, усвідомлювати значення розсуду та різні фактори, які потрібно зважити в контексті цього розсуду» [1, с. 152]. До цього можна додати, що не лише суддя, а й інші учасники судового процесу повинні мати на увазі фактор правозастосування із використанням судової дискреції, межі судового розсуду, фактори, що впливають на напрями вибору належного варіанту поведінки.

Отже, одним із важливих завдань правової доктрини слід визнати дослідження правових засобів встановлення повноваження на прийняття рішення із використанням судового розсуду.

© Ю. Ужакін, 2019

За відсутності спеціальних норм щодо судового розсуду питання, що пов'язані із його застосуванням, мають вивчатися шляхом аналізу норм, застосування яких пов'язане із розсудом суду. Одним із інститутів процесуального права, який тісно пов'язаний із уповноваженням суду на здійснення розсуду, є інститут заборони зловживання процесуальними правами.

Метою статті є аналіз правових засобів встановлення у процесуальному законодавстві повноваження господарського суду на здійснення судового розсуду. Аналіз здійснюватиметься на прикладі встановленої процесуальним законодавством конструкції юридичного факту (фактичного складу) зловживання процесуальними правами. Дослідження дозволить виявити механізми наділення господарського суду повноваженням на здійснення судового розсуду при встановленні факту зловживання процесуальними правами, зробити певні загальні висновки щодо механізмів наділення господарського суду повноваженням на прийняття процесуальних рішень із використанням судового розсуду.

Проблему судового розсуду було досліджено доктриною англосаксонської правової сім'ї. Серед дослідників слід згадати класиків процесуальної доктрини, таких як О. Холмс, Б. Кардозо. Серед більш сучасних науковців виділяються дослідження Г. Харта, Р. Дворкіна, А. Барака. Серед науковців, праці яких створено переважно на матеріалі континентального права, необхідно згадати, зокрема, представників школи живого права, таких як Є. Ерліх, Я. Канторович та ін., якими було досліджене питання свободи у правозастосовній діяльності суду.

Серед дослідників Російської імперії, колишнього СРСР, РФ та України внески, що мають значення для дослідження проблем судового розсуду, зроблено такими вченими, як Д.Б. Абушенко, Л.Н. Берг, О.Т. Боннер, Е.В. Васьковський, С.Ф. Демченко, К.Т. Коміссаров, П.В. Куфтирев, О.А. Папкова, Д.М. Притика, Т.А. Покровський, Н.О. Чечіна, Д.М. Чечот, С.Я. Фурса.

Виклад основного матеріалу. Судовий розсуд є однією із важливих складових частин правозастосовної діяльності господарського суду. Це стосується застосування як норм матеріального, так і процесуального права.

У багатьох випадках надмірно детальне регулювання законодавством господарських відносин є недоцільним та неможливим. Вирішення відповідних суперечливих питань відбувається шляхом делегування господарському суду повноваження на вирішення спору із врахуванням конкретних обставин через здійснення судом владного вибору належного варіанта поведінки, конкретизації загальних приписів права. У вітчизняній правовій літературі даний феномен отримав назву судового розсуду.

Визначаючи сутність судового розсуду, представники доктрини наголошували на різних аспектах цього явища. Серед наведених у науковій літературі позицій слід згадати розуміння судового розсуду як свободи, повноваження, права вибору із декількох альтернатив, різновиду правозастосовної діяльності тощо. Різноманітність висловлених точок зору зумовлена різними підходами до дослідження судової дискреції. При цьому висловлені думки не завжди суперечать одна іншій, підкреслюючи різні сторони досліджуваного явища.

Розуміння судового розсуду як повноваження має істотну підтримку у науковій літературі. Автор однієї із класичних робіт, що досліджує питання судової дискреції, Аарон Барак так визначав загальне поняття розсуду: «Для мене розсуд – це повноваження, дане особі, яка має владу вибирати між двома або більше альтернативами, коли кожна з альтернатив законна» [1, с. 13].

Як і будь-яке інше повноваження, право на здійснення судом владного вибору із декількох альтернатив повинно ґрунтуватися на приписах правових норм та не може презумуватися. Це випливає, зокрема, із положень ч. 2 ст. 19 Конституції України, згідно з якими органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Сучасна правова наука (як загальна теорія права, так і наука галузева) керується наявністю в законодавстві різних способів наділення суду правом прийняття рішення з використанням судового розсуду. Наприклад, І.В. Булгакова, яка досліджувала питання судового розсуду у господарському процесі, звернула увагу на три способи, за допомогою яких законодавець встановлює право вибору для правозастосовувача. Це звичайна вказівка на судовий розсуд, оціночні категорії, комбінований спосіб [2, с. 47, 48].

При дослідженні питання підстав судового розсуду необхідно мати на увазі, що не всі автори здійснюють чітке термінологічне виділення саме правових підстав дискреції. Часто мова йде про джерела судового розсуду, види судового розсуду. Врахування поглядів цих дослідників є необхідним, оскільки в основу класифікації судової дис-

крецiї на види доволі часто кладуться саме механізми наділення суду відповідними повноваженнями.

Наприклад, М.Б. Гарієвська відзначає такі способи встановлення судового розсуду (у термінології автора – види дискреційних повноважень за способами нормативної визначеності): дискреційні повноваження, що виникають із прямої вказівки закону; дискреційні повноваження суду, які виникають на основі застосування оціночних понять; дискреційні повноваження суду, що виникають на основі відносно визначених норм; дискреційні повноваження, що виражаються у формі ініціативи суду [3, с. 170–173].

Ю.В. Білоусов, М.Б. Рибчак, досліджуючи, зокрема, мотиви, які мають значення для судової дискреції, згадують як джерела відповідного повноваження просту вказівку у нормі та використання оціночних категорій. [4, с. 104].

Д.Б. Абушенко наводить 3 способи встановлення свободи правозастосування – просту вказівку, використання оціночних категорій, комбінований спосіб [5, с. 52]. О.А. Папкова відзначає існування відносно визначеного судового розсуду та правомочного розсуду. Перший вид поділяється цією авторкою на ситуаційний судовий розсуд та альтернативний [6, с. 332].

Вчені зарубіжних країн також висловлюють різні думки щодо досліджуваного питання. Наприклад, професор Г. Харт вказує на використання термінів з відкритою структурою (open texture) [7, с. 131]. Професор А. Барак розрізняє матеріальні та формальні джерела судового розсуду. Матеріальними джерелами розсуду при застосуванні законодавчої норми він вважає невизначеність мови правила, невизначеність нормативної схеми, невизначеність в правилах тлумачення, невизначеність щодо обставин застосування правила тлумачення, невизначеність щодо змісту правила тлумачення тощо [1, с. 63–96]. На свідомому застосуванні нечітких понять наголошує проф. George Christie [8, с. 889].

Як зазначалося вище, у чинному матеріальному та процесуальному законодавстві відсутні приписи, що безпосередньо регулюють судовий розсуд. Це зумовлює необхідність досліджувати дискрецію на прикладі норм права, які регулюють інші правові явища, але застосування яких пов'язане із судовим розсудом.

Серед норм процесуального права, застосування яких пов'язане із судовим розсудом, звертають на себе увагу приписи щодо заборони зловживання процесуальними правами. Тісний зв'язок приписів щодо зловживання процесуальними правами із судовою дискрецією втілюється, крім іншого, у поєднанні в рамках цього інституту різних механізмів наділення суду повноваженням на здійснення розсуду.

Вчинення учасником судового процесу зловживання процесуальними правами є підставою застосування низки правових наслідків. Зокрема, суд має право залишити без розгляду або повернути скаргу, заяву, клопотання (ч. 3 ст. 43 ГПК), вжити заходів забезпечення судових витрат (ч. 4 ст. 125 ГПК), покласти судові витрати на особу, яка зловживала правом (ч. 9 ст. 129 ГПК), вжити заходів процесуального примусу (ст. 131, 135 ГПК), винести окрему ухвалу (ст. 246 ГПК). Підставою настання відповідних правових наслідків є зловживання процесуальними правами, що дозволяє розглядати зловживання як юридичний факт.

У науковій літературі висловлені різні думки щодо поняття «зловживання правами», зокрема й процесуальними. На думку більшості науковців, зловживанню правом притаманна недобросовісна реалізація суб'єктивного права не за його призначенням, заподіяння шкоди суспільним інтересам та правам третіх осіб.

Легальне визначення ознак відповідного правопорушення може бути виведене із тлумачення приписів частин 1 та 2 ст. 43 ГПК, положення яких становлять певну єдність та мають тлумачитися із врахуванням цієї смислової єдності. Попри певну нечіткість, процесуальний закон в цій частині загалом побудований із врахуванням теоретичних поглядів на зловживання як на недобросовісні дії суб'єкта права, що вчинене під час реалізації суб'єктивних прав та у протиріччі із призначенням відповідного суб'єктивного права.

Частина 1 ст. 43 Кодексу встановлює вимогу добросовісного використання процесуальних прав. Далі процесуальний закон містить таке положення: «<...> зловживання процесуальними правами не допускається». Відповідно до ч. 2 ст. 43 ГПК передбачено, зокрема, таке: «Залежно від конкретних обставин суд може визнати зловживанням процесуальними правами дії, що суперечать завданню господарського судочинства, зокрема <...>». Далі ч. 2 ст. 43 ГПК містить перелік окремих видів зловживання правом.

Використання слова «зокрема» у конструкції норми ч. 2 ст. 43 Кодексу дає підстави вважати, що перелічені після цього слова різновиди зловживання (подання завідомо безпідставного позову, позову за відсутності предмета спору тощо) не вичерпують обсяг поняття зловживання проце-

суальними правами, а перелік конкретних форм вчинення зловживання процесуальними правами є відкритим.

На думку автора, процесуальний закон побудований на поєднанні загального типу правопорушення – зловживання процесуальними правами – із окремими, більш конкретизованими його видами. Загальна конструкція складу процесуального правопорушення – зловживання процесуальними правами – має двояке правове значення, є як самостійною підставою для визнання дій учасника процесу у якості зловживання правом, так і нормативним узагальненням, що дає орієнтири для тлумачення окремих видів зловживання, що перелічені у пунктах 1–5 ч. 2 ст. 43 Кодексу. Наприклад, помилкове подання декількох позовів до одного відповідача з одним предметом та з одних підстав, якщо відсутні ознаки навмисної недобросовісної поведінки позивача, інші суттєві ознаки зловживання правом, не може розглядатися як зловживання процесуальними правами. У такому разі є підстави для повернення позовної заяви на підставі п. 5 ч. 5 ст. 174 ГПК, а не застосування ст. 43 Кодексу, вжиття інших заходів, зокрема й накладання штрафу.

Ознаки факту відповідного правопорушення, що використані законодавцем у ст. 43 ГПК, сконструйовані із використанням певної сукупності правових засобів, які тісно пов'язані із судовою дискрецією, є її правовою підставою. Звертає на себе увагу наявність у ст. 43 Кодексу оціночних понять.

Одним із перших вітчизняних науковців, який досліджував питання оціночних понять, був проф. С.І. Вільнянський, який зазначав, що оціночні поняття надають суду можливість вільної оцінки фактів і врахування індивідуальних особливостей конкретного випадку за обов'язкового застосування закону [9, с. 14].

Сучасний дослідник Р.О. Опалєв відзначає: «Під оціночними розуміються загальні, абстрактні, нечіткі поняття, які виражені в джерелах права, що регулюють порядок цивільного та адміністративного судочинства, і призначені для надання правозастосовцю в рамках конкретної справи відносної свободи дій» [10, с. 33].

Оціночні поняття містяться в описі загального типу правопорушення та його окремих різновидах. Стаття 43 Кодексу містить, зокрема, такі вирази: «добросовісно користуватися процесуальними правами», «суперечать завданню господарського судочинства», «заявлення завідомо безпідставного відводу або вчинення інших аналогічних дій», «подання декількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав або вчинення інших дій, метою яких <...>», «подання завідомо безпідставного позову, <...> або у спорі, який має очевидно штучний характер», «необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог» тощо. Аналогічність предмета та підстав, аналогічність дій, штучність об'єднання, завідомість, суперечність завданню господарського судочинства тощо можуть бути встановлені в результаті оцінки судом характеру та цілей конкретних процесуальних дій учасників судового процесу, інших обставин справи, їх зіставлення із керівними ідеями судочинства.

Особливу роль в кваліфікації поведінки як зловживання процесуальними правами відіграють пов'язані між собою принципи добросовісності, справедливості, розумності. Хоча останні два принципи не згадуються безпосередньо в аналізованій нормі, саме ці ідеї у своїй сукупності та взаємному зв'язку встановлюють основні вимоги до реалізації прав та виконання обов'язків.

Професор О.О. Бакалінська зазначає: «За всієї множинності різновидів оціночних понять у цивільному праві ми вважаємо, що найпоширенішими оціночними поняттями українського цивільного права та процесу є такі: добросовісність, розумність, справедливість (тобто встановлення рівних умов для участі всіх осіб), закріплення можливості адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу, забезпечення реалізації цивільного права з шануванням прав та інтересів інших осіб» [11, с. 8].

Використання оціночних понять не вичерпує арсенал правових засобів встановлення повноваження на здійснення судового розсуду. Частина 2 ст. 43 ГПК починається такими словами: «Залежно від конкретних обставин суд може визнати <...>».

Як вбачається із наведеної цитати, процесуальний закон містить вповноважуючу конструкцію «може визнати». Це право визнати дії зловживанням процесуальними правами поставлене текстом Кодексу у залежність від конкретних обставин, перелік яких у законі відсутній.

На думку автора, це положення закону має важливе самостійне значення в конструкції юридичного факту зловживання процесуальними правами. Мета даного положення полягає в певному обмеженні загального складу зловживання процесуальними правами. Такий висновок випливає з обмежувального сенсу наведеного формулювання. Без врахування цього положення ч. 2 ст. 43 передбачала б визнання зловживанням дій, які суперечать завданням судочинства.

Завдання господарського судочинства сформульовані процесуальним законодавством (ст. 2 ГПК) досить широко. Головним завданням господарського судочинства є ефективний та оперативний захист порушених або оспорюваних прав та інтересів. З цієї точки зору будь-яке необґрунтоване клопотання, заперечення факту, який виявився таким, що існує, ускладнює процес та певною мірою суперечить завданню господарського судочинства, тобто необхідності справедливого, неупередженого та своєчасного вирішення спорів, ефективного захисту порушених, невизнаних або оскаржуваних прав і законних інтересів. Визнання зловживанням будь-яких дій, що не відповідають завданню судочинства, веде до охоплення цим поняттям будь-яких дій, що ускладнюють процес. Таке надмірно широке розуміння зловживання процесуальними правами здатне призвести до девальвації одного з основоположних принципів процесу – змагальності. Радикальне розширення поняття «зловживання процесуальними правами», особливо у поєднанні із застосуванням істотних заходів відповідальності (наприклад, накладенням штрафу, винесенням окремої ухвали), спроможне підірвати основи змагальності судочинства.

Заборона зловживання процесуальними правами не повинна призводити до виникнення своєрідного обов'язку визнання законних вимог іншої сторони чи заборони пред'явлення вимог, які у майбутньому не будуть задоволені судом. Не треба забувати, що значна кількість вимог та заперечень має досить суперечливий і неочевидний характер, в тому числі і для самих учасників матеріальних правовідносин. Не може каратися лише спроба захистити спірні вимоги та заперечення.

Зрештою, існує необхідність тонкого балансу між свободою реалізації учасниками своїх прав, змагальністю господарського процесу та необхідністю припинення недобросовісної поведінки. Саме судова дискреція покликана відігравати провідну роль у розрізненні нормальної змагальності процесу та недобросовісних випадків зловживання правом.

Отже, обмежуюча конструкція «залежно від конкретних обставин суд може визнати зловживанням <...>» дає підстави вважати, що протиріччя дій учасника процесу завданню господарського судочинства є необхідною, але недостатньою умовою для визнання поведінки зловживанням правом.

Категорія «конкретні обставини», наведена у ГПК, не може вважатися оціночним терміном у точному розумінні. Також ГПК не містить вказівок на те, які саме конкретні обставини справи повинен врахувати суд. Закон містить лише вказівку на категорію «конкретні обставини справи» у поєднанні із вповноважуючою конструкцією «може визнати».

Цю форму наділення суду повноваженням здійснювати дискрецію слід вважати простою вказівкою. Які обставини будуть визнані судом істотними і юридично значущими для цілей застосування ст. 43 ГПК, визначає суд на свій розсуд. Саме судовий розсуд покликаний надати юридичне значення тим чи іншим фактам.

Уявляється, що суд, здійснюючи свій вибір у питанні наділення юридичним значенням тих чи інших обставин, повинен врахувати, зокрема, дії відповідного учасника судового процесу, поведінку інших учасників, систематичність спроб перешкоджання вирішенню спору, наслідки таких дій, їх мету та інші обставинні. Факти, яким суд надає юридичне значення, повинні характеризувати поведінку учасника процесу як свідому, цілеспрямовану, недобросовісну, таку, що суперечить загальноприйнятим стандартам чесного здійснення процесуальних прав.

Через посилання на врахування конкретних обставин справи процесуальний закон уповноважує суд здійснити оцінку дій учасників через призму балансу загальноправових принципів, принципів процесуального права, змагальної моделі процесу, основоположних етичних норм.

Зазначена вказівка на дискрецію перебуває у системному зв'язку із дискреційними повноваженнями, що випливають із оціночних категорій, зокрема, вводячи обмежувальні критерії. Таким чином, стаття 43 ГПК встановлює своєрідну кумулятивну дискрецію суду.

Цей системний зв'язок оціночних категорій та простої вказівки при встановленні повноваження здійснювати судовий розсуд для цілей встановлення факту зловживання правом приводить до висновку, що законодавцем використаний комбінований спосіб, який поєднує оціночні поняття та просту вказівку на судовий розсуд. Відповідні положення складають зміст гіпотези відносно визначених норм, що визначають наслідки зловживання процесуальними правами.

Висновки

Підсумовуючи викладене, ми дійшли таких висновків. Вчинення зловживання процесуальними правами слід вважати юридичним фактом. Особливості законодавчої конструкції складу цього факту полягають в тому, що ознаки цього факту встановлені відносно визначеними гіпотезами процесуального закону із використанням оціночних

категорій, що поєднуються із простою вказівкою на дискреційне повноваження суду. Обрана законодавцем конструкція юридичного факту має своїм наслідком те, що оцінка фактичних обставин справи стосовно їх кваліфікації як зловживання здійснюється із використанням судом дискреційного повноваження. Зазначене поєднання різних способів вповноваження господарського суду здійснити дискрецію випливає із необхідності врахування різних факторів. Їх зв'язок має системний характер та повинен розглядатися як комбінований спосіб наділення суду відповідним повноваженням.

Список використаних джерел:

1. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. Москва : НОРМА, 1999. 376 с.

2. Булгакова І.В. Судовий розсуд у господарському процесі. *Вісник Академії адвокатури України*. 2005. Вип. 3. С. 44–49. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaau_2005_3_8.

3. Гарієвська М.Б. Питання класифікації дискреційних повноважень суду першої інстанції у цивільному судочинстві. *Університетські наукові записки*. 2012. № 4. С. 169–175. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2012_4_26.

4. Білоусов Ю.В., Рибчак М.Б. Поняття та ознаки дискреційних повноважень суду у цивільному процесі. *Університетські наукові записки*. 2007. № 4. С. 100–108. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2007_4_16.

5. Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. Москва : Норма, 2002. 176 с.

6. Папкова О.А. Усмотрение суда. Москва : Статут, 2005. 413 с.

7. Харт Г. Понятие права. Санкт-Петербург : Из-во С.-Петербургского университета, 2007. 302 с.

8. George C. Christie. Vagueness and Legal Language, 48 Minnesota Law Review 889 (1964). URL: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1207&context=faculty_scholarship.

9. Вильнянский С.И. Применение норм советского права. *Уч. записки Харьковского юридического ин-та*. Вып. 7. Харьков, 1956. 172 с.

10. Опалев Р.О. Оценочные понятия в арбитражном и гражданском процессуальном праве. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 248 с.

11. Бакалінська О.О. Застосування оціночних понять у цивільному праві України. *Підприємництво, господарство і право* : науково-практичний, господарсько-правовий журнал; Наук.-дослід. ін-т приватного права і підприємництва НАПрН України ; ТОВ «Гарантія». Київ, 2012. № 10 (202). С. 8–11. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2012/10_2012.pdf.

This article is devoted to the analysis of legal means of empowering the commercial court to use judicial discretion. This research is based on the rules of the Commercial and Procedural Code of Ukraine relating to abuse of process.

Abuse of process is a violation of procedural law. Such a violation can be committed by any subject of commercial procedure. The Code has a group of special legal rules which describe the fact of abuse of process (corpus delicti) and lay down sanctions for this wrong. The peculiarity of these rules is that the application of these rules calls for judicial discretion. The legal doctrine defines judicial discretion as the court's power to make choice between several legal options. The compelling reason to empower the commercial court to make choice is that there are a lot of types of acts which can be named as abuse of process. The legislature cannot describe all possible types of abusive acts. Unfair participants of the court proceedings invent new means to prevent the courts from achieving the goals of commercial procedure. The whole variety of possible unfair acts cannot be described in a single norm or legal act. Accordingly, there exists a need for the discretion of a law enforcer.

The legal science defines different approaches to the subject of the sources of judicial discretion. Most of the authors mention evaluative concepts, such as good faith, reasonableness, equity. It is also mentioned a simple instruction to use discretion.

The author concludes that the modern procedural law of Ukraine authorizes the commercial court to make choice by means of evaluative concepts, for example, good faith, reasonableness, etc. In addition, the Commercial and Procedural Code of Ukraine establishes a further rule for granting the court the power to use judicial discretion which can be described as a simple instruction. The abovementioned two legal means are interconnected with each other. Such a combination lets achieve just and reasonable results. According to this, there is a combination of the different means of the establishment of abuse of process in the Commercial and Procedural Code of Ukraine.

Key words: abuse of process, judicial discretion, sources of judicial discretion, evaluative concepts, simple instruction to use discretion, combination of the sources of judicial discretion.

УДК 346.24
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.24

Олена Черненко,
канд. юрид. наук, старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА ДЕРЖАВНИХ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

У статті розглянуто проблемні питання, пов'язані з правовим режимом майна акціонерних товариств, власником яких є держава. Питання майнових відносин в акціонерному товаристві регулюються Господарським кодексом України, Цивільним кодексом України, Законом України «Про акціонерні товариства» та цілою низкою підзаконних нормативно-правових актів. Аналіз наукових джерел та чинного законодавства дає підстави стверджувати, що сьогодні відсутній єдиний підхід до розуміння правового режиму майна державних акціонерних товариств.

У зв'язку з цим низка вчених вважає, що державне майно, яке передане до статутного капіталу державного акціонерного товариства, залишається у державній власності, а відчуження його можливе тільки органами приватизації через визначені законом приватизаційні процедури.

Найбільш обґрунтованою, на нашу думку, є інша позиція, відповідно до якої акціонерне товариство за своєю природою є об'єднанням капіталів і вимагає закріплення за ним майна не на праві господарського відання або оперативного управління, а на праві власності. Саме тому будь-яке майно, передане державою як учасником державному акціонерному товариству, включається до його статутного капіталу і стає власністю товариства. За державою зберігаються корпоративні права, а акціонерна компанія набуває прав власника.

Правові режими майна акціонерних товариств з участю і без участі держави не повинні відрізнятись. Усі акціонерні товариства мають визнаватись власниками свого майна, а держава повинна впливати на управління товариством через механізм реалізації своїх корпоративних прав. До держави, яка набула право на акції, переходять у сукупності всі права на цінні папери включно з правом на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та правом на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, правом на управління акціонерним товариством.

Враховуючи вищенаведене, необхідно на рівні закону врегулювати низку питань, пов'язаних з правовим режимом майна, яке було передане до статутного капіталу (фонду) акціонерного товариства, власником якого є держава.

Ключові слова: господарське товариство, статутний капітал, державна власність, акції, корпоративні права.

Постановка проблеми. У радянські часи державна власність була домінуючою формою власності на засоби виробництва. Декларацією про державний суверенітет України, прийнятою Верховною Радою Української РСР 16.07.1990 р., була проголошена самостійність Української держави і захист усіх форм власності. У процесі фундаментальних соціально-економічних та політико-правових перетворень, що зазнавала Україна на початку 90-х років минулого століття, державна власність перестала бути єдиною організаційною формою господарювання, проте деякі питання, пов'язані з державною власністю, залишаються й досі дискусійними [1].

Дослідженню правового режиму майна державних акціонерних товариств присвячені праці таких вітчизняних вчених, як Ю.М. Дзера, А.М. Захарченко, О.О. Кравчук, І.В. Лукач, І.А. Селіванова.

Метою наукової статті є дослідження особливостей правового режиму майна, що було передане до статутного капіталу (фонду) акціонерного товариства, власником якого є держава.

Виклад основного матеріалу. Основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їх господарська діяльність, відповідно до ч. 1 ст. 133 ГК України становить право власності, а також та інші речові права – право господарського відання, право оперативного управління.

А.В. Венедиктов під правовим режимом майна розумів обсяг прав та обов'язків окремих підприємств та органів управління

© О. Черненко, 2019

стосовно майна, що закріплене за підприємством, а також порядок використання цього майна та звернення на нього стягнення за зобов'язаннями підприємства [2]. І.В. Єршова визначає правовий режим майна як сукупність встановлених законодавством правил з володіння, користування та розпорядження [3, с. 162].

Г.В. Пронська вважала, що поняття правового режиму майна підприємства охоплює встановлену правовими нормами структуру цього майна, порядок його набуття, використання і вибуття, а також звернення на нього стягнень кредиторів [4]. На думку В.С. Щербини, це визначення правового режиму є найбільш вдалим, адже воно дозволяє з'ясувати таке: по-перше, структуру (складові частини, види) майна, закріпленого за суб'єктом господарювання, що створює можливість визначити особливості правового режиму окремих видів зазначеного майна; по-друге, порядок (джерела, способи, процедуру) формування майнової бази та майнового стану (шляхом відображення його засобами бухгалтерського обліку) суб'єкта господарювання; по-третє, порядок використання (експлуатації) різних видів майна в процесі здійснення господарської діяльності (в тому числі його амортизації, застосування норм і нормативів тощо); по-четверте, порядок вибуття майна з майнової сфери суб'єкта господарювання (відповідно до умов укладених договорів, у тому числі у вигляді санкцій за порушення договірних зобов'язань, а також шляхом використання у своїй господарській діяльності та у вигляді сплати податків та інших обов'язкових платежів, а також шляхом вилучення майна за рішенням уповноважених органів, у тому числі у вигляді санкцій за порушення правил здійснення господарської діяльності тощо) [5].

Отже, на специфіку правового режиму майна суб'єкта господарювання безпосередньо впливають такі фактори: форма власності; правова підстава, на якій належить майно тому чи іншому суб'єкту господарювання; вид та організаційно-правова форма суб'єкта господарювання тощо. Тому вчені розкривають зміст та сутність правового режиму майна акціонерного товариства як встановлені у законодавстві правила реалізації правомочностей з володіння, користування та розпорядження майном товариства в процесі підприємницької діяльності [6, с. 8].

Питання майнових відносин в акціонерному товаристві регулюється ЦК України, ГК України та Законом України «Про акціонерні товариства» й низкою підзаконних нормативно-правових актів.

Одним із видів господарських організацій, які належать до державного сектора економіки, є державне акціонерне товариство. Слід зазначити, що поняття «державне акціонерне товариство» вживається у багатьох нормативно-правових актах (Господарському кодексі України, законах України «Про акціонерні товариства», «Про управління об'єктами державної власності», «Про приватизацію державного майна»), проте у згаданих актах відсутнє визначення цього поняття.

Нині існує два полярних підходи до визначення правового режиму майна державних акціонерних товариств, 100% акцій яких перебувають у державній власності. Прихильники першого переконані, що акціонерні товариства, засновником і єдиним акціонером яких є держава в особі органів виконавчої влади, мають спеціальний правовий режим майна порівняно з іншими господарськими товариствами, які створюються у загальному порядку.

Так, Ю.М. Дзера вважає, що аналіз положень нормативно-правових актів, які стосуються приватизації державного майна, дає підстави зробити висновок, що зміна державної форми власності може відбуватися виключно шляхом приватизації. Державне майно, що передане державою до статутного фонду (капіталу) державного унітарного підприємства, корпоратизованого у акціонерне товариство, сто відсотків акцій якого залишається у власності держави, до моменту завершення процедури приватизації (продажу у приватну власність належних державі акцій такого акціонерного товариства) є державною власністю [7].

Тобто державне майно, передане до статутного капіталу (фонду) державного акціонерного товариства, залишається у державній власності, а відчуження його можливе тільки органами приватизації через визначені законом приватизаційні процедури. Згадана позиція була відображена у листі Міністерства юстиції України від 11.01.2007 р. №19-32/2 «Роз'яснення порядку реєстрації прав власності на об'єкти нерухомого майна залежно від форми власності» та знайшла своє практичне відображення у низці судових рішень.

Проте є й інша позиція, яка полягає в тому, що будь-яке майно, передане державою як учасником державному акціонерному товариству, включається до його статутного капіталу (фонду) і стає власністю товариства.

Так, Л.В. Винар звертає увагу й на інші елементи правового статусу державного акціонерного товариства, визначаючи, що

таким товариством є юридична особа приватного права, заснована державою в особі уповноваженого державного органу, яка має особливий порядок формування статутного капіталу (фонду), порядок управління та спеціальну правоздатність, у статутному капіталі (фонді) якої державі належить кількість акцій, що відповідно до законодавства забезпечує право вирішального впливу на прийняття рішень цим товариством [8, с. 6].

Держава може створювати юридичні особи як публічного, так і приватного права (ст. 81 та ст. 167 ЦК України). Відповідно до Закону України «Про акціонерні товариства» публічні акціонерні товариства залишаються за типом публічними акціонерними товариствами, якщо їхні акції допущені до торгів на фондовій біржі. До решти публічних акціонерних товариств, в тому числі 100% або частина акцій яких перебуває в державній власності, застосовуватимуться такі ж вимоги, як і до приватних акціонерних товариств.

Однією з відмінностей між юридичними особами публічного права та юридичними особами приватного права, засновником (учасником) яких є держава в особі своїх органів, є те, що юридичні особи приватного права, на відміну від юридичних осіб публічного права, є власниками переданого їм державного майна, а держава є лише власником акцій і володіє корпоративними правами таких юридичних осіб – господарських товариств. При цьому розмір частки, що належить державі, або ж кількість акцій, що є у державній власності, не свідчить про належність такого товариства до юридичної особи публічного права.

Остання правова позиція підтверджується і тим, що акціонерне товариство за своєю природою є об'єднанням капіталів, яке вимагає закріплення за ним майна не на праві господарського відання або оперативного управління, а на праві власності незалежно від кількості акцій, що належать державі.

Статутний капітал акціонерного товариства поділений на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями (ч. 1 ст. 152 ЦК України).

На установчих зборах акціонерного товариства, що проводяться до моменту реєстрації акціонерного товариства, окрім затвердження результатів розміщення акцій, вирішується питання про затвердження оцінки майна, що вноситься засновниками в рахунок оплати акцій товариства (ст. 10 Закону України «Про акціонерні товариства»). Оплата вартості акцій, що розміщуються під час заснування акціонерного товариства, може здійснюватися грошовими коштами, цінними паперами (крім боргових емісійних цінних паперів, емітентом яких є засновник, та векселів), майном і майновими правами, нематеріальними активами, що мають грошову оцінку (ст. 10 Закону України «Про акціонерні товариства»).

У п. 53 Інформаційного листа Вищого господарського суду «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 р. № 01-8/211 зазначено, що держава в особі її органів може бути не тільки засновником суб'єкта господарювання, а й його акціонером.

Крім того, у ч. 1 ст. 3 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» серед об'єктів управління державної власності передбачені і корпоративні права, що належать державі, у статутних капіталах господарських організацій.

Внесення вкладу до статутного капіталу (фонду) товариства припиняє в держави право власності на нього. Таке майно переходить у власність створеної корпорації [9, с. 50]. Тобто при передачі державою в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, майна як внеску до статутного капіталу (фонду) державного акціонерного товариства відбувається перехід права власності на зазначене майно від держави до державного акціонерного товариства.

До держави, яка набула право на акції, переходять у сукупності всі права за цінними паперами включно з правом на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та правом на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, правом на управління акціонерним товариством, а також немайновими правами, передбаченими ЦК України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

Варто погодитись з тим, що правові режими майна акціонерних товариств з участю і без участі держави не повинні відрізнятись. Усі акціонерні товариства мають визнаватись власниками свого майна, а держава, як і всі інші акціонери, повинна впливати на управління товариством через механізм реалізації своїх корпоративних прав.

Не слід пов'язувати можливість набуття державними акціонерними товариствами права власності на передане їм державне майно виключно з проведенням його приватизації, оскільки приватизація не є єдиним способом відчуження державного майна. Так, законодавством передбачена можливість припинення права

державної власності на певні об'єкти внаслідок їх передачі в комунальну власність, а також внаслідок безпосереднього продажу певних об'єктів державними підприємствами, установами, організаціями за попереднім погодженням з уповноваженими суб'єктами управління тощо.

Тому передача державного майна у власність акціонерному товариству може розглядатись як окремий спосіб відчуження такого майна (поряд із приватизацією й іншими). За державою повинні зберігатися корпоративні права, а акціонерна компанія повинна набувати прав власника [10, с. 44–48].

Так, наприклад, відповідно до п. 5.1 статуту Відкритого акціонерного товариства «ДАК «Автомобільні дороги України» його засновником та акціонером є держава в особі Державної служби автомобільних доріг України. Крім того, відповідно до п. 6.3 статуту Компанія є власником майна, переданого йому засновником до статутного фонду. Здійснюючи право власності, Компанія володіє, користується та розпоряджається належним їй майном, вчиняючи стосовно нього будь-які дії, що не суперечать закону та меті діяльності Компанії (п. 6.6).

У новій редакції статуту АТ «ДАК «Автомобільні дороги України» міститься аналогічне положення. Так, Компанія є власником: 1) майна, переданого засновником до її статутного капіталу у власність; 2) коштів, майнових і немайнових прав, цінних паперів, іншого рухомого і нерухомого майна; 3) продукції, виробленої Компанією у результаті господарської діяльності; 4) одержаних доходів; 5) капітальних вкладень; 6) грошових надходжень від дочірніх підприємств Компанії; 7) безоплатних чи благодійних внесків, пожертвувань від юридичних чи фізичних осіб; 8) майна, що передане дочірнім підприємствам на праві господарського відання; 9) іншого майна, набутого у власність на підставах, не заборонених законом, за час діяльності Компанії (п. 6.4. Статуту).

Здійснюючи право власності, Компанія володіє, користується та розпоряджається належним їй майном, вчиняючи стосовно нього будь-які дії, що не суперечать законодавству, цьому Статуту, іншим внутрішнім документам Компанії та меті її діяльності. Відчуження (продаж, обмін, дарування тощо), передача в користування, у т.ч. в оренду, передача в заставу (іпотеку) основних засобів, списання з балансу майна Компанії та/або її дочірніх підприємств здійснюється в порядку, встановленому законодавством, цим Статутом та іншими внутрішніми документами Компанії (п. 6.6 Статуту).

Положення статуту АТ «ДАК «Автомобільні дороги України» підтверджують, що майно, яке передане засновником до статутного фонду Компанії, не є державним, воно належить товариству на праві власності, а товариство є суб'єктом права приватної власності (ст. 325 ЦК України).

При цьому необхідно звернути увагу на те, що до статутного капіталу державного акціонерного товариства можуть вноситись певні об'єкти державної власності для подальшого використання на обмежених речових правах [11, с. 138–139]. Так, на практиці трапляються випадки, коли окремі об'єкти державної власності, що передаються державним акціонерним товариствам на праві господарського відання або праві користування, позначаються як такі, що не включаються до статутного капіталу товариства (п. 27 Статуту ПАТ «НАК «Нафтогаз України»). Внаслідок цього вартість таких об'єктів державної власності при визначенні розміру статутного капіталу товариства не враховується, а їх передача товариству не вважається способом оплати одержаних державою акцій.

Отже, невпорядкованість правового режиму майна, переданого національним (державним) акціонерним компаніям, зумовила виникнення й низки проблем, пов'язаних із визначенням правового режиму їх майна. Нині при вирішенні питання правового режиму майна державних акціонерних товариств слід враховувати норми спеціальних законів, якщо такі є в наявності, та норми локальних актів, оскільки саме в них можуть бути закріплені положення щодо особливостей правового режиму майна державних акціонерних товариств, єдиним засновником та акціонером яких є держава.

Висновки

Враховуючи вищенаведене, можна дійти висновку, що є необхідність на рівні закону врегулювати питання стосовно правового режиму майна, яке було передане до статутного капіталу (фонду) акціонерного товариства, власником якого є держава.

Список використаних джерел:

1. Кравчук О.О. Державна власність як форма власності в Україні (аксіологічний аспект). URL: http://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/2916/1/19_pdf.

2. Венедиктов А.В. Государственная собственность. Ленинград : Издательство АН СССР, 1948. 388 с.

3. Ершова И.В. Предпринимательское право : учебник, изд. 4 е, перераб. и доп. Москва : ИД «Юриспруденция», 2006. С. 162.

4. Советское хозяйственное право : учебник / под общ. ред. докт. юрид. наук, проф. И.Г. Побирченко. К. : Высшая школа, 1985. С. 83.

5. Щербина В.С. Поняття та зміст правового режиму майна суб'єктів господарювання. *Юридична Україна*. 2007. № 1. С. 71–79.

6. Елькин С.К. Правовой режим имущества акционерного общества : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 ; Рос. акад. наук, Ин т государства и права. Москва, 1998. С. 8.

7. Дзера Ю. Особливості правового режиму майна, переданого державою до статутного фонду (капіталу) акціонерного товариства у результаті корпоратизації державного унітарного підприємства. *Юридична Україна*. 2010. № 4. С. 60–61.

8. Винар Л.В. Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» ; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2006. 20 с.

9. Погрібний Д.І. Корпоративні права держави: поняття, підстави виникнення, механізм реалізації. Харків : ФІНН, 2009. С. 50.

10. Селіванова І.А. Проблеми правового статусу акціонерних товариств, в яких держава є акціонером. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 9 (109). С. 44–48.

11. Захарченко А.М. Управління об'єктами державної власності (господарсько-правовий аспекти) ; Донец. нац. ун-т ім. Василя Стуса. 2009. С. 138–139.

The article deals with the problematic issues related to the legal regime of state-owned joint-stock companies. Issues of property relations in a joint-stock company are governed by the Economic Code of Ukraine, the Civil Code of Ukraine, the Law of Ukraine "On Joint-Stock Companies" and a number of by-laws. The analysis of scientific sources and current legislation gives grounds to claim that there is no single approach to understanding the legal regime of state joint-stock companies today.

In this regard, a number of scholars believe that state property that is transferred to the authorized capital of a state joint-stock company remains state-owned and can only be alienated by privatization bodies through privatization procedures defined by law.

The most reasonable, in our opinion, is a different position according to which a joint-stock company is by its nature a merger of capital and requires the attachment of property to it not on the right of economic management or on the right of operational management, but on the right of ownership. Therefore, any property transferred by the state as a participant to the state joint stock company is included in its authorized capital and becomes the property of the company. The state retains corporate rights and the joint stock company acquires the rights of the owner.

The legal regimes of property of joint-stock companies with and without the participation of the state should be no different. All joint-stock companies should be recognized as owners of their property, and the state should influence the management of the company through the mechanism of realization of their corporate rights. The State that has acquired the right to the shares will in the aggregate all the rights over the securities, including the right to receive part of the profit of the joint-stock company in the form of dividends and the right to receive part of the property of the joint-stock company in the event of its liquidation, the right to manage the joint-stock company.

In view of the above, it is necessary to regulate at law level a number of issues related to the legal regime of property that has been transferred to the authorized capital (fund) of a state-owned company.

Key words: state-owned joint-stock company, authorized capital, legal regime of property, corporate rights.

УДК 349.2:33
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.25

Роман Грищенко,
викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРИНЦИПІВ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У ТРУДОВОМУ ПРАВІ

У статті на основі аналізу наукових поглядів вчених та норм чинного законодавства України визначено та надано характеристику принципів дисциплінарної відповідальності у трудовому праві. Виділено три ключові групи принципів: 1) загальноправові принципи (принципи законності та гуманізму); 2) окремі галузеві принципи трудового права (принцип заборони дискримінації, принцип визначеності трудової функції, принцип забезпечення охорони праці і здоров'я працівників); 3) інституціональні принципи. Наголошено, що ключовими загальноправовими принципами, на яких ґрунтується не тільки інститут дисциплінарної відповідальності, а й уся правова система нашої держави, є законність та гуманізм. У контексті дисциплінарної відповідальності, принцип законності проявляється в тому, що сам факт застосування інституту повинен відбуватися в рамках та порядку, визначених законодавством. Відповідно до принципу визначеності трудової функції працівник має право на розуміння обсягів праці, виконання якої від нього вимагають. Даний момент повинен бути чітко прописаний у трудовому договорі, що укладається між працівником та роботодавцем. Крім того, обсяг та специфіка роботи мають відповідати компетенції та спеціалізації працівника. Невизначеність трудової функції може привести до фактичного нерозуміння працівником змісту своєї роботи і, як наслідок, порушення умов трудового договору. З'ясовано, що принцип позасудового застосування заходів дисциплінарної відповідальності виражається в тому, що відносини в межах даного інституту виникають та існують поза офіційним імперативним регламентом. Тобто, заходи дисциплінарного впливу застосовуються до працівника в межах конкретного підприємства, установи чи організації на підставі рішення роботодавця. Визначено, що сутність принципу широти дисциплінарної влади уповноваженої особи розкривається в тому факті, що усі питання, пов'язані із застосуванням інституту дисциплінарної відповідальності, цілком віднесено до компетенції роботодавця або спеціально створеного ним органу. Тобто саме роботодавець визначає наявність у складі конкретного діяння ознак дисциплінарного проступку та необхідність застосовувати до працівника заходів юридичного впливу.

Ключові слова: принцип, правові принципи, відповідальність, дисциплінарна відповідальність, трудове право.

Постановка проблеми. Дисциплінарна відповідальність, як системний інститут трудового права, крім нормативної основи, тобто положень законодавчих та підзаконних нормативних актів, якими регулюються окремі питання інституту в цілому, також має відповідне ідейне підґрунтя. Існують ключові положення, концептуальні засади притягнення особи до дисциплінарної відповідальності, її правового статусу, а також загального функціонування інституту, які у правничій теорії об'єднуються поняттям «принцип права». Натепер склалася ситуація, коли принципи дисциплінарної відповідальності визначаються у різних нормах чинного законодавства України. Тобто для їх виділення необхідно проаналізувати досить великий масив нормативного матеріалу. Невизначеність та низький рівень наукової розробленості питання принципів дисциплінарної відповідальності ускладнює розуміння того, на яких ідеях інститут фактично ґрунтується, що, беззаперечно, має негативне як теоретичне, так і практичне значення. Крім того, відсутність чіткого окреслення загальної групи принципів дисциплінарної відповідальності у трудовому праві стає серйозною перепоною в процесі формування якісної нормативної бази інституту.

Стан дослідження. Окремі питання притягнення працівника до дисциплінарної відповідальності розглядали низка вчених. Зокрема, їм приділяли увагу: В.С. Венедіктов, М.І. Іншин, Ю.Ю. Івчук, М.М. Клемпарський, В.Л. Костюк, С.С. Лукаш, Л.В. Могілевський, В.І. Нікітинський, О.М. Обушенко,

© Р. Грищенко, 2019

А.Ю. Подорожній, Є.Ю. Подорожній, С.М. Прилипко, О.І. Процевський, В.М. Скобєлкін, А.М. Слюсар, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та інші. Водночас більшість дослідників досить поверхнево розглядає даний інститут, залишивши поза своєю увагою ряд проблемних питань, серед яких обов'язково слід назвати проблему принципів дисциплінарної відповідальності у трудовому праві.

Метою статті є визначення та надання характеристики принципам дисциплінарної відповідальності у трудовому праві

Виклад основного матеріалу. Розкриваючи зміст основного питання, перш за все зазначимо, що серед правників натепер немає єдиної думки щодо поняття принципів дисциплінарної відповідальності, у зв'язку з чим ми пропонуємо власне, доктринальне визначення. Отже, принципи дисциплінарної відповідальності – це визначені суспільством та нормативно закріплені керівні ідеї інституту дисциплінарної відповідальності, які визначають його особливості, напрями розвитку, а також відображають специфіку застосування.

Класифікуючи принципи дисциплінарної відповідальності, необхідно ураховувати багатоманітність правових засад у цілому. Розподіл всього масиву принципів права здійснюється за допомогою різних критеріїв, але одним із найбільш поширених є сфера дії правових засад. Відповідно до цього класифікаційного аспекту, усі принципи поділяються на групи залежно від місця в системі права, об'єкта, до якого вони безпосередньо належать. Так, на думку багатьох науковців, принципи права поділяються на: 1) загальноправові (загальні чи основні), притаманні всім галузям права, відображають природу права в цілому; до загальноправових принципів, як правило, відносять принципи законності, верховенства права, справедливості, юридичної рівності, соціальної свободи, соціального і громадянського обов'язку тощо; 2) міжгалузеві принципи права – це засади, що притаманні декільком спорідненим галузям права, визначають їхній характер і напрями подальшого розвитку (частіше за все трапляються у сфері процесуального права); 3) галузеві принципи права – засади, що притаманні певній галузі права, визначають її характер і напрями подальшого розвитку; 4) принципи інститутів права – це засади, що покладені в основу побудови певного інституту права, визначають його особливості [1, с. 44].

Отже, беручи до уваги той факт, що досліджуваний у роботі інститут є правовим, а тим більше входить до складу окремої галузі права, робимо висновок, що його дія ґрунтується не тільки на принципах дисциплінарної відповідальності безпосередньо, а й на принципах галузі, до складу якої він входить, та принципах права взагалі. Таким чином, до ключових засад дисциплінарної відповідальності слід віднести: 1) загальноправові принципи; 2) окремі принципи трудового права; 3) інстуціональні принципи, які у свою чергу поділяються на: принципи юридичної відповідальності взагалі; принципи дисциплінарної відповідальності безпосередньо.

Ключовими загальноправовими принципами, на яких ґрунтується не тільки інститут дисциплінарної відповідальності, а й уся правова система нашої держави, є законність та гуманізм. У контексті дисциплінарної відповідальності принцип законності проявляється в тому, що сам факт застосування інституту повинен відбуватися в рамках та порядку, визначених законодавством. Наприклад, до особи, яка порушила дисципліну праці, можна використати виключно ті заходи дисциплінарного впливу, що передбачені законодавством. Крім того, уповноважені особи, які беруть участь у правовідносинах з приводу аналізу винності діяння працівника та накладення на нього дисциплінарних стягнень, зобов'язані провадити свою діяльність у межах наданих їм законом прав. Цей момент чітко приписано в пункті 22 частині 1 статті 92 Конституції України, де вказано, що виключно законами нашої держави визначаються діяння, що є дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

Не менш важливим є принцип гуманізму. В юридичній літературі можна виділити різні погляди з приводу змісту принципу гуманізму. Цей принцип є однією з головних конституційних засад нашої держави. Відповідно до статті 3 Основного Закону 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. Таким самим чином принцип гуманізму відображається в рамках дисциплінарної відповідальності. З цього приводу необхідно зазначити, що, хоча інститут передбачає певне обмеження прав особи, яку притягають до дисциплінарної відповідальності, її ключові свободи не можуть порушуватись ніяким чином. Тобто навіть за умови вчинення таким суб'єктом дисциплінарного проступку, останній має право на гуманне та людяне ставлення до себе та своїх законних інтересів.

Наступну велику групу принципів, на яких ґрунтується дисциплінарна відповідальність, становлять галузеві принципи трудового права. Нами свідомо було відзначено той факт, що інститут основується на окремих засадах трудоправової сфери. Слід пам'ятати, що дисциплінарна відповідальність становить лише невелику частку правовідносин, які входять до предмета трудового права. Натомість принципи даної галузі є керівними засадами для всіх структурних елементів останньої. У зв'язку з цим об'єктивно далеко не кожен галузевий принцип трудового права має відношення до сфери функціонування дисциплінарної відповідальності. Водночас окремі керівні засади зазначеної галузі правового регулювання встановлюють деякі особливості досліджуваного інституту.

У положеннях нормативних актів принципи трудового права не закріплюються, через що виникає необхідність аналізу доктринальних джерел, аналіз яких показав, що підходи до визначення та класифікації принципів галузі трудового права досить різноманітні. Утім, ми вважаємо, що конкретно дисциплінарна відповідальність ґрунтується на: принципі заборони дискримінації; принципі визначеності трудової функції; принципі забезпечення охорони праці і здоров'я працівників [2]. Відповідно до першого принципу трудові права усіх громадян є рівними. Зокрема, положеннями статті 2-1 КЗпП забороняється будь-яка дискримінація у сфері праці, зокрема порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, гендерної ідентичності, сексуальної орієнтації, етнічного, соціального та іноземного походження, віку, стану здоров'я, інвалідності і таке інше. У контексті дисциплінарної відповідальності даний принцип проявляється в тому, що притягнення будь-якої особи до дисциплінарної відповідальності повинне відбуватися з урахування аспектів її особистості, перелічених у статті 2-1 КЗпП.

Відповідно до принципу визначеності трудової функції працівник має право на розуміння обсягів праці, виконання якої від нього вимагають. Цей момент повинен бути чітко прописаний у трудовому договорі, що укладається між працівником та роботодавцем. Крім того, обсяг та специфіка роботи мають відповідати компетенції та спеціалізації працівника. Невизначеність трудової функції може привести до фактичного нерозуміння працівником змісту своєї роботи і, як наслідок, порушення умов трудового договору. Останній момент є негативним явищем як для працівника, так і для роботодавця, адже внаслідок невиконання своїх функціональних обов'язків першим другий може зазнати суттєвих фінансових та матеріальних витрат. Крім цього, невизначеність трудової функції є підставою, яка виключає винність діяння працівника. Таким чином, притягнення особи до дисциплінарної відповідальності у разі невиконання або порушення нею умов трудового договору має спиратися на те, що працівник розуміє умови, специфіку та порядок виконання покладеної на нього роботи. Тобто необхідна наявність факту попереднього роз'яснення та розкриття трудової функції.

Третім галузевим принципом, який також стосується дисциплінарної відповідальності, є принцип забезпечення охорони праці і здоров'я працівників. Він походить зі статті 153 КЗпП, відповідно до якої на всіх підприємствах, в установах, організаціях створюються безпечні і нешкідливі умови праці. У рамках дисциплінарної відповідальності це означає, що працівника не можна притягнути до дисциплінарної відповідальності, якщо він вчинив дисциплінарний проступок через невідповідність умов праці належному рівню, наприклад, у тих ситуаціях, коли його життю і здоров'ю загрожувала небезпека. У цьому разі незабезпечення роботодавцем належних умов праці виключає винність дисциплінарного проступку. Іншими словами, настання дисциплінарної відповідальності можливе лише у разі невиконання або неналежного виконання працівником своїх трудових обов'язків та за умови виконання роботодавцем свого обов'язку щодо забезпечення безпечних та нешкідливих умов праці.

Останню групу принципів становлять безпосередньо інституціональні засади дисциплінарної відповідальності. При цьому ми розподілили їх на дві групи, а саме: загальні принципи, притаманні явищу юридичної відповідальності взагалі; принципи, на яких ґрунтується конкретно дисциплінарна відповідальність. Необхідність запропонованої класифікації виходить із того, що досліджуваний інститут також є різновидом юридичної відповідальності в її класичному, вихідному вигляді. У зв'язку з цим принципи, на яких ґрунтується остання, також мають відношення до дисциплінарної відповідальності.

Існують різні наукові погляди на проблематику принципів юридичної відповідальності в цілому. Наприклад, велика кількість вчених підтримують позицію, відповідно до якої основними принципами юридичної від-

повідальності є законність, справедливість та гуманізм [3, с. 28]. Водночас В. В. Середа, окреслюючи принципи дисциплінарної відповідальності, визначає вихідні засади юридичної відповідальності та відносить до них: принцип обґрунтованості дисциплінарної відповідальності; справедливості; швидкості настання дисциплінарної відповідальності, презумпції невинуватості; доцільності дисциплінарної відповідальності тощо [4, с. 20]. Ми у свою чергу пропонуємо до принципів юридичної відповідальності в її класичному вигляді віднести п'ять основних засад.

1) Принцип презумпції невинуватості, на нашу думку, є одним із головних. Він ґрунтується на конституційних положеннях, а його зміст полягає в тому, що жодного працівника не можна притягнути до дисциплінарної відповідальності, якщо його вина в установленому законом порядку не доведена.

2) Відповідно до принципу обґрунтованості застосування до працівника дисциплінарних заходів впливу повинно бути доцільним, тобто засновуватись на рішенні уповноваженої особи, прийнятому з обов'язковим дослідженням і наступним урахуванням тяжкості дисциплінарного проступку, ступеня вини працівника, наявності порушень дисципліни праці в минулому тощо.

3) Принцип невідворотності та індивідуальності дисциплінарного покарання зумовлює обов'язок кожного без винятку працівника нести відповідальність за вчинений ним проступок. Окрім цього, така відповідальність має виключно особистий характер.

4) Принцип пропорційності виражається в тому, що використання до працівника заходів дисциплінарного впливу має співвідноситись із тяжкістю вчиненого ним дисциплінарного проступку.

5) Принцип рівності дисциплінарної відповідальності консолідується із загальноправовим принципом гуманізму та галузевим принципом заборони дискримінації. Його сутність полягає в тому, що в процесі реалізації інституту дисциплінарної відповідальності жодна особа не може мати будь-які привілеї. Крім того, відповідно до іншої сторони цього принципу, не можна притягнути особу до дисциплінарної відповідальності на підставі її особистих якостей, зокрема: кольору шкіри, громадянства, національності, стану здоров'я тощо.

Наряду із загальними принципами дисциплінарної відповідальності, які притаманні їй як різновиду юридичної відповідальності, ми вважаємо за доцільне також виділити принципи досліджуваного інституту безпосередньо. Їх наявність зумовлюється характерними особливостями дисциплінарної відповідальності, пов'язаними із системною приналежністю інституту до трудової галузі права. З огляду на вказані аспекти ми виділили такі принципи: позасудового застосування заходів дисциплінарної відповідальності; обмеженості заходів дисциплінарного впливу; широти дисциплінарної влади уповноваженої особи.

Принцип позасудового застосування заходів дисциплінарної відповідальності виражається в тому, що відносини в межах даного інституту виникають та існують поза офіційним імперативним регламентом. Тобто застосування до працівника заходів дисциплінарного впливу застосовується в межах конкретного підприємства, установи чи організації на підставі рішення роботодавця. Водночас працівник має гарантоване Конституцією України право захищати свої порушені права в судовому порядку. Однак застосування ним судового захисту в будь-якому разі буде здійснюватися після притягнення такого суб'єкта до дисциплінарної відповідальності за місцем виконання трудових функцій.

Відповідно до принципу обмеженості заходів дисциплінарного впливу по відношенню до працівника можуть бути застосовані виключно ті юридичні санкції, які визначені загальнотрудовим законодавством або спеціальними нормативними актами: статутами, положеннями тощо.

Сутність принципу широти дисциплінарної влади уповноваженої особи розкривається в тому факті, що всі питання, пов'язані із застосування інституту дисциплінарної відповідальності, цілком віднесено до компетенції роботодавця або спеціально створеного ним органу. Тобто саме роботодавець визначає наявність у складі конкретного діяння ознак дисциплінарного проступку та необхідність застосовувати до працівника заходів юридичного впливу. Крім того, відповідно до принципу широти дисциплінарної влади, роботодавець має право застосовувати заходи дисциплінарного впливу на свій розсуд відповідно до ситуації, яка склалась, наприклад: застосувати до працівника догану, коли є реальні підстави для застосування більш суворого стягнення.

Висновки

Завершуючи представлене наукове дослідження, слід констатувати, що вказаний нами перелік принципів дисциплінарної відповідальності не претендує на вичерпність, однак, на нашу думку, саме окреслені засади відображають найбільш характерні аспекти цього інституту, напрями подальшого розвитку та специфіку застосування. Слід також наголосити, що у положеннях чинного законодавства принципи дисциплі-

нарної відповідальності належним чином не систематизовані та фактично не закріплені, а тому ця проблема потребує свого негайного вирішення.

Список використаних джерел:

1. Колодій А.М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізації. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 42–46.

2. Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. Москва : Юристъ, 1994. 480 с.

3. Подковенко Т.О., Павелко Л.В. Принципи юридичної відповідальності: зміст та основні критерії класифікації. *Порівняльно-аналітичне право*. 2014. № 7. С. 26–29.

4. Середа В.В. Поняття, ознаки та склад дисциплінарного проступку. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2014. № 12. С. 125–129.

In the article, based on the analysis of scientific views of scientists and norms of the current legislation of Ukraine, the principles of disciplinary responsibility in labor law are defined and given. There are three key groups of principles: 1) general principles of law (principles of legality and humanism); 2) certain sectoral principles of labor law (the principle of non-discrimination, the principle of certainty of the employment function, the principle of protection of labor protection and health of employees); 3) institutional principle. It is emphasized that the key general principles underlying not only the institution of disciplinary responsibility but also the entire legal system of our country are law and humanism. In the context of disciplinary responsibility, the principle of legality is manifested in the fact that the very fact of using the institute must occur within the framework and in the manner prescribed by law. In accordance with the principle of determination of the work function, the employee has the right to understand the amount of work required of him. The moment must be clearly stated in the employment contract concluded between the employee and the employer. In addition, the scope and specificity of the work must correspond to the competence and specialization of the employee. The lack of certainty of the job function can lead to the actual misunderstanding of the employee of the content of his work and, as a consequence, violation of the terms of the employment contract. It has been established that the principle of extra-judicial application of disciplinary measures is that relations within this institute arise and exist outside the official imperative rules. That is, disciplinary action is applied to an employee within a specific enterprise, institution, or organization based on an employer decision. It is determined that the essence of the principle of the breadth of the disciplinary authority of the authorized person is revealed by the fact that all issues related to the application of the institute of disciplinary responsibility are entirely within the competence of the employer or a body specially created by him. That is, it is the employer that determines the presence of a specific act of disciplinary misconduct and the need to apply to the employee legal influence.

Key words: principle, legal principles, responsibility, disciplinary responsibility, labor law.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.26

Валентин Мельник,
старший викладач кафедри правового забезпечення господарської діяльності факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ ПІДСТАВ РОЗГЛЯДУ ТРУДОВИХ СПОРІВ У СУДОВОМУ ПОРЯДКУ

У статті на основі аналізу наукових поглядів вчених та норм чинного законодавства України надано характеристику окремим підставам розгляду трудових спорів у судовому порядку. Зазначено, що розгляд трудових спорів у судовому порядку практично є неможливим без ініціативи або одного із учасників такого спору, або прокурора, яким було виявлено порушення норм чинного законодавства при розгляді відповідного трудового спору комісією з трудових спорів. Наголошено, що законодавцю необхідно робити більш рішучіші кроки на шляху врегулювання питання розгляду трудових спорів у судовому порядку. Визначено, що серед об'єктивних причин виникнення трудових спорів є такі: кризові соціально-економічні явища в країні; причини організаційно-правового характеру; причини організаційно-господарського характеру. З'ясовано, що під підставою розгляду трудового спору у судовому порядку слід розуміти необхідну умову, наявність якої є об'єктивною причиною виникнення відповідних правовідносин. На основі аналізу положень чинного законодавства України нами були виділені чотири основні підстави розгляду трудового спору у судовому порядку. Зроблено висновок, що розгляд трудових спорів у судовому порядку практично є неможливим без ініціативи або одного із учасників такого спору, або прокурора, яким було виявлено порушення норм чинного законодавства при розгляді відповідного трудового спору комісією з трудових спорів. Слід підкреслити, що фактично ключовою підставою для розгляду справи у суді є відповідна заява, тобто такий розгляд має позовний характер (окрім випадків, коли ініціатором є прокурор). Варто зазначити, що законодавцю необхідно робити більш рішучі кроки на шляху врегулювання питання розгляду трудових спорів у судовому порядку. Для цього необхідно проводити активну законодавчу та практичну профілактику трудових правопорушень шляхом проведення відповідних тренінгів, де і працівників, і роботодавців навчатимуть тому, як саме можна запобігти виникненню конфліктів з урахуванням конкретних умов і особистості працівника та роботодавця. Зазначене в свою чергу дозволить знизити кількість трудових конфліктів, які надалі можуть призвести до виникнення трудових спорів.

Ключові слова: трудові спори, судовий порядок, процедура, трудові права, гарантії, працівник, роботодавець.

Постановка проблеми. Трудові права та законні інтереси найманих працівників належать до категорії основоположних і гарантуються Конституцією України, міжнародними нормативно-правовими актами, до яких приєдналася Україна, та Кодексом законів про працю нашої держави. Однією із ключових гарантій, що міститься у даних нормативно-правових документах, є право учасників трудових правовідносин захищати та відстоювати свої суб'єктивні права та інтереси у сфері праці в юрисдикційних органах, зокрема судах, компетенція яких згідно з Основним Законом України поширюється на усі юридичні спори, що виникають у країні. Однак, на жаль, доводиться констатувати, що правовідносини, які виникають під час трудових спорів у судовому порядку, не позбавлені певних недоліків. Зокрема, це стосується процесуально-процедурних аспектів вирішення трудових спорів у судовому порядку, одним із яких є визначення підстав розгляду трудових спорів у судовому порядку.

Окремі проблемні питання розгляду трудових спорів у судовому порядку у своїх наукових працях розглядали такі вчені: М.Г. Александров, М.І. Іншин, В.М. Андріїв, Н.Б. Болотіна, Л.Ю. Бугров, С.Я. Вавженчук, М.В. Лушнікова, А.Р. Мацюк, К.Ю. Мельник, Н.О. Мельничук, Є.Ю. Подорожній, С.М. Прилипко, В.Г. Ротань, В.М. Скобєлкін, В.І. Щербина, О.М. Ярошенко та інші. Однак, попри чималу кількість наукових розробок, в науковій літературі відсутні комплексні дослідження, присвячені підставам розгляду трудових спорів у судовому порядку.

Метою статті є надання характеристики підставам розгляду трудових спорів у судовому порядку.

Виклад основного матеріалу. Починаючи наукове дослідження, слід визначи-

© В. Мельник, 2019

тись із сутністю поняття «трудовий спір». Більшість науковців вважає, що трудові спори – це неврегульовані шляхом безпосередніх переговорів розбіжності між сторонами соціально-трудових відносин щодо застосування законодавства про працю, встановлення нових чи зміни наявних умов праці, що передані на розгляд уповноваженого юрисдикційного органу [1]. Однак існують й інші позиції. Так, відповідно до «Юридичної енциклопедії» за редакцією Ю.С. Шемшученка трудові спори – це неврегульовані розбіжності, які виникають між працівником і роботодавцем з питань застосування законів, інших нормативно-правових актів про працю і умов трудового договору [2, с. 765]. О.О. Кондратьєв вказує, що трудові спори – це такі, що надійшли на розгляд відповідних компетентних органів, неврегульовані розбіжності між суб'єктами трудових та інших тісно пов'язаних з ними правовідносин з приводу застосування умов праці, встановлених законом або іншими нормативними актами, чи з приводу встановлення нових (зміни наявних) умов праці працівників і службовців, не закріплених ніким в нормативних актах і вирішуваних у встановленому законом порядку [3, с. 15]. В.П. Толкунова вважає, що трудові спори – це надіслані на розгляд юрисдикційного органу суперечності суб'єктів трудового права з питань застосування трудового законодавства чи про встановлення нових умов праці в партнерському порядку. Вона також зазначає, що саме таке поняття трудового спору вказує на відмінність трудових спорів від протиріч, які вирішуються спірними сторонами, і вказує, що спори виникають не лише з трудового правовідношення, а й з правовідносин, що безпосередньо з ними пов'язані, у тому числі і з правовідносин організаційно-управлінського характеру [4, с. 263–265].

Узагальнюючи все вказане вище вважаємо можливим надати авторське визначення поняття трудових спорів, під якими слід розуміти розбіжності між роботодавцем та іншими суб'єктами трудових правовідносин (працівник, трудовий колектив тощо) стосовно бачення організації роботи на підприємстві, установі, організації, вирішення яких вимагає втручання спеціально уповноваженого органу. Окремо варто зазначити, що ученими у галузі трудового права визначаються такі основні ознаки трудових спорів: а) підставою його виникнення є трудове правопорушення; б) предметом розбіжностей є невиконання, порушення, неправильне застосування однією зі сторін чи одним із суб'єктів трудового правовідношення нормативних приписів трудового законодавства; в) розбіжність між учасниками трудових та тісно пов'язаних з ними відносин не була вирішена через безпосередні переговори; г) остання була передана на розгляд певного юрисдикційного органу (КТС або суд) [5, с. 480].

Трудові спори, котрі водночас є як правовим, так і соціальним явищем, мають свої причини виникнення. В.В. Жернаков слушно зазначає, що причини трудових спорів – це негативні чинники, що викликають різне оцінювання сторонами спору порядку здійснення суб'єктивного трудового права або виконання трудового обов'язку [1]. Автор підкреслює, що поряд із причинами виникнення трудових спорів існують також приводи їх виникнення, які слід відрізняти від причин. Приводом є подія, що безпосередньо передує виникненню спору, але не породжує його сама собою. Зв'язок між приводом і причиною має зовнішній і неістотний характер. Основними причинами трудових спорів є суперечності інтересів працівника та роботодавця, які трансформуються в певні конкретні розбіжності, що і становлять сутність конкретного трудового спору [1].

В.І. Прокопенко поділяє причини виникнення трудових спорів на три основні групи [6]. До першої групи науковець відносить те, що причиною виникнення трудових спорів можуть бути помилки однієї зі сторін у спорі про наявність чи відсутність фактичних обставин, з якими закон пов'язує виникнення, зміну чи припинення певних правовідносин. До другої групи, на переконання автора, слід віднести причини організаційно-правового характеру, пов'язані з недоліками в нормотворчій діяльності. В цілому ці причини пов'язані зі змінами соціально-економічних умов, невідповідністю чинних норм трудового законодавства новим соціальним і економічним відносинам, послабленням державного нагляду і контролю за дотриманням законодавства про працю. Третю групу становлять причини організаційно-господарського характеру. Розрив економічних зв'язків, відсутність достатньої кількості власних енергоносіїв, наявність значної кількості підприємств оборонного комплексу, що потребують конверсії, – усе це призвело до спаду виробництва, вимушеної неповної зайнятості та безробіття, руйнування соціальної інфраструктури. Внаслідок цього знизились реальні доходи значної частини населення, зросла заборгованість із виплат заробітної плати, пенсій та інших соціальних виплат [6].

Розглядаючи причини виникнення трудових спорів, варто погодитись із думкою авторського колективу навчального посіб-

ника «Трудові спори та порядок їх розгляду», який відзначає, що причини виникнення трудових спорів варто поділити на об'єктивні (тобто такі що, не залежать від волі сторін трудового спору) та суб'єктивні (такі, що безпосередньо залежать від волевиявлення самих сторін трудового спору). Серед об'єктивних причин у вказаному посібнику називаються такі: 1) кризові соціально-економічні явища в країні (фінансові труднощі підприємств, що перешкоджають своєчасній виплаті заробітної плати, відсутність коштів на соціально-побутове обслуговування працівників, на належну охорону праці); 2) причини організаційно-правового характеру (недосконалість трудового законодавства, наявність суперечностей у нормативно-правових актах, нечіткі формулювання окремих правових норм, прогалини в чинному законодавстві про працю тощо); 3) причини організаційно-господарського характеру (неконкурентоспроможність продукції та відсутність замовлень через руйнування старих налагоджених зв'язків, недоліки в організації виробництва і праці, зокрема простої, відсутність достатньої кількості власних енергоносіїв, недоліки у постачанні, фінансуванні та інших господарських справах) [7, с. 15]. Суб'єктивні причини пов'язані з неуважним ставленням до потреб працівників. Ці причини виявляються у такому: 1) роботодавець не реагує на вимоги працівників, часто їх взагалі ігнорує, використовує кошти підприємства для особистих потреб, для створення власного комфорту; 2) у невмінні окремих керівників працювати в жорстких умовах ринкової економіки, браку маркетингових досліджень, що призводить до погіршення фінансового стану підприємства, зниження і втрати попиту на продукцію; 3) у відсутності у керівництва необхідних професійних знань і навичок, які б забезпечили виконання статутних завдань і розвиток виробництва та стратегію ефективного розвитку підприємства [7, с. 15]. Отже, причиною для виникнення трудового спору може бути майже будь-яка проблемна ситуація, що виникає в процесі трудової діяльності. Бачення щодо вирішення такої ситуації у працівника (трудового колективу) та роботодавця може відрізнятись.

Щоб трудовий спір розглядався у судовому порядку, необхідною умовою є наявність конкретної підстави. «Тлумачний словник української мови» дає таке визначення поняття «підстава»: «1) підстава – це те головне, на чому базується, ґрунтується, засновується що-небудь; 2) умова – необхідна обставина, яка робить можливим здійснення, утворення чого-небудь або сприяє чомусь» [8]. З філософського погляду підстава – це необхідна умова, яка є передумовою існування яких-небудь явищ (наслідків) і служить їх поясненням [9, с. 345]. Таким чином, під підставою розгляду трудового спору у судовому порядку слід розуміти необхідну умову, наявність якої є об'єктивною причиною виникнення відповідних правовідносин. На основі аналізу положень чинного законодавства України ми виділили чотири основні підстави розгляду трудового спору у судовому порядку.

Так, першою підставою розгляду трудових спорів у судовому порядку є заява працівника чи власника або уповноваженого ним органу про незгоду з рішенням комісії з трудових спорів. Так, відповідно до статті 228 КЗпП України у разі незгоди з рішенням комісії з трудових спорів працівник чи власник або уповноважений ним орган може оскаржити її рішення до суду в десятиденний строк з дня вручення виписки з протоколу засідання комісії чи його копії. Пропуск вказаного строку не є підставою відмови у прийнятті заяви. Визнавши причини пропуску поважними, суд може поновити цей строк і розглянути спір по суті. Якщо пропущений строк не буде поновлено, заява не розглядатиметься і залишається в силі рішення комісії з трудових спорів [10]. Практика показує, що терміни для оскарження рішення КТС до суду пропускають частіше роботодавці. До того ж вони часто неправильно вказують сторони спору, називаючи себе позивачами, а працівників – відповідачами. Неправильне зазначення в заяві сторін спору призводить до того, що суперечка залишається без руху, а відсутність виправлення допущених недоліків у встановлений суддею строк служить підставою для повернення заяви з усіма доданими до неї документами. Таким чином, допущена неточність при складанні заяви про оскарження рішення КТС може мати для роботодавця несприятливі наслідки [11]. Заява власника або уповноваженого ним органу до суду повинна мати довільну форму, якою ставиться перед судом клопотання про розгляд спору, що був розглянутий КТС, з рішенням якої власник або уповноважений ним орган не погоджується. Така заява не є позовною, адже власник або уповноважений ним орган позову не заявляє, тому при розгляді спору в суді, хоч із заявою до суду звернувся власник або уповноважений ним орган, судом буде розглядатись позов працівника до власника у такому ж обсязі, як він був заявлений для розгляду комісії з трудових спорів [6].

Наступною підставою розгляду трудового спору у судовому порядку є звернення

прокурора до суду, якщо він вважає, що рішення комісії з трудових спорів суперечать чинному законодавству. Маються на увазі випадки, коли сторони трудового спору не згодні з рішенням КТС, а прокурор вважає його таким, що суперечить чинному законодавству. Стаття 228 КЗпП України надає сторонам і прокурору право оскаржити рішення КТС до районного (міського) суду. Фактично ж у такому разі фіксується не оскарження рішення, оскільки суд рішення КТС не ревізує, не змінює і не скасовує, а звернення до другого органу (а не до другої інстанції), бо суд відносно КТС є другим органом з розгляду трудових спорів (а не другою інстанцією). Таке звернення до суду прокурором здійснюється у формі заяви [6].

Особливу увагу слід звернути на таку підставу розгляду трудових спорів у судовому порядку, як заява безпосередньо працівника до суду. Варто зазначити, що чинним Кодексом законів про працю України визначено, що працівник для вирішення трудового спору спочатку повинен звернутись до КТС, а вже потім до суду. Однак Конституцією України передбачено, що будь-яка особа з метою захисту своїх трудових прав та інтересів може звертатися до суду для вирішення трудового спору без урахування порядку, визначеного у КЗпП. Отже, можна із впевненістю говорити про те, що звернення до КТС за вирішенням трудового спору не є обов'язковою умовою для подальшого звернення до суду. Практика свідчить, що саме заява працівника до суду є найбільш поширеною підставою розгляду справ у судовому порядку. Адже, як правило, саме працівники найчастіше звертаються до суду з метою захисту своїх трудових прав та інтересів.

І останньою підставою для розгляду трудового спору у судовому порядку є ініціатива роботодавця чи його представників. Зазначимо, що порядок подання заяви роботодавцем до суду є аналогічним порядку подачі подібної заяви працівником.

Висновок

Таким чином, розгляд трудових спорів у судовому порядку практично є неможливим без ініціативи або одного із учасників такого спору, або прокурора, яким було виявлено порушення норм чинного законодавства при розгляді відповідного трудового спору комісією з трудових спорів. Слід підкреслити, що фактично ключовою підставою для розгляду справи у суді є відповідна заява, тобто такий розгляд має позовний характер (окрім випадків, коли ініціатором є прокурор). Варто зазначити, що законодавцю необхідно робити більш рішучі кроки на шляху врегулювання питання розгляду трудових спорів у судовому порядку. Для цього необхідно проводити активну законодавчу та практичну профілактику трудових правопорушень шляхом проведення відповідних тренінгів, де і працівників, і роботодавців навчатимуть тому, як саме можна запобігти виникненню конфліктів з урахуванням конкретних умов і особистості працівника та роботодавця. Зазначене дозволить знизити кількість трудових конфліктів, які можуть призвести до виникнення трудових спорів.

Список використаних джерел:

1. Трудове право : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / В.В. Жернаков, С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко та ін. ; за ред. В.В. Жернакова. Харків : Право, 2012. 496 с.
2. Юридична енциклопедія в 6 томах / за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : Видавництво «Українська енциклопедія» імені М.П. Бажана, 2004. 765 с.
3. Кондратьев А.А. Гарантии охраны трудовых прав рабочих и служащих : автореф. дисс. ... канд. юр. наук : 12.00.05. Москва, 1985. 25 с.
4. Толкунова В.П. Трудовое право : курс лекций. Москва : «ТК Велби», 2003. 320 с.
5. Галич Р.В. Щодо співвідношення понять «трудовий спір» та «трудовий конфлікт». *Митна справа.* 2011. № 6. С. 476–481.
6. Прокопенко В.І. Трудове право України : підручник. Харків : Фірма «Консум», 1998. 480 с.
7. Трудові спори та порядок їх розгляду : навч. посіб. / П.А. Бущенко, А.М. Слюсар, Н.М. Швець ; за заг. ред. В.В. Жернакова. Харків : Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2013. 110 с.
8. Новий тлумачний словник української мови : в 4-х томах. Т.4. Київ : Аконіт, 2000. С. 632–633
9. Философский словарь / под ред. И.Т. Фролова. 5-е изд. Москва : Политиздат, 1987. 590 с.
10. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08/conv.
11. Сафонов А.Л. Коментар офіційних органів до Трудового кодексу Російської Федерації / відп. ред. А.Л. Сафонов. Москва : МЦФЕР. 2006. 1328 с.

In the article based on the analysis of scientific views of scientists and norms of the current legislation of Ukraine, a description of the particular grounds for litigation of labor disputes is given. It was noted that litigation of labor disputes is practically impossible without the initiative of either one of the participants in such a dispute or a prosecutor who has been found violating the rules of the current legislation when considering the relevant labor dispute by the Labor Disputes Commission. It is emphasized that the legislator

needs to take more decisive steps towards the settlement of the issue of labor disputes in court. It is determined that among the objective causes of labor disputes are: crisis socio-economic phenomena in the country; reasons of organizational and legal nature; reasons of organizational and economic nature. It has been found out that the basis of judicial review of labor dispute should be understood as a necessary condition, the existence of which is the objective reason for the emergence of the relevant legal relationship. Based on the analysis of the provisions of the current legislation of Ukraine, we have identified four main grounds for litigation of labor dispute. It is concluded that litigation of labor disputes is practically impossible without the initiative or one of the participants in such a dispute, or a prosecutor, who was found to have violated the rules of the current legislation when considering the relevant labor dispute by the Labor Disputes Commission. It should be emphasized that, in fact, the key ground for hearing a case in court is a corresponding statement, i.e. such a case is a lawsuit (except where the prosecutor is the initiator). It should be noted that the legislator needs to take more decisive steps towards resolving the issue of litigation over labor disputes. To do this, it is first of all necessary to carry out active legislative and practical prevention of labor offenses by conducting appropriate trainings, where both employees and employers were taught how to prevent conflicts taking into account the specific conditions and personality of the employee and employer. This, in turn, will reduce the number of labor conflicts that may in the future lead to labor disputes.

Key words: labor disputes, court procedure, procedure, labor rights, guarantees, employee, employer.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.27

Максим Панченко,
канд. юрид. наук, адвокат

ПРАВО НА ЗАХИСТ ТРУДОВИХ ПРАВ У СВІТЛІ КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

У статті аналізується концептуальна сутність права на захист трудових прав у контексті сучасної концепції гідної праці державних службовців в Україні. Автором встановлюється соціально-правова значущість захисту трудових прав державних службовців й окреслюється зв'язок забезпечення права на захист трудових прав з іншими можливостями реалізації держслужбовцем права на гідну працю. У висновках формулюється визначення поняття «право державних службовців на захист трудових прав», а також підсумовуються інші результати проведеного дослідження, на основі яких визначається концептуальна сутність досліджуваного права. Визначено, що забезпечення права держслужбовців на захист трудових прав є фундаментальною гарантією гідної праці та важливим елементом правового механізму забезпечення гідної праці вказаних суб'єктів трудового права. З'ясовано, що право державних службовців на захист трудових прав – це матеріальне суб'єктивне право, виражене у можливості держслужбовця звертатись до певних способів захисту, застосовувати заходи правового характеру для відновлення його порушеного чи оскаржуваного права. При цьому у загальному концептуальному сенсі право державних службовців на захист трудових прав є правом, на якому вибудовується фундамент належного функціонування правового механізму гідної праці державних службовців, адже дозволяє у кожному конкретному випадку виправляти недоліки впровадження концепції гідної праці на державній службі, а також негативну практику реалізації положень чинного законодавства та договорів, в яких ця концепція вже втілена. Зроблено висновок, що право державних службовців на захист трудових прав є: 1) показником того, що держава, яка є роботодавцем для держслужбовця, є правовою та соціальною державою; 2) основою для нормальної реалізації державним службовцем усіх інших трудових прав і законних інтересів, якими характеризується його правовий статус (невиправдане звуження права держслужбовців на захист трудових прав призводить до суттєвого дисбалансу сторін службово-трудових правовідносин, результатом чого є загальне зниження рівня гідної праці на державній службі та поступова маргіналізація державних службовців); 3) одним з найважливіших практичних утілень активізації функціонування правового механізму забезпечення гідної праці держслужбовців; 4) індикатором якості впровадження концепції гідної праці на державній службі.

Ключові слова: гідна праця, державна служба, державний службовець, право на захист, трудові права.

Постановка проблеми. Праця протягом всього періоду існування людської цивілізації виступає однією з базових моделей взаємодії людей в суспільному житті, а також фундаментальним процесом взаємодії людини з природою. Крім того, погодимось з думкою, що праця зумовлює фізіологічний та духовний рівень життя людини і суспільства, тобто є носієм культурного коду суспільства. У цьому контексті саме праця є «джерелом досягнення суспільного прогресу» [1, с. 4]. Саме тому феномен праці може та повинен осмислюватись крізь призму юридичної науки, зокрема й науки трудового права, адже предметом трудового права є трудові правовідносини.

Закономірно, що феномен праці найбільш широко та глибоко досліджується саме юристами-трудовиками (В.М. Андріївим, С.Я. Вавженчуком, Л.Ю. Величко, В.С. Венедиктовим, С.В. Вишновецькою, В.В. Волинцем, Н.Д. Гетьманцевою, Т.А. Занфіровою, М.І. Іншиним, С.І. Кожушко, А.Р. Мацюком, М.В. Писаревою, Я.А. Одовіченою, О.І. Процевським, Д.І. Сірохою, Р.І. Шабановим, В.І. Щербиною, О.М. Ярошенком та ін.), хоча, звісно, цей феномен осмислюють також теологи, психологи, економісти тощо. При цьому у межах юридичного розуміння поняттям «праця», на думку провідної української вченої у сфері трудового права Н.Д. Гетьманцевої, окреслюється явище, яке можна розуміти як «первинно необхідну, суспільно корисну, інноваційну, доцільну, цілеспрямовану, вольову, оцінну діяльність, пов'язану з реалізацією унікальних властивостей

© М. Панченко, 2019

людини, її фізичних та розумових здібностей шляхом її творчого і фізичного самоствердження, тобто як діяльність, спрямовану свідомо і цілеспрямовано змінювати навколишнє середовище з метою створення нових матеріальних і духовних цінностей та задоволення потреб і інтересів людини, суспільства, держави, і таку, що породжує особливий вид суспільних відносин та потребує у зв'язку з цим правового регулювання» [2, с. 135].

Осмислення важливості праці та центральності у виробничих відносинах людини зумовило становлення концепції гідної праці, особливою частиною якої є захист трудових прав найманих працівників, соціально-правове значення якого сьогодні важко недооцінити. Зокрема, це пояснюється тим, що праця не може бути гідною у тому разі, якщо будь-яке порушення трудових прав працівників не буде вважатись фактичною підставою для добросовісної реалізації права працівника на захист.

Особливу актуальність це питання отримує в сучасних умовах реформування трудового законодавства, коли на державному рівні все більше утверджуються несоціальні ідеї, що є виявами загальносвітової тенденції перегляду парадигми регулювання відносин у галузі праці в контексті ідеї т. зв. меркантицентризму [3], крізь призму якого законні інтереси працівників у сфері праці втрачають свою пріоритетність порівняно з економічними інтересами роботодавця. Додатково ускладнює стан вирішення означеної проблеми той факт, що в наявних наукових дослідженнях комплексно не досліджувалась сутність права держслужбовців України на захист трудових прав у світлі концепції гідної праці.

У тій чи іншій мірі проблеми права держслужбовців на захист трудових прав досліджувались українськими юристами-трудовиками, зокрема Н.І. Бернацькою, О.А. Губською, О.Ю. Дроздом, М.І. Зубрицьким, М.І. Іншиним, М.М. Клемпарським, В.Я. Мацюком, Д.П. Ушверідзе. Наявні наукові напрацювання цих та інших науковців становитимуть важливе підґрунтя для нашого дослідження. При цьому необхідно зауважити те, що у раніше опублікованих працях не завжди враховані останні зміни у законодавстві та досягнення в еволюції теорії концепції гідної праці держслужбовців, у світлі яких нами розглядається питання захисту трудових прав цих суб'єктів.

Метою цієї наукової розвідки є з'ясування концептуальної сутності права на захист трудових прав у контексті сучасної концепції гідної праці державних службовців. Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі *завдання*: 1) проаналізувати соціально-правову значущість захисту трудових прав працівників крізь призму концепції гідної праці державних службовців; 2) окреслити зв'язок забезпечення права на захист трудових прав з іншими можливостями реалізації держслужбовцем права на гідну працю; 3) сформулювати визначення поняття «право держслужбовців на захист трудових прав»; 4) у висновках до наукової розвідки узагальнити отримані результати дослідження.

Виклад основного матеріалу. Гідна праця у широкому сенсі є працею, що системно вибудована на гуманістичному принципі трудового права, тобто вона орієнтована на трудові права людини та її законні інтереси у сфері праці (певною мірою також і поза сферою праці) та сприяє свободі відчуття працездатною людиною її гідності, а також сповна відповідає критеріям (вимогам) концепції гідної праці.

Щоб повною мірою осмислити сутність захисту трудових прав працівників в аспекті концепції гідної праці, необхідно спершу з'ясувати соціально-правову значущість цього захисту. У цьому контексті зауважимо, що формування захисту трудових прав працівників як надзвичайно соціально важливого елементу концепції гідної праці в сучасному вигляді відбулось у результаті еволюції самої концепції гідної праці (її розширення та поглиблення), а також загальної правової тенденції щодо визнання індивіда та його прав стрижнями правових норм. Що стосується орієнтування правових систем на індивіда та його права, то з цього приводу слід зауважити, що XX ст. та початок XXI ст. вченими часто називається періодом прав людини, адже, як справедливо зауважує юрист-міжнародник С.С. Ібрахім, абсолютна більшість міжнародних норм певною мірою стосується захисту прав індивідів, що є феноменом, який має багато аспектів [4, с. 5]. Одним з цих аспектів є захист трудових прав, що в сучасний період є проблемою, котра має всесвітнє значення. Саме тому в умовах становлення демократичної, соціальної, правової держави, соціально-орієнтованої ринкової економіки проблема забезпечення поваги і дотримання прав людини набула глобальних масштабів на національному рівні, в тому числі і в основній сфері життєдіяльності людини – сфері праці [5, с. 569].

Крім того, як зазначає юрист-трудовик М.І. Іншин, захист трудових прав працівників є важливою складовою частиною демократичного, правового й соціального

суспільства [6, с. 132]. Тобто не існує правової та демократичної держави, в якій трудові права і законні інтереси працівників не захищаються [3, с. 72–73]. Розширює цей постулат О.В. Григоренко, яка наголошує, що обов'язковою умовою існування будь-якої сучасної правової та демократичної держави є не лише закріплення комплексу прав і свобод особи, але й «належний механізм їх визнання, дотримання та ефективного захисту» з урахуванням того, що у захисті прав та інтересів особи потреба виникає в той момент, коли ці права та інтереси порушуються чи оскаржуються [7, с. 144].

З означеного випливає, що надзвичайна соціально-правова важливість та особливість захисту трудових прав працівників у межах концепції гідної праці зумовлена тим фактом, що умови, за яких працівник потребує захисту трудових прав і не може їх захистити, не можна назвати повною мірою гідними умовами. Крім того, забезпечення усіх інших умов трудової діяльності працівника в установі (організації, на підприємстві), коли паралельно трапляється порушення хоча б одного трудового права чи законного інтересу у сфері праці працівника, втрачає свій концептуальний зміст та ефект, адже всі трудові права взаємопов'язані й випливають з одного джерела – учасника трудових правовідносин. Так, наприклад, вчасна та в повному розмірі оплата праці, забезпечення гармонійних відносин в трудовому колективі тощо втрачають свій ефект приведення умов праці до стандартів концепції гідної праці, коли працівник здійснює свої трудові обов'язки понаднормово, не маючи можливості реалізувати своє право на відпочинок і захистити це право. У межах наведеного прикладу продовжимо, що порушення права на відпочинок та неможливість захистити це право призведе до погіршення взаємовідносин у трудовому колективі, порушить принцип свободи праці (у частині права не працювати, коли можна реалізувати право на відпочинок).

Зазначимо, що працівник, здійснюючи свою трудову діяльність, й сьогодні, коли трудові права людини визнані надзвичайно цінними й непорушними, а правові відносини в суспільстві врегульовуються за принципом «людина – найвища соціальна цінність», часто наштовхується на різноманітні перешкоди у реалізації ним своїх трудових прав. При цьому вказане, звісно, стосується не лише української практики, але й практики решти держав світу (як відомо, не існує жодної держави, в якій би трудові права працівників не зазнали би порушень).

С.І. Ілларіонова також звертає увагу на цю проблему, вказуючи на те, що перешкоди до реалізації працівником своїх трудових прав «викликані об'єктивними чинниками, але часом вони породжуються волею інших осіб (наприклад, роботодавцями).Такі перешкоди спрямовані безпосередньо на особу працівника і здатні заподіяти йому шкоди або створити загрозу настання негативних для нього наслідків. У такому разі залежність працівників від представників роботодавця настільки велика, що призводить до відмови їх від захисту своїх прав, гарантованих трудовим законодавством» [8, с. 72].

Тобто неможливість захистити трудові права працівників, про які ми вказували, сьогодні пов'язана не лише з недосконалістю правового механізму забезпечення гідної праці, але й з тим фактом, що працівники за власною волею відмовляються від захисту порушених прав, що становить особливу проблему в контексті питання, що нами досліджується. Це пояснюється тим, що державні службовці лише у крайніх випадках звертаються за захистом своїх трудових прав, вважаючи, що це може зашкодити службовій кар'єрі, чи тоді, коли вони взагалі не мають практичної можливості бути захищеними від ігнорувань державою стандартів концепції гідної праці держслужбовців (наприклад, судді сьогодні вимушені працювати в умовах неадекватної інтенсивності праці, а робочі місця суддів не завжди відповідають засадам гідних умов праці тощо). Усе це призводить до знецінення зазначеної концепції й в інших випадках, зокрема тоді, коли ці порушення можна усунути шляхом реалізації права на захист. При цьому зазначимо, що відмова від права на захист трудових прав не скасовує потреби захисту порушеного права працівника, а також самого права на захист.

Окрім того, наголосимо, що в наявному широкому колі прав та обов'язків держслужбовців, які можуть бути порушені та захищені, особливого значення набувають саме права найменш захищених та уразливих категорій осіб (люди з особливими потребами, малолітні діти та жінки). Саме тому гармонізація стандартів щодо цих категорій має бути на порядку денному всіх без винятку держав, оскільки саме так світова спільнота може досягти високого рівня розвитку гуманізму та усвідомлення людяності як такої, а культурний релятивізм та відмова від виділених систем культурних цінностей є наступним кроком на зазначеному шляху [4, с. 5]. Тобто концепція гідної праці передбачає захист не лише працівників як таких, але також вона спрямована на особливий захист окремих категорій працівників. Це має важливе значення в межах нашого дослідження, адже серед державних службов-

ців як працівників є також держслужбовці з інвалідністю, вагітні держслужбовці, держслужбовці, що є одинокими батьками тощо. Все це, безперечно, є додатковим аргументом для більш глибокого поширення концепції гідної праці на держслужбовців.

Разом із тим, розглядаючи право держслужбовців на захист власних трудових прав, вважаємо, що необхідним є правильне розуміння, чим є це право. Вітчизняний вчений М.І. Кобаль констатує, що, з одного боку, у законодавстві України про державну службу відсутні «роз'яснення того, що являє собою захист прав державних службовців та які існують форми цього захисту», а з іншого – є «відсутність окремого переліку способів захисту трудових прав державних службовців та їх розпорошеність в окремих главах Кодексу законів про працю України та статтях Закону України «Про державну службу» [9, с. 162].

У загальному сенсі правом на захист, зокрема, є матеріальне суб'єктивне право правоохоронного характеру, яке виникло в момент порушення суб'єктивного права потерпілого і випливає з конституції [10, с. 87]. У процесуальному аспекті право на захист містить три основні можливості: 1) можливість особи звернутися з вимогою про захист порушеного (або оскаржуваного права, охоронюваного законом інтересу) до компетентного органу у передбаченій законом формі; 2) можливість користуватися всіма передбаченими законом правами у процесі розгляду своєї вимоги, встановленими щодо даної форми захисту прав; (3) можливість оскарження в установленому законом порядку рішення органу у відповідній справі [11, с. 61].

Висновки

Отже, *право державних службовців на захист трудових прав* – це матеріальне суб'єктивне право, виражене у можливості держслужбовця звертатись до певних способів захисту, застосовувати заходи правового характеру для відновлення його порушеного чи оскаржуваного права. При цьому у загальному концептуальному сенсі право державних службовців на захист трудових прав є правом, на якому вибудовується фундамент належного функціонування правового механізму гідної праці державних службовців, адже воно дозволяє у кожному конкретному випадку виправляти недоліки впровадження концепції гідної праці на державній службі, а також негативну практику реалізації положень чинного законодавства та договорів, в яких ця концепція вже втілена.

Таким чином, право державних службовців на захист трудових прав, тобто його фактична реалізація, є: 1) показником того, що держава, яка є роботодавцем для держслужбовця, є правовою та соціальною державою; 2) основою для нормальної реалізації державним службовцем усіх інших трудових прав і законних інтересів, якими характеризується його правовий статус (невиправдане звуження права держслужбовців на захист трудових прав призводить до суттєвого дисбалансу сторін службово-трудових правовідносин, результатом чого є загальне зниження рівня гідної праці на державній службі та поступова маргіналізація державних службовців); 3) одним з найважливіших практичних утілень активізації функціонування правового механізму забезпечення гідної праці держслужбовців (це пояснюється тим, що відповідний механізм в активній формі виявляє себе за зверненням держслужбовця, котрий вважає, що потребує захисту трудових прав); 4) індикатором якості впровадження концепції гідної праці на державній службі. Таким чином, не викликає жодних заперечень думка про те, що забезпечення права держслужбовців на захист трудових прав є фундаментальною гарантією гідної праці та важливим елементом правового механізму забезпечення гідної праці вказаних суб'єктів трудового права. При цьому слід мати на увазі, що реалізація вказаного права має бути забезпечена правовим механізмом забезпечення гідної праці, а саме відповідними способами та засобами, критичний аналіз яких потребує подальших наукових розвідок.

Список використаних джерел:

1. Шабанов Р.І. Доктрина зайнятості як складова соціального захисту населення від безробіття : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2015. 418 с.

2. Гетьманцева Н.Д. Правове регулювання трудових відносин у сучасних умовах господарювання : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.05. Чернівці, 2015. 481 с.

3. Гладкий В.В. Колапс трудових прав працівників у призмі ідеї меркантицентризму в постіндустріальному суспільстві. Захист демократичних цінностей і дотримання прав людини в Україні : матер. Всеукр. правн. дисп., Кривий Ріг, 13 груд. 2017 р. Кривий Ріг : ДЮІ, 2017. С. 71–76.

4. Ібрахім С.С. Міжнародно-правові норми про захист трудових прав жінок та їх імплементація в арабських державах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2015. 202 с.

5. Байло О.І. Захист трудових прав працівників за законодавством України. *Правове життя сучасної України* : матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу, Одеса, 16–17 трав. 2013 р. ; відп. за вип. В.М. Дрьомін. Одеса : Фенікс, 2013. Т. 1. С. 569–570.

6. Іншин М.І. Захист трудових прав працівників: аналіз законодавства. *Вісник Запорізького національного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2015. № 2 (2). С. 129–133.

7. Григоренко О.В. Реалізація та захист прав фізичних осіб, що виникають при застосуванні допоміжних репродуктивних технологій : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 226 с.

8. Ілларіонова С.І. Форми та способи захисту прав працівників в умовах ринкової економіки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2015. 222 с.

9. Кобаль М.І. Забезпечення трудових прав державних службовців в умовах євроінтеграції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Київ, 2017. 182 с.

10. Пробко І.Б. Поняття та класифікація конституційних прав, свобод і обов'язків людини та громадянина, гарантії їх реалізації. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2013. № 11. С. 86–89.

11. Смолярова М.Л. Роль і значення принципів розгляду трудових спорів. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2018. № 5. С. 60–62.

The article analyzes the conceptual essence of the right to protect labor rights in the context of the modern concept of the civil servants' decent work in Ukraine. The author establishes the social and legal significance of protecting the labor rights of civil servants and determines the relationship between ensuring the right to protect labor rights and other opportunities for civil servants to exercise the right to decent work. The conclusions formulate a definition of the concept of "the right of civil servants to protect labor rights", and summarize the other results of the study, on the basis of which the conceptual essence of the law under investigation is determined. It has been determined that securing the right of civil servants to protect labor rights is a fundamental guarantee of decent work and an important element of the legal mechanism for ensuring decent work of these subjects of labor law. It has been established that the right of civil servants to protect labor rights is a substantive subjective right expressed in the ability of a civil servant to resort to certain remedies, to apply legal measures to restore his or her violated or contested right. In the general conceptual sense, the right of civil servants to protect labor rights is a right on which the foundation of the proper functioning of the legal mechanism of decent work of civil servants is built, since it allows in each case to correct the shortcomings of the implementation of the concept of decent work in the civil service, as well as the negative practice of implementation provisions of applicable law and treaties in which this concept is already embodied. It is concluded that the right of civil servants to protect labor rights is: 1) an indicator that a state that is an "employer" for a civil servant is a legal and social state; 2) the basis for the normal realization by the civil servant of all other labor rights and legitimate interests that characterize his legal status (unjustified narrowing of the right of civil servants to protect labor rights leads to a significant imbalance of the parties to the employment relationship, resulting in a general decrease in the level of decent work service and the gradual marginalization of civil servants); 3) one of the most important practical embodiments of the activation of the functioning of the legal mechanism for ensuring decent work of civil servants; 4) an indicator of the quality of implementation of the concept of decent work in the civil service.

Key words: civil servant, decent work, labor rights, public service, right to protection.

УДК 341.225.5:504.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.28

Андрій Боднар,
студент V курсу юридичного факультету
Одеського національного морського університету

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОТИДІЇ ЗАБРУДНЕННЮ МОРІВ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

У статті розкриваються питання міжнародно-правового регулювання протидії забрудненню морів. Зауважується, що міжнародно-правове регулювання протидії забрудненню морів має первинний характер у системі заходів для запобігання забрудненням та заходів для зниження рівня вже існуючого забруднення.

У статті зазначено, що правовою основою спільних дій держав у сфері міжнародно-правового регулювання протидії забрудненню морів є міжнародні договори й конвенції в галузі охорони морського середовища – універсальні й регіональні, публічно-правові й приватно-правові. Вони визначають міжнародно-правовий режим захисту й збереження морського середовища, права та обов'язки держав під час здійснення заходів стосовно всіх джерел забруднення в усіх морських просторах.

Акцентовано увагу на тому, що особливе місце серед міжнародно-правових угод стосовно охорони морського середовища займає Конвенція ООН з морського права 1982 р., яка передбачає правові форми співпраці між державами у сфері протидії забрудненню моря. Положення цієї конвенції згруповані довкола ряду основоположних норм, стосуються практично всіх аспектів охорони морського середовища, охоплюють усі джерела забруднення й поширюються на різні за своїм правовим режимом райони Світового океану.

Разом із тим підкреслено й важливий характер регіональних конвенцій, які спрямовані на вузлове вирішення проблем із запобігання забрудненню моря. Адже вразливість морського середовища в різних районах, морях може бути різною, тому рівень встановлених для його захисту стандартів, придатний для більшості морських районів, для деяких районів може виявитися недостатнім. Це й зумовлює встановлення особливих режимів, на які поширюються не лише загальні норми охорони морського середовища, але й спеціальні, так звані регіональні, що встановлюють більш суворі правила та вимоги щодо протидії забрудненню морів.

Ключові слова: забруднення моря, протидія забрудненню морів, міжнародно-правове регулювання забруднення морів, універсальні міжнародні акти, регіональні конвенції.

Постановка проблеми. Нині забруднення морського середовища є однією з основних проблем міжнародного морського права, оскільки море є надбанням людства, його життєдайною артерією.

Істотне забруднення морського середовища і загроза порушення екологічної рівноваги, яка виникає в результаті цього, спостерігається в багатьох частинах Світового океану. Така ситуація зумовлює необхідність вжиття комплексу невідкладних і ефективних заходів з охорони морського середовища, включаючи заходи для запобігання забрудненням, незважаючи на джерело їх походження, а також заходи для зниження рівня вже існуючого забруднення. Одним із елементів системи таких заходів і виступає міжнародно-правове регулювання протидії забрудненню морів, що має первинний характер щодо всіх інших заходів.

Зважаючи на цілісний характер морських екосистем, що перебувають під юрисдикцією різних держав, багатоманітність джерел і видів забруднення, транскордонний характер поширення забруднювачів у морських просторах, проблема охорони Світового океану не може бути вирішена зусиллями окремих держав, отже, ефективність вжиття таких заходів залежить насамперед від поєднання національних засобів з міжнародною співпрацею на універсальному й регіональному рівнях.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У доктрині міжнародного морського права дослідження питань, що так чи інакше пов'язані з протидією забрудненню моря, проводилося в різноманітних аспектах. Так, над загальними питаннями, пов'язаними з міжнародно-правовим регулюванням протидії забрудненнюя морів, працювали такі вчені, як М.М. Бринчук, Я. Вонг, В.С. Єфремов, О.П. Єлєазаров, Т.Р. Короткий, Є.Г. Лаверичев, Л.В. Сперанська, О.В. Толкаченко, А.М. Чернявський, А.О. Ярова та ін.

© А. Боднар, 2019

Мета статті полягає у розкритті сучасного стану міжнародно-правового регулювання протидії забрудненню морів та окресленні перспектив його розвитку.

Виклад основного матеріалу. Правовою основою спільних дій держав є міжнародні договори й конвенції в галузі охорони морського середовища – універсальні й регіональні, публічно-правові й приватно-правові. Вони визначають міжнародно-правовий режим захисту й збереження морського середовища, права та обов'язки держав під час здійснення заходів стосовно всіх джерел забруднення в усіх морських просторах.

Слід наголосити, що на міжнародному рівні захист моря від забруднення здійснюється саме за допомогою міжнародних договорів універсального характеру, таких як Міжнародної конвенції про запобігання забрудненню із суден 1973 р. із протоколом, який змінює її, від 1978 р. (МАРПОЛ 1973/1978/), Конвенції про запобігання забрудненню моря в результаті захоронення відходів та інших матеріалів 1972 р., Конвенції про втручання у відкритому морі на випадок аварій, які загрожують забрудненням нафтою 1969 р., Конвенції про цивільну відповідальність за збитки від забруднення нафтою 1969 р. та ін. [1, с. 104].

У міжнародно-правовому регулюванні протидії забрудненню моря особливу увагу слід приділити Конвенції ООН з морського права 1982 р., котра визначає правові формі співпраці між державами та посідає центральне місце серед інших міжнародно-правових угод стосовно охорони морського середовища. Після прийняття Конвенції 1982 р. було створено досить цілісну та всеосяжну систему, яка лягла в основу міжнародно-правового режиму захисту й збереження морського середовища. Ця особливість Конвенції 1982 р. вирізняє її з-поміж усіх попередніх міжнародних угод [2, с. 150]. Її положення, згруповані довкола ряду основоположних норм, стосуються практично всіх аспектів охорони морського середовища, охоплюють усі джерела забруднення й поширюються на різні за своїм правовим режимом райони Світового океану.

Правовий механізм, що його заклала Конвенція 1982 р., передбачає певну залежність національного законодавства від міжнародних норм: з одного боку, це дозволяє уніфікувати тією чи іншою мірою національні закони й правила різних держав, а з іншого – спонукати ті країни, які не є учасниками спеціальних угод з охорони морського середовища, дотримуватися вимог, які містяться в ній. Такий підхід спрямований на забезпечення всеохоплення та певної однаковості у застосуванні погоджених на міжнародному рівні заходів боротьби із забрудненням морського середовища з різних джерел [3, с. 205].

Питанням відповідальності за забруднення морського середовища присвячена ст. 235 Конвенції 1982 р., ч. 1 якої говорить про відповідальність держав стосовно виконання зобов'язань із захисту й збереження морського середовища відповідно до міжнародного права. Частини 2 і 3 аналізованої статті присвячені цивільній відповідальності. Частина 2 ст. 235 Конвенції 1982 р. містить вказівку на необхідність забезпечити можливість звернутися за одержанням у короткий термін належного відшкодування або іншої компенсації шкоди, заподіяної забрудненням морського середовища фізичними або юридичними особами, що перебувають під юрисдикцією держави. Оскільки в даній статті вказується приналежність до певної юрисдикції заподіювача шкоди – потенційного відповідача, а про потерпілу сторону нічого не сказано, то остання може перебувати як під юрисдикцією цієї держави, так і поза нею. Таким чином, дана норма містить загальні вимоги стосовно цивільного чи міжнародного приватного права держави, її процесуальних норм.

Також у ст. 235 Конвенції 1982 р. зазначено, що, для того щоб забезпечити швидке й адекватне відшкодування шкоди, заподіяної забрудненням морського середовища, держави співробітничають у здійсненні чинного міжнародного права і в подальшому розвитку міжнародного права, що стосується відповідальності для оцінювання і відшкодування шкоди або врегулювання пов'язаних із цим суперечок, а також принагідно у розробці критеріїв і процедур виплати належного відшкодування, таких як обов'язкове страхування чи компенсаційні фонди [4].

З цієї норми можна дійти таких висновків: відповідно до ст. 235 Конвенції 1982 р., держави зобов'язані співпрацювати в галузі відшкодування шкоди за забруднення морського середовища. Йдеться про правову форму співпраці держав у рамках міжнародного права.

Держави зобов'язані співпрацювати як у здійсненні чинного міжнародного права, так і в подальшому розвитку міжнародного права стосовно відповідальності.

У Конвенції 1982 р. не наводяться відмінності між міжнародним (публічним) та міжнародним цивільним правом. Послуговуються поняттями «чинне міжнародне право», «міжнародне право, що стосується відповідальності».

Предметною галуззю співпраці визнаються: оцінка шкоди; відшкодування шкоди;

врегулювання суперечок, пов'язаних з оцінюванням або/і відшкодуванням шкоди; критерії та процедури виплат належного відшкодування (обов'язкове страхування або компенсаційні фонди) [5, с. 40].

Тобто зміст ч. 3 ст. 235 Конвенції 1982 р. вказує на необхідність комплексного підходу як до співпраці держав у галузі охорони морського середовища від забруднення, включаючи приватноправові питання такої співпраці, а саме юридичної відповідальності за забруднення морського середовища, так і до вивчення міжнародно-правових аспектів відповідальності за забруднення морського середовища у контексті «чинного міжнародного права».

У свою чергу, регіональні угоди у механізмі міжнародно-правового регулювання протидії забрудненню моря мають таке значення.

Так, важливе місце в справі захисту та збереження морського середовища належить регіональним угодам, які дозволяють більш послідовно погоджувати природоохоронні заходи зі специфічними особливостями того або іншого регіону. На регіональному рівні є велика кількість угод, укладення яких мало на меті захист морського середовища окремого регіону чи держави [6, с. 46].

Значна частина західноєвропейських держав взяла участь в укладенні в 1974 р. Паризької Конвенції щодо запобігання забрудненню моря із джерел, розміщених на суші, дія якої поширюється на відповідний географічний регіон. Ця конвенція має регіональний характер та має на меті подальшу деталізацію регламентації захисту морського середовища від забруднення.

Також слід звернути увагу на Конвенцію щодо захисту морського середовища району Балтійського моря, участь в укладенні якої взяли Балтійські держави, які прийняли її в Гельсінкі в 1974 р. Конвенція застосовується до «регіону Балтійського моря», який включає власне Балтійське море, Фінську затоку і вхід до Балтійського моря, та має на меті створення конвенційного режиму, який би включав будь-яке джерело забруднення моря, так само і будь-який інший вид шкідливих речовин [7, с. 120].

Подібною за змістом і механізмом дії є й Конвенція щодо захисту Середземного моря від забруднення, яку підтримали держави Середземного моря та прийняли в лютому 1976 р. у м. Барселона. Барселонська конвенція містить також положення, які мають відношення до моніторингу, співробітництва в надзвичайних ситуаціях, пов'язаних із забрудненням, та співробітництва в галузі науки і техніки [3, с. 207].

Надалі, в квітні 1978 р., були прийняті регіональні конвенції стосовно захисту району Перської затоки, який підпадає під значну загрозу забруднення в результаті видобутку в цьому районі нафти та її перевезення на танкерах.

Також слід зауважити, що вразливість морського середовища в різних районах, морях може бути різною. Тому рівень встановлених для його захисту стандартів, придатний для більшості морських районів, для деяких районів може виявитися недостатнім. Для цих районів, в які входять моря, що мають обмежений зв'язок з океаном і в яких судноплавство до того ж часто буває інтенсивним, повинні встановлюватися режими, які враховують їх особливі умови. На такі «особливі райони» не лише повинні поширюватись загальні норми охорони морського середовища, але й діяльність в них, враховуючи виняткову створювану нею тут небезпеку, повинна регулюватися більш суворими правилами.

Хоча початкові елементи концепції «особливих регіонів» можна побачити вже в Конвенції із запобігання забрудненню моря нафтою 1954 р., яка встановила «заборонені зони», своє оформлення вона отримала лише на Конференції ІМКО із запобігання забрудненню моря 1973 р. У прийнятій на цій конференції Конвенції МАРПОЛ передбачені п'ять «особливих районів»: Середземне море, Балтійське море, Чорне море, Червоне море та район «заток» (Персидська затока), хоча не всі ці регіони підпадають під одні і ті ж положення конвенції [8, с. 112].

Отже, окрім вищезгаданих регіональних угод, розроблялись і продовжують розроблятись нині плани інших заходів на регіональному рівні, деякі з них здійснюються ЮНЕП відповідно до його програми регіональних морів. Відповідні регіони включають Червоне море та Аденську затоку, Карибське море, Південно-східну та південно-західну частину Тихого океану, моря Західної та Центральної Африки, а також Східної Азії.

Такий режим надає розпочатому півстоліття тому процесу нового, хоча ще і не завершеного змісту: розпочавши з регулювання забруднення, яке спричиняється якимось одним специфічним чинником з одного джерела забруднення, міжнародне договірне право охопить всі сторони забруднення моря, де б, з якого б джерела і як би воно не відбувалося. Варто водночас підкреслити, що дана обставина ніяким чином не применшує важливості регіональних заходів. Навпаки, може передбачити, що і в майбутніх зусиллях із запобігання, скорочення, збереження під контролем забруднення моря регіональне

співробітництво займе в рамках глобального підходу центральне місце.

Висновки

Таким чином, міжнародним співтовариством розроблено численну кількість міжнародних документів щодо недопущення забруднення морського середовища, встановлено процедури, заходи та обов'язки держав із забезпечення схоронності Світового океану.

Список використаної літератури:

1. Шемшученко Ю.С. Охрана морской среды. Юридическая энциклопедия : в 6 т. / ред. кол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : «Укр. ецикл.», 2002. С. 104.

2. Ярова А.О. Міжнародно-правовий захист щодо механізму запобігання забрудненню морського середовища. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 39 (2). С. 150–155.

3. Єлєазаров О.П. Особливості міжнародно-правової регламентації захисту морського середовища. *Юридична наука*. 2011. № 2. С. 205–210.

4. Конвенція ООН з морського права, прийнята 10 грудня 1982 року у Монтего-Бей на Ямайці : ратифіковано Законом України від 3 червня 1999 року № 728-XIУ II. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 31. Ст. 254.

5. Короткий Т.Р. Международно-правовая охрана морской среды от загрязнения с судов : монография. Одесса : Латстар, 2002. 200 с.

6. Ярова А. О. Захист морського середовища від забруднення на прикладі регіональних міжнародних угод. *Пріоритетні напрямки розвитку правової системи України* : матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф., Одеса, 14-15 жовтня 2015 р. Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2016. С. 45–49.

7. Ефремов В. С., Ефремов Н. В. Международное морское право о защите и сохранении морской среды. Международно-правовой режим использования научно-исследовательских судов : научное издание / кол. авторов, рук. авт. кол. А. А. Щипцов. Київ : «Наукова думка», 1996. 383 с.

8. Соколова А.К. Правовая охрана, использование и воспроизводство вод. Экологическое право Украини: учеб. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. П. Гетьмана, М.В. Шульги. Харків : Право, 2009. 248 с.

The article addresses the issues of international legal regulation of counteraction to pollution of the seas. It is noted that international legal regulation of counteracting pollution of the seas is of primary character in the system of measures to prevent pollution and measures to reduce the level of pre-existing pollution.

The article states that the legal basis for joint action by States in the field of international legal regulation of counteracting pollution of the seas is international treaties and conventions in the field of marine environment protection – universal and regional, public law and private law. They define the international legal regime for the protection and preservation of the marineenvironment, the rights and obligations of States when taking action against all sources of pollution in all marine areas.

It is emphasized that a special place among the international legal agreements concerning the protection of the environment is occupied by the UN Convention on the Law of the Sea of 1982, which provides for legal forms of cooperation between states in the field of combating marine pollution. The provisions of this Convention are grouped around a number of fundamental norms, covering virtually all existing aspects of marine protection, covering all sources of pollution and extending to different legal regimes in the oceans.

At the same time, the importance of regional conventions, which are aimed at the key solution of the problems of prevention of marine pollution, is also emphasized. After all, the vulnerabilityof the marine environment in different areas, seas maybe different. Therefore, the level of standards set for its protection, applicable to most maritime areas, may not be sufficient for some areas. Which leads to the establishment of special regimes, which are subject not only to the general standards of protection of the marine environment, but also special so-called regional ones, which set stricter rules and requirements for combating marine pollution.

Key words: pollution of the sea, counter action of pollution of the seas, international legal regulation of pollution of the seas, universal international acts, regional conventions.

УДК 342.9:[351.74:343.34](477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.29

Ольга Безпалова,
доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри поліцейської діяльності та публічного адміністрування
факультету № 3
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ, ПОВ'ЯЗАНІ З ДОТРИМАННЯМ ПРАВ ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ АНТИТЕРОРИСТИЧНОЇ ОПЕРАЦІЇ/ОПЕРАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ СИЛ

Окреслено проблемні питання, пов'язані із забезпеченням дотримання прав і свобод людини під час тимчасової окупації частини території України та військової агресії Російської Федерації в окремих районах Донецької і Луганської областей. Визначено категорії осіб, права яких порушуються під час та після проведення антитерористичної операції/операції Об'єднаних сил, що дозволило дійти висновку про необхідність вироблення дієвого механізму гарантування прав таких категорій громадян з боку держави. Розглянуто основні права громадян, щодо яких відбуваються систематичні порушення, та сформульовано основні заходи, що мають вживатися з метою недопущення їх порушення, відновлення порушених прав та мінімізації негативних наслідків. Доведена необхідність виробити на загальнодержавному рівні механізм реабілітації жертв катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання. Наголошено, що у зв'язку з початком російської збройної агресії основними категоріями осіб, щодо яких спостерігалися випадки катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, є військовослужбовці, які перебувають у зоні конфлікту на сході України, та цивільне населення. Визначено, що створення груп діалогу зумовлено тим фактом, що в демократичному суспільстві роль поліції полягає в тому, щоб захищати права громадян на вільне зібрання. Співробітники поліції патрулюють невеликі групи в натовпі та для кращої видимості одягнені у жовті жилети замість звичайної форми. Вони підтримують контакт з людьми, пояснюючи права та обов'язки учасників масового заходу. Зроблено висновок, що сьогодні з боку держави не лише створюються важливі передумови для врегулювання збройного конфлікту, що має місце на території Донецької та Луганської областей, а й приділяється неабияка увага створенню належних умов для гарантування реалізації громадянами усіх наданих їм Конституцією України прав і свобод. І у зв'язку з цим важливого значення набуває створення умов для реалізації прав громадян саме під час врегулювання збройного конфлікту та забезпечення правопорядку, недопущення порушення вказаних прав з боку правоохоронних органів, сприяння у їх реалізації.

Ключові слова: права громадян, антитерористична операція, операція Об'єднаних сил, правопорядок, відновлення.

Постановка проблеми. На законодавчому рівні чітко визначено, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю (стаття 3 Конституції України). Спрямованість діяльності держави визначається саме колом прав і свобод людини, системою гарантій їх забезпечення. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Усвідомлюючи це, органи державної влади України повинні вживати заходів щодо створення належних умов для забезпечення прав і свобод громадян, недопущення їх порушення та відновлення порушених прав. Важливим кроком у цьому напрямі є прийняття Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», якою в Україні визначаються вектори руху щодо впровадження європейських стандартів життя в оборонній, соціально-економічній, правоохоронній сферах.

Мета статті – висвітлити проблемні питання, пов'язані із забезпеченням дотримання прав і свобод людини під час проведення анитерористичної операції/операції об'єднаних сил, визначити категорії осіб, права яких здебільшого порушуються, та власне такі права.

© О. Безпалова, 2019

Виклад основного матеріалу. Ключовими векторами, визначеними даною Стратегією, є:

1) вектор розвитку (забезпечення сталого розвитку держави, проведення структурних реформ та, як наслідок, підвищення стандартів життя);

2) вектор безпеки (забезпечення гарантій безпеки держави, бізнесу та громадян, захищеності інвестицій і приватної власності);

3) вектор відповідальності (забезпечення гарантій того, що кожен громадянин, незалежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, мовних або інших ознак, матиме доступ до високоякісної освіти, системи охорони здоров'я та інших послуг у державному та приватному секторах);

4) вектор гордості (забезпечення взаємної поваги та толерантності в суспільстві, гордості за власну державу, її історію, культуру, науку, спорт) [1].

У цих векторах руху заплановано реалізацію 62 реформ та програм розвитку держави, що у результаті дозволить забезпечити баланс інтересів між громадянським суспільством, державою і бізнесом, запровадити якісно нові підходи до гарантування прав громадян. Вектори руху було прийнято з урахуванням рекомендацій місії Бюро з демократичних інститутів і прав людини Організації з безпеки і співробітництва в Європі, Венеціанської комісії, висновків Європейської комісії «За демократію через право». Це дозволило створити умови для забезпечення відносно високого рівня гарантій прав громадян в Україні.

В умовах тимчасової окупації частини території України та військової агресії Російської Федерації в окремих районах Донецької і Луганської областей проблема захисту прав і свобод людини постає особливо гостро. У кризовій ситуації ризики непропорційного обмеження прав і свобод людини зростають, що потребує особливого контролю з боку суспільства. Необхідно звернути увагу, що сьогодні, на жаль, не на всій території нашої держави створено однакові умови для реалізації громадянами конституційно закріплених за ними прав і свобод. У зв'язку з початком у 2014 році російської військової агресії проти України:

– системний характер мали порушення прав і свобод людини на окупованих територіях Донецької та Луганської областей;

– певна специфіка щодо реалізації окремих прав людини мала місце на території проведення Антитерористичної операції (а з 30 квітня 2018 року в зоні проведення Операції Об'єднаних Сил).

Така ситуація була зумовлена:

– ескалацією збройного конфлікту на сході України, зокремаЗ діяльністю терористичних збройних формувань,

– обстрілами житлових районів, наслідком яких стали жертви серед цивільного населення,

– вбивствами цивільних та інших осіб, захищених за міжнародним гуманітарним правом,

– незаконними затриманнями, насильницькими зникненнями та катуваннями,

– руйнуванням у результаті обстрілів житлового фонду, пошкодженням об'єктів критичної та соціальної інфраструктури, а також системи життєзабезпечення;

– руйнуванням фінансової, банківської сфери, транспортної інфраструктури та систем зв'язку та комунікацій;

– економічним занепадом та зростанням рівня безробіття внаслідок закриття підприємств, розриву економічних зв'язків, фізичного знищення виробничих потужностей.

Основними правами, щодо яких відбувалися порушення, можна назвати такі: 1) право на життя, захист від катувань та поганого поводження; 2) право на справедливий суд, право на правову допомогу (що було зумовлено, зокрема, обмеженим доступом жертв конфлікту до правосуддя); 3) право на приватність; 4) свобода пересування; 5) право на свободу та особисту недоторканність; 6) свобода думки, совісті та віросповідання; 7) свобода мирних зібрань; 8) свобода об'єднань; 9) право власності; 10) право на гідний рівень життя; 11) право на освіту; 12) протидія дискримінації; 13) права внутрішньо переміщених осіб (зокрема в частині доступу до соціальних послуг та державної допомоги, оформлення документів); 14) права жінок; 15) права дітей; 16) права людей з інвалідністю; 17) права осіб із проблемами психічного здоров'я; 18) право на участь в управлінні державними справами (зокрема, шляхом участі у голосуванні).

Також варто додати, що у результаті збройного конфлікту на Сході України виникло декілька нових груп населення, які потребують соціального захисту:

– цивільні особи, які перебували в полоні і потерпали від насильства та катувань, але не отримали інвалідність;

– цивільні особи, які перебували в полоні й отримали інвалідність;

– цивільні особи, які отримали тілесні ушкодження, пов'язані зі збройним конфліктом, але не отримали інвалідність;

– цивільні особи, які отримали тілесні ушкодження, пов'язані зі збройним конфліктом, і отримали інвалідність внаслідок таких тілесних ушкоджень;

– непрацездатні члени сім'ї цивільних осіб, які загинули в полоні або через бойові дії.

Сьогодні не вироблено чіткого механізму надання відповідного соціального статусу й адекватної соціальної допомоги вказаним категоріям цивільних осіб, які постраждали в ході збройного конфлікту.

Усвідомлюючи необхідність створення необхідних умов щодо гарантування усім громадянам України безперешкодної можливості щодо реалізації гарантованих їм Конституцією прав та вироблення дієвого механізму відновлення порушених прав Міністерством внутрішніх справ України було ініційовано прийняття Стратегії відновлення цілісності України і деокупації Донбасу «Механізм малих кроків». У цій Стратегії передбачено низку кроків щодо відновлення системної роботи органів влади, підвищення якості життя людей, забезпечення безпеки і правопорядку, нормалізації всіх процесів життєдіяльності [2].

Важливим кроком у напрямі створення належних умов для дотримання прав і свобод громадян на території України (у тому числі на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей), вдосконалення діяльності держави щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини, вирішення системних проблем у даній сфері є прийняття у 2015 році Національної стратегії у сфері прав людини [3]. Вказаною Стратегією визначено ключові права і свободи людини, які потребують вироблення дієвого механізму захисту. У даному документі звертається увага як на ті права і свободи, порушення яких має місце на всій території України, так і на ті права і свободи, порушення яких є найбільш характерним у регіонах, де проводиться АТО/ООС та на тимчасово окупованих територіях Донбасу.

Основним суб'єктом забезпечення правопорядку є органи Національної поліції. Саме на них безпосередньо покладається завдання щодо надання поліцейських послуг у сфері охорони прав і свобод громадян, тобто реалізація підходу «служіння суспільству». Зміст даного підходу полягає в дотриманні та забезпеченні прав людини і основних свобод як ключової цінності в діяльності органів поліції; реалізації органами поліції своїх функцій відповідно до потреб людини (Стратегія розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року) [4].

Розглянемо коротко основні права громадян, щодо яких відбуваються систематичні порушення, та основні заходи, що мають вживатися з метою недопущення їх порушення, відновлення порушених прав та мінімізації негативних наслідків (право на життя; протидія катуванням, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню; забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; забезпечення свободи мирних зібрань та об'єднань; захист прав внутрішньо переміщених осіб; звільнення заручників та відновлення їхніх прав).

Право на життя. Життя людини є найвищою соціальною цінністю. Починаючи з 2014 року відбуваються систематичні порушення права на життя внаслідок:

– незаконних дій терористичних організацій ДНР та ЛНР, бойовиків, найманців, а також агресії Російської Федерації;

– збільшення незаконного обігу зброї;

– непропорційного використання сили та спеціальних засобів працівниками правоохоронних органів;

– неналежного надання медичної допомоги громадянам України.

Так, лише у 2014 році на території Донецької області було зареєстровано 2 377 умисних вбивств (для порівняння: у 2013 році – 273 вбивства, у 2015 році – 1 418, у 2016 році – 230). Що стосується Луганської області, то у 2014 році було зареєстровано 280 умисних вбивств (для порівняння: у 2013 році – 154 вбивства, у 2015 році – 74, у 2016 році – 59).

У зв'язку з цим з боку держави має бути:

– вироблено належні гарантії захисту права на життя та запроваджено правові засоби захисту і механізми ефективного розслідування порушень права на життя.

– створено ефективну систему, спрямовану на забезпечення протидії злочинним діянням проти життя людини, запобігання їм, припинення та покарання за такі діяння, відшкодування сім'ям потерпілих;

– створено умови для додержання норм міжнародного права для захисту життя мирного населення на тимчасово окупованій території України.

Протидія катуванням, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. У зв'язку з початком російської збройної агресії основними категоріями осіб, щодо яких спостерігалися випадки катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, є військовослужбовці, які перебувають у зоні конфлікту на сході України, та цивільне населення. Варто відзначити, що катування військовослужбовців має системний та масштабний характер. Ті військові та працівники правоохоронних органів, що перебували у полоні, підлягали допитам, вимаганням неправдивих свідчень

та співпраці з російськими спецслужбами (як шляхом психологічного тиску, так і шляхом тортур та погроз фізичного знищення). Зважаючи на те, що випадки катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання завдають не лише фізичної, але й психічної шкоди, важливо виробити на загальнодержавному рівні механізм реабілітації жертв таких злочинів.

Необхідність **забезпечення права на свободу та особисту недоторканність** актуалізувалася з 2014 року у зв'язку з поширенням насильницьких зникнень осіб на тимчасово окупованій території України та у районі проведення антитерористичної операції в Донецькій і Луганській областях. Так, для прикладу, за даними ЄРДР з початку збройного конфлікту на сході України слідчими органів Національної поліції розпочато майже 3,2 тис. кримінальних проваджень за фактами незаконного позбавлення волі осіб (ст. 146 КК України).

З метою максимально повного забезпечення прав громадян на свободу та особисту недоторканість від органів поліції вимагається суворе дотримання процедури розслідування для притягнення до відповідальності осіб, винних у викраденні людей на тимчасово окупованій території України та у районі проведення антитерористичної операції в Донецькій і Луганській областях, в тому числі з використанням міжнародно-правових механізмів.

Специфічною категорією, щодо яких право на свободу та особисту недоторканність може порушуватися під час здійснення ними професійної діяльності, є представники засобів масової інформації (журналісти), які висвітлюють події у зоні АТО/ООС. Журналісти під час планування відрядження до зони конфлікту повинні бути ознайомлені з особливостями забезпечення особистої фізичної та цифрової (захист облікових засобів та пристроїв) безпеки, потенційними ризиками у зоні конфлікту.

Звільнення заручників та відновлення їхніх прав. Основною проблемою, що існує у даній сфері, є відсутність ефективної системи заходів щодо визволення заручників, які захоплені і (або) утримуються на території Донецької і Луганської областей, забезпечення їх реабілітації.

Так, з початку тимчасової окупації окремих районів Донецької та Луганської областей слідчими органів Національної поліції розпочато 3 091 кримінальне провадження за фактами незаконного позбавлення волі та захоплення як заручників осіб (де 974 – за фактом викрадення чи захоплення військовослужбовців та 2 582 – цивільних осіб), з яких 2 079 – на території Донецької області, 1 012 – Луганської області.

Натепер нерозшуканими залишаються 2 372 безвісти зниклих осіб та у полоні перебуває 984 (незаконно позбавлені волі) особи у кримінальних провадженнях, розпочатих слідчими органів Національної поліції [5].

Варто зазначити, що з метою ефективного розслідування фактів незаконного викрадення громадян, захоплення заручників працівники слідчих підрозділів взаємодіють із представниками карного розшуку та підрозділами криміналістичного забезпечення.

З метою створення ефективної системи заходів щодо звільнення заручників представниками Національної поліції систематично проводяться зустрічі з членами Служби безпеки України, Міністерства закордонних справ України, Робочої групи ООН з прав людини з питань насильницьких та недобровільних зникнень громадян, посилення діалогу між органами влади, які займаються питаннями ненасильницького зникнення, та сім'ями зниклих безвісти осіб для сприяння розслідування обставин усіх повідомлень про насильницькі зникнення.

Забезпечення свободи мирних зібрань та об'єднань. Одним із конституційних прав громадян є право на мирні зібрання. Так, відповідно до статті 39 Основного закону громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування.

До числа повноважень Національної поліції в частині дотримання прав громадян на свободу мирних зібрань належать такі: 1) забезпечення публічного порядку і безпеки людей під час проведення мирного зібрання; 2) супроводження учасників мирного зібрання, а також за наявності дозволу органу місцевого самоврядування – тимчасове обмеження або зміна маршрутів руху транспорту, встановлення спеціальних знаків; 4) на прохання організатора одного з одночасних мирних зібрань або в разі необхідності під час проведення контрзібрань забезпечення розведення учасників зібрань на безпечну відстань, при цьому не обмежуючи сторони у праві проведення одночасних мирних зібрань.

У разі, якщо учасники мирного зібрання масово застосовують насильство або своїми діями перешкоджають затриманню осіб, що вчиняють насильство в ході мирного зібрання, та якщо іншим чином припинити насильство не можливо, органи поліції оголошують про втрату зібранням мирного характеру.

В оголошенні про втрату зібранням мирного характеру органи поліції повідомляють про: 1) надання часу для залишення місця проведення зібрання для осіб, що не беруть участь в актах насильства; 2) можливість реалізувати своє право на мирне зібрання таким чином, щоб не перешкоджати законним діям працівників правоохоронних органів, в тому числі шляхом проведення спонтанного зібрання.

У рамках створення належних умов для забезпечення права на захист свободи мирних зібрань прийнято Закон України від 03 жовтня 2017 року № 2147-VIII «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Згідно зі змінами, суд не обов'язково може заборонити – він може дозволити проведення мирного зібрання, але із застереженням, наприклад, що має бути розведення контрзібрань. Владні органи можуть вимагати заборони мирних зібрань лише в окремих випадках і не пізніше ніж за 24 години до самого зібрання. Розглянути справу суд має протягом двох днів або негайно. Позивач, перед тим як звертатися до суду, повинен оприлюднити позовну заяву на своєму сайті, крім того, електронною поштою повідомити організаторів проведення мирного зібрання про те, що він звертається до суду. Суб'єкт владних повноважень повинен самостійно доводити в суді, що є підстави для заборони, а всі аргументи необхідно попередньо включити до позовної заяви.

Із середини 2017 року у низці регіонів держави розпочалося практичне впровадження діяльності груп комунікації (перемовників або групи діалогу) поліції під час проведення масових заходів. Під час створення цих підрозділів за основу взято досвід поліції комунікації Чеської Республіки у взаємодії з Консультативною місією Європейського Союзу з реформування сектору цивільної безпеки в Україні, яка діє з 2014 року в Україні. Натепер групи функціонують у багатьох регіонах, зокрема у Львівській, Миколаївській, Одеській, Полтавській, Рівненській, Харківській, Хмельницькій областях, місті Києві [5] тощо. Основною метою діяльності груп діалогу є налагодження взаємодії та довіри. Завданням вказаних груп є налагодження діалогу з організаторами та учасниками акцій під час масових заходів: акцій протестів, футбольних матчів, маршів, релігійних заходів тощо.

Створення груп діалогу зумовлено тим фактом, що в демократичному суспільстві роль поліції полягає в тому, щоб захищати права громадян на вільне зібрання. Співробітники поліції патрулюють невеликими групами в натовпі та для кращої видимості одягнені у жовті жилети замість звичайної форми. Вони підтримують контакт із людьми, пояснюючи права та обов'язки учасників масового заходу. Встановлюючи діалог із громадянами під час великих зібрань, співробітники поліції значно зменшують ризик ескалації насильства та запобігають конфронтації.

Висновки

Зважаючи на викладене вище, хотілося б зазначити, що сьогодні з боку держави не лише створюються важливі передумови для врегулювання збройного конфлікту, що має місце на території Донецької та Луганської областей, а й приділяється неабияка увага створенню належних умов для гарантування реалізації громадянами усіх наданих їм Конституцією України прав і свобод. І у зв'язку з цим важливого значення набуває створення умов для реалізації прав громадян саме під час врегулювання збройного конфлікту та забезпечення правопорядку, недопущення порушення вказаних прав з боку правоохоронних органів, сприяння у їх реалізації.

Список використаних джерел:

1. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015 (дата звернення: 13.11.2019).

2. Стратегія відновлення цілісності України і деокупації Донбасу «Механізм малих кроків» URL: https://blogs.pravda.com.ua/authors/avakov/5b1faf7a125a0/ (дата звернення: 12.11.2019).

3. Про затвердження Національної стратегії у сфері прав людини : Указ Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/501/2015 (дата звернення: 13.11.2019).

4. Про схвалення Стратегії розвитку органів системи Міністерства внутрішніх справ на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 15 листопада 2017 року № 1023-р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1023-2017-р. (дата звернення: 03.11.2019).

5. Безпалова О.І. Дотримання прав людини під час охорони публічного порядку під час проведення Операції Об'єднаних Сил. *Забезпечення правопорядку на території проведення операції Об'єднаних сил* : матеріали всеукраїнського науково-практичного семінару (м. Маріуполь, 12 жовтня 2018 р.). Маріуполь, 2018. С. 23–50.

Issues related to ensuring the observance of human rights and freedoms during the temporary occupation of part of the territory of Ukraine and military aggression of the Russian Federation in certain regions of Donetsk and Luhansk regions are outlined. The categories of persons whose rights are violated during and after the conduct of the anti-terrorist operation/operation of the United Forces have been determined, which has led to the conclusion that it is necessary to develop an effective mechanism for guaranteeing the rights of such categories of citizens by the state. The basic rights of citizens who are subject to systematic violations are considered and the basic measures that should be taken to prevent their violation, restoration of violated rights and minimization of negative consequences are formulated. The need to develop a mechanism for rehabilitation of victims of torture, cruel, inhuman or degrading, abusive or punitive, has been demonstrated at the national level. It is emphasized that, due to the onset of Russian armed aggression, the main categories of persons who have been subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment are servicemen in the conflict zone in eastern Ukraine and civilians. It is determined that the creation of dialogue groups is conditioned by the fact that in a democratic society, the role of the police is to protect citizens' rights to free assembly. Police officers patrol small groups in the crowd and, for better visibility, dressed in yellow vests instead of the usual uniform. They keep in touch with people by explaining the rights and responsibilities of the mass event participants. It is concluded that today the state not only creates important preconditions for the settlement of the armed conflict that takes place in the territory of Donetsk and Luhansk regions, but also draws considerable attention to the creation of proper conditions for guaranteeing the citizens of all rights and freedoms granted to them by the Constitution of Ukraine. In this regard, it is of great importance to create conditions for the realization of citizens' rights precisely during the settlement of armed conflict and to ensure law and order, to prevent violations of these rights by law enforcement agencies, to assist in their implementation.

Key words: citizens' rights, anti-terrorist operation, United Nations operation, law and order, recovery.

УДК 342.2:336.222
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.30

Віктор Бернадін,
ад'юнкт кафедри публічного управління та адміністрування
Національної академії внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА КЛАСИФІКАЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ОБІГУ ПІДАКЦИЗНИХ ТОВАРІВ

У статті розглядаються проблемні питання визначення поняття «адміністративне правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів», а також наводиться класифікація таких правопорушень. Запропоновано визначити адміністративне правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів як суспільно-шкідливу, протиправну, винну дію чи бездіяльність, що порушує адміністративно-правові норми у сфері регулювання обігу підакцизних товарів та за яку законодавством встановлено адміністративну відповідальність. До вказаних адміністративних правопорушень запропоновано відносити правопорушення, що порушують встановлений порядок імпорту, експорту, транспортування, зберігання, продажу та інших видів діяльності, що здійснюються по відношенню до підакцизних товарів. До вказаної категорії товарів належать спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, алкогольні напої, пиво; тютюнові вироби, тютюн та промислові замінники тютюну; пальне; автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли, транспортні засоби, призначені для перевезення 10 осіб і більше, транспортні засоби для перевезення вантажів; електрична енергія. Досліджено критерії та окремі види класифікацій адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів. Визначено критерії поділу зазначених правопорушень на види: тривалість вчинення того чи іншого припорошення, форма вчинення протиправного діяння, характер шкідливих наслідків вчиненого діяння, особливості суб'єктів вчинення порушень митних правил, а також об'єкт посягання. За останнім критерієм запропоновано класифікацію таких правопорушень з поділом їх на такі групи: – правопорушення, що пов'язані з обігом спирту етилового та інших спиртових дистилятів, алкогольних напоїв, пива, а також тютюнових виробів, тютюну та промислових замінників тютюну; правопорушення, які пов'язані з обігом пального та електричної енергії; митні правопорушення, що пов'язані з обігом підакцизних товарів.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, податкове правопорушення, митне правопорушення, адміністративна відповідальність, підакцизні товари.

Постановка проблеми. Важливим джерелом наповнення Державного бюджету України є акцизний збір, а тому правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів заподіюють безпосередню шкоду державній фінансовій системі. Крім того, вони також створюють загрозу завдання шкоди правам та інтересам споживачів таких товарів.

До підакцизних товарів, згідно зі ст. 215 Податкового кодексу України, належать: спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, алкогольні напої, пиво (крім квасу «живого» бродіння); тютюнові вироби, тютюн та промислові замінники тютюну; пальне; автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли, транспортні засоби, призначені для перевезення 10 осіб і більше, транспортні засоби для перевезення вантажів; електрична енергія [1]. Обіг же зазначених товарів – це їх імпорт, експорт, транспортування, зберігання, продаж та інші види діяльності, що здійснюються по відношенню до даних товарів.

У науковій літературі фактично відсутні комплексні дослідження питань адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері обігу усіх вказаних підакцизних товарів. Вони розглядаються фрагментарно, приу межах дослідження конкретних видів такого роду правопорушень. Наприклад, правопорушення у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів або правопорушення у митній чи податковій сфері. Окремим питанням адміністративно-правової протидії правопорушенням у сфері обігу підакцизних товарів приділяли увагу такі вчені, як О.М. Бандурка, О.Ю. Дрозд, С.В. Ківалов, В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, С.І. Лепський, Ю.С. Шемшученко, С.А. Шепетько та інші. Проте залишається потреба в науковій розробці комплексних питань реалізації механізму адміністративної відповідальності

© В. Бернадін, 2019

за правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів.

Метою статті є визначення поняття адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів, а також проведення їх класифікації з урахуванням особливостей об'єктивних та суб'єктивних ознак цих правопорушень.

Виклад основного матеріалу. Адміністративна відповідальність за порушення норм у сфері обігу даної категорії товарів характеризується певними особливостями, перша з яких пов'язана з існуванням різних за своєю суттю законодавчих актів. Найбільш поширеними у наукових джерелах визначають такі види адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів: порушення використання товарно-транспортних накладних за формою 1-ТН (алкогольні напої); реалізація алкогольних напоїв на підставі ліцензії на право роздрібної торгівлі у місці торгівлі, площа якого є меншою 20 м^2; здійснення роздрібної торгівлі тютюновими виробами за цінами, вищими від максимальних роздрібних цін на тютюнові вироби, встановлених виробниками або імпортерами таких тютюнових виробів, збільшеними на суми акцизного податку з реалізації через роздрібну торговельну мережу; порушення вимоги зберігання підакцизних товарів у місцях зберігання, не внесених до Єдиного державного реєстру місць зберігання тощо [2].

Проте наведений порядок розмежування правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів не має ознаки системності та наукової обґрунтованості, крім того, в ньому міститься значна кількість фінансових правопорушень, а не адміністративних. Тому пропонується визначити можливий перелік адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів з використанням системного підходу в побудові відповідної класифікації. У наукових дослідженнях приділяється недостатня увага до такої класифікації, проте досить детально розглядається питання доктринальних підходів до класифікації адміністративних правопорушень у сфері оподаткування.

Фактично Податковим Кодексом України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI визначається три види правопорушень у сфері оподаткування – це фінансові, адміністративні та кримінальні, що випливає зі змісту глави 11 цього нормативно-правового акта [1]. Більш детальна класифікація наводиться науковцями у дослідженні особливостей цього виду правопорушень.

Наприклад, В.В. Іщенко пропонує класифікувати адміністративні правопорушення у сфері оподаткування за видовими об'єктами на такі групи: 1) адміністративні правопорушення проти порядку ведення податкового обліку, складання та подання податкової звітності (ст. 163-1, 163-2 КУпАП); 2) адміністративні правопорушення проти обов'язків зі сплати податків та подання декларацій про доходи та майновий стан (ст. 163-4, 164-1, ч. 1, 3, 4 ст. 172-6 КУпАП); 3) адміністративні правопорушення проти контрольних функцій податкових органів (ст. 163-3, ч. 5-9 ст. 166-6, ст. 188-23 КУпАП); 4) адміністративні правопорушення у сфері виробництва та збуту алкогольних напоїв та тютюнових виробів (ст. 156, 156-2, 164-5, 177-2 КУпАП); 5) адміністративні правопорушення проти прав та свобод платників податків (ч. 9, 10 ст. 166-6, ст. 166-21 КУпАП) [3, с. 144].

Запропонована класифікація є досить вдалою та заслуговує на увагу в контексті даного дослідження. Проте важко погодитися з позицією автора щодо доцільності встановлення додаткової адміністративної відповідальності за правопорушення проти системи оподаткування (під якими пропонується розуміти: незаконне встановлення та/або введення податків, незаконне стягнення податків, незаконне звільнення від сплати податків), а також правопорушення проти виконання дохідної частини бюджету (наприклад, незаконне використання коштів, що надійшли на сплату податків податковими агентами або банками).

Інші ж класифікації вважають менш вдалими та не виокремлюють таку сферу діяльності, як обіг підакцизних товарів. Зокрема І. Лонюк наводить таку класифікацію податкових адміністративних правопорушень за суб'єктами, які їх вчиняють: 1) правопорушення, за вчинення яких відповідальність несуть лише керівники та інші посадові особи; 2) правопорушення, за вчинення яких відповідальність несуть лише посадові особи і громадяни – суб'єкти підприємницької діяльності; 3) правопорушення, за вчинення яких відповідальність несуть лише громадяни, які займаються підприємницькою діяльністю; 4) правопорушення, за вчинення яких відповідальність несуть лише громадяни [4, с. 34].

Значна увага науковцями приділяється класифікації, яка запропонована С.Г. Пепеляевим. Ним визначено, що податкові правопорушення слід поділяти на: 1) правопорушення проти системи податків; 2) правопорушення проти прав та свобод платників податків; 3) правопорушення проти системи гарантій виконання обов'язків платника податків; 4) правопорушення

проти виконання дохідної частини бюджету; 5) правопорушення проти контрольних функцій податкових органів; 6) правопорушення проти порядку ведення бухгалтерського обліку, складання та подання бухгалтерської та податкової звітності; 7) правопорушення проти обов'язків зі сплати податків [5, с. 95; 6, с. 208].

Дослідження наведених класифікацій, а також вивчення сфери обігу підакцизних товарів як об'єкта адміністративно-правової охорони дає підстави взяти за основу класифікацію, що була запропонована В. В. Іщенко, з деякими зауваженнями та уточненнями. Слід погодитися з позицією дослідника щодо розподілу адміністративних правопорушень у сфері оподаткування за видовими об'єктами, проте пропонується замість такого виду, як адміністративні правопорушення у сфері виробництва та збуту алкогольних напоїв та тютюнових виробів, окремо виділити адміністративні правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів. Разом із тим залишається вирішити питання щодо визначення переліку правопорушень, які слід віднести до даного виду.

Варто розпочати з аналізу суспільних відносин, що існують у сфері обігу підакцизних товарів та яким може заподіюватись шкода відповідними правопорушеннями. Слід враховувати, що п. 215.1 ст. 215 Податкового кодексу України до підакцизних товарів відносить: спирт етиловий та інші спиртові дистиляти, алкогольні напої, пиво; тютюнові вироби, тютюн та промислові замінники тютюну; пальне; автомобілі легкові, кузови до них, причепи та напівпричепи, мотоцикли, транспортні засоби, призначені для перевезення 10 осіб і більше, транспортні засоби для перевезення вантажів; електричну енергію [1]. Відповідно, під обігом підакцизних товарів слід розуміти будь-яку діяльність щодо виготовлення, імпорту, експорту, транспортування, зберігання, збуту та розповсюдження даних товарів. Тому правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів мають посягати на суспільні відносити у визначених видах діяльності та мати таку обов'язкову ознаку, як предмет правопорушення – підакцизний товар, для того щоб їх можна було віднести до досліджуваної групи правопорушень.

Визначення відповідного переліку адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів можна здійснити через аналіз нормативно-правових актів, якими встановлюється відповідальність за їх вчинення.

Насамперед слід звернути увагу на Кодекс України про адміністративні правопорушення. У межах цього нормативно-правового акта можливо виділити кілька підвидів адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів.

По-перше, це правопорушення, що пов'язані з обігом спирту етилового та інших спиртових дистилятів, алкогольних напоїв, пива, а також тютюнових виробів, тютюну та промислових замінників тютюну. Дану групу пропонується визначити як правопорушення у сфері обігу алкогольних напоїв та тютюнових виробів та включити до неї:

– порушення правил торгівлі пивом, алкогольними, слабоалкогольними напоями і тютюновими виробами (ст. 156 КУпАП);

– порушення встановленого порядку промислової переробки, зберігання, транспортування або знищення конфіскованих спирту, алкогольних напоїв чи тютюнових виробів (ст. 156-2 КУпАП);

– порушення встановленого порядку промислової переробки, зберігання, транспортування або знищення конфіскованих спирту, алкогольних напоїв чи тютюнових виробів (ст. 156-3 КУпАП);

– порушення порядку провадження господарської діяльності (ст. 164 КУпАП, в частині діяльності, пов'язаної з обігом алкогольних напоїв та тютюнових виробів);

– зберігання або транспортування алкогольних напоїв чи тютюнових виробів, на яких немає марок акцизного збору встановленого зразка (ст. 164-5 КУпАП);

– випуск у продаж продукції з порушенням вимог щодо медичних попереджень споживачів тютюнових виробів (ст. 168-2 КУпАП);

– виготовлення, зберігання самогону та апаратів для його вироблення (ст. 176 КУпАП);

– придбання самогону та інших міцних спиртних напоїв домашнього вироблення (ст. 177 КУпАП);

– виготовлення, придбання, зберігання або реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв або тютюнових виробів (ст. 177-2 КУпАП).

По-друге, це адміністративні правопорушення, які пов'язані з обігом пального та електричної енергії, до яких можна віднести:

– порушення правил користування енергією, водою чи газом (ст. 103-1 КУпАП);

– незаконний відпуск або придбання бензину чи інших паливно-мастильних матеріалів (ст. 161 КУпАП);

– порушення порядку провадження господарської діяльності (ст. 164 КУпАП, в частині діяльності, пов'язаної з обігом пального).

Крім КУпАП, відповідальність за адміністративні правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів також встановлена у Митному кодексі України. Адже у ст. 458 цього кодексу визначається, що порушення митних правил є адміністративним правопорушенням [7].

У даних нормативно-правових актах по-різному визначається поняття адміністративного правопорушення, на що звертають увагу окремі науковці [8, с. 193]. Так, у ст. 9 КУпАП адміністративне правопорушення визначається як протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність [9]. Відповідно, у ст. 458 МКУ під адміністративним правопорушенням розуміються протиправні, винні (умисні або з необережності) дії чи бездіяльність, що посягають на встановлений МКУ та іншими актами законодавства України порядок переміщення товарів, транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України, пред'явлення їх органам доходів і зборів для проведення митного контролю та митного оформлення, а також здійснення операцій з товарами, що перебувають під митним контролем або контроль за якими покладено на органи доходів і зборів МКУ чи іншими законами України, і за які МКУ передбачена адміністративна відповідальність [7].

Враховуючи зазначене, під адміністративним правопорушенням у сфері обігу підакцизних товарів слід розуміти суспільно-шкідливу, протиправну, винну дію чи бездіяльність, що порушує адміністративно-правові норми у сфері регулювання обігу підакцизних товарів та за яку законодавством встановлено адміністративну відповідальність.

У Митному кодексі України не визначаються особливості відповідальності за правопорушення саме за порушення обігу підакцизних товарів. Разом із тим порушення, передбачені розділом XVIII «Порушення митних правил та відповідальність за них» Митного кодексу України, досить часто бувають пов'язані з порушеннями порядку обігу підакцизних товарів, а саме їх імпорту чи експорту.

Загалом, за об'єктом посягання науковцями пропонується виділяти такі групи адміністративних правопорушень у Митному кодексі України:

– порушення, що посягають на встановлений порядок переміщення товарів і транспортних засобів комерційного призначення через митний кордон України (ст. 473, 477, 482, 483);

– порушення, що посягають на встановлений порядок здійснення митного контролю та оформлення (ст. 471, 474, 475, 470, 472);

– порушення, що посягають на встановлений порядок здійснення операцій з товарами, що перебувають під митним контролем (ст. 469, 477, 480);

– порушення, що посягають на встановлений порядок оподаткування та надання митних пільг (ст. 481, 484, 485) [10, с. 467].

У наукових джерелах також можна зустріти інші критерії поділу зазначених правопорушень на види: тривалість вчинення того чи іншого правопорушення, форма вчинення протиправного діяння, характер шкідливих наслідків вчиненого діяння, а також особливості суб'єктів вчинення порушень митних правил.

Висновки

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що аналіз наведених наукових позицій щодо визначення поняття та класифікації адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів дає змогу сформулювати такі висновки.

Адміністративне правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів – це суспільно-шкідлива, протиправна, винна дія чи бездіяльність, що порушує адміністративно-правові норми у сфері регулювання обігу підакцизних товарів та за яку законодавством встановлено адміністративну відповідальність.

До адміністративних правопорушень у сфері обігу підакцизних товарів слід відносити правопорушення, що порушують встановлений порядок імпорту, експорту, транспортування, зберігання, продажу та інших видів діяльності, що здійснюються по відношенню до підакцизних товарів, та відповідальність за які встановлюється адміністративним законодавством.

Адміністративні правопорушення у сфері обігу підакцизних товарів слід поділяти на такі види:

– правопорушення, що пов'язані з обігом спирту етилового та інших спиртових дистилятів, алкогольних напоїв, пива, а також тютюнових виробів, тютюну та промислових замінників тютюну (статті 156, 156-2, 156-3, 164, 164-5, 168-2, 176, 177, 177-2 КУпАП);

– правопорушення, які пов'язані з обігом пального та електричної енергії (статті 103-1, 161, 164 КУпАП);

– митні правопорушення, що пов'язані з обігом підакцизних товарів (статті 473 – 485 МКУ).

Список використаних джерел:

1. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–17. Ст. 112.
2. Підакцизні товари: наслідки порушень. *Вісник*. Офіційно про податки : офіційне видання державної фіскальної служби. URL: http://www.visnuk.com.ua/uk/publication/100004916-pidaktsizni-tovari-naslidki-porushen (дата звернення: 09.11.2019).
3. Іщенко В.В. Класифікація адміністративних правопорушень у сфері оподаткування: доктринальні підходи. Порівняльне-аналітичне право. 2017. №1. С. 142–145. URL: http://www.pap.in.ua/1_2017/44.pdf (дата звернення: 09.11.2019).
4. Лонюк І. Відповідальність за порушення податкового законодавства. *Вісник податкової служби України*. 2001. № 26. С. 33-34.
5. Пепеляев С.Г. Предложения по проекту Налогового кодекса. Ответственность за нарушения налогового законодательства. Выпуск первый / отв. ред. В.Ф. Захарова. Москва, 1996. С. 87–101.
6. Пепеляев С.Г. Налоговый кодекс: взаимная ответственность. *Ваш налоговый адвокат. Советы юристов* : сб. статей. Выпуск 1. Москва : ФБК-ПРЕСС, 1997. С. 203–217.
7. Митний кодекс України від 13.03.2012 № 4495-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 44–48. Ст. 552.
8. Джурик О.Р. Особливості адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері державної митної справи. *Порівняльно-аналітичне право*. 2016. № 5. С. 192–195.
9. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X / Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/80731-10 (дата звернення: 09.11.2019).
10. Зотенко О. О. Класифікація порушень митних правил. Критерії розмежування «триваючих» та «разових» ПМП. *Правове життя сучасної України* : матеріали Міжнар. наук. конф. проф.-викл. та аспірант. складу (м. Одеса, 16-17 травня 2013 р.) / відп. за вип. В. М. Дрьомін ; НУ «ОЮА». Півд. регіон. центр НАПрН України. Одеса : Фенікс, 2013. Том 1. С. 467–468.

The article views the problematic issues of definition of the term "administrative offense in the field of circulation of excisable goods", and also provides a classification of such offenses. It is proposed to define an administrative offense in the sphere of circulation of excisable goods as socially harmful, unlawful, guilty act or omission, which violates the administrative and legal norms in the sphere of regulation of circulation of excisable goods, and for which the legislation establishes administrative responsibility. These administrative offenses are proposed to include offenses that violate the established order of import, export, transportation, storage, sale and other activities carried out in relation to excisable goods. Ethanol and other alcoholic distillates, alcoholic beverages, beer are included in the specified category of goods; tobacco, tobacco and industrial tobacco substitutes; fuel; cars, bodies, trailers and semi-trailers, motorcycles, vehicles intended for the carriage of 10 persons or more, vehicles for the carriage of goods; electrical energy. Criteria and separate types of classifications of administrative offenses in the field of circulation of excisable goods are investigated. The existing criteria for the division of these offenses into types are determined: depending on the duration of committing one or another offense, on the form of committing the unlawful act, depending on the nature of the harmful consequences of the committed act, on the peculiarities of the subjects of committing violations of customs rules, as well as on the object encroachment. Taking into account the latter criterion, the classification of such offenses is proposed, with their division into the following groups: - offenses related to the circulation of ethyl alcohol and other alcoholic distillates, alcoholic beverages, beer, as well as tobacco, tobacco and industrial substitutes; offenses related to the circulation of fuel and electricity; customs offenses related to the circulation of excisable goods.

Key words: administrative offense, tax offense, customs offense, administrative liability, excisable goods.

UDC 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.31

Yaroslav Buryak,
Candidate of Law Sciences, Assistant at the Department of Civil Law and Process of the Institute of Law, Psychology and Innovative Education of Lviv Polytechnic National University

TRANSFORMATION OF ADMINISTRATIVE-LEGAL STATUS OF PUBLIC ADMINISTRATION ON THE BASED OF HUMAN-CENTRISM

The article is devoted to the study of the stages of transformation of the administrative and legal status of public administration bodies on the basis of Human Center. The stages of transformation of public administration bodies are distinguished, attention is paid to the special relevance and social importance of issues related to improving the efficiency of public administration bodies, with the quality of the services provided by the state in the context of civil society development.

The article emphasizes that public administration should be understood as a transparent process of active engagement of three groups of "actors" – the state, representatives of civil society and entrepreneurship – in the process of making and implementing socially significant decisions and pressing problems.

In the context of the controversy over the traditional three-stage evolution of public administration in the study of the evolution of public administration, the last of which is ongoing today, this section provides a grounded version of the five main stages, each of which is in any way related to the search for new models of democracy, strengthening of ambivalent processes, formation of needs for new models, principles of public nature of management and mechanisms for solving socially significant problems.

Theoretically, the actions of the individual can and should be televised, social or public, and therefore the person, even as a public servant, cannot forget the goals, values and values of other people. But in practice, it turns out that a public servant is incapable of acting, oriented at the same time and at the goal, and at other members of society, and therefore cannot be a full member of society.

It should also be noted that in the first stage an administrative school of management was developed and developed. One of the main goals of which is to create universal management principles.

The administration should be divided into six groups of administrative operations: administrative, commercial, financial, technical and technological, accounting and security. The main subject of his research was the administrative operations group, as other groups were considered to be the object of influence of the administrative function.

Key words: public administration, Human-centrism, public service, transformation of public administration, public management, civil society.

Formulation of the problem. Today, the problem of Human-centrism in public administration is becoming more and more urgent, as history shows the state bureaucratic mechanism is increasingly inferior to the interests of civil society due to the external globalization processes in the world due to democratic processes.

Public administration is increasingly reduced to serving not so much a bureaucratic machine, but directly to citizens as individuals. That is why, more and more, we are talking about the effectiveness of the provision of public services, which are in the interconnection of the state and the citizen.

The following objectives were set in the study of this issue:

– to characterize the research positions of scientists on the essence of public management;

– to distinguish the stages of implementation of Human Center in public administration;

– to pay attention to and analyze the scientific positions on the concept of the effectiveness of public administration, taking into account the Human Center.

Presenting main material. The term "public management" came into circulation about 140 years ago, and today has different translation options: "public", "public" management. In the 1970s, public administration was considered within the framework of "public administration", in the 1980s – "public policy and management", and in the 1990s – the theory of "leadership" and "renewed management". In the XXI century, these concepts found their continuation in the approaches of "present" and "managerial" management. The first approach defines "a citizen as a client,

© Ya. Buryak, 2019

enabling him to choose between the public and private sectors and seek the best quality of public services" [1, p. 39]. Consequently, public administration is transformed into an organization similar to that of private entities. And the second approach emphasizes the fact that public authorities operate in a political environment, so they are responsible not to clients, but to citizens. All the above theories form the conceptual basis of modern public administration, helping to improve its quality, by reducing social costs and increasing responsibility for "consumer satisfaction".

Scientists' research positions on the essence of "public administration" do not find a unified interpretation and unity of views in this regard. Some define public administration as the influence of a public authority on an object for any public interest [2, p. 9].

Others – as rulemaking, regulatory, control, organizational and other activities carried out on the basis of established rules, rules and procedures [3, p. 41].

Third, it is about managing society together with society itself [4, p. 32].

Fourth – as the management of complex network entities, consisting of many actors, such as elements of national, regional, local government, interest groups, social institutions, private organizations [5, p. 253].

In our opinion, under public administration we should understand the transparent process of active interaction of three groups of "actors" – the state, representatives of civil society and entrepreneurship – in the process of making and implementing socially significant decisions and pressing problems.

In the context of the controversy with the traditional allocation in the study of the evolution of public governance of the three stages, the last of which is ongoing to date, this section of the study provides a substantiated version of the five main stages, each of which, in one way or another, is related to the search for new models of democracy, strengthening of ambivalent processes, formation of needs for new models, principles of public nature of management and mechanisms of resolution of socially significant problems.

The first stage (from 1880 to 1920) was public administration. The duration of the first phase of public administration research is 40 years. The most significant representatives of this stage are W. Wilson, W. Goodnow, M. Weber, A. Fayol, and others.

Public governance as a separate scientific and educational area was first explored by W. Wilson. In his research, he insisted that there were differences between political science and public administration, despite the fact that the latter was the direction of the former. Thus, in the essay "The Study of Administration", the author noted that the purpose of administrative science is to determine the specific activities of the government, and a set of actions for the implementation of this activities efficiently and with the least cost. He referred to the basic principles of public administration: separation of political and administrative issues; comparative analysis of political and business organizations; improving the efficiency of the civil service through the introduction of business administration practices into the work of public authorities.

The mechanism of public administration is arranged in such a way that the word of any of those who is endowed with competence and competence, authority and responsibility, regardless of whether he is a minister, mayor or junior specialist of the office, possesses the power of procedure, establishes universal, public truth [6, p. 100].

Therefore, the word embodied in "thought" should remain the main and preferred tool of public administration, which combines political and managerial dimensions and manifests their social significance [7, p. 17].

Particularly noteworthy is the work of M. Weber "On some categories of understanding sociology" ("Definition of Sociology", 1897), which developed a model of three types of action of the individual, then supplemented by two types of socially oriented actions. The principles of professional bureaucracy suggest that every official is a full member of society and capable of all types of action, including the capacity for the highest manifestation – "public action".

In theory, the actions of the individual can and should be tele-rational, social, or public, and therefore the individual, even as a public servant, is incapable of forgetting other people's goals, values, and values. But in practice, it turns out that a civil servant is incapable of action, which is oriented at the same time and to the purpose and to other members of society, and therefore cannot be a full member of society.

It should also be noted that within the first stage an administrative school of management emerged and developed. One of the main goals of which is to create universal principles of management.

A bright representative of the school – the author of the theory of administration and 14 basic principles of management Henri Fayol. In his "Theory of Administration", outlined in the paper "General and Industrial Management"», the author divided the administration into six groups of administrative operations:

administrative, commercial, financial, technical and technological, accounting and security. The main subject of his research was a group of administrative operations, as other groups were considered as the object of influence of an administrative function.

The analysis of the first stage of the development of public administration showed that it is based on the study of policy/governance contradictions, the analysis of which revealed the interdependence of policy development and governance.

The second stage (from 1920 to 1950) is management theory, which regulates economic relations in the space of "border" contacts between the private and public sectors.

The duration of the second phase of the public administration study is 30 years. Representatives of this stage include L. Urwick, L. Gulick, N. Simon, D. Waldo, G. Lasswell, M. Follett, E. Mayo, A. Maslow and others.

G. Lasswell in his work "Power and Personality" was one of the first to emphasize that power, on the one hand, is involved in decisions, and on the other – control over resources that have power for participants in power relations value. In his view, relations between agents of power and influence set two major "energy poles" in the "gravitational field" power communication, and the very "phenomenon of political relations arises as a result of the interaction of relations of influence and power relations".

G. Simon in the study "Administrative Behavior" developed the concept of "limited rationality" and the corresponding "satisfactory" model of managerial decision-making.

D. Waldo in his work "Administrative State" emphasized that the idea of separation of policies and governance came into conflict with the current state of affairs, while increasing the influence of the government on the process of policy formation and legislative initiative, and his area of expertise has expanded. In this regard, "the assertion that politics and governance are separate and autonomous structures or processes is obviously erroneous" [8, p. 8].

In addition, it should be noted that within this stage has developed a "school of human relations", the main representatives of which are M. Follett, E. Mayo, A. Maslow. According to the data, scientists have focused their attention on the behavior of working individuals in the organization.

At this stage, a general theory of governance, existing within the interaction between the private and public sectors, was formulated, the principles of public enterprise management were explored.

The third stage (from 1950 to 1990) was public policy and management. Within this stage of the development of public management theory, the greatest interest is the work of L. Dzhones, M. Crozier, C. Lindblom, W. Niskanen, P. Aucoin, F. Thompson, D. Truman, S. Hood, V. Barry, M. Oakeshott. At the heart of their work is a behavioral approach to public administration, which explains the real functioning of administrative services through behavior analysis working individuals and groups. In their work, researchers at this stage have emphasized that the basis of management science is the achievement of modern social psychology and sociology.

D. Truman in "The Governmental Process" defines the state as an institution of society through which the power is distributed resources, and society – as a plurality of interacting groups. He viewed the person as a "political animal", a member of various interest groups, representing "groups of influence over other social groups that are used to achieve their goals through governmental organizations" [9, p. 31].

The end of the 1960s was marked by the emergence of a model of "New Public Management". This model of governance was first described in detail by P. Okoin and K. Hood.

Its key areas have been borrowed in the non-state sector of the economy (introduction of competition, contract system, restructuring of the decision-making mechanism itself, pursuing state policy by increasing the degree of mobility of structures and functions, developing their adaptive ability to respond to a constantly changing environment, forming an orientation to the development of strategy As a concept of "new state management" was formed in the 80's of the last century and is a combination of market mechanisms, as well as ideas and technologies, private sector management.

According to this concept, executive bodies are perceived as "executive agencies" that provide public services.

U. Niskanen in his work Bureaucracy and Representative Government proposed "to make public administration more marketable". In his view every bureau must be able to operate in a competitive environment and deal with a highly elastic demand function; so that the varieties of goods and services supplied by the bureau could be financed through government or funds, and the provision of these services was outsourced to private, profit-oriented economic institutions. In terms of a "market" approach, public administration should be entrusted with entrepreneurial management functions, which boil down to

the following provisions: public and private organizations can be managed more or less equally; management practices must be used in public administration; in the context of a new management organization, it is necessary to move from assessing the effectiveness of the management process to assessing the effectiveness of the management result; separation of commercial functions from non-commercial and policy-advisory functions from service and regulatory functions; the consumer of public services is treated as a purchaser of public services; in the organization of public services, public administration must give priority to private enterprise [10, p. 355].

Lindblom focused his attention on government and political decision-making. It should be noted that his ideas proved to be in demand not only by state organizations. The author identified two types of decision-making processes for which the image of the tree was used for visual representation: the processes of the first type (associated with the "root of the tree") outlined a rational comprehensive methodology, in which the decision-maker starts this process with problems. He defined the processes of the second type (with "branches") as a methodology of successive restrictive comparisons, using which, steadily, step by step, moves forward from the initial situation by a small amount. It was this type of process in The Science of Muddling Through that Lindblom called "the science of bringing things to a close".

The revolutionary nature of decision-making is an important source of clear and relevant scientific ideas.

M. Oakshott developed two concepts of public administration: civic and target. These types of government are ideal theoretical constructs, so they do not occur in their pure form. However, it should be noted, that the second concept is based on the value of a person, which is determined by its contribution to the "common cause".

Within this stage, a behavioral approach has been developed, the purpose of which is to uncover the possibility of a person in the management process. The most striking representative of the approach is the author of "Theory X and B" McGregor.

The analysis of the third stage showed a tendency to expand approaches to the study of the concept of public administration, using socio-psychological and behavioral approaches, as well as the introduction of market bases in public administration.

The fourth stage (from 1990 to 2000) is the concept of "renewed (self-improving, adaptable) management". This phase of public administration research lasted 10 years. Its representatives include T. Gaebler, D. Osborne, P. Plastrik. Scientists have dealt with the problems of rethinking government based on the prerequisites of business management.

D. Osborne and T. Gebler in "Rethinking Management. How the spirit of entrepreneurship transforms the public sector" formulated a modern theory of market transformation of the public sector and basic principles of updating public administration systems [11, p. 47].

In another joint study, "Renovating Government", D. Osborne and T. Gebler insisted on the priority of individual choice, competition, and the use of a market model in governance.

Thus, the "economic approach" to the organization of the bureaucratic apparatus of the state, provides the most complete creation of market environment the functioning of bureaucratic organizations to improve their efficiency and to achieve the best value for money and performance in the public sector.

The work of D. Osborne and P. Plastrick entitled "Banishing Bureaucracy: The Five Strategies for Reinventing Government" summarizes the best practices of governance reforms in the public sector, recognizing the big difference between public administration and management in the private sector (a public organization operates in a political environment, while the private sector is in a market economy), and five key tools have been identified to allow the bureaucratic genome to be updated. Under the update, they understand the fundamental transformation of state systems and organizations to dramatically improve their efficiency, the volume of services provided, the adaptability to the conditions and the ability to improve. This transformation ends with a change in their tasks, incentives, reporting, authority structure.

Therefore, when upgrading the public sector associated with the creation of state-owned business organizations, it is necessary to rely on strategic levers that are in the broader system, rather than within a particular organization

They explicitly state that "the main products of any public institution are various civil services to the population. But the fact that the government cannot operate as a business does not show that it can no longer be "entrepreneurial".

The analysis of the fourth stage of the study of public administration is characterized by a radical transformation in the understanding of the goals of public authorities, and the transition from a minimalist to a maximalist model.

A state that, in addition to solving basic tasks, undertakes many additional socio-economic functions.

The fifth stage (from 2000 to the present) is the concept of "efficiency of public administration". The beginning of the XXI century is characterized by the beginning of the fifth stage in the study of public administration, which continues to the present. The main representatives are G. Brebant, M. Delyagin, V. Dyakov, J.-P. Jacques, M. Castells, V. Kozbanenko, I. Kotelevskaya, O. Kirichenko, V. Lobanov, M. McFaul, S. Naumov, V. Nekrasov, E. Okhotsky, O. Pfersmann, L. Smorgunov, L. Jacobson and others.

Of particular relevance and social importance are issues related to improving the efficiency of public administration bodies, and the quality of services provided by the state in the context of civil society development.

In this regard, the research of this stage is mainly related to the study of communications, connections and interactions between representatives of public, private and public structures, since it is in this area that socially significant decisions are made and management functions are conducive to improving efficiency of public administration. In Ukraine, the reform of local self-government and territorial organization of government in Ukraine is devoted to this stage. Thus, the decree of the Cabinet of Ministers of Ukraine "On approval of the Concept of reforming local self-government and territorial organization of power in Ukraine" stipulates that the system of local self-government does not meet the needs of society for today [12].

The functioning of local self-government bodies in most territorial communities does not ensure the creation and maintenance of a favorable living environment necessary for the full development of a person, self-realization, protection of rights, provision of high-quality bodies of local self-government bodies, institutions and organizations created by them and available administrative, social and other services in their respective territories (public services).

Within the present-day stage, the concept of efficiency is often used in connection with the notion of performance, productivity, and efficiency of functioning. With respect to public administration, efficiency is usually associated with the achievement of the goals of the public authorities, the completeness and quality of the fulfillment of its essential functions by the state.

References:

1. Malkovskaia Y. Transformatsyia hosudarstva i evoliutsyia publychnoho admynystryrovanyia v uslovyiakh hlobalyzatsyy (aktualyzatsyia evropeiskoho opita dlia Rossyi). *Vestnyk Rossyiskoho unyversyteta druzhby narodov. Seryia: Polytolohyia.* 2006. No 8. P. 39.

2. Avramchykova N. Hosudarstvennoe y munytsypalnoe upravlenye. Krasnoiarsk : Sybyrskyi hosudarstvennыi aerokosmycheskyi unyversytet, 2008. P. 9.

3. Chyrkyn V. Publychnoe upravlenye. Moskva, 2004. P. 41.

4. Nekrasov V., Lymareva D. Hosudarstvenno-chastnoe partnerstvo v systeme publychnoho upravlenyia : monohrafyia. Rostov-na-Donu: YuRY-fylyal RANKhyHS pry Prezydente RF, 2012. P. 32

5. Kurochkyn A. Ynstytutsyonalyzatsyia setei v upravlenyy rossyiskoi systemoi obrazovanyia. *Polyteks.* 2005. No 2. P. 253.

6. Vulfovych R., Hymelshtein Ya. Publychnoe upravlenye: mekhanyzmi i zakonomernosty. *Upravlencheskoe konsultyrovanye.* 2009. No 3. P. 107.

7. Veber M.O nekotorikh katehoryiakh ponymaiushchei sotsyolohyy. Yzbrannye proyzvedenyia. / Per. s nem. Sost., obshch. red y poslesl. Yu.N Davudova; Predysl. P.P. Haidenko. Moskva : Prohress, 1990. P. 17; Lasswell G. Power and Personality, 1946. P. 46.

8. Waldo D. The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration, 2nd ed. New York, London : Holmes & Meier Publishers, 1984. P. 8.

9. Troutman D. The Governmental Process. New York, 1951. P. 31.

10. Nyskanen V. Peresmotr Vekhy ekonomycheskoi misly. Ekonomyka blahosostoianyia y obshchestvennyi vybor. Sankt-Peterbug : Ekonomycheskaia shkola, V. 4 2004. P. 539.

11. Osborn D., Plastryk P. Upravlenye bez biurokratov: Piat stratehyi obnovlenyia hosudarstva / Obshch. red. y vstup. st. L.Y. Lopatnykova. Moskva : Prohress. 2001. P. 47–48.

12. Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 1 kvitnia 2014 r. No 333-r "Pro skhvalennia Kontseptsii reformuvannia mistsevoho samovriaduvannia ta terytorialnoi orhanizatsii vlady v Ukraini". URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80.

Стаття присв'ячується дослідженню етапів трансформації адміністративно-правового статусу органів публічного управління на засадах людиноцентризму. Виокремлюються етапи трансформації органів публічного управління, акцентується увага на особливій актуальності та соціальній значимості питань, пов'язаних з підвищенням ефективності діяльності органів публічного управління, з якістю надаваних державою послуг у контексті розвитку громадянського суспільства.

У статті наголошується, що під державним управлінням слід розуміти прозорий процес активної взаємодії трьох груп «акторів» – держави, представників громадянського суспільства та підприємництва – у процесі прийняття та реалізації суспільно значущих рішень та нагальних проблем.

У контексті суперечки з традиційним виділенням у дослідженні еволюції державного управління трьох етапів, останній з яких триває дотепер, цей розділ дослідження надає обґрунтовану версію п'яти основних етапів, кожен з яких так чи інакше пов'язаний з пошуком нових моделей демократії, посиленням амбівалентних процесів, формуванням потреб у нових моделях, принципах публічного характеру управління та механізмами вирішення суспільно значущих проблем.

Теоретично дії особистості можуть і мають бути раціональними, соціальними чи публічними, і тому людина навіть як державний службовець, не може забути цілі, цінності та цінності інших людей. Але на практиці виявляється, що державний службовець не здатний діяти, орієнтуючись одночасно і на мету, і на інших членів суспільства, а тому не може бути повноправним членом суспільства.

Слід також зазначити, що на першому етапі склалася та розвивалася адміністративна школа управління, однією з головних цілей якої є створення універсальних принципів управління.

Слід розділяти адміністрацію на шість груп адміністративних операцій: адміністративні, комерційні, фінансові, технічні та технологічні, бухгалтерський облік та безпека. Основним предметом цього дослідження була група адміністративних операцій, оскільки інші групи розглядалися як об'єкт впливу адміністративної функції.

Ключові слова: публічне управління, публічне адміністрування, суспільна послуга, трансформація публічного управління, управління суспільством, громадянське суспільство.

УДК 351.9+347.96
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.32

Владислав Дорошенко,
аспірант кафедри фундаментальних та юридичних дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ

СУБ'ЄКТИ ЗДІЙСНЕННЯ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО УКРАЇНИ

У здійсненні контрольної діяльності є пріоритетні напрями, до яких необхідно віднести діяльність органів державної влади, оскільки саме вони забезпечують усталене функціонування державного апарату, завдяки чому в країні панує правопорядок. Громадяни безперешкодно реалізують власні права та інтереси, працює механізм притягнення осіб до юридичної відповідальності, нейтралізується вплив негативних суспільних чинників, які можуть бути потенційними факторами, що призведуть до поширення антисуспільної поведінки, загострення криміногенної обстановки, підвищення рівня злочинності в країні. У зв'язку з цим контроль, який здійснюють громадяни за діяльністю Національного антикорупційного бюро України, представлено у вигляді цілісного системного утворення, що включає: об'єкт, тобто те, на що спрямована така діяльність; суб'єкт, який безпосередньо здійснює контрольну діяльність; мету здійснення контролю; зміст діяльності, яка має форму різнорідних процесів, а також методологічний набір контрольної діяльності, засоби, за допомогою яких вона провадиться.

Запропоновано таку класифікацію суб'єктів громадського контролю за діяльністю Національного антикорупційного бюро України: 1) суб'єкт спеціалізованого контролю (Рада громадського контролю при НАБУ); 2) загальні суб'єкти контролю, до яких належать: фізичні особи (громадяни України, іноземці, особи без громадянства), їх об'єднання (громадські організації, які здійснюють діяльність без статусу юридичної особи) та юридичні особи (громадські об'єднання, якщо вони зареєстровані з отриманням статусу юридичні особи).

Раду громадського контролю за діяльністю Національного антикорупційного бюро запропоновано визначати як спеціалізований контрольний орган з огляду на специфічні завдання, поставлені перед нею, а також законодавчо встановлений порядок формування та регламентований порядок діяльності. Тоді як громадяни здійснюють контроль на підставі загальних положень про здійснення громадського контролю без наявності будь-яких спеціалізованих нормативно-правових актів.

Ключові слова: громадський контроль, Національне антикорупційного бюро України, правоохоронний орган, загальний суб'єкт, спеціальний суб'єкт, класифікація, Рада громадського контролю.

Постановка проблеми. Контроль є важливим і необхідним засобом, що має супроводжувати роботу тих чи інших органів, оскільки завжди є імовірність допущення помилок (не залежно від того, умисних або вчинених з необережності) працівниками (посадовими, службовими особами) відповідних органів, діяльність яких забезпечує практичне втілення завдань, покладених на перші.

Не є винятком у даному контексті діяльність Національного антикорупційного бюро України (НАБУ) [1], яке створено у результаті реформування антикорупційного законодавства. З метою здійснення імплементації міжнародних стандартів щодо забезпечення формування інституційних основ для попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень [1] та таким чином вирішення неймовірно актуального суспільного запиту на боротьбу з корупцією створено НАБУ, що, своєю чергою, потребує втілення прогресивних механізмів забезпечення законності та ефективності його діяльності. Як видається, чинне місце в окресленому напрямі займає громадський контроль, адже саме громадськість, реалізовуючи надані їй права, в змозі забезпечити дієвість механізму притягнення осіб, винних у порушенні правових засад функціонування державних органів (у тому числі НАБУ), до юридичної відповідальності, нейтралізації впливу негативних суспільних чинників, які сприяють поширенню антисуспільної поведінки тощо.

У свою чергу практичне втілення громадського контролю у тому числі за діяльністю НАБУ починається зі встановлення системи суб'єктів реалізації останнього.

© В. Дорошенко, 2019

Стан дослідження. Незважаючи на актуальність питань громадського контролю за діяльністю НАБУ, дослідження його сутності майже не проводилось, відповідно, малодослідженими наразі залишаються, зокрема, елементи системи здійснення відповідного виду контролю. Тому, вирішуючи питання, порушені у даному дослідженні, ми будемо спиратися на загальнотеоретичні здобутки щодо визначення юридичної природи контролю та суб'єктів, які його здійснюють (С.П. Бибик, О.Д. Василик, В.Б. Дзьоба, С.Я. Єрмоленко, О.В. Курникіна, А.А. Радугін, Г.М. Сюта, І.Т. Фролова), а також вузькопрофільні, переважно монографічні дослідження, присвячені здійсненню контрольної діяльності у межах окремих сфер суспільно-правових відносин: адміністрування податків (Л.Д Савенков); фінансовий контроль (В.А. Бабенко, Н.М. Стоянова, М.І. Шутов); публічне адміністрування (С.С. Вітвіцький) тощо.

Мета статті полягає у систематизації та класифікації суб'єктів громадського контролю за діяльністю НАБУ в умовах реформування антикорупційного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Для вирішення поставленої мети вважаємо за необхідне виходити зі змісту наукового підходу дослідження «від загального до конкретного». Відповідно, насамперед розглянемо загальнотеоретичне розуміння поняття контролю у сфері державного управління (регулювання).

Загальновизнаною є позиція, що контроль є однією із функцій управління (зокрема, державного управляння). У такому контексті його реалізація передбачає здійснення сукупності чітких послідовних дій, які можна представити у вигляді певної системи, а саме: «сукупності елементів, що знаходяться у відношеннях і зв'язках один з одним, яка утворює цілісність, єдність» [2, с. 427]. Отже, будь-яка система складається з конкретних елементів, наявність яких забезпечує існування та функціонування відповідної системи, адже управлінська функція як напрям певної діяльності не може бути втілена без особи, яка її реалізує (суб'єкт) та того, на що спрямована така діяльність (об'єкт).

О.В. Курникіна під системою контролю пропонує розуміти «сукупність організаційної структури та ініційованих її суб'єктами процесів управлінського, технологічного, агентського і оцінювального контролю, що включають методи, засоби і прийоми, які виявляють чи перешкоджають виникненню відхилень фактичного стану об'єкта від установленого еталона, для забезпечення досягнення цілей діяльності і його функцій у межах норм, установлених нормативно-правовими актами, і оптимальних ризиків» [3, с. 29]. З приведеного визначення можна зробити висновок, що елементами системи контролю виступають: об'єкт, тобто те, на що спрямована така діяльність; суб'єкт, який безпосередньо здійснює контрольну діяльність; мета здійснення контролю; зміст діяльності, що має форму різнорідних процесів, а також методологічний набір контрольної діяльності, засоби, за допомогою яких вона провадиться.

Продовжуючи логіку викладення матеріалу, виходячи зі змісту зазначеного нами наукового підходу, перейдемо до характеристики понять «суб'єкт» та «суб'єкти громадського контролю».

У лексичному значенні слово «суб'єкт» означає «особу, групу осіб, організацію і т. ін., яким належить активна роль у певному процесі, акті» [4, с. 515]. Більш складним розумінням поняття «суб'єкт» оперує філософська література, у якій, окрім іншого, є таке визначення: «активна самодіяльна особа, яка здійснює перетворення дійсності» [5, с. 78]. Як бачимо, в обох випадках суб'єкт ототожнюється з конкретною особою чи групою осіб, тому вважаємо необхідним розглянути юридичну природу поняття суб'єкта контролю.

Досить узагальнене визначення суб'єкта контролю надає О.Д. Василик, на думку якого це «носій контрольних функцій щодо об'єкта контролю» [6, с. 343]. Зазначене визначення, на нашу думку, не розкриває специфічний зміст зазначеного поняття, а, навпаки, зумовлює постановку додаткових питань (наприклад, розкриття змісту інших понять: «функція контролю» та/або «контрольна функція»).

Розширене значення поняття «суб'єкти контролю» запропоновано Л.Д. Савенковим, відповідно до якого «це фізичні особи або структурні підрозділи, які за своїм функціональним призначенням покликані здійснювати цілеспрямований впорядкований вплив на відповідний об'єкт контролю, використовуючи для його проведення технічні та інші засоби» [7, с. 121]. Проте таке визначення теж не можна визнати досконалим з огляду те, що у ньому автором не враховано такий складник суб'єктів, як юридичні особи, які, безсумнівно, теж можуть виступати суб'єктами контролю. Так, відповідно до положень пунктів 4 і 5 частини 1 статті 1 Закону України «Про громадські об'єднання» громадська спілка являє собою громадське об'єднання, засновниками якого є юридичні особи при-

ватного права, а членами (учасниками) можуть бути юридичні особи приватного права та фізичні особи», а власне громадське об'єднання може мати статус юридичної особи [8].

У контексті здійснення контролю за діяльністю підприємства на увагу заслуговує визначення суб'єкта, запропоноване М.І. Шутовим, а саме: «це особи та органи, що мають повноваження на здійснення контролю за виробничою та фінансовою діяльністю підприємства (установи, організації), а також право втручатися в його оперативну діяльність та притягувати винних до відповідальності» [9, с. 13-14]. На наше переконання, описане визначення хоча і висвітлює сутність контрольної діяльності, проте увібрало в себе специфіку роботи підприємства економічного (виробничого) характеру, у зв'язку з чим його не можна розглядати як еталонне стосовно суб'єктів здійснення громадського контролю за діяльністю НАБУ.

Як найбільш прийнятне визначення суб'єкта контролю (контролінгу) необхідно визнати те, що запропоновано В.Б. Дзьобою, а саме: «суб'єктами контролінгу є представники внутрішнього та зовнішнього середовища, які можуть використовувати його інформацію у своїх цілях» [10, с. 125]. Під внутрішнім середовищем, вважаємо, мається на увазі внутрішньовідомчий контроль, тоді як зовнішнє середовище передбачає контроль за діяльністю суб'єктами, що знаходяться поза межами структури підконтрольного об'єкта. У такому разі громадський контроль, безсумнівно, здійснюється представниками зовнішнього середовища, він є важливим складником єднання зусиль органів державної влади та представників громадянського суспільства з єдиною метою – забезпечення розбудови демократичної правової держави, ефективного функціонування її інституцій, утвердження правопорядку та підвищення соціального рівня життя громадян. Слід погодитися з В.В. Вітвицьким у тому, що «суб'єкти громадського контролю є обмеженими у своїй діяльності, оскільки насамперед вони мають попередити злочинні діяння та скоординувати державні контрольні органи на усунення цих порушень» [11, с. 144].

Разом із тим специфіка громадського контролю за діяльністю НАБУ дає можливість не погодитися з такими, на перший погляд очевидними висновками, якщо говорити про здійснення громадського контролю за діяльністю саме названого органу.

Не вдаючись до детальної характеристики правових засад здійснення громадського контролю за діяльністю НАБУ, що становило предмет окремого проведеного нами дослідження, для прикладу опишемо лише деякі правові можливості громадян щодо здійснення громадського контролю за діяльністю зазначеного органу. Так, згідно з ч. 1 ст. 10 Закону України «Про національну безпеку України» [12] громадський контроль здійснюють громадяни особисто чи у складі громадських об'єднань. Тобто кожен громадянин під час особисто ініційованої перевірки певних відомостей про діяльність НАБУ може звернутись до державної інституції (наприклад, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, органів Державного бюро розслідувань, прокуратури чи суду) або її посадової особи з пропозицією (зауваженням), заявою (клопотанням) або скаргою (ст. 3 Закону України «Про звернення громадян» [13]). Вид звернення більшою мірою залежить від його змісту. Так, із пропозиціями громадяни звертаються в разі необхідності висловити поради щодо оптимізації роботи НАБУ. У заяві громадяни викладають прохання до зазначеного органу щодо сприяння у реалізації особистих законних прав або інтересів. Клопотання подібне заяві, але на відміну від останньої клопотання завжди є письмовим зверненням. Зміст скарги містить «звернення з вимогою про поновлення прав і захист законних інтересів громадян», причому таке порушення необов'язково повинно бути здійснено співробітниками НАБУ, досить того, щоб предмет скарги було віднесено до його компетенції.

Звернення громадян через громадські об'єднання теж має свої особливості, котрі насамперед стосуються організаційно-правових форм його діяльності. Власне громадське об'єднання являє собою «добровільне об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів» [8], і може діяти як громадська організація (передбачає участь у її складі фізичних осіб) чи громадська спілка (засновником якої є юридичні особи приватного права). Маємо відзначити, що нині громадські організації та громадські спілки беруть активну участь у громадському житті держави в тому числі шляхом здійснення контролю за діяльністю органів державної влади, зокрема НАБУ, в тих питаннях його функціонування, що залишаються поза межами державного контролю. На підтвердження вказаного наведемо приклад, який мав місце у травні 2015 року: 15 найбільш авторитетних представників громадського антикорупційного руху зі

48 кандидатів до складу Ради громадського контролю при НАБУ заявили про намір зняти свої кандидатури. За їхніми словами, вони готові вдатися до такого кроку на знак протесту проти нефахового забезпечення інтернет-голосування за членів Громадської ради [14]. Слід також підкреслити, що тоді виконавчий директор Transparency International Україна підтримав громадянський антикорупційний рух, назвавши даний випадок профанацією.

Разом із тим громадський контроль за діяльністю НАБУ здійснюється також Радою громадського контролю при Національному антикорупційному бюро України (далі – Рада громадського контролю), що безпосередньо випливає зі змісту ст. 26 Закону України «Про запобігання корупції», яка отримала назву «Контроль за діяльністю Національного бюро та його підзвітність», мети створення Ради громадського контролю (ст. 31 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України»[1]) та завдань, покладених на Раду громадського контролю (п. 4 Положення про Раду громадського контролю при Національному антикорупційному бюро України, затвердженого указом Президента України від 15.05.2015 № 272/2015[15]). Так, завданнями Ради громадського контролю визначено: «1) здійснення цивільного контролю за діяльністю Національного антикорупційного бюро України; 2) сприяння взаємодії Національного антикорупційного бюро України з громадськими об'єднаннями, іншими інститутами громадянського суспільства у сфері протидії корупції» [15]. При цьому п. 5 Положення про Раду громадського контролю при Національному антикорупційному бюро України окреслено специфічний перелік повноважень Ради громадського контролю з приводу здійснення «цивільного контролю» (у формулюванні Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України») за діяльністю НАБУ [15].

З викладеного випливає, що Раду громадського контролю за діяльністю НАБУ можна визначити як спеціалізований контрольний орган з огляду на специфічні завдання, поставлені перед ним, а також законодавчо встановлений порядок формування та регламентований порядок діяльності. При цьому існування Ради громадського контролю значним чином розширює правові можливості громадськості щодо здійснення контролю за діяльністю НАБУ. Наприклад, Рада громадського контролю має можливість в окремому порядку на рівні публічного доведення до усієї громадськості та компетентних органів висловлювати свою позицію щодо фактів порушень законів, прав і свобод людини і громадянина працівниками НАБУ.

Інший приклад: Рада громадського контролю обирає двох представників, які входять до складу Дисциплінарної комісії НАБУ. Таким чином, Рада громадського контролю на відміну від представників громадськості із загальними повноваженнями має можливість не просто повідомити уповноважені органи про порушення законодавства з боку окремих працівників НАБУ, очікуючи прийняття рішення останніми та не маючи жодних правових засобів впливу на результат такого рішення, а безпосередньо взяти участь у визначенні наявності чи відсутності у діях працівника НАБУ дисциплінарного проступку та підстав для його притягнення до дисциплінарної відповідальності, а також рекомендувати вид дисциплінарного стягнення (ст. 28 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України») тощо.

Висновки

Підсумовуючи викладене, пропонуємо таку класифікацію суб'єктів здійснення громадського контролю за діяльністю НАБУ: 1) суб'єкт спеціалізованого контролю (Рада громадського контролю при НАБУ); 2) загальні суб'єкти контролю, до яких належать: фізичні особи (громадяни України, іноземці, особи без громадянства), їх об'єднання (громадські організації, які здійснюють діяльність без статусу юридичної особи) та юридичні особи (громадські об'єднання, якщо вони зареєстровані з отриманням статусу юридичні особи).

Водночас проведене нами дослідження дало можливість вказати на недосконалість окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», який в тому числі регламентує окремі форми громадського контролю за діяльністю НАБУ. Так, вважаємо за доречне поставити під сумнів обмеження суб'єктного поширення прав, передбачених законом, виключно на рівні громадян України. Річ у тому, що в окремих випадках громадянство не є обов'язковою умовою для того, щоб звернутись до того чи іншого органу у разі виявлення порушень у процесі здійснення вказаним антикорупційним органом своєї діяльності. Принаймні національне законодавство не забороняє звертатися у таких випадках ні іноземцям, ані

[1] У межах дослідження «Поняття та зміст громадського контролю за діяльністю Національного антикорупційного бюро України» (Вісник ХНУВС. 2017. № 4(79)) нами обґрунтовано позицію, що Рада громадського контролю здійснює саме громадський контроль за діяльністю НАБУ.

особам без громадянства. А виходячи з того, що на кожну особу поширюється правова модель «все, що не заборонено законом, те дозволено», таке декларативне обмеження виглядає досить регресивно, а отже, потребує перегляду з метою подальшого корегування.

Зважаючи на те, що нами висвітлено лише один із елементів системи контролю, перспективні напрями дослідження вбачаємо у розкритті змісту інших структурних елементів системи громадського контролю за діяльністю НАБУ, перевага серед яких має бути надана об'єктам названого виду контролю.

Список використаних джерел:

1. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14.10.2014 № 1698-VII // *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18 (дата звернення: 18.10.2019).

2. Фролова И. Т. Философский словарь. Москва: Политиздат, 1987. 590 с.

3. Курныкина О.В. Модернизация системы контроля в кредитных организациях : автореф. дис. ... д-ра экон. наук: 08.03.02. Москва, 2011. 46 с.

4. Бибик С.П., Єрмоленко С.Я., Сюта Г.М. Словник іншомовних слів: тлумачення, словотворення та слововживання. Харків: Фоліо, 2006. 623 с.

5. Радугин А.А. Философия: курс лекций. Москва : Центр, 1997. 272 с.

6. Василик О.Д. Теорія фінансів : підручник. Київ : НІОС. 2000. 416 с.

7. Савенков Л.Д. Система внутреннего контроля в организации системы бюджетирования на промышленных предприятиях. *Вестник Поволжского государственного университета сервиса*. 2014. № 3 (35). С. 120–123.

8. Про громадські об'єднання : Закон України від 22.03.2012 № 4572-VI // *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4572-17 (дата звернення: 06.08.2019).

9. Шутов М.І., Бабенко В.А., Стоянова Н.М. Державний фінансовий контроль в Україні (теорія та практика) : монографія. Одеса: Юридична література, 2004. 131 с.

10. Дзьоба В.Б. Суб'єкти та об'єкти контролінгу. Економічний аналіз. 2013. Т. 12 (3). С. 121–127.

11. Вітвіцький С.С. Контроль як гарантія законності діяльності публічної адміністрації : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2016. 480 с.

12. Про Національну безпеку України : Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII // *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19 (дата звернення: 11.10.2019).

13. Про звернення громадян : Закон України від 02.10.1996 № 393/96-ВР // *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/393/96-вр (дата звернення: 12.10.2019).

14. Савицький О. Громадські активісти розкритикували онлайн-вибори до Ради громадського контролю НАБУ (26.05.2015) / Deutsche Welle. URL: https://p.dw.com/p/1FWmY (дата звернення: 13.10.2019).

15. Питання Ради громадського контролю при Національному антикорупційному бюро України : Указ Президента України від 15.05.2015 № 272/2015 // *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/272/2015#n11 (дата звернення: 13.10.2019).

In the context of the implementation of control activities, there are priority areas to which the activities of state authorities should be attributed, since they are the ones that ensure the work of the state apparatus, due to which the rule of law prevails in the country, citizens freely exercise their rights and interests, the mechanism of bringing people to legal responsibility is working, neutralized the influence of negative social factors that can lead to the spread of antisocial behavior, exacerbating s crime situation, an increase in crime in the country. In this regard, the control that citizens exercise over the activities of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine is presented in the form of a holistic systemic education, which includes: an object, that is, that such activity is aimed at; an entity that directly exercises control activities; purpose of control; the content of activities in the form of heterogeneous processes, as well as the methodological set of control activities, the means by which it is carried out.

The following classification of subjects of public control over the activities of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine is proposed: 1) the subject of specialized control (Council of Public Control over the activities of the National Anti-Corruption Bureau) 2) general subjects of control, which include: individuals (citizens, foreigners, stateless persons, refugees), their associations (public organizations), as well as legal entities (public associations, if they are registered as legal entities or unions).

It is proposed that the Council for Public Oversight of the Activities of the National Anti-Corruption Bureau be defined as a specialized oversight body, taking into account the specific tasks assigned to it, as well as the legislatively established formation procedure, and the procedure for activity is regulated. While citizens exercise control on the basis of general provisions on the implementation of public control without the presence of any specialized regulatory legal acts.

Key words: public control, activities of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine, law enforcement agency, general subject, special subject, classification, Council of Public Control.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.33

Дмитро Козар,
аспірант Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ, інспектор відділу безпеки дорожнього руху управління патрульної поліції в Дніпропетровській області Департаменту патрульної поліції

ПОНЯТТЯ ТА СУТНІСТЬ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ

Промислове виробництво, торгівля, будівництво – жодна сфера господарчої діяльності держави неспроможна функціонувати та розвиватися без автомобільного транспорту. В умовах сучасного розвитку галузі автотранспорту, зростання кількості автомобілів набуває актуальності дослідження категорії безпеки дорожнього руху та основоположних її понять.

Стаття присвячена аналізу особливостей трактування поняття «безпека дорожнього руху». Проведено порівняння визначень «безпека» та «дорожній рух» у наукових дослідженнях та у нормативно-правовій базі. Розглянуто законодавчі та підзаконні акти, що регулюють питання безпеки дорожнього руху. Розкрито зміст, мету, завдання та функції досліджуваного правового явища.

Збереження життя і здоров'я людини, а також забезпечення її недоторканості і безпеки є одним із найважливіших завдань держави. Згадана вище безпека людини стосується різних сфер людської життєдіяльності, серед яких виділимо сферу дорожнього руху, де людина виступає основним і активним учасником, тому ефективне забезпечення безпеки дорожнього руху є важливим та актуальним, що зумовлює необхідність з'ясування сутності поняття «безпека дорожнього руху». Натепер немає єдиної виразної та чіткої дефініції цього поняття як на нормативно-правовому рівні, так і серед науковців. Тому дане поняття є актуальним для вивчення.

У процесі дослідження поняття та сутності безпеки дорожнього руху здійснено узагальнену характеристику двох визначальних частин-категорій – поняття «безпека» і поняття «дорожній рух», з яких і утворене досліджуване поняття. Наукова новизна полягає в тому, що здійснено порівняння різних за значенням категорій, шляхом застосування наукових методів, що дозволило виявити взаємозв'язок та сформулювати дефініцію «безпека дорожнього руху». Застосовано наукові методи аналізу, зокрема семантичний аналіз, синтез, узагальнення, порівняльну характеристику та систематизацію обробленого матеріалу, які дали можливість комплексно розглянути визначення категорії «безпека дорожнього руху».

Практичне значення отриманих результатів полягає в тому, що вони можуть бути використані для прийняття правових рішень та розробки стратегій на загальнодержавному рівні з метою підвищення якості забезпечення безпеки дорожнього руху.

Ключові слова: недоторканність, транспортні засоби, громадський порядок, суспільні відносини, стан захищеності.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших завдань держави є збереження життя і здоров'я, честі та гідності людини, а також забезпечення її недоторканості і безпеки. Вказане декларується у Конституції України та міжнародних нормативно-правових актах як найвища соціальна цінність. Згадана вище безпека людини, яку держава повинна забезпечувати, стосується різних сфер людської життєдіяльності, серед яких виділимо сферу дорожнього руху, де людина виступає основним і активним учасником, тому ефективне забезпечення безпеки дорожнього руху, де насамперед йдеться про безпеку людини, є важливим та актуальним. У такому аспекті виникає необхідність з'ясування сутності поняття «безпека дорожнього руху». Натепер немає єдиної виразної та чіткої дефініції цього поняття як на нормативно-правовому рівні, так і серед науковців. Тому це поняття є актуальним для вивчення. Значення дослідження цього питання підсилює ще й той факт, що сьогодні в Україні безпека дорожнього руху, її організація та забезпечення залишаються на вкрай низькому рівні [14, с. 15].

Аналіз публікацій з теми. У сучасній юридичній літературі є чимало праць, присвячених аналізу визначення поняття «безпека дорожнього руху», зокрема, таких науковців, як Г.К. Голубєва, О.О. Дмитрик, М.М. Долгополова, Т.С. Кичилюк, І.О. Козлюк, В.В. Мамочка, Д.О. Маріц, О.С. Островський, О.Ю. Салманова, Г.П. Ситник, Є.В. Скрипа, Я.І. Хом'як та інші.

© Д. Козар, 2019

Метою статті є спроба автора на основі методологічного аналізу різних інтерпретацій поняття «безпека дорожнього руху» запропонувати такий підхід до розуміння цієї загальнотеоретичної категорії, який би враховував різні аспекти досліджуваного феномена правової дійсності.

Досягнення визначеної автором дослідницької мети зумовило необхідність використання таких загальнонаукових методів пізнання, як семантичний аналіз та синтез.

Виклад основного матеріалу. Досліджуючи сутність поняття «безпека дорожнього руху», доцільно здійснити узагальнену характеристику двох визначальних частин-категорій, з яких утворене досліджуване поняття, а саме поняття «безпека» і поняття «дорожній рух», їх сутнісно-філософське наповнення. Таким чином зможемо глибше і чіткіше дослідити суть категорії «безпека дорожнього руху».

Варіанти визначення категорії «безпека» є досить різноманітними і знайшли своє відображення в наукових дослідженнях, а також у нормативно-правовій базі. Так, натепер серед національних нормативно-правових актів, у яких визначається поняття «безпека», є декілька підзаконних документів, зокрема наказів та постанов. Наприклад, у чинному наказі Міністерства інфраструктури України «Про затвердження Положення про систему управління безпекою руху поїздів у Державній адміністрації залізничного транспорту України» є визначення понять «безпека», «безпека руху», «безпечність», а саме: безпека – це відсутність загрози життю, здоров'ю людей, майну, тваринам, рослинам і довкіллю, що перевищує граничний ризик [10]. У Положенні про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті «безпека» трактується як відсутність неприпустимого ризику, пов'язаного з травмуванням або загибеллю людей, заподіянням збитків навколишньому середовищу [9]. У Постанові «Про затвердження Кодексу системи передачі» зазначається, що безпека – це відсутність ризику, пов'язаного з можливістю спричинення шкоди та/або нанесення збитку [8]. Тлумачний словник української мови дає визначення безпеки як стану, коли кому-, чому-небудь ніщо не загрожує. За своєю юридичною природою безпека є станом урегульованості правом суспільних відносин, які виникають з приводу реалізації життєво важливих інтересів особи, суспільства, держави, адекватно факторам і умовам, що формують потенційні та реальні загрози, створювані протиправними діяннями, шкідливими подіями (явищами) техногенного характеру, а також наслідками ліквідованих шкідливих подій [6, с. 30]. Юридична енциклопедія поняття «безпека» визначає як стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави від зовнішньої і внутрішньої загрози [15].

Сутністю та природою поняття «безпека» цікавились ще античні мислителі. Вони та мислителі Нового часу безпекою вважали забезпечення належних умов життя, розвитку і життєдіяльності людини. Аналізуючи їх погляди, український науковець Г. П. Ситник робить висновок, визначаючи, що «безпека – це забезпечення всім громадянам держави належних умов для їх самореалізації, захист їх життя, свободи власності від посягань з боку будь-якої окремої людини, організації, суспільства чи держави» [13]. Ця дефініція потребує деякої корекції і доповнення, а саме в тій частині, що безпекою слід вважати не лише забезпечення громадянам належних умов для їх самореалізації, а вже самі ці належні умови, захищеність і непорушність життя і здоров'я, недоторканність власності від протиправних посягань з боку будь-якої особи, організації чи держави. Той же науковець в іншій своїй праці правильно зазначає, що безпека – це певний стан системи, за якого вона зберігає свою цілісність, стійкість (стабільність), здатність до ефективного функціонування і прогресивного розвитку, а отже, можливість надійного захисту усіх її елементів (підсистем) від будь-яких деструктивних внутрішніх і зовнішніх дій [12, с. 28].

На сучасному етапі вітчизняні та зарубіжні дослідники безпеку розглядають переважно як стан захищеності від певних загроз та небезпек. Український вчений-правознавець Володимир Ліпкан у трактуванні поняття «безпека» застосовує 4 підходи: статистичний (безпека як стан захищеності), апофатичний (безпека як відсутність загроз і небезпек), діяльнісний (система заходів, спрямованих на створення певних безпечних умов), пасивний (дотримання певних параметрів і норм, від забезпечення яких безпосередньо залежить безпека) [6]. Г.П. Ситник проаналізував різні сучасні підходи до трактування поняття «безпека» і об'єднав ці підходи у кілька груп: по-перше, безпека розуміється як відсутність небезпеки, по-друге – як невід'ємна властивість (атрибут) певної системи, по-третє – як результат специфічної діяльності передусім державних інститутів і, по-четверте, безпека розглядається як певний стан. Таким чином, сучасні уявлення про безпеку демонструють неоднозначність підходів. Різноманіття визначень цього феномену зумовлює повне та якісне розкриття його суті.

Інший, не менш важливий складник поняття «безпека дорожнього руху» – це «дорожній рух». Дефініція цього поняття також знайшла своє певне відображення як у наукових, так і в нормативних джерелах, однак єдиного підходу до визначення вказаного терміна так і не вироблено. У наукових дослідженнях поняття «дорожній рух» розглядали Є.В. Скрипа, О.С. Островський, Я.І. Хом'як, В.В. Мамочка, Г.К. Голубєва, Т.С. Кичилюк, Д.О. Маріц, І.О. Козлюк, М.М. Долгополова, О.О. Дмитрик і багато інших. Вчені зазначають, що дорожній рух – це процес руху по дорогах транспортних засобів та учасників дорожнього руху [2, с. 1280]. М.М. Долгополова наголошує, що дорожній рух являє собою процес, під час якого здійснюється регулювання динамічних зв'язків у потрійному сполученні: людина, транспортний засіб, дорога [4, с. 35]. Розгляд дорожнього руху як певного процесу презентує один із підходів до розуміння цього поняття. О.С. Островський пропонує інший підхід, а саме: дорожній рух – це соціально значима діяльність, яка полягає у переміщенні людей, вантажу, а також спеціальному обладнанні чи механізмів з використанням транспортних засобів (або без таких) та доріг у довкіллі, яка забезпечується сукупністю врегульованих нормами права суспільних відносин, які виникають з приводу її охорони від дорожньо-транспортних пригод. Авторський колектив навчального посібника «Адміністративна відповідальність та провадження в справах про адміністративні правопорушення» наводять низку важливих ознак дорожнього руху: дорожній рух пов'язаний із пересуванням людей, переміщенням вантажів механічними транспортними засобами й за допомогою тварин, а також осіб без транспортних засобів; це переміщення відбувається на дорогах; організацію дорожнього руху регулює значна кількість суб'єктів, провідне місце серед яких посідають працівники поліції; таку діяльність реалізовують також за допомогою спеціальних технічних засобів; загальні правила дорожнього руху й адміністративну відповідальність визначають органи державної влади залежно від їхньої компетенції [1, с. 353]. На думку О.Ю. Салманової, дорожнім рухом доцільно вважати нормативно врегульовану діяльність, у результаті якої здійснюється просторове пересування людей і вантажів дорогами за допомогою транспортних засобів або без них [11, с. 16]. Третій підхід до визначення поняття «дорожній рух» полягає в тому, що дорожній рух слід розглядати як сукупність суспільних відносин, які виникають під час просторового переміщення людей і вантажів по дорогах за допомогою транспортних засобів або без них, а також у процесі управління умовами цього переміщення [19, с. 118]. Аналіз вищенаведеного матеріалу дає змогу назвати ознаки, що можуть бути закладені в основу визначення сутності дорожнього руху: він являє собою сукупність різноаспектних суспільних відносин; урегульований правовими нормами різної юридичної сили; такі суспільні відносини виникають, розвиваються й видозмінюються у зв'язку з необхідністю переміщення людини та вантажів; таке переміщення відбувається в чітких просторових межах – автомобільними дорогами. Крім того, дорожній рух має соціальний характер, оскільки у його процесі реалізуються різні інтереси та потреби особи, суспільства, держави. Такий підхід дає можливість сутність дорожнього руху визначити як законодавчо регламентовану сукупність суспільних відносин, що виникають, розвиваються, видозмінюються у зв'язку з переміщенням автомобільними дорогами людей і вантажів.

З вищевикладеного випливає таке формулювання дефініції «безпека дорожнього руху»: це стан захищеності та цілісності життя і здоров'я особи, а також її життєво важливих інтересів (зокрема, майнових цінностей) в межах суспільних відносин, що виникають у процесі переміщення людей і вантажів за допомогою транспортних засобів або без них, відсутність ризику щодо нанесення шкоди таким цінностям.

Як уже було згадано, нормативне визначення поняття «безпека дорожнього руху» сьогодні відсутнє. Однак варто згадати Закон України «Про дорожній рух» від 30 червня 1993 року, який визначає правові та соціальні основи дорожнього руху з метою захисту життя та здоров'я громадян, створення безпечних і комфортних умов для учасників руху та охорони навколишнього природного середовища [7]. У цьому трактуванні і розкривається деяка сутність поняття «безпека дорожнього руху», а вся система, яку охоплює це поняття, і прописана у цьому Законі. З'ясувати сутність та ознаки категорії «безпека дорожнього руху» намагалися і науковці у своїх працях. Дослідники цієї проблематики сходяться на тому, що безпека дорожнього руху визнається структурним елементом громадської безпеки. Зокрема, кандидат юридичних наук В.В. Доненко тісно пов'язує поняття «безпека дорожнього руху» з такими категоріями, як «громадська безпека» і «громадський порядок» [5, с. 30].

Сучасна українська енциклопедія визначає, що безпека дорожнього руху – це комплекс та система правил, заходів і засобів, що

забезпечують умови безпечного дорожнього руху, які спрямовані на захист і збереження життя і здоров'я активних та пасивних учасників дорожнього руху, а також, захист і збереження довкілля та майна.

Ця система включає:

– навчання, тестування та ліцензування водіїв (система надання водійських посвідчень);

– навчання, тестування, ліцензування персоналу навчальних закладів з підготовки водіїв та нагляд за їхньою діяльністю;

– забезпечення можливості надання першої медичної допомоги та швидкої медичної допомоги на дорогах;

– забезпечення відповідності конструкції нових транспортних засобів вимогам безпеки і екологічної безпеки та нагляд за їх дотриманням;

– забезпечення відповідності технічного стану транспортних засобів вимогам безпеки у процесі їх експлуатації і нагляд за їх дотриманням;

– організація дорожнього руху та дорожньої інфраструктури (включаючи місця зупинок для відпочинку, харчування, заправлення паливом чи електроенергією, технічної допомоги тощо);

– забезпечення відповідності доріг загального користування і оснащення їх технічними засобами для організації дорожнього руху вимогам безпеки і нагляд за їх дотриманням;

– забезпечення підтримування відповідності технічного стану доріг загального користування і технічних засобів для організації дорожнього руху вимогам безпеки і нагляд за їх дотриманням;

– нагляд за дорожнім рухом;

– правове забезпечення учасників дорожнього руху (розроблення і супровід законодавчих і нормативних документів та правил);

– юридичне забезпечення учасників дорожнього руху (оформлення і надання вихідних даних для покарання порушників, судових справ, співпраця із громадськістю та державними установами);

– надання вихідних даних для систем страхування;

– інтегрована інформаційна система;

– реєстрування та облік транспортних засобів;

– реєстрування та облік ліцензій (водійських посвідчень);

– реєстрування та облік навчальних закладів, викладачів і інструкторів;

– реєстрування та облік порушень Правил дорожнього руху;

– реєстрування та облік дорожньо-транспортних пригод із різними ступенями тяжкості;

– система інформування учасників дорожнього руху;

– статистичний аналіз та дослідження для постійного вдосконалення системи з підтримування безпеки дорожнього руху на належному рівні;

– система навчання і популяризації Правил дорожнього руху та кодексу поведінки на дорогах серед широких мас населення (у тому числі й у дошкільних закладах) [20].

С. Гусаров слушно зазначає , що безпека дорожнього руху – це стан, коли учасникам дорожнього руху ніщо не загрожує, а саме стан захищеності життєво важливих інтересів людини у безпечній реалізації потреби у переміщенні (поряд з охороною життя та здоров'я) учасників дорожнього руху [3, с. 134]. Буквальне розуміння поняття забезпечення безпеки дорожнього руху, як підкреслює В. В. Лук'янов, дає підстави припускати повне виключення можливості виникнення дорожньо-транспортних пригод [5, с. 33].

Висновки

Можемо узагальнити і зробити підсумок, що безпека дорожнього руху – це система та стан захищеності учасників дорожнього руху, їхнього життя, здоров'я, майна та інших цінностей і життєво важливих інтересів, відсутність ризику завдання шкоди таким цінностям та інтересам. Забезпечення безпеки дорожнього руху включає та передбачає:

– наявність досконалого законодавства у сфері транспортної безпеки, норми якого чітко описують безпеку дорожнього руху, правила та вимоги до неї; належне функціонування відповідного механізму дотримання цих правил та норм, забезпечення безпеки на дорогах; ефективну роботу усіх суб'єктів гарантування безпеки дорожнього руху; посилену відповідальність за порушення правил дорожнього руху;

– відповідність стану автомобільних доріг, вулиць, залізничних переїздів вимогам безпеки руху, які прописані, зокрема, у вказаному Законі;

– наявність норм і правил дорожнього руху і, найголовніше, їх неухильне дотримання;

– своєчасне забезпечення та надання необхідної медичної допомоги, застосування заходів для забезпечення надання екстреної медичної допомоги у тому числі потерпілим внаслідок дорожньо-транспортних пригод;

– постійну наявність інформації про умови дорожнього руху з метою попередження учасників дорожнього руху про загрози чи небезпеки на дорогах та інших необхідних відомостей.

Отже, вищенаведені ознаки поняття «безпека дорожнього руху», характеристика його частин методом семантичного аналізу, висвітлення дефініції цього поняття з наукових праць, нормативних джерел дали змогу узагальнити та певною мірою розкрити його сутність.

Список використаних джерел:

1. Адміністративна відповідальність та провадження в справах про адміністративні правопорушення : навчальний посібник / О.В. Кузьменко, М.В. Плугатир, І.Д. Пастух та ін.; за заг. ред. О.В. Кузьменко. Київ: Центр учбової літератури, 2016. 388 с.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. 1736 с.

3. Гусаров С.М. Адміністративно-правові засади державного управління безпекою дорожнього руху в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2001. 23 с.

4. Долгополова М.М. Управління загальнодержавною системою забезпечення безпеки дорожнього руху : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2003. 210 с.

5. Доненко В.В. «Громадський порядок», «громадська безпека», «безпека дорожнього руху» як складові безпеки. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2011. № 4. С. 29-37. URL: file:///C:/Users/Admin/Downloads/Nvdduvs_2011_4_6%20(4).pdf

6. Ліпкан В.А Теорія національної безпеки : підручник. Київ : КНТ, 2009. С. 362-363.

7. Про дорожній рух : Закон України від 30.06.1993 № 3353-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 31. С. 338.

8. Про затвердження Кодексу системи передачі : постанова Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг від 14.03.2018 № 309. *Урядовий кур'єр*. 2018. № 75.

9. Про затвердження Положення про систему управління безпекою польотів на авіаційному транспорті : наказ Державної Служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 25.11.2005 № 895. *Офіційний вісник України*. 2006. № 51. С. 199.

10. Про затвердження Положення про систему управління безпекою руху поїздів у Державній адміністрації залізничного транспорту України : наказ Міністерства інфраструктури України від 01.04.2011 № 27 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0729-11 (дата звернення: 12.11.2019).

11. Салманова О.Ю. Адміністративно-правові засоби забезпечення міліцією безпеки дорожнього руху : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2002. 225 с.

12. Ситник Г.П. Державне управління у сфері національної безпеки (концептуальні та організаційно-правові засади) : підручник. Київ: В-во НАДУ, 2012. 728 с.

13. Ситник Г.П., Олуйко В.М., Вавринчук М.П. Національна безпека України : теорія і практика : навчальний посібник. Хмельницький; Київ : Кондор, 2007. С. 20.

14. Скрипа Є.В. Щодо проблеми визначення поняття «дорожній рух». *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 2. С. 115–118.

15. Юридична енциклопедія : в 6 т. Т. 1 / редкол: Ю.С. Шемшученко (відп. ред) та ін. Київ : Наукова думка, 1998. С. 137.

Industrial production, trade, construction nowadays no state can function and develop without road transport. With the modern growth and the number of road transport, the relevance of research and scientific knowledge about road safety and its basic concepts.

The article is devoted to the analysis of features of interpretation of the concept of «road safety». Comparison of the results of the definitions of "safety" and "traffic" in research and in the regulatory framework. Legislation and by-laws governing road safety issues are considered. The content, purpose, objectives and functions of the investigated legal phenomenon are revealed.

Preserving the life and health of the individual, as well as ensuring his or her integrity and safety is one of the most important tasks of the state. The abovementioned human safety concerns various areas of human life, among which are the areas of traffic where a person acts as the main and active participant, so effective maintenance of road safety is extremely important and relevant. In this aspect, it is necessary to clarify the essence of the concept of "road safety". At present, there is no single clear and clear definition of this concept at both the legal and regulatory levels, and among scholars. Therefore, this concept is relevant for study.

In the study of the concept and nature of "road safety" made a generalized description of the two defining parts-categories, the concept of "safety" and the concept of "traffic", of which formed the investigated concept. The scientific novelty is that different categories were compared by applying scientific methods, which revealed the relationship and the definition of the definition of "road safety". Scientific methods of analysis have been applied, in particular, semantic analysis, synthesis, generalization, comparative characteristics and systematization of the processed material, which gave an opportunity to comprehensively consider the issue of determining the category "road safety".

The practical implications of the results are that they can be used in legal decisions and strategies at the national level, to improve the quality of road safety.

Key words: immunity, vehicles, public order, public relations, state of security.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.34

Юлія Козлова,
експерт відділу досліджень та міжнародного співробітництва
Академії фінансового моніторингу

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА У СФЕРІ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ: ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ

Стаття присвячена аналізу адміністративної відповідальності у сфері фінансового моніторингу. Обґрунтовано доцільність застосування та визначено перелік міжнародних нормативно-правових актів, що передбачають необхідність існування та запровадження адміністративної відповідальності в галузі науки, що розглядається, а також практика застосування санкцій за вчинені адміністративні правопорушення. Досліджено доктринальне тлумачення поняття «адміністративна відповідальність» з точки зору різних науковців. Проаналізовано нормативно-правові акти національного законодавства, що регулюють діяльність з питань притягнення до адміністративної відповідальності з метою запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення. Досліджено підстави для притягнення до адміністративної відповідальності з точки зору різних законодавчих джерел, а також загострено увагу на колізіях в чинному законодавстві. Акцентовано увагу на суперечливих питаннях з приводу особи, яка притягується до відповідальності (посадова чи юридична). Розглянуто поняття «фінансові операції» згідно з чинним законодавством та запропоновано більш удосконалену дефініцію. Визначені та охарактеризовані заходи впливу, які застосовуються до порушника в сфері фінансового моніторингу, а також приділено увагу специфіці діяльності банків та філій іноземних банків. Підкреслено строки притягнення до адміністративної відповідальності. Наголошено на проблемних питаннях та визначено шляхи вдосконалення законодавства щодо притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності в сфері фінансового моніторингу. Зроблено висновок на необхідності прийняття нового закону, який суттєво би зменшив кількість прогалин у досліджуваній сфері. Крім цього, в новому проєкті закону про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення враховані зобов'язання перед міжнародною спільнотою, в тому числі норми для виконання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, вимоги міжнародних Стандартів (Рекомендацій) Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) та Директив ЄС (2015/849, 2018/843).

Ключові слова: відмивання коштів, протидія легалізації доходів, фінансова операція, санкції, регулятор, правопорушення, суб'єкт державного фінансового моніторингу, суб'єкт первинного фінансового моніторингу.

Постановка проблеми. В умовах сьогодення надзвичайно велике значення має проблема відмивання коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення. Аналіз наукових джерел адміністративного та інших галузей права показує, що в українському законодавстві відсутній єдиний підхід до притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-теоретичне підґрунтя для досліджень, пов'язаних з адміністративною відповідальністю у сфері фінансового моніторингу, заклали, зокрема, такі дослідники, як: А.Г. Чубенко, І.М. Гаєвський, О.О. Глущенко, Є.В. Павліченко, А.Т. Ковальчук, С.В. Пєтков, О.Ю. Скрипка та ін.

Метою статті є аналіз теоретичних та практичних проблем, які виникають з питань притягнення до адміністративної відповідальності з метою запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення, а також окреслення кола спірних аспектів та надання пропозицій щодо вдосконалення законодавства в зазначеній галузі дослідження.

© Ю. Козлова, 2019

Виклад основного матеріалу. Проблема «брудних коштів» уже давно набрала світового масштабу, основними причинами яких є корупція, організована злочинність, економічні злочини, тіньова економіка тощо. А значне поширення криптовалют, віртуальних активів, рейдерства тощо дедалі більше загострюють досліджувану проблему.

Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму» (далі – Закон) [1] зазначає, що особи, які винні у порушенні вимог цього Закону та/або нормативно-правових актів, що регулюють діяльність у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення, несуть кримінальну, адміністративну та цивільно-правову відповідальність.

Запровадження адміністративної відповідальності визначене вимогами міжнародних стандартів (рекомендацій) Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) [2] та Директив ЄС (2015/849 [3], 2018/843 [4]).

З огляду на міжнародний досвід це є позитивним та дієвим заходом, оскільки притягнення до адміністративної відповідальності сприяє як попередженню скоєння злочинів, так і запобіганню правопорушень загалом.

Доцільно зупинитися саме на визначенні поняття «адміністративна відповідальність». Як не дивно, Кодекс України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [5] не містить чіткої дефініції адміністративної відповідальності, зокрема вказано, що відповідальність за правопорушення настає, якщо ці правопорушення за своїм характером не тягнуть за собою кримінальної відповідальності.

Проаналізувавши наукову літературу, а саме підхід до тлумачення адміністративної відповідальності, варті уваги точки зору таких учених-адміністративістів, як Ю.П. Битяк і В.В. Зуй [6], Л.В. Коваль [7], Е.В. Додін [8], та слід погодитися із загальним визначенням І.Л. Бородіна, який трактує адміністративну відповідальність як примусове, з дотримуванням встановленої процедури, застосування правомочним суб'єктом передбачених законодавством за вчинення адміністративного проступку заходів впливу, які виконані правопорушником [9, с. 27].

Інакше кажучи, уповноважений орган (посадова особа) застосовує адміністративне стягнення до особи, яка вчинила правопорушення, а також заходи впливу, які полягають у певному обмеженні щодо правопорушника.

Повертаючись до фінансового моніторингу, слід зазначити, що адміністративна відповідальність за порушення вимог законодавства у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, може наставати згідно з:

1) Законом (стаття 24) [1];

2) КУпАП (статті 166-9 та 188-34) [5].

Слід наголосити, що адміністративна відповідальність, відповідно до КУпАП, настає за наслідками розгляду судами протоколів про адміністративні правопорушення, що складаються уповноваженими на те посадовими особами суб'єктів державного фінансового моніторингу. До адміністративної відповідальності в порядку Закону притягують безпосередньо суб'єкти державного фінансового моніторингу та оформлюють своє рішення у вигляді постанови.

Перераховані нормативно-правові акти містять перелік підстав для притягнення винної особи до відповідальності.

До них зокрема належать:

– порушення вимог щодо ідентифікації, верифікації клієнта, вивчення, уточнення інформації про клієнта;

– неподання, несвоєчасне подання, порушення порядку подання або подання центральному органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, недостовірної інформації у випадках, передбачених законодавством;

– порушення вимог щодо зберігання офіційних документів, інших документів (у тому числі створені суб'єктом первинного фінансового моніторингу електронні документи), їх копії щодо ідентифікації осіб (клієнтів, представників клієнтів), а також осіб, яким суб'єктом первинного фінансового моніторингу було відмовлено у проведенні фінансових операцій, вивчення клієнта, уточнення інформації про клієнта, а також усіх документів, що стосуються ділових відносин (проведення фінансової операції) з клієнтом (включаючи результати будь-якого аналізу під час здійснення заходів щодо верифікації клієнта/поглибленої перевірки клієнта), а також даних про фінансові операції;

– порушення порядку зупинення фінансових (фінансової) операцій (операції);

– ненадання, несвоєчасне подання або подання недостовірної інформації, пов'язаної з аналізом фінансових операцій, що стали об'єктом фінансового моніторингу, довідок та копій документів (у тому числі тих, що містять інформацію з обмеженим доступом) на

запит центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення;

– розголошення у будь-якому вигляді інформації, що відповідно до закону є об'єктом обміну між суб'єктом первинного фінансового моніторингу та центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, або факту її подання (одержання) особою, якій ця інформація стала відома у зв'язку з її професійною або службовою діяльністю [1; 5].

Отже, основу всіх правопорушень становить фінансова операція, яка підлягає фінансовому моніторингу. Дефініція цього терміна законодавчо визначена в Законі і визначає її як: будь-які дії щодо активів клієнта, вчинені за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу, або про які стало відомо суб'єкту державного фінансового моніторингу в рамках виконання цього Закону [1].

Проте доцільно зауважити, що проєкт Закону про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення (зареєстрований у Верховній Раді України 25.09.2019 за номером 2179) дає дещо інше визначення, більш конкретизує його застосування. А саме характеризує фінансову операцію як будь-які дії щодо активів клієнта, вчинені за допомогою суб'єкта первинного фінансового моніторингу або про які стало відомо суб'єктам первинного фінансового моніторингу у рамках ділових відносин з клієнтом, суб'єктам державного фінансового моніторингу, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, державним органам, що провадять діяльність у сфері запобігання та протидії, правоохоронним та розвідувальним органам України в рамках виконання цього Закону [10]. Таке трактування фінансової операції є більш коректним та точним, що унеможливлює спекулювання навколо нього.

Залежно від регулятора (органу, який здійснює нагляд та контроль), що складає протокол, до адміністративної відповідальності може притягатися як посадова, так і юридична особа.

Цікавим моментом є визначення особи, яка буде притягуватися до адміністративної відповідальності. Однією з кваліфікуючих ознак є час виявлення і вчинення правопорушення. Наприклад, якщо воно було вчинено і виявлено в момент здійснення перевірки зі сторони регулятора, то до відповідальності можна притягнути посадову особу, на яку покладено функції відповідального працівника, тобто особу, яка здійснює функції забезпечення заходів фінансового моніторингу. Якщо ж про це стало відомо згодом, відповідальність буде покладатися на юридичну особу.

До заходів впливу, передбачених чинним законодавством, належать:

– письмове застереження;

– анулювання ліцензії та/або інших документів, які надають право на здійснення певної діяльності;

– відсторонення посадової особи суб'єкта первинного фінансового моніторингу від посади до усунення правопорушення;

– штрафні санкції.

Слід зауважити, що відповідно до Закону зазначені заходи мають бути застосовані до правопорушника протягом шести місяців з дня виявлення порушення, але не пізніше ніж через три роки з дня його вчинення. Розглянемо детальніше кожен з них.

Одним з основних та найбільш поширених видів адміністративної відповідальності в сфері фінансового моніторингу є штраф – грошове стягнення, що накладається на громадян і посадових осіб за адміністративні правопорушення [5]. Розмір такого грошового стягнення залежить від встановленого неоподатковуваного мінімуму доходів громадян. І тут слід звернути увагу на певну колізію між Законом та КУпАП, оскільки розміри штрафних санкцій, передбачених Законом, значно перевищують суми штрафів, встановлених КУпАП.

Ще одним видом стягнення виступає анулювання ліцензії – позбавлення ліцензіата права на провадження виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, шляхом прийняття органом ліцензування рішення про анулювання його ліцензії [11].

У Законі прямо передбачено, що анулювання ліцензії чи іншого дозволу є додатковою санкцією. Це означає, що суб'єкт первинного фінансового моніторингу у будь-якому разі понесе відповідальність за вчинення повторного порушення (штрафні санкції), до нього додатково може бути застосовано коментований вид санкції [12].

Наступною, певним чином, специфічною санкцією до суб'єкта первинного фінансового моніторингу є тимчасове відсторонення його посадової особи від посади до усунення порушення.

Підтримуючи позицію науковців, авторів коментаря до Закону [12], можна виділити

такі ознаки відсторонення від посади як різновиду санкції:

а) може застосовуватися до посадової особи – суб'єкта первинного фінансового моніторингу;

б) застосовується суб'єктом державного фінансового моніторингу, який відповідно до Закону виконує функції з державного регулювання і нагляду за суб'єктом первинного фінансового моніторингу;

в) є тимчасовим заходом;

г) здійснюється до усунення порушення;

ґ) рішення про застосування приймається відповідно до закону.

Таким чином, цей різновид санкції теоретично та практично може бути застосований лише у разі, якщо у відповідному нормативно-правовому акті, що регулює діяльність того чи іншого суб'єкта первинного фінансового моніторингу, він буде передбачений [12].

Винятком є банки та філії іноземних банків. Відповідно до законодавства у разі порушення банками вимог законодавства у сфері запобігання відмиванню коштів до них застосовуватимуться санкції відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність», а також нормативно-правових актів Національного банку України. Якщо порівнювати розмір штрафних санкцій, то банківські нормативно-правові акти значно перевищують розміри стягнень, передбачених Законом.

Але враховуючи практику усунення порушень з питань фінансового моніторингу суб'єктами первинного фінансового моніторингу, варто зазначити, що не завжди дотримуються належним чином чи повною мірою виконуються застереження регулятора. Цю колізію буде виключено у проєкті закону 2179 [10], що зазначає необхідність укладення письмової угоди із суб'єктом первинного фінансового моніторингу, за якою суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язується сплатити визначене грошове зобов'язання та вжити заходів для усунення та/або недопущення в подальшій діяльності порушень вимог законодавства у сфері запобігання та протидії, підвищення ефективності функціонування та/або адекватності системи управління ризиками тощо.

Висновки

З огляду на зазначене, можна зробити висновок, що найбільш дієвим та ефективним заходом притягнення до адміністративної відповідальності в сфері фінансового моніторингу є штраф. Проблемною залишається наявність значної кількості неврегульованих питань у досліджуваній галузі. Першочергове прийняття нового Закону сприятиме усуненню частини прогалин, значно зменшить кількість спірних питань, проте не викоренить їх повністю.

Список використаних джерел:

1. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1702-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-18 (дата звернення: 07.11.2019).

2. FATF (2012–2019), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, FATF, Paris, France. URL: www.fatf-gafi.org/recommendations.html (дата звернення: 07.11.2019).

3. Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (Text with EEA relevance). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015L0849 (дата звернення: 07.11.2019).

4. Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU (Text with EEA relevance). URL: https://cutt.ly/0eAJDg7 (дата звернення: 07.11.2019).

5. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X. *Відомості Верховної Ради* Українськоі РСР. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122

6. Адміністративне право. Загальна частина : навчальний посібник / за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.В. Зуй. Харків : Одіссей, 2011. 240 с.

7. Коваль Л.В. Адміністративне право : Курс лекцій. Київ : Вентурі, 1998. 208 с.

8. Додин Е.В. Административная ответственность в свете Конституции Украины. Юридический вестник. 1997. № 3. С. 70.

9. Бородін І.Л., Бортник В.А. Адміністративна відповідальність : навчальний посібник. Київ : ДП «Вид. дім «Персонал», 2011. 136 с

10. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : проєкт Закону від 25.09.2019 № 2179. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66949 (дата звернення: 07.11.2019).

11. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015 року

№ 222-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19 (дата звернення: 07.11.2019).

12. Науково-практичний коментар до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» / А.Г. Чубенко та ін. Київ : Ваіте, 2015. 816 с.

13. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 7 грудня 2000 року № 2121-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14 (дата звернення: 07.11.2019).

The article is devoted to the analysis of administrative liability in the sphere of financial monitoring. The expediency of application and a list of international legal acts providing for the need for existence and introduction of administrative liability in the mentioned sphere are substantiated, as well as the best practices of application of sanctions for administrative offenses are considered. The doctrinal interpretation of the concept of administrative liability from the point of view of various scientists is investigated. The author analyzes the regulatory legal acts of the national legislation governing activities on issues of bringing to administrative liability with the aim of preventing and counteracting to legalization (laundering) of proceeds from crime, terrorism financing and financing of proliferation of weapons of mass destruction. The grounds for bringing to administrative liability from the point of view of various legislative sources are investigated, as well as the attention on gaps in the current legislation is focused. Special attention is focused on controversial issues regarding the person held liable (if it is official or legal). The concept of "financial transaction" according to the current legislation is considered and a more advanced definition is proposed. The impact measures applied to the offender in the field of financial monitoring are identified and characterized, as well as the attention to the specifics of the activities of banks and branches of foreign banks is paid. The terms of bringing to administrative liability are emphasized. Problematic issues were noted and ways to improve legislation to bring perpetrators to administrative liability in the sphere of financial monitoring were identified. It is concluded that it is necessary to adopt a new law, which would significantly reduce the number of gaps in the studied sphere. Moreover, the new draft law on prevention and counteraction to legalization (laundering) of proceeds from crime, terrorism financing and financing of proliferation of weapons of mass destruction takes into account obligations to the international community, including norms for the implementation of the European Union Association Agreement, the FATF Recommendations and the European Union Directives (2015/849, 2018/843).

Key words: money laundering, counteraction to legalization of proceeds, financial transaction, sanctions, regulatory institution, offences, subject of state financial monitoring, reporting entity.

УДК 342.92
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.35

Сергій Лекарь,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри податкової політики
Університету державної фіскальної служби України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

У статті досліджені теоретичні підходи до визначення поняття та змісту категорії «економічна безпека». Економічна безпека з юридичної точки зору, на думку автора, включає в себе два складники: по-перше, це такий стан суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, за яких поведінка суб'єктів права в сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання матеріальних і духовних благ відповідає встановленим правовим приписам; і по-друге, це такий стан законодавства, що регулює сферу економічних відносин, за якого воно відповідає вимогам економічної безпеки.

Економічна безпека існує як на загальнодержавному рівні, так і на рівні регіонів, на рівні окремих суб'єктів господарювання. Забезпечення економічної безпеки держави передбачає формування економічної політики, інституційних перетворень і необхідних механізмів, що усувають або пом'якшують вплив факторів, що підривають стійкість національної економіки. Все це має здійснюватися за допомогою прийняття комплексу організаційно-правових, соціально-економічних заходів, що реалізуються на основі якісних індикаторів і кількісних показників, включаючи макроекономічні, демографічні, зовнішньоекономічні та ін.

Автором зазначається, що розвиток високоефективної та соціально орієнтованої ринкової економіки має здійснюватися шляхом поступового формування оптимальних механізмів організації виробництва і розподілу товарів і послуг з метою максимально можливого зростання добробуту суспільства і кожного громадянина. При цьому на перший план висуваються завдання, пов'язані з усуненням деформацій у структурі національної економіки, із забезпеченням випереджаючого зростання виробництва наукоємної продукції та продукції високого ступеня переробки, з підтримкою галузей, що становлять основу розширеного відтворення, із забезпеченням зайнятості населення.

Ключові слова: економічна безпека, індикатори економічної безпеки, захист економіки.

Інтеграція української економіки у світову вимагає перегляду теоретичних та методологічних підходів до оцінки її ефективності та конкурентоспроможності, а також захищеності. Економічна система України багато в чому поступається провідним світовим. Істотною її рисою, як і раніше, залишається сировинний характер, який має негативний вплив на її розвиток, оцінку та характеристику в цілому. Це зумовлює необхідність та особливу значимість діяльності держави, спрямованої на приведення економічної системи держави у відповідність до вимог часу і забезпечення ефективного економічного розвитку. Реалізація цього завдання ускладнюється триваючим конфліктом на Сході України та значним рівнем корупції на всіх рівнях державного управління, що формує недовіру до державних інститутів, створює негативний імідж України на міжнародній арені і в зв'язку з цим розглядається як загроза безпеці нашої держави. За таких умов економічна захищеність є необхідною умовою забезпечення національних інтересів у сфері економіки.

Економічна безпека ґрунтується на трьох важливих засадах: економічній незалежності, стійкості і стабільності та здатності до саморозвитку і прогресу [1; 2]. Вирішення цих завдань можливе шляхом поєднання ефективного державного регулювання в економіці із саморегулюванням господарської діяльності та з урахуванням трендів глобалізації та регіоналізації економічних зв'язків.

У міжнародній практиці поняття «економічна безпека» з'явилося у 80-ті роки, а утвердилося і стало загальновизнаним з прийняттям 40-ою сесією ГА ООН (1985 р.) резолюції «Міжнародна економічна безпека». Важливі аспекти забезпечення економічної безпеки держави як основи її національної безпеки закріплені у Стратегічній програмі ООН «Цілі тисячоріччя» [3, с. 4].

В Україні активне вивчення проблематики економічної безпеки та її складників розпочалося лише після набуття статусу суверенної держави у 1991 р. Україна пройшла значний шлях у власному усвідомленні розуміння економічної безпеки. Вперше поняття «економічна безпека» було нор-

© С. Лекарь, 2019

мативно закріплено у Постанові «Про концепцію (основи державної політики) національної безпеки України» [4], схваленій Верховною Радою України 16.01.1997 р.

Складна соціально-політична та військова ситуація в Україні супроводжується збільшенням кількості загроз для економічної безпеки. Це призвело до необхідності перегляду підходів до розуміння ролі значення національної економічної безпеки. З огляду на це особливе місце в системі актів щодо забезпечення економічної безпеки мають програмні установчі документи – стратегії, концепції, доктрини, що становлять систему офіційно прийнятих у державі поглядів, оскільки є установчими. До цих документів належать: Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» (Основні положення) [5]; Стратегія національної безпеки України [6]; Концепція боротьби з тероризмом [7]; Воєнна доктрина України [8] та низка інших. Базовим законом у сфері національної безпеки є Закон України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. Закон визначає основи та принципи національної безпеки й оборони, а також засади державної політики в цьому напрямі. Так, зокрема:

– названі фундаментальні національні інтереси України (зокрема, всеосяжна інтеграція в європейський простір, а також набуття членства в Євросоюзі та НАТО);

– структуровано систему підпорядкування у секторі безпеки та оборони та визначено напрями для розробки стратегічних планів;

– встановлено обсяг видатків на фінансування сектору безпеки й оборони; визначено склад Збройних сил України;

– а також йдеться про цивільний контроль у цій сфері.

Цим законом закріплюється: захист людини і громадянина як мети державної політики у сферах національної безпеки й оборони; основним принципом у сфері безпеки й оборони визначається дотримання міжнародно-правових зобов'язань України; забезпечення верховенства права як одне із завдань, що виокремлюється в контексті поняття «демократичний цивільний контроль» як механізму нагляду за діяльністю органів у секторі безпеки й оборони. Прийняття цього Закону розмежувало поняття «національна безпека» в аспекті безпеки й оборони від інших сфер, зокрема і економічної безпеки, що було характерним до його прийняття. Проте важливість державної економічної безпеки важко переоцінити. Незважаючи на законодавчі новації, обґрунтовані соціально-економічною і політичною ситуацією в державі, економічна безпека є складником національної безпеки, що засвідчується у відповідній Стратегії.

Проблема визначення економічної безпеки з позицій права є досить складною. Адже так склалося, що до недавнього часу ця категорія здебільшого розглядалася у рамках економічної науки. Не випадково її представниками відзначається, що економічна безпека як категорія економічної теорії, хоча і має свій предмет і специфічні методи дослідження, тісно пов'язана з такими традиційними економічними поняттями, як економічне зростання і стійкість соціально-економічної системи. Більш того, економічна безпека визначається ними як компонент антикризового управління економікою. Окремими авторами економічна безпека трактується як «найважливіша якісна характеристика економічної системи, що визначає її здатність підтримувати нормальні умови життєдіяльності населення, стійке забезпечення ресурсами розвитку народного господарства, а також послідовну реалізацію національно-державних інтересів» [9].

Разом із тим економічну безпеку пропонується розглядати і через стан захищеності економіки. При цьому в такому разі це не тільки захищеність відповідних національних інтересів, а й готовність, а також здатність інститутів влади створювати механізми реалізації та захисту національних інтересів розвитку вітчизняної економіки, підтримку соціально-політичної стабільності суспільства [10, с. 28].

Узагальнення наявних підходів до визначення сутності та змісту поняття «економічна безпека» дали змогу виокремити три підходи до її розуміння, які засновані на важливих параметрах економічної безпеки: перший визначає економічну безпеку як стан захищеності національних економічних інтересів від внутрішніх і зовнішніх загроз [11; 12;13]; другий – як можливість (здатність) прогресивного економічного та соціального розвитку (постійного зростання рівня життя і добробуту населення) [14; 15]; третій – базується на ототожненні економічної безпеки з економічним суверенітетом як правом уповноважених народом органів проводити незалежну соціально-економічну політику та зовнішньоекономічну діяльність в інтересах усього населення [16; 17].

Економічна безпека з юридичної точки зору включає в себе два складники: по-перше, це такий стан суспільних відносин, що підлягають правовому регулюванню, за якого поведінка суб'єктів права в сфері виробництва, обміну, розподілу і споживання матеріальних і духовних благ відповідає встановле-

ним правовим приписам; і по-друге, це такий стан законодавства, що регулює сферу економічних відносин, за якого воно відповідає вимогам економічної безпеки [18].

З урахуванням усього викладеного економічну безпеку можна визначити як складову частину національної безпеки України, що являє собою такий стан і розвиток урегульованих правом суспільних відносин у сфері економіки, який забезпечує безперервне та ефективне виробництво, обмін, розподіл і споживання матеріальних і нематеріальних благ в інтересах особистості, суспільства і держави.

Економічна безпека справді існує як на загальнодержавному рівні, рівні регіонів і територіальних утворень, так і на рівні окремих суб'єктів господарювання. У такому разі слід зауважити, що термін «економічна безпека» низкою авторів використовується як характеристика стану приватних суб'єктів – комерційних і некомерційних юридичних осіб, з позиції забезпечення їх економічної безпеки [19; 20]. Вважаємо такий підхід цілком допустимим. Забезпечення економічної безпеки держави передбачає формування економічної політики, інституційних перетворень і необхідних механізмів, що усувають або пом'якшують вплив факторів, які підривають стійкість національної економіки. Все це має здійснюватися за допомогою прийняття комплексу конкретних заходів, реалізованих на основі якісних індикаторів і кількісних показників, включаючи макроекономічні, демографічні, зовнішньоекономічні та ін.

Найважливішими показниками стану справ в економіці, ефективності проведеної економічної політики служать так звані індикатори економічної безпеки. У такому разі слід виходити з того, що економіка, як найбільш складна система, має тисячі показників, що характеризують її стан, які використовуються на макро- і мезорівні для аналізу і прогнозування загроз економічній безпеці. Проте представниками економічної науки визнано доцільним використання низки індикаторів, які відображають найбільш важливі сфери економічної безпеки в реальному і фінансовому секторах економіки, в соціальній сфері. До них, зокрема, належать:

– обсяг валового внутрішнього продукту (ВВП);

– частка у ВВП інвестицій в основний капітал;

– частка у ВВП витрат на оборону;

– частка витрат на суспільні науки у ВВП;

– частка інноваційної продукції в загальному обсязі промислової продукції та ін.

Відхилення від порогових значень зазначених індикаторів, які являють собою граничні, абсолютні або відносні їх значення та вказують на небезпеку переростання окремих загроз у системну кризу, дестабілізацію економіки і політичного життя суспільства [21; 22].

Як уже зазначалося, в системі забезпечення економічної безпеки першорядне значення має виявлення можливих загроз, оскільки без цього вироблення і реалізація заходів її забезпечення неможливе.

Внутрішні та зовнішні загрози зумовлюють недостатній рівень стабільності економіки і, як наслідок, зниження рівня економічної безпеки нашої держави [23, с. 53].

Стратегія національної безпеки серед основних загроз економічній безпеці визначає: монопольно-олігархічну, низькотехнологічну, ресурсовитратну економічну модель; відсутність чітко визначених стратегічних цілей, пріоритетних напрямів і завдань соціально-економічного, воєнно-економічного та науково-технічного розвитку України, а також ефективних механізмів концентрації ресурсів для досягнення таких цілей; високий рівень «тінізації» та криміналізації національної економіки, кримінально-кланова система розподілу суспільних ресурсів; деформоване державне регулювання і корупційний тиск на бізнес; надмірна залежність національної економіки від зовнішніх ринків; неефективне управління державним боргом; зменшення добробуту домогосподарств та зростання рівня безробіття; активізація міграційних процесів унаслідок бойових дій; руйнування економіки та систем життєзабезпечення на тимчасово окупованих територіях, втрата їх людського потенціалу, незаконне вивезення виробничих фондів на територію Росії [6].

Основним змістом економічних реформ є створення умов для подолання бідності і надмірного майнового розшарування в суспільстві, наближення соціальних стандартів до рівня держав Центральної і Східної Європи – членів ЄС, досягнення економічних критеріїв, необхідних для набуття Україною членства в ЄС.

Ключовою умовою нової якості економічного зростання є забезпечення економічної безпеки шляхом:

– деолігархізації, демонополізації і дерегуляції економіки, захисту економічної конкуренції, спрощення й оптимізації системи оподаткування, формування сприятливого бізнес-клімату та умов для прискореного інноваційного розвитку;

– ефективного застосування механізму спеціальних економічних та інших обмежу-

вальних заходів (санкцій), унеможливлення контролю стратегічних галузей капіталом держави-агресора;

– створення найкращих у Центральній і Східній Європі умов для інвесторів, залучення іноземних інвестицій у ключові галузі економіки, зокрема в енергетичний і транспортний сектори, як інструменту забезпечення національної безпеки;

– забезпечення готовності економіки до відбиття Україною збройної агресії;

– розвитку оборонно-промислового комплексу як потужного високотехнологічного сектору економіки, здатного відігравати ключову роль у її прискореній інноваційній модернізації;

– юридичного захисту в міжнародних інституціях майнових інтересів фізичних і юридичних осіб України та Української держави, порушених Росією;

– підвищення стійкості національної економіки до негативних зовнішніх впливів, диверсифікації зовнішніх ринків, торговельних та фінансових потоків;

– забезпечення цілісності та захисту інфраструктури в умовах кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці, та особливого періоду;

– ефективного використання бюджетних коштів, міжнародної економічної допомоги та ресурсів міжнародних фінансових організацій, дієвого контролю за станом державного боргу;

– стабілізації банківської системи, забезпечення прозорості грошово-кредитної політики та відновлення довіри до вітчизняних фінансових інститутів;

– системної протидії організованій економічній злочинності та «тінізації» економіки на основі формування переваг легальної господарської діяльності та водночас консолідації інституційних можливостей фінансових, податкових, митних та правоохоронних органів, виявлення активів організованих злочинних угруповань та їх конфіскації [6].

Варто відзначити, що протягом останніх п'яти років визначені в Стратегії завдання були тим чи іншим чином реалізовані. Було оновлено законодавство в сфері безпеки й оборони, створені засади економічної стабілізації, покращений інвестиційний клімат, проте, триваючий конфлікт на Сході нашої держави не дав змогу досягти значних результатів економічного зростання, хоча істотний спад економіки 2014–2015 років призупинився. Крім того, було реформовано систему боротьби з корупцією та організованою злочинністю, створені нові державні органи як у сфері безпеки й оборони, так і боротьби з корупцією – НАЗК, ДБР, НАБ України та інші.

Нині все частіше порушується питання щодо необхідності перегляду всієї системи принципів функціонування економічної системи держави, проте, навіть такі істотні зміни не знімуть з порядку денного питання забезпечення економічної безпеки держави та необхідності її забезпечення.

Таким чином, під забезпеченням національної економічної безпеки України пропонується розуміти цілеспрямовану діяльність державних і суспільних інститутів, а також громадян щодо виявлення, попередження загроз економічній безпеці особистості, суспільства і держави та протидії цим загрозам як обов'язкової і неодмінної умови захисту національних економічних інтересів. Разом із тим беззаперечним є факт того, що національна безпека нерозривно пов'язана саме з діяльністю держави. Адже тільки вона може, спираючись на свій апарат, органи державної влади, діяльність яких чітко визначена та обмежена рамками чинного законодавства, забезпечити спокій громадян, створити сприятливі умови для їхнього життя і діяльності. При цьому жодні інші соціальні сили задачу забезпечення безпеки виконати не можуть. Це завдання має всеосяжний характер.

Забезпечення національної безпеки є не тільки прерогативою державних інститутів, але також громадян, громадських організацій та об'єднань. Окремі автори у зв'язку з цим пропонують ввести в теорію права поняття суспільної системи забезпечення національної безпеки. З цим цілком можна погодитися, оскільки справа забезпечення національної безпеки є справою кожного свідомого громадянина. Разом із тим основу її становить все-таки відповідна цілеспрямована діяльність уповноважених органів держави, наприклад, так званих силових структур – судів, прокуратури, армії, органів безпеки, поліції.

Вважаємо, що розвиток високоефективної та соціально орієнтованої ринкової економіки має здійснюватися шляхом поступового формування оптимальних механізмів організації виробництва і розподілу товарів і послуг з метою максимально можливого зростання добробуту суспільства і кожного громадянина. При цьому на перший план висуваються завдання, пов'язані з усуненням деформацій у структурі національної економіки, із забезпеченням випереджаючого зростання виробництва наукоємної продукції та продукції високого ступеня переробки, з підтримкою галузей, що становлять основу розширеного відтворення, із забезпеченням зайнятості населення.

Істотне значення мають посилення державної підтримки інвестиційної та інно-

ваційної активності, вживання заходів зі створення стійкої банківської системи, що відповідає інтересам реальної економіки, полегшення доступу підприємств до довгострокових кредитів на фінансування капітальних вкладень, надання реальної державної підтримки для реалізації програм структурної перебудови промисловості.

Найважливішим завданням, на нашу думку, є необхідність випереджаючого розвитку конкурентоспроможних галузей і виробництв, розширення ринку наукомісткої продукції. З метою її вирішення мають бути вжиті заходи, що стимулюють передачу нових військових технологій у цивільне виробництво, запроваджено механізм виявлення і розвитку прогресивних технологій, освоєння яких забезпечить конкурентоспроможність національних підприємств на світовому ринку.

Протидія загрозам економічної безпеки з метою її забезпечення з усією очевидністю передбачає реалізацію комплексу найрізноманітніших заходів. Звісно ж, що в їх ряду присутні заходи соціально-політичного, фінансово-економічного, інформаційно-технічного, організаційного, а також правового характеру [24]. Виходячи з цього, вважаємо, що є всі підстави для того, щоб розглядати забезпечення економічної безпеки як безперервний складний процес, що вимагає залучення значних сил і засобів, об'єднання та впорядкування зусиль сторін, зацікавлених у його успішному перебігу. Безперечною бачиться точка зору, відповідно до якої у такому разі необхідний системний підхід до цього процесу. При цьому всі його складники слід розглядати в нерозривній єдності і взаємодії, і водночас кожний складник як носія своєї, тільки йому властивої функції.

Правове регулювання як одного із засобів забезпечення економічної безпеки мусить мати в своїй основі глибокий економічний аналіз, враховувати динаміку найважливіших економічних показників, оперативно реагувати на зміни, що відбуваються в економічній сфері. В іншому разі право із засобу забезпечення економічної безпеки може стати негативним фактором, що створює додаткові ризики і проблеми в економіці.

Висновок

Продовжуючи цю думку, можна зробити висновок про те, що правове регулювання має повною мірою співвідноситися з визначеною державою економічною політикою. При цьому найбільш складним у цьому плані є питання про межі втручання держави в економіку. Адже в цьому разі необхідно уникнути згубного впливу держави на економічні процеси, досягти обґрунтованого поєднання державного управління і регулювання з автономією господарських суб'єктів і властивої їм саморегуляцією.

Тут цілком доречно взяти до уваги позицію, яка полягає в тому, що держава в цьому питанні не має орієнтуватися тільки на процеси саморегуляції, властиві ринковим відносинам. Держава покликана вирішувати такі економічні проблеми, перед якими ринковий механізм виявляє неспроможність або недостатню ефективність. Це перш за все захист соціально-економічних прав людини, більш справедливий розподіл доходів, запобігання негативним наслідкам діяльності природних монополій, згладжування структурних і регіональних диспропорцій, підтримка підприємництва, ефективний розвиток міжнародних зв'язків.

На нашу думку, вирішення цієї амбітної задачі можливе шляхом створення єдиної державної стратегії економічної безпеки, а також розробки узгоджених галузевих стратегій із забезпечення продовольчої, інноваційної, екологічної безпеки тощо [25]. Крім того, необхідно внести зміни в чинні нормативно-правові акти з метою подолання наявних прогалин і колізій, а також узгодження цих програмних документів зі стратегічними напрямами соціально-економічного розвитку держави, що мають бути визначені на державному рівні до 2030 року.

Разом із тим створення надійної та ефективної системи правового забезпечення економічної безпеки України визначає напрями та характер розвитку всього комплексу економічних перетворень у країні, забезпечуючи прогресивну економічну динаміку та зростання добробуту населення. Забезпечення захисту економічних інтересів країни можливе лише за умови консолідації зусиль влади, суб'єктів господарювання та суспільства.

Список використаних джерел:

1. Ревенко А. Проблеми формування національної економічної безпеки України. *Економіка України*. 1993. № 11. С. 15–21.

2. Економічна безпека : навчальний посібник / за ред. З.С. Варналія. Київ : Знання. 2009. 647 с.

3. Лекарь С.І. Економічна безпека України: поняття і сутність термінології. *Науковий вісник Львівського національного університету внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 3–16.

4. Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України : Постанова Верховної Ради України від 16 січ. 1997 р. № 3/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 10. С. 85.

5. Стратегія сталого розвитку Україна – 2020 : Указ Президента України від 15.01.2015 № 5/2015. *Офіційний вісник України* від 23.01.2015, 2015 р., № 4, стор. 8, стаття 67, код акта 75358/2015.

6. Стратегія національної безпеки України : затв. Указом Президента України від 26 трав. 2015 р. № 287/2015. *Офіц. вісн. України*. 2015. № 43. Стор. 14. Ст. 1353.

7. Про Концепцію боротьби з тероризмом в Україні : Указ Президента України № 53/2019 від 05.03.2019. *Офіційний вісник України* від 15.03.2019. 2019 р., № 21, стор. 24, стаття 710, код акта 93690/2019.

8. Воєнна доктрина України : Указ Президента України від 24 вересня 2015 року № 555/2015. *Офіційний вісник України* від 09.10.2015. 2015 р., № 78, стор. 38, стаття 2592, код акта 78728/2015.

9. Зорькин В.Д. Роль права в обеспечении национальных интересов. *Право и безопасность*. 2006. № 1–2. С. 7–12.

10. Каратонов М.Е. Финансовая безопасность и финансовый контроль в условиях рыночных отношений. *Юрист*. 2006. № 6. С. 25–34.

11. Енциклопедія банківської справи України / за ред. В.С. Стельмаха. Київ : Молодь, Ін Юре, 2001. 680 с.

12. Гордієнко С.Г. Забезпечення економічної безпеки України Службою безпеки. Економічні злочини: попередження і боротьба з ними. Київ, 2001. С. 121.

13. Губський Б.В. Економічна безпека України: методологія виміру, стан та стратегія забезпечення. Київ : ДП «Укрархбудінформ», 2001. 122 с.

14. Абалкин Л.И. Экономическая безопасность России: угрозы и их отражение. *Вопросы экономики*. 1994. № 12. С. 4–13.

15. Пастернак-Таранушенко Г.А. Економічна безпека держави. Статики процесу забезпечення / за ред. Б. Кравченка. Київ : Кондор, 2002. 302 с.

16. Єрмошенко М.М. Фінансова безпека держави: національні інтереси, реальні загрози, стратегія забезпечення. Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2001. С. 26.

17. Мішина І.Г. Проблема формування теоретичних основ економічної безпеки суспільства. *Торгівля і ринок України* : темат. зб. наук. пр. / голов. ред. О.О. Шубін. Донецьк : ДонДУЕТ, 2004. Вип. 16. Т. 1. 352 с.

18. Кирьянов А.Ю. Экономическая безопасность как особое направление обеспечения региональной безопасности в современном российском государстве. *Адвокатская практика*. 2006. № 1. С. 3.

19. Комисарова Я.В. Об использовании полиграфа в целях обеспечения экономической безопасности предприятия. *Банковское право*. 2006. № 2. С. 55.

20. Грунин О.А. Экономическая безопасность организации / О.А. Грунин, С.О. Грунин. Санкт-Петербург : Питер, 2002. 160 с.

21. Комягин Д.Л. Правовые механизмы недопущения роста задолженности бюджета. *Право и экономика*. 2000. № 5.

22. Конторович В.К. Проблемы возмещения НДС при экспорте: выход из тупика есть. *Финансы*. 2001. № 10.

23. Жаліло Я.А. Економічна стратегія держави: теорія, методологія, практика. Київ : НІСД, 2003. С. 53–87.

24. Сорокіна В.В. Теоретико-правові засади економічної безпеки. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2016. № 31. С. 205–217.

25. Денисов А.І. Економічна безпека держави: завдання господарсько-правового забезпечення. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2014. № 2 (17). С. 197–205.

The article investigates theoretical approaches to the definition of the concept and content of the category "economic security". Economic security from a legal point of view, according to the author, includes two components: first, it is a state of social relations subject to legal regulation under which the behavior of entities in the sphere of production, exchange, distribution and consumption of material and cultural goods complies with the legal requirements; and second, it is a condition of the legislation regulating economic relations in which it meets the requirements of economic security.

Economic security exists at the national level, the level of regions and territorial entities and at the level of individual economic entities. Ensuring the economic security of the state involves the formation of economic policies, institutional reforms and the necessary mechanisms to eliminate or mitigate the impact of factors that undermine the national economy stability. All this should be carried out through the adoption of a set of organizational legal, socio-economic measures implemented on the basis of qualitative indicators and quantitative indicators, including macroeconomic, demographic, foreign economic, etc.

The author notes that the development of a highly efficient and socially oriented market economy should be carried out through the gradual formation of optimal mechanisms for the organization of production and distribution of goods and services in order to maximize the welfare of society and every citizen. The focus is put on the tasks associated with elimination of deformations in the structure of the national economy, with ensuring of the rapid growth in the production of high-tech products and products with high degree of processing, with industries support that form the basis of expanded reproduction, with employment of the population.

Key words: economic security, indicators of economic security, economic protection.

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.36

Людмила Могілевська,
викладач кафедри правоохоронної діяльності та поліціїстики факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ДО ХАРАКТЕРИСТИКИ МЕТОДІВ ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ У СФЕРІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ДИТИНИ

Метою статті є визначення та надання характеристики методам діяльності Національної поліції у сфері забезпечення прав і свобод дитини. У статті на основі аналізу наукових поглядів вчених та норм чинного законодавства України визначено та охарактеризовано методи діяльності Національної поліції у сфері забезпечення прав і свобод дитини. З'ясовано, що під методами діяльності Національної поліції необхідно розуміти всю сукупність способів, засобів та прийомів, які використовують працівники поліції задля досягнення єдиної мети, тобто забезпечення прав та свобод дитини в Україні. Наголошено, що для ефективної профілактики потрібно як усунути негативні умови, що утворюють конкретні життєві ситуації, так і виявити обставини, що негативно впливають на моральне формування особистості. Переконання як метод – це моральний, психологічний, матеріальний вплив суб'єкта адміністративної діяльності на об'єкт, на його волю, свідомість та поведінку з метою досягнення свідомого виконання ним вимог правових норм. Застосування методу переконання в адміністративній діяльності поліції дозволяє досягти таких цілей: 1) виховання у громадян сталої правомірної поведінки; 2) попередження злочинів та інших правопорушень; 3) вплив на правопорушників. Доведено, що метод примусу застосовується до порівняно незначної кількості людей, як правило, тих, що вчинили правопорушення, виключно працівниками поліції в межах їхніх повноважень з метою попередження чи припинення протиправних дій, подолання їх шкідливих наслідків, а також притягнення особи до адміністративної відповідальності. Зроблено висновок, що методи діяльності поліції у сфері забезпечення прав і свобод дитини становлять систему, тобто цілісну, внутрішньо узгоджену сукупність, а тому мають застосовуватися комплексно й на міцній науковій основі та з урахуванням специфіки правового статусу неповнолітніх і зовнішніх факторів. На завершення хотілося б відмітити, що вказаний перелік методів ми не маємо права назвати вичерпним, оскільки і науковці, і законодавці повинні постійно розширювати їх межі та перелік з метою більш якісного та ефективного забезпечення прав та свобод дитини в Україні.

Ключові слова: метод, примус, переконання, припис, Національна поліція України, забезпечення прав і свобод дитини.

Постановка проблеми. Свідченням наміру нашої держави забезпечувати захист прав та свобод дитини є, крім іншого, постійна робота уповноважених органів державної влади у цій сфері. Це відповідає вимогам ст. 3 Конвенції ООН про права дитини, згідно з якою держави-учасниці мають забезпечити, щоб установи, служби і органи, відповідальні за піклування про дітей або їх захист, відповідали нормам, встановленим компетентними органами, в галузі безпеки й охорони здоров'я та з погляду придатності персоналу цих органів, а також компетентного нагляду. Одним із таких органів є Національна поліція України, ключовим завданням якої є забезпечення реалізації та захисту прав та свобод всіх категорій громадян. Діти в цьому контексті не є винятком. Р.М. Лящук також підкреслює, що характер та зміст завдань, які виконують правоохоронні органи, вимагають застосування у їх діяльності специфічних методів, адже те, яким чином вони будуть виконувати поставлені державою завдання, визначатиме ступінь та якість досягнення правоохоронної мети [1, с. 148]. Вказане вище підтверджує актуальність теоретичних і практичних досліджень методів діяльності Національної поліції України щодо забезпечення прав та свобод дитини.

Варто відзначити, що багато проблем щодо діяльності Національної поліції України у сфері захисту прав та свобод людини вже були у полі зору науковців, зокрема їм

© Л. Могілевська, 2019

приділяли увагу такі вчені: О.М. Бандурка, О.І. Безпалова, Л.Д. Березівська, О.І. Вінгловська, В.В. Галунько, О.Ю. Дрозд, П.І. Каблак, І.В. Міщук, О.М. Музичук, В.М. Олійник, В.Г. Петров, А.О. Попова, А.В. Рум'янцева-Козовник, М.І. Смирнов, Н.Б. Шамрук, С.І. Шевченко, К.В. Шкарупа, О.Ю. Шостко та інші. Однак, попри чималу кількість наукових розробок, в більшості робіт проблема визначення методів діяльності Національної поліції України у сфері захисту прав та свобод людини або не розглядалась взагалі, або ж мала суто поверхневий характер.

Метою статті є визначення та надання характеристики методам діяльності Національної поліції у сфері забезпечення прав і свобод дитини.

Виклад основного матеріалу. Загальновизнаними та універсальними методами державної діяльності, які використовуються в усіх галузях та сферах, на всіх її рівнях, а також визначають зміст та конкретний прояв інших методів, є переконання та примус. Ці методи найпослідовніше відбиваються через механізм прав та обов'язків, підкреслюють особливості відносин влади і підпорядкування [2, с. 190]. Але, звісно, перелік методів не зводиться до вказаних вище. Окремими авторами виділяються й інші їх види, серед яких, крім переконання та примусу, зазначається виховна робота, заохочення, профілактика порушень прав та свобод. Однак саме методи переконання та примусу найширше застосовуються в усіх сферах управлінської діяльності і становлять систему засобів впливу держави (в особі її відповідних органів та посадових осіб) на свідомість і поведінку людей. Вони є необхідною умовою нормального функціонування суспільства, будь-якого державного або громадського об'єднання, всього процесу управління. Застосовуючи ці методи, держава забезпечує функціонування всієї суспільної системи, організованість, дисциплінованість, охороняє працю та побут людей, нормальну соціальну обстановку в країні [3, с. 101].

На думку Є.П. Филипенко, у сфері діяльності органів внутрішніх справ щодо забезпечення прав та свобод дітей здебільшого можна навіть говорити про комплексне використання методів переконання і примусу. Проте автор зазначає, що головну роль у діяльності органів внутрішніх справ, особливо щодо неповнолітніх, як за обсягом, так і за порядком застосування відіграє метод переконання [4, с. 111]. При цьому необхідно враховувати, що відповідно до ст. 30 Закону України «Про Національну поліцію» від 02.07.2015 р. № 580-VIII поліція для охорони прав і свобод людини, запобігання загрозам публічній безпеці і порядку або припинення їх порушення застосовує в межах своєї компетенції поліцейські превентивні заходи та заходи примусу, а також для виконання покладених на неї завдань вживає заходів реагування на правопорушення, визначених Кодексом України про адміністративні правопорушення та Кримінальним процесуальним кодексом України, на підставі та в порядку, визначених законом, а також інших заходів, визначених окремими законами. У даному контексті варто зазначити, що під поліцейським заходом розуміють дію або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень.

Зазначимо, що нині у структурі методів діяльності Нацполіції один з основних напрямів займає превентивна діяльність, а саме ювенальна превенція [5, с. 122]. Зазначимо, що у правоохоронній діяльності органів внутрішніх справ України переконання і примус реалізуються в запобіжній та профілактичній роботі. Така робота відповідно до чинної Інструкції з ОРПЮП (п. 1) належить до основних завдань підрозділів ювенальної превенції, серед яких також виділяються такі: 1) профілактична діяльність, спрямована на запобігання вчиненню дітьми кримінальних і адміністративних правопорушень, виявлення причин і умов, які цьому сприяють, вжиття в межах своєї компетенції заходів для їх усунення; 2) ведення профілактичного обліку дітей, схильних до вчинення правопорушень, та проведення з ними заходів індивідуальної профілактики; 3) участь в установленні місцезнаходження дитини в разі її безвісного зникнення чи отриманні даних для цього в межах кримінального провадження, відкритого за фактом її безвісного зникнення; 4) вжиття заходів щодо запобігання та протидії домашньому насильству, вчиненому дітьми та стосовно них, а також жорстокому поводженню з дітьми; 5) вжиття заходів щодо запобігання дитячій бездоглядності, у тому числі здійснення поліцейського піклування щодо неповнолітніх осіб; 6) провадження діяльності, пов'язаної із захистом права дитини на здобуття загальної середньої освіти.

Таким чином, методу переконання у громадянському суспільстві завжди надається перевага, бо лише за умов переконання громадян у правильності вибору того чи іншого напряму політики можливо створити правову державу, яка є найвищою сходинкою

організації суспільства. Переконання як метод – це моральний, психологічний, матеріальний вплив суб'єкта адміністративної діяльності на об'єкт, на його волю, свідомість та поведінку з метою досягнення свідомого виконання ним вимог правових норм. Застосування методу переконання в адміністративній діяльності поліції дозволяє досягти таких цілей: 1) виховання у громадян сталої правомірної поведінки; 2) попередження злочинів та інших правопорушень; 3) вплив на правопорушників [6, с. 14].

Отже, можна із впевненістю констатувати, що в контексті визначеної проблеми метод переконання має особливе значення, адже роз'яснення прав та свобод, а також реальних можливостей їх реалізації необхідно проводити у такому віці, коли відбувається моральне та психічне становлення людини, формуються її моральні цінності та модель поведінки. Все це дозволяє закріпити у свідомості дитини необхідні правові погляди та принципи поведінки. Головною особливістю застосування методу переконання щодо забезпечення прав та свобод дитини органами Нацполіції є неможливість розглядати дитину окремо від того середовища, в якому вона перебуває, – родини, навчального закладу, найближчого оточення. Факторами, які сприяють порушенню прав та свобод дітей за місцем їх проживання, можуть бути незгода між батьками і відсутність чітких дисциплінарних і педагогічних вимог у родині, психічні порушення і кримінальна поведінка батьків, низький соціальний статус родини та погані житлові умови [7, с. 89]. Крім того, негативний вплив на підлітків здійснюють не лише батьки, а й інші особи, які проживають спільно (старші брати і сестри), вплив яких найчастіше набагато сильніший. Робота з такими родинами має здебільшого профілактичну мету. Для ефективної профілактики потрібно як усунути негативні умови, що утворюють конкретні життєві ситуації, так і виявити обставини, що негативно впливають на моральне формування особистості. Отже, така робота має проводитися систематично (постійне відвідування неповнолітніх за місцем мешкання з метою виявлення передумов порушення їх прав та свобод, роз'яснювальні профілактичні бесіди з батьками та неповнолітніми з метою їх правового виховання, контроль відвідування неповнолітніми навчальних закладів тощо) [4, с. 111].

До заходів переконання можна віднести також процес, який охоплює як разові, так і довгострокові заходи, включає загальну та індивідуальну профілактику. На цьому етапі реформування ювенальної юстиції реалізація положень Меморандуму про взаєморозуміння щодо впровадження ініціативи зі співробітництва у сфері захисту дітей передбачає з боку Нацполіції розробку неформальних механізмів взаємодії поліцейських з дітьми щодо запобігання дитячій злочинності та вчинення злочинів проти дітей. Такими заходами взаємодії поліції з дітьми є ініціювання та організація проведення соціальних проєктів, конкурсів, просвітницьких програм тощо. З 2016/2017 навчального року в українських школах розпочате впровадження експериментальної моделі співпраці навчальних закладів і поліції «Шкільний офіцер поліції». Поліцейські зосереджуватимуть свою роботу на проведенні просвітницько-профілактичних занять з учнями за програмою «Школа і поліція» [8]. Згідно з методичною програмою роз'яснюється, що заняття передбачають підхід з орієнтацією на попередження проблеми, а не на інцидент, який уже відбувся. У такому партнерстві школа і правоохоронний орган розуміються як одна команда, а роль працівника правоохоронного органу розширюється і передбачає профілактику та втручання на ранній стадії. З метою реалізації програми працівники поліції, які пройшли спеціальне навчання, будуть призначені шкільними офіцерами поліції (далі – ШОП) і закріплені за конкретними школами. Частота відвідування навчальних закладів ШОП може залежати від оцінки ризиків та потреб кожної школи у сфері профілактики ризикованої поведінки дітей та правопорушень [8]. Так, можливість особистого спілкування дітей з поліцейськими, зокрема з приводу проблемних питань, безпосередньо у шкільному просторі зміцнює зв'язки поліції зі школою, що є важливим елементом дитячого розвитку [9, с. 399–404].

Не новим, але ефективним заходом загальної профілактики серед дітей є використання ЗМІ та наочної агітації з метою привернення уваги до проблем захисту дітей та превенції ювенальної деліктності, правового виховання, пропагування здорового способу життя, профілактики наркоманії тощо. На сучасному етапі не можна залишати без уваги інтернет-простір. Індивідуальна профілактика передбачає складення плану заходів з індивідуальної профілактики на основі вивчення матеріалів характеристик, індивідуальних психологічних особливостей дитини тощо.

Наступний метод – це примус, котрий є досить поширеним у діяльності Національної поліції України. Він спрямований на забезпечення прав людини та характеризується тим, що він є допоміжним, здійсню-

ється на підставі переконання і тільки після застосування переконання. О. Негодченко зазначав: «Примус – це свого роду антизахід держави у відповідь на протиправну поведінку правопорушника» [10, с. 124]. Метод примусу застосовується до порівняно незначної кількості людей, як правило, тих, що вчинили правопорушення, виключно працівниками поліції в межах повноважень з метою попередження чи припинення протиправних дій, подолання їх шкідливих наслідків, а також притягнення особи до адміністративної відповідальності [11, с. 83].

Можна виділити такі форми його прояву: 1) примус, який використовується для попередження та припинення посягань на життя, здоров'я, честь та гідність громадянина, його майно тощо; 2) примус, який застосовується для безпосереднього примусового здійснення прав та обов'язків громадян. Так, у разі вчинення членом сім'ї щодо дитини насильства, відповідальність за яке передбачена ст. 173-2 КУпАП, уповноважена особа органів внутрішніх справ складає щодо винної особи протокол про адміністративне правопорушення, керуючись Інструкцією з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах внутрішніх справ України [12]. Крім того, щодо осіб, які вчинили насильство в сім'ї, працівники ОВС України можуть застосовувати такі заходи [13, с. 62]: 1) винести кривдникові офіційне попередження про неприпустимість вчинення насильства в сім'ї; 2) взяти на профілактичний облік осіб, схильних до вчинення насильства; 3) винести захисний припис (якщо кривдник все ж таки вчинив насильство після винесення йому офіційного попередження) і контролювати виконання вимог захисного припису; 4) сприяти проходженню корекційної програми, спрямованої на формування гуманістичних цінностей і ненасильницької моделі поведінки. З огляду на положення Модельного законодавства ООН про домашнє насильство, а також досвід інших країн світу [14, с. 75] до системи спеціальних заходів щодо попередження насильства в сім'ї необхідно запровадити такий захід індивідуальної профілактики, як тимчасовий обмежувальний припис, який передбачає заборону на вчинення насильства в сім'ї. За умови внесення відповідних змін до законодавства України цей захід додасть ефективності засобам протидії сімейному насильству відносно дитини. Це примус, який пов'язаний з реалізацією адміністративної чи кримінальної відповідальності.

На тлі викладеного необхідно ще раз наголосити, що застосування такого методу, як примус, працівниками Нацполіції в рамках демократичного суспільства має відбуваєтся лише у разі, коли були використані всі інші методи та застосовані заходи виховного характеру, котрі не дали необхідних результатів. При цьому вказаний метод сприяє створенню в суспільстві впевненості, що права та свободи будуть захищені за будь-яких обставин і від будь-яких посягань.

Висновки

Таким чином, під методами діяльності Національної поліції України необхідно розуміти всю сукупність способів, засобів та прийомів, які використовують працівники поліції задля досягнення єдиної мети, якою є забезпечення прав та свобод дитини в Україні. Методи діяльності поліції у досліджуваній сфері становлять систему, тобто цілісну, внутрішньо узгоджену сукупність, а тому мають застосовуватися комплексно й на міцній науковій основі та з урахуванням специфіки правового статусу неповнолітніх і зовнішніх факторів. На завершення хотілося б додати, що вказаний перелік методів ми не маємо права назвати вичерпним, оскільки і науковці, і законодавці повинні постійно розширювати межі цих методів та їх перелік з метою більш якісного та ефективного забезпечення прав та свобод дитини в Україні.

Список використаних джерел:

1. Лящук Р.М. Методи переконання та примусу в адміністративній діяльності правоохоронних органів. *Порівняльно-аналітичне право.* 2016. № 3. С. 148–150.

2. Колпаков В.К. Адміністративне право : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 736 с.

3. Клюєв О.М. Форми та методи профілактичної діяльності органів внутрішніх справ на місцевому рівні. *Форум права.* 2007. № 1. С. 99–103.

4. Филипенко Є.П. Особливості методів діяльності органів внутрішніх справ України щодо забезпечення прав і свобод неповнолітніх. *Право і безпека.* 2010. № 3 (35). С. 109–113.

5. Іщенко І. Превентивна робота з дітьми: актуалізація питання та перспективи дослідження. *Підприємство, господарство і право.* 2017. № 6. С. 122–126.

6. Адміністративна діяльність Національної поліції : навчальний посібник для підготовки до іспиту. Калюк О.М., Константінов С.Ф., Куліков В.А. та ін.; за ред. Кулікова В.А. Київ : «Освіта України», 2016. 230 с.

7. Раттер М. Помощь трудным детям / пер. с англ. Москва: Прогресс. 1987. 424 с.

8. Филипенко Є.П. Особливості методів діяльності органів внутрішніх справ України щодо забезпечення прав і свобод неповнолітніх. *Право і безпека.* 2010. № 3 (35). С. 109–113.

9. Butković Ana, Valenta Zdravko, Tišma Velimir (2016). Važnost policijskih preventivnihь-

programa za mlade – rezultati istraživanja. *Časopis "Policija i sigurnost" (Zagreb),* godina 25. broj 4. str. 397–408.

10. Негодченко О.В. Забезпечення прав і свобод людини органами внутрішніх справ України : монографія. Дніпропетровськ : Юридична академія МВС України. 2002. 416 с.

11. Адміністративна діяльність Національної поліції : навч. Посібник / кер. авт. кол. к.ю.н., засл. юрист України В.А. Глуховеря. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ. 2017. 248 с.

12. Про затвердження Інструкції з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення в органах поліції : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 06.11.2015 р. № 1376.

13. Насильство в сім'ї та діяльність органів внутрішніх справ щодо його подолання : навч.-метод. посіб. для курсантів вищих навч. закл. МВС України / А.В. Запорожцев, А.В. Лабунь, Д.Г. Заброда, І.В. Басиста, І.В. Дроздова, В.О. Брижик. Київ, 2012. 246 с.

14. Шамрук Н.Б., Галай А.О., Гречанюк С.К. Взаємодія суб'єктів протидії насильству в сім'ї : монографія. Чернігів : Чернігівський національний педагогічний університет імені Т.Г. Шевченка, 2013. 174 с.

The purpose of the article is to identify and characterize the methods of activities of the National Police in the field of the rights and freedoms of the child. In the article, based on the analysis of scientific views of scientists and norms of the current legislation of Ukraine, the methods of activity of the National Police in the sphere of ensuring the rights and freedoms of the child are defined and characterized. It is clear that the methods of activities of the National Police need to understand the totality of ways, means and techniques used by police officers for the sole purpose of ensuring the rights and freedoms of the child in Ukraine. It is emphasized that for effective prevention it is necessary to eliminate both the negative conditions that create specific life situations and to identify the circumstances that negatively affect the moral formation of the individual. Persuasion, as a method, is the moral, psychological, material influence of the subject of administrative activity on the object, on his will, consciousness and behavior in order to achieve conscious compliance with the requirements of legal norms. The application of the method of persuasion in the administrative activities of the police allows to achieve the following goals: 1) education of citizens of regular lawful behavior; 2) prevention of crimes and other offenses; 3) influence on offenders. It has been proven that the coercive method is applied to a relatively small number of people, usually those who have committed offenses and exclusively by police officers within the scope of their authority to prevent or stop unlawful acts, to overcome their harmful consequences, and to hold a person to administrative responsibility. It is concluded that the methods of police activity in the field of the rights and freedoms of the child constitute a system, i.e. a coherent, internally coherent set, and therefore should be applied in a comprehensive, sound scientific manner, taking into account the specifics of the legal status of minors and external factors. In conclusion, we would like to point out that the above list of methods cannot be called exhaustive, since both scientists and legislators must constantly expand their boundaries and list in order to better and more effectively secure the rights and freedoms of the child in Ukraine.

Key words: method, coercion, persuasion, prescription, National Police of Ukraine, protection of the rights and freedoms of the child.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.37

Лариса Шумна,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права, конституційного права
Академії Державної пенітенціарної служби

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ ЗАСУДЖЕНИХ (УВ'ЯЗНЕНИХ) ЗА ПЕНІТЕНЦІАРНОЮ РЕФОРМОЮ 2015–2019 Р.Р.

У статті розглянуто суть, особливості та значення пенітенціарної реформи, що впроваджується Міністерством юстиції України, зокрема в аспекті її впливу на трудові права засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі. Особливу увагу приділено дослідженню зв'язку між недотриманням трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі та рівнем рецидивної злочинності. Надано детальний аналіз звітів національних та європейських інституцій щодо умов праці в'язнів в Україні. Зокрема, висвітлено приклади порушення права на працю засуджених та негативний вплив ситуації, що склалась, на ресоціалізацію в'язнів. Наведено актуальну статистичну інформацію щодо показників рецидивної злочинності в Україні. Автором досліджено окремі норми низки національних нормативно-правових актів, що регулюють працю засуджених, та надано пропозиції для їх оптимізації. Наголошено на необхідності розробки комплексної державної цільової програми щодо вироблення механізму покращення дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених). Стаття містить актуальну інформацію щодо ситуації в установах виконання покарань на підставі звітів моніторингових візитів міжнародних організацій, державних органів та громадськості. Зроблено висновок, що неналежне дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) є однією із основних причино-проблем на заваді виправлення та ресоціалізації в'язнів, а також відповідності пенітенціарних установ їх основному призначенню. Зазначено, що за сучасних умов реформування пенітенціарної системи України червоною ниткою проходить необхідність концептуального перегляду праці як засобу виправлення та ресоціалізації, узгодження правового регулювання праці засуджених до позбавлення волі як з конституційними положеннями, так і з європейськими стандартами в цій галузі. Автор вважає нагальною потребою проведення цільових моніторингових візитів до установ пенітенціарної системи для збору, аналізу та усунення випадків порушення прав засуджених (ув'язнених) у сфері праці з метою відпрацювання механізму покращення дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі. Також на даному етапі дуже актуальним є проведення тематичних тренінгів з моніторами НПМ щодо поглибленого відпрацювання нормативних актів з питань праці засуджених (ув'язнених).

Ключові слова: право на працю, права засуджених на працю, трудові відносини засуджених, установи виконання покарань, національний превентивний механізм.

Постановка проблеми. Розпочата Міністерством юстиції України пенітенціарна реформа без кримінологічно обґрунтованої концепції, заснованої на певній пенологічній теорії, та з конкретно визначеними пріоритетами за своє п'ятиріччя нареформувань потребує належної оцінки. Реформатори сподівалися на успіх змін, пов'язаний зі змінами структури державного управління пенітенціарною системою та заявленими численними популістськими фантазмами («рабовласницька праця», «гулагівські методи роботи» тощо). Але радикальна зміна управлінської структури та відповідних назв не змінила фактичного стилю державного управління пенітенціарною системою. Відбулася ліквідація ДПтСУ у 2016 році з передачею її функцій безпосередньо до центрального апарату Міністерства юстиції України вже 13.09.2017 р., проте під іншою назвою. Урядом було відновлено в ДКВС України, чим фактично була ДПтСУ до заявленого реформування.

Варто виокремити праці останніх років вітчизняних науковців щодо критичної оцінки результативності задекларованих новацій. Цими працями є такі: «Криза пенітенціарної реформи в Україні: причини та шляхи їх вирішення» (2016 р.) [1], «Об'єктивні прояви пенітенціарної коруп-

© Л. Шумна, 2019

ції» (2017 р.) [2], «Криза в пенітенціарній системі України: спроба системного аналізу» (2018 р.) [3], «Маленькі» проблеми масштабної реформи кримінально-виконавчої системи» (2018 р.) [4], «Пенітенціарна політика в Україні (2015–2019): результати, виклики та порядок денний нової реформи» (2019 р.) [5] та інші.

Метою дослідження є аналіз ефективності та результативності пенітенціарної реформи зразка 2015–2019 років, задекларованої як реформи, яка ставила на меті знести стару радянську виправно-трудову систему та замінити її на відкриту для суспільства пенітенціарну систему, побудовану за світовими та європейськими стандартами в контексті дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі. Необхідно з'ясувати, чи є зв'язок між недотриманням трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі та рецидивною злочинністю за період пенітенціарних реформувань 2015–2019 рр.

Виклад основного матеріалу. Одними із перших реформаторських кроків було внесення принципових новацій щодо визнання права на працю засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі. Зокрема, у прийнятому у 2014 р. Законі України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів» визначилося, що праця засуджених регламентується КЗпП України. Це було спрямовано більше на захист їх права на працю й на створення механізму реалізації останнього. Особливо ці зміни стали суттєвими та кардинальними із новаціями кримінально-виконавчого законодавства у 2016 році, тобто з визнанням права засуджених на працю, а не обов'язку, що відповідало не лише статті 43 Конституції України, а також і міжнародним та європейським нормативно-правовим актам. У 2018 Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо створення економічних передумов для посилення захисту права дитини на належне утримання» № 2475-VIII від 03.07.2018 р. було доповнено принциповими новаціями Кримінально-виконавчий кодекс України, зокрема з питань праці засуджених, а саме:

1) щодо добровільної праці: засуджені до позбавлення волі мають право працювати. Праця здійснюється на добровільній основі на підставі договору цивільно-правового характеру або трудового договору, який укладається між засудженим та фізичною особою-підприємцем або юридичною особою, для яких засуджені здійснюють виконання робіт чи надання послуг (нова редакція частини першої статті 118);

2) щодо обов'язкової праці: засуджені до позбавлення волі, які мають заборгованість за виконавчими документами, зобов'язані працювати в місцях і на роботах, які визначаються адміністрацією колонії, до погашення такої заборгованості (нова редакція частини другої статті 118). Отже, праця засуджених до позбавлення волі на сьогодні – це і право, і обов'язок одночасно.

Але слід визнати, що, незважаючи на новації кримінально-виконавчого законодавства щодо закріплення права засуджених на працю, низка статей і досі передбачає використання праці засуджених як покарання (ст. 68, 82, 132, 145 КВК). Практично без змін залишився підхід законодавця до окреслення сфери дії законодавства про працю на регламентування праці засуджених до позбавлення волі. У п. 6 ст. 13 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України» закріплено, *що трудові відносини засуджених регулюються законодавством про працю з урахуванням вимог кримінально-виконавчого законодавства.*

Подвійний характер праці засуджених зумовлює необхідність проведення комплексного наукового аналізу розмаїття нормативних актів різних галузей права, зокрема трудового, соціального, податкового, щодо визначення правової сутності та правових наслідків залучення засуджених до праці.

Але спочатку варто з'ясувати, як саме діють на практиці нововведення та який реальний стан дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі, на підставі моніторингових візитів міжнародних організацій, державних органів та громадськості. У статті «ЖАХЛИВО І ПРИНИЗЛИВО» – РАДА ЄВРОПИ ПРО В'ЯЗНИЦІ УКРАЇНИ» (2018 р.) ідеться: «Комітет Ради Європи закликає українську владу невідкладно вжити заходів, щоби подолати жахливу ситуацію у в'язницях». Про це йдеться й у звіті Європейського комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. Документ підготовлено за підсумками візиту місії комітету, який відбувся у грудні 2017 року. Зазначається, що більшість відвіданих установ позбавлення волі вразили поганими, а часом навіть жахливими умовами. На думку місії, це може бути результатом дуже малої кількості працівників в'язниць. У документі зазначається: ***«Умови праці в'язнів не від-***

повідають вимогам законодавства, міжнародним стандартам і за більшістю показників можуть розцінюватися як нелюдське поводження з людьми» [6].

На сайті Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за результатами моніторингових візитів національного превентивного механізму (далі – НПМ) постійно зауважується про неналежне дотримання прав на гідну працю, зокрема засуджених (ув'язнених): ***«Ситуація з дотриманням прав на гідну працю потребує законодавчих змін» (07.10.2018 р.)*** [7]; ***«В ДУ «Ігренський виправний центр № 133» грубо порушуються трудові права в'язнів» (27.07.2018 р.)*** [8]; ***«Жахливі умови праці та відсутність належного медичного забезпечення: візит у Чернігівську колонію № 44» (19.02.2019 р.)*** [9]; ***«Умови праці засуджених у Білоцерківській виправній колонії № 35 на Київщині не відповідають встановленим вимогам» (22.04.2019 р.) [10]; «У жіночій колонії на Чернігівщині засуджених утримують у жахливих умовах» (23.07. 2019 р.)*** [11].

Виявлені порушення норм Європейських пенітенціарних правил, зокрема у сфері трудової діяльності засуджених (ув'язнених), фіксуються моніторами національного превентивного механізму. Публічним результатом цієї роботи стає пресреліз на сайті Омбудсмана, де вказуються основні висновки відвідування, а також в разі виявлення проблеми та порушення прав людини. Але не про кожне з відвідувань публікується пресреліз. Відкрито надаються дані про відвідування менше 3% місць несвободи в країні. Так, наприклад, якщо в 2017 р. Офіс Омбудсмана заявив про те, що зробив 232 візити до місць несвободи, на сайті було опубліковано всього 138 пресрелізів, тобто 59% від заявлених відвідувань. Така ж ситуація спостерігалася і в 2018 році, адже за результатами здійсненого на вересень 171 візиту на сайті було опубліковано 109 пресрелізів (64%). Таким чином, лише частина діяльності НПМ стає надбанням громадськості [12]. Узагальнення виявлених фактів порушення прав засуджених (ув'язнених) оприлюднюється у Щорічних доповідях Уповноваженого з прав людини. Зокрема, проблемою є однотипність порушень трудових прав засуджених (ув'язнених) з року в рік, а при повторних візитах в установи виконання покарань виявляються факти невиправлення зауважень та неврахування рекомендацій попередніх візитів, проте адміністрація таких установ не несе ніякої відповідальності.

Підтвердженням того, що право засуджених до позбавлення волі на працю є тим правом, що ***найчастіше*** порушується або викривлено реалізується на практиці, є пілотне дослідження, проведене у 2017 році, яке полягало у зрізі окремих сфер в'язничного життя. Вперше систематизовано розуміння того, якою в'язницю сприймають самі засуджені, та виявлено низку проблем, що стають на заваді виправленню та ресоціалізації в'язнів, а також відповідності пенітенціарних установ їх основному призначенню [13].

Отже, неналежне дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) є однією із основних причино-проблем на заваді виправлення та ресоціалізації в'язнів, а також відповідності пенітенціарних установ їх основному призначенню.

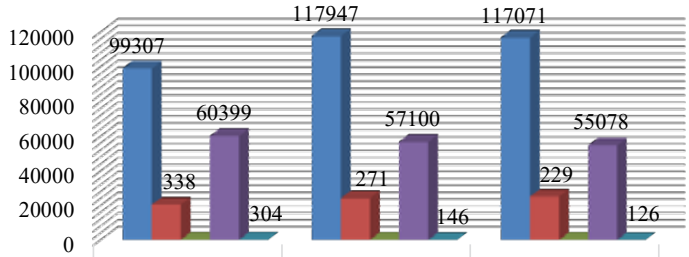
Яскравим свідченням неефективності виправного впливу на злочинців та взагалі усієї кримінально-виконавчої системи, а також того, що правові категорії «виправлення» та «ресоціалізація» втрачають авторитет та сприймаються як декларативні положення й теоретичні ідеали, є такі статистичні дані.

Кримінологічний аналіз кількісно-якісних показників рецидивної злочинності в Україні за період з 2016 р. до серпня 2019 р. включно дозволив зробити висновки про відсутність позитивних змін у динаміці її розвитку. За роки реформування пенітенціарної системи в Україні з 2016 року питома вага рецидивістів у структурі всієї злочинності зросла з 20,9% у 2016 р. та 20,8% у 2017 р. до 21,7% у 2018 р. За 8 місяців 2019 р. питома вага таких осіб вже сягнула **22,1%,** тобто можна констатувати збереження негативної тенденції [14].

Аналіз сучасної соціально-політичної, економічної та криміногенної обстановки у країні дає підстави спрогнозувати, що у найближчі декілька років динаміка рецидивізму не зміниться у бік суттєвого зменшення як рецидивних злочинів, так і осіб, що їх вчиняють. Це вимагає вдосконалення системи запобіжних заходів та втілення у життя комплексу заходів, у тому числі і пенітенціарної реформи, з метою мінімізації загроз рецидивної злочинності (див. таблиці 1, 2).

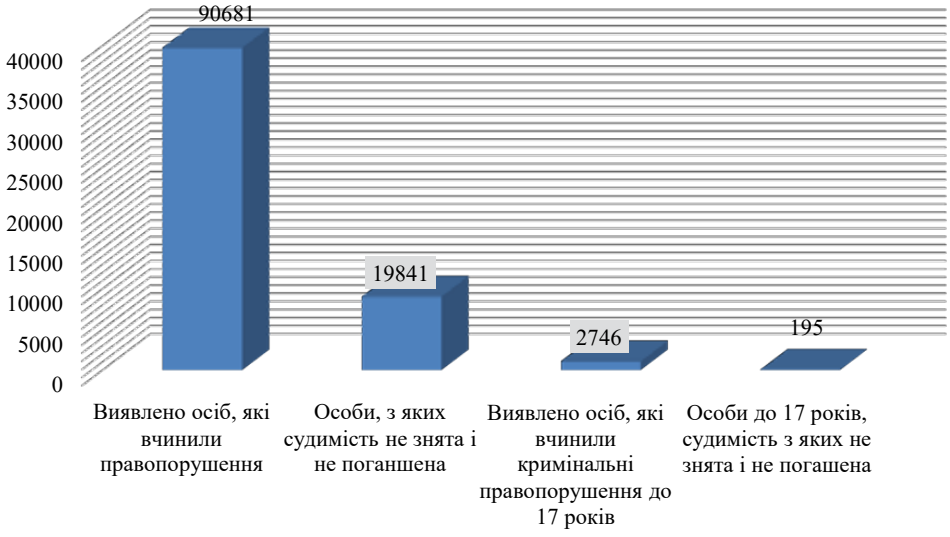
Слід зазначити, що веденням кримінальної статистики займається Генеральна прокуратура України (далі – ГПУ) з 2013 року. Лише з 2016 року ГПУ окремо надається статистична інформація «Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення», що включає перелік осіб, що мають незняту та непогашену судимість.

Таблиця 1. КІЛЬКІСТЬ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ VS КІЛЬКІСТЬ ЗАСУДЖЕНИХ В УВП ЗА 2016–2018 рр.



	Станом на 01.01.2017	Станом на 01.01.2018	Станом на 01.01.2019
Виявлено осіб, які вчинили кримінальні правопорушення	99307	117947	117071
Особи, з яких судимість не знята і не погашена	20776	24497	25433
Особи, з яких судимість не знята і не погашена до 17 років	338	271	229
Загальна кількість засуджених	60399	57100	55078
Всього у виховних колоніях	304	146	126

Таблиця 2. ОСОБЛИВОСТІ РІВНЯ І СТРУКТУРИ ЗЛОЧИННОСТІ ЗА СІЧЕНЬ-ЖОВТЕНЬ 2019 р.



Кримінально-виконавче законодавство України залишає багатий простір для зловживань з боку адміністрації кримінально-виконавчих установ щодо прав засуджених на працю та на достойний рівень її оплати. Практика виконання покарань підтверджує

цю тезу. У колоніях фіксуються непоодинокі випадки незаконного маніпулювання працею засуджених. Зокрема, прикриваючись декларативними заявами про те, що праця визнається засобом виправлення і ресоціалізації, а головна її мета – виховний вплив на засуджених, посилаючись на безумовне дотримання міжнародних рекомендацій у цій сфері, персонал органів і установ виконання покарань надає перевагу працевикористанню засуджених перед їх трудовим вихованням. Прикладами можуть бути випадки, коли документальне оформлення праці засуджених не відповідає реальним обставинам [13].

Правозахисники, провівши дослідження практичного застосування статті 391 КК України, дійшли висновку, що ця норма застосовується адміністрацією виправних закладів як інструмент тиску і маніпулювання засудженими, вимагання певних дій або матеріального збагачення. Є низка прикладів кримінальної розправи з боку персоналу виправних закладів з додатковим покаранням до 3 років позбавлення волі за принципову позицію засуджених у захисті своїх прав і законних інтересів. Відбуваються переслідування за скарги засуджених в компетентні органи на дії (бездіяльність) персоналу виправних установ. За 8 років 800 засудженим додали 1–3 роки тюрми за відмову від робіт без оплати праці та інші дисциплінарні проступки. 19 жовтня 2018 року за ініціативи експертів Реанімаційного пакету реформ і Харківської правозахисної групи в Парламенті був зареєстрований проєкт закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо вилучення статті 391 Кримінального кодексу України)» № 9228 [15].

За сучасних умов реформування пенітенціарної системи України у цій галузі червоною ниткою проходить необхідність концептуального перегляду праці як засобу виправлення та ресоціалізації, узгодження правового регулювання праці засуджених до позбавлення волі як з конституційними положеннями, так і з європейськими стандартами.

Кримінально-виконавчий кодекс України містить низку новацій щодо праці засуджених, в яких є деякі суперечності та непослідовність. Зокрема, на працівників із числа засуджених (ув'язнених), які працюють з належним оформленням трудових відносин, соціальні пільги і гарантії не поширюються (не оплачуються періоди тимчасової втрати працездатності (лікарняні), не надаються щорічні відпустки та відпустки за шкідливі умови праці, робочі місця неналежно облаштовані задля безпечності і нешкідливості умов праці, вони не можуть скористатися допомогою для безробітних, не можуть займатися індивідуально-підприємницькою діяльністю тощо).

Недосконалість національного законодавства суперечить Європейським пенітенціарним правилам, в яких зазначено таке: п. 26.1.) працю в місцях ув'язнення варто розглядати як позитивний елемент внутрішнього режиму та ніколи не застосовувати як покарання; п. 26.7) організація та методи роботи у виправних установах повинні максимально відповідати організації та методам аналогічної роботи в суспільстві, щоб підготувати ув'язнених до умов нормального професійного життя; п. 26.13) заходи з охорони здоров'я ув'язнених та техніки безпеки їхньої праці мусять бути не менш суворими, аніж заходи, які застосовуються щодо робітників на волі; п. 26.17) працюючі ув'язнені повинні включатися до національної системи соціального забезпечення, існує необхідність у передбаченні коштів для виплати ув'язненим компенсації у випадку отримання виробничої травми, включаючи професійні захворювання, на умовах не менш сприятливих, аніж умови, передбачені законом для робітників на волі; наскільки це можливо, працюючі ув'язнені повинні включатися до національної системи соціального забезпечення [16].

Особливо нагальною потребою є необхідність детальніше зупинитися на п. 26.14 Європейських пенітенціарних правил щодо виплати ув'язненим компенсації у випадку отримання виробничої травми. Оскільки з 01.07.2019 р. Порядок проведення розслідування та ведення обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві, затверджений постановою КМУ від 30.11.2011 р. № 1232 втратив чинність, то було затверджено новий Порядок розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань і аварій на виробництві (Постанова КМУ від 17.04.2019 р. № 337).

У п. 4 ч. 3 попередньої Постанови Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2011 р. № 1232 «Деякі питання розслідування та обліку нещасних випадків, професійних захворювань та аварій на виробництві» було зазначено, що дія цього Порядку не поширюється на осіб, що утримуються в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах.

Новим документом удосконалена процедура проведення розслідувань та ведення обліку нещасних випадків і професійних захворювань, що сталися з працівниками на підприємствах незалежно від форми

власності. Також поширене розслідування нещасних випадків і професійних захворювань і на осіб, які утримуються в установах відбування покарань та слідчих ізоляторах.

Такі законодавчі зміни сприятимуть в разі виробничого травматизму або професійного захворювання отриманню засудженими із числа працівників (у разі смертельних випадків членами родини, які були на утриманні) страхових виплат та наданню страхових послуг за рахунок Фонду соціального страхування, що буде відповідати Європейським пенітенціарним правилам.

Але за час дії нової постанови з квітня 2019 року до вересня 2019 року, на жаль, тривали ганебні випадки приховування нещасних випадків на виробництві. Зокрема, у Чернігівській виправній колонії № 44 у липні 2019 року під час перевірки виявлено випадок укриття від обліку факту отримання засудженою виробничої травми [11]. Варто зазначити, що немає жодного прикладу розслідування нещасного випадку на виробництві належним чином за новими правилами та виплати відповідних страхових виплат.

Тому ситуація із виробничим травматизмом залишається складною, бо, як показує практика, без втручання контролюючих органів довести засудженому (ув'язненому), що травма була отримана під час виконання трудових обов'язків, неможливо. У разі загибелі засудженого з причини трудового каліцтва або професійного захворювання члени сім'ї, які перебували на його утриманні, не можуть отримати страхові виплати за померлого годувальника.

Висновки

Отже, автором підтримується думка щодо врегулювання особливостей праці засуджених до позбавлення волі безпосередньо в КЗпП України (Трудовому кодексі України), позаяк трудові відносини з такими засудженими поступово переміщуються зі сфери публічно-правової у приватно-правову. А з поглядом на перспективу варто процитувати наукову працю *«Якою має бути правова ідеологія Трудового кодексу України XXI століття?»* відомого вченого у галузі трудового права професора О.І. Процевського, який зазначив: ***«Трудовий кодекс України як основний нормативно-правовий акт, що покликаний регулювати суспільні відносини у сфері праці, природно має відповідати загальнолюдським цінностям.*** Зміст правових норм, що мають регулювати процес застосування людиною своєї здатності до праці як однієї із її істотних якостей в інтересах всього суспільства, об'єктивно мусить віддзеркалювати ідеали гуманізму, свободи, справедливості, рівності, тобто ідеї сучасної правової ідеології держави.

Саме людина, її права і свободи та гарантії їх реалізації визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Посадові особи державних органів, а також роботодавці незалежно від того, на якій формі власності засновані їх підприємства, організації чи установи, мають усвідомлювати свою відповідальність перед людиною за власну діяльність. Праця і її результати – ось основа існування та розвитку кожної людини, суспільства і держави. Все інше є похідним» [17, с. 18–25].

Задля відпрацювання механізму покращення дотримання трудових прав засуджених (ув'язнених) у місцях позбавлення волі автор вважає, що необхідне проведення цільових моніторингових візитів до установ пенітенціарної системи для збору, аналізу та усунення випадків порушення прав засуджених (ув'язнених) у сфері праці. Потрібно провести тематичні тренінги з моніторами НПМ щодо поглибленого відпрацювання нормативних актів з питань праці засуджених (ув'язнених), адже статистика відвідувань в рамках національного превентивного механізму показує, що з моменту його створення відсоток відвіданих місць несвободи залишається критично низьким і не перевищує 5% від загальної кількості. Візити НПМ охоплюють незначну частку від загальної кількості місць несвободи, що не дозволяє скласти чітку картину того, що відбувається в місцях несвободи, на основі отриманих даних. Також зібрані дані навряд можна назвати достовірними і такими, що презентують картину в цілому, адже відвідування відбувається без будь-якої системи, заснованої на вибірці і відсотку похибки [12, с. 33–34].

Завершити хотілося б словами класика Ф.М. Достоєвського: «Без труда человек обращается в зверя, <...> без работы арестанты поели бы друг друга как пауки в склянке<...>»; «если бы захотели вполне раздавить, уничтожить человека, наказать его самым ужасным наказанием, то стоило бы только придать работе характер совершенной, полнейшей бесполезности и бессмысленности» [18, с. 246].

Список використаних джерел:

1. Богатирьов І.Г. Криза пенітенціарної реформи в Україні: причини та шляхи їх вирішення. *Право і суспільство*. 2016. № 4. С. 161–166. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2016_4_29.

2. Гладкий В.В. Об'єктивні прояви пенітенціарної корупції. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2017. Вип. 6, Т. 2. С. 187–192.

3. Ягунов Д. Криза в пенітенціарній системі України: спроба системного аналізу. URL: http://http://www.yagunov.in.ua/?p=1159.

4. Денисова Т. «Маленькі» проблеми масштабної реформи кримінально-виконавчої системи. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2018. № 2. С. 96–104. URL: https://visnykpau.com/index.php/journal/article/view/190.

5. Ягунов Д. Пенітенціарна політика в Україні (2015–2019): результати, виклики та порядок денний нової реформи. URL: http://www.yagunov.in.ua/?p=2471.

6. «ЖАХЛИВО І ПРИНИЗЛИВО» – РАДА ЄВРОПИ ПРО В'ЯЗНИЦІ УКРАЇНИ. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/news-45423867.

7. Ситуація з дотриманням прав на гідну працю потребує законодавчих змін. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/situatsiya-z-dotrimannyam-prav-na-gidnu-pratsyu-potrebuye-zakonodavchix-zmin/.

8. В ДУ «Ігренський виправний центр (№ 133)» грубо порушуються трудові права в'язнів. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/v-du-igrenskij-vipravnij-tsentr-133-grubo-porushuyutsya-trudovi-prava-vyazniv/.

9. Жахливі умови праці та відсутність належного медичного забезпечення: візит у Чернігівську колонію № 44. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/15219-dh-zhaxlivi-umovi-pratsi-ta-vidsutnist-nalezhnogo-medichnogo-zabezpechenn/.

10. Умови праці засуджених у Білоцерківській виправній колонії № 35 на Київщині не відповідають встановленим вимогам. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/22419-zh-umovi-pratsi-dlya-zasudzhenix-u-bilotserkivskij-vipravnij-koloniii-35/.

11. У жіночій колонії на Чернігівщині засуджених утримують у жахливих умовах. URL: https://chernigiv.depo.ua/ukr/chernigov/u-zhinochiy-kolonii-na-chernigivshchini-zasudzhenikh-utrimuyut-u-zhakhlivikh-umovakh-201907231000322.

12. Черноусов А., Кобзін Д., Щербань С., Мартиненко О. Національний превентивний механізм проти катувань та жорстокого поводження (НПМ) в Україні: оцінка діяльності. Харків : Харківський інститут соціальних досліджень, 2018. 76 с.

13. В'язниця очима в'язня. Дослідження. Київ, 2017. URL: http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2017/11/Vjaznycja-ochyma-vjaznia.pdf.

14. Єдиний звіт про осіб, які вчинили кримінальні правопорушення за січень 2016 – серпень 2019 року. Генеральна прокуратура України. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=113898&libid=100820&c=edit&_c=fo.

15. Правозахисники вимагають скасувати «андроповську» статтю у Кримінальному кодексі. URL: https://glavcom.ua/news.

16. Європейські пенітенціарні правила: рекомендація Комітету Міністрів держав-учасниць від 11.01.2006 р. № R(2006)2. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_032/ed20060111 (дата звернення: 03.02.2019).

17. Процевський О.І. Якою має бути правова ідеологія Трудового кодексу України XXI століття? *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. Серія «Право»*. 2015. Вип. 23. С. 18–25. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpkhnpu_pravo_2015_23_4.

18. Достоєвський Ф.М. Записки з Мертвого будинку. Москва, 1965. С. 246.

In the article nature, features and importance of the prison reform implemented by the Ministry of Justice of Ukraine, in particular in terms of its impact on the labor rights of prisoners are described. Particular attention is paid to investigating of dependence between non-compliance with the labor rights of prisoners and the level of recidivism. A detailed analysis of the reports of national and European institutions on the working conditions of prisoners in Ukraine is provided. In particular, examples of violations of the prisoners' right to work and the negative impact of this situation on the re-socialization of prisoners are highlighted. The relevant statistical information on recidivism rates in Ukraine is provided. The author examines some norms of a number of national normative legal acts that regulate the work of prisoners and offers suggestions for their optimization. The need to develop a comprehensive national targeted program to work out a mechanism to improve the enforcement of the labor rights of prisoners was emphasized be the author. The article provides up-to-date information on the situation in the penitentiary institutions based on the monitoring reports of international organizations, government bodies and the public. It is concluded that the inappropriate observance of the labor rights of prisoners is one of the main causes-problems in preventing the correction and re-socialization of prisoners and, therefore, the compliance of the penitentiary institutions with their main purpose. It is noted that under the current conditions of reforming the penitentiary system of Ukraine, the need for conceptual review of labor as a means of correction and re-socialization, harmonization of the legal regulation of prisoners' labor with both constitutional provisions and European standards in this field passes through the red thread. The author considers it urgent to conduct targeted monitoring visits of penitentiary institutions to collect, analyze and remedy cases of violations of prisoners in the field of labor in order to work out a mechanism to improve labor rights compliance with prisoners. Also, at this stage, it is very important to hold thematic trainings with NPM monitors on in-depth elaboration of normative acts on the work of prisoners.

Key words: right to work, rights of prisoners to work, labor relations of prisoners, penitentiary facility, national preventive mechanism.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.38

Віталій Юрах,
канд. юрид. наук
Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ЧИ Є ІНФОРМУВАННЯ ФОРМОЮ УЧАСТІ ГРОМАДСЬКОСТІ В УПРАВЛІННІ ДЕРЖАВНИМИ СПРАВАМИ?

Стаття присвячена пошуку відповіді на питання щодо достатності аргументів на користь віднесення інформування до форм участі громадськості в управлінні державними справами. Запропоновано розрізняти інформування в частині поширення публічної інформації та в частині надання інформації на вимогу громадян. Доведено, що перше не може бути означеною формою, а може розглядатися тільки як спосіб забезпечення досліджуваної участі, який об'єктивується в правовому обов'язку органів виконавчої влади, а друге дійсно є формою вказаної участі, хоча і на найнижчому рівні. Увагу приділено суб'єктам, які забезпечують інформування громадськості. Наголошено, що звернення громадян до органів виконавчої влади за отриманням інформації про їхню діяльність є самостійною формою участі, яка в певних випадках може бути однією із стадій інших форм участі. Визначено, що інформування в частині публічного поширення інформації не може розглядатися як форма участі громадськості в управлінні державними справами тому, що громадськість виступає пасивним отримувачем інформації, іноді випадковим, іноді від банальної цікавості та незайнятості, але це не те, що характеризує активну громадянську позицію. Зроблено висновок, що інформування як діяльність, котра виконується органами державної влади, зокрема органами виконавчої влади, спрямоване на вчасне надання якомога повнішої та достовірної й актуальної інформації громадськості щодо функціонування органів виконавчої влади та можливостей громадськості бути залученою до процесів розробки, прийняття та реалізації рішень цими органами. Інформування в частині поширення публічної інформації органами виконавчої влади не є формою участі громадськості в управлінні державними справами, а представляє собою спосіб забезпечення означеної участі. Водночас воно є базовою умовою, правовим обов'язком органів виконавчої влади, без виконання якого участь громадськості стає неможливою. Отримання ж інформації на вимогу (за зверненням) є формою участі громадськості найнижчого рівня, тобто із мінімальним залученням громадян, але водночас воно може бути початковою (або однією із) стадією інших форм участі.

Ключові слова: інформування, отримання інформації, участь громадськості, поширення публічної інформації, підрозділи зв'язків із громадськістю, інформаційні підрозділи, органи виконавчої влади, форми участі.

Постановка проблеми. Підходи до визначення форм участі громадськості є досить різноманітними, при цьому в українській науковій літературі вони характеризуються як концептуально недостатньо розроблені. Зокрема, розробки О.О. Чуб, яка у п. 2.2. своєї дисертації вказує на форми участі громадськості в управлінні державними справами в цілому і без розрізнення їх меж компетенціями органів державної влади, при цьому відносить сюди і участь в виборах, референдумах, і доступ до державної служби тощо, вважаємо концептуально не вірним підходом, що, на нашу думку, досить переконливо доведено В.В. Головком в його дисертаційному дослідженні. Те ж саме можемо сказати і про роботи А.В. Грабильнікова, А.І. Буханевича. На противагу цьому лише в роботі В.В. Головка під керівництвом Р.С. Мельника можливо простежити дійсно аргументовану та правильну концептуальну лінію участі громадськості в управлінні державними справами.

В.В. Головко виділяє окремо форми участі громадськості в управлінні державними справами, віднесеними до компетенції виконавчих органів влади, серед яких він пропонує визнавати: 1) інформування; 2) громадські експертизи та участь громадян у проведенні експертиз органами виконавчої влади; 3) діяльність громадських інспекторів, проведення рейдів, перевірок тощо; 4) діяльність громадських формувань з охорони громадського порядку і державного кордону, спільне з поліцейськими, прикордонниками патрулювання і виставлення постів на вулицях, майданах, залізничних вокзалах тощо; 5) консультації з громад-

© В. Юрах, 2019

ськістю, публічні громадські обговорення, електронні консультації та вивчення громадської думки [1, с. 29–30]. На нашу думку, досить сумнівним є виділення такої форми участі, як інформування.

Мета статті. Отже, в даному дослідженні маємо на меті визначити достатність та аргументованість віднесення інформування до форм участі громадськості в управлінні державними справами взагалі та тими справами, що віднесені до компетенції органів виконавчої влади, зокрема.

Виклад основного матеріалу. Одразу ж зазначимо, що В.В. Головко в своєму дисертаційному дослідженні передбачає дискусійність викладеного ним підходу і тому пояснює своє бачення наступним чином. До цього поняття дослідник включає як отримання інформації у приватному порядку на підставі звернень (запитів), так і публічне поширення інформації [1, с. 165]. Розглядаючи ж проблемність питання про віднесення інформування в такому розумінні до форм участі, він зазначає, що основним протифактом є те, що інформування може розглядатися як складник процедури участі чи обов'язкова стадія у процесі реалізації права на участь. При цьому на доказ щодо виділення такої форми він наводить, по-перше, Кодекс кращих практик участі громадськості у процесі прийняття рішень, ухвалений на Конференції міжнародних неурядових організацій Ради Європи від 1 жовтня 2009 р., яким інформування віднесене до основних форм участі громадян в управлінні державними справами (у Кодексі зазначено, що це відбувається у процесі прийняття рішень, але це є виявом термінологічного плюралізму у європейському праві); по-друге, він зауважує на тому, що завдяки інформуванню в розумінні пасивної форми участі громадськість отримує можливість бути обізнаною з приводу діяльності органів публічної влади, через які народ опосередковано здійснює владу в державі, та контролювати її (за необхідності реагувати шляхом звернень, запитів, залишення відгуків, проведення експертиз, перевірок або навіть мітингів тощо); по-третє, інформування як самостійна форма участі має пасивний характер. Тобто в такому разі усі активні дії з приводу поширення, доведення інформації до відома громадськості здійснюють органи публічної (у даному випадку виконавчої) влади. Громадяни ж лише ознайомлюються з такою діяльністю та у порядку інформування не здійснюють яких-небудь дій, здатних вплинути на діяльність та/або рішення органів публічної влади. У разі ж здійснення таких дій, що потягнуть правові наслідки, вони вже розглядатимуться у межах інших форм участі громадян в управлінні державними справами або у контексті реалізації інших конституційних прав [1, с. 167–168].

На нашу думку, інформування в частині публічного поширення інформації не може розглядатися як форма участі громадськості в управлінні державними справами тому, що громадськість виступає пасивним отримувачем інформації, іноді випадковим, іноді від банальної цікавості та незайнятості, але це не те, що характеризує активну громадянську позицію. Той же факт, що завдяки інформуванню громадськість отримує можливість бути обізнаною з приводу діяльності органів публічної влади, лише підтверджує тезу про те, що це не є формою участі, адже отримати можливість та реалізовувати можливість – це різні явища. Отримання певної можливості є передумовою для реалізації права. Якщо право на участь в управлінні державними справами є самостійним окремим правом, як стверджує В.В. Головко, то передумови для реалізації цього права аж ніяк не можуть бути складовими частинами цього права.

Поширення публічної інформації про діяльність органів виконавчої влади не може бути формою участі громадськості ще й тому, що суб'єктом реалізації права на участь як діяльності є саме громадськість. В інших власних дослідженнях ми акцентували увагу на цьому аспекті (в цитуванні програми правової освіти Кенії), а також звертали увагу на це під час цитування наукової роботи румунських авторів. Отже, участь передбачає переважно активну сукупність дій чи одноразову дію з боку людини чи організації (громадян, інститутів громадянського суспільства тощо), а не діяльність органів виконавчої влади З огляду на це ми не можемо підтримати висунуту вченим тезу про пасивну участь.

На додаток скажемо, що вказане можна проілюструвати на прикладі права на працю. За аналогією праця – це діяльність, так само і участь є діяльністю. Громадянин може обирати різні форми реалізації права на працю, зокрема через укладення трудового договору (в різних варіаціях – про роботу в стандартних умовах, про віддалену роботу, про роботу як працівника-надомника, шляхом призначення на посаду, прийняття на роботу в рахунок квоти тощо) або ж шляхом укладення цивільно-правових договорів. Проте, як вказується в судовому рішенні Конституційного Суду [2], це право забезпечується обов'язком держави створювати громадянам умови для повного його здійснення, гарантувати рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізовувати

програми професійно-технічного навчання, підготовки і перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. З викладеного зрозуміло, що суб'єктом, який володіє правом на працю та який реалізовує це право, є громадянин, а держава є суб'єктом, який забезпечує це право. Так само і участь громадськості в управлінні державними справами, адже тут суб'єктом, який володіє і реалізовує право на участь, є громадянин чи громадяни (ІГС, ГО тощо), а держава в особі її органів є суб'єктом, який забезпечує це право. Отже, форми участі громадськості позначають форми, в яких може *тільки* громадськість (в різних її проявах) реалізувати своє право на участь в управлінні державними справами. Органи виконавчої влади в даному разі не можуть реалізовувати неналежне їм право, а тому і не можуть бути суб'єктами, які реалізовують у певних формах це право. Вочевидь, нікому не спаде на думку оскаржувати те, що надання Державною службою зайнятості інформації про наявні вакансії на ринку праці (або ж подання об'яв роботодавцем про наявність вільних місць) не є формою реалізації громадянином свого права на працю. Так само абсурдно виглядає і твердження, що інформування громадян органами виконавчої влади про їхнє функціонування, діяльність та плани, запрошення до участі в процесі прийняття рішень є формою участі *громадськості* в управлінні державними справами.

Що стосується аргументу В.В. Головка, що Кодекс кращих практик участі громадськості в процесі прийняття рішень нібито вважає інформування формою такої участі, то слід заперечити це твердження, адже в Кодексі, по-перше, інформування назване не формою, а рівнем участі (щоправда, означена плутанина форм та рівнів трапляється практично в усіх зарубіжних джерелах), але, що важливіше, по-друге, Кодекс розглядає участь як процес залучення громадськості, тобто він спрямований на уряд країни, а участь в ньому позиціонується як діяльність, яку доцільно активізувати саме з боку органів державної влади. Тобто це є лише один бік загального процесу участі. Звернемо увагу, що і на офіційному сайті Агенції США з охорони навколишнього середовища участь подається з боку необхідних дій від органів державної влади. Тут передбачаються такі форми забезпечення участі: 1) інформування громадськості шляхом надання інформації, яка допоможе зрозуміти проблеми, варіанти та рішення; 2) консультування з громадськістю для отримання від неї зворотного зв'язку щодо альтернатив або рішень; 3) залучення громадськості, щоб забезпечити врахування її інтересів протягом усього процесу прийняття рішень (зокрема, у розробці критеріїв та варіантів прийняття рішень); 4) співпраця з громадськістю для розробки критеріїв прийняття рішень та альтернативних варіантів, а також визначення бажаного рішення; 5) розширення прав і можливостей громадськості шляхом делегування повноважень для прийняття рішень [3].

Проте не можна заперечувати того, що звернення громадян до органів виконавчої влади за отриманням інформації про їхню діяльність є самостійною формою участі, яка в певних випадках може бути однією із стадій інших форм участі. Тому логічно дану форму йменувати не «інформування», а «отримання інформації» чи «інформаційна форма». До такої форми можливо включити будь-які способи отримання інформації про діяльність органів виконавчої влади, зокрема й аналіз відкритих статистичних даних, ознайомлення із результатами діяльності органів виконавчої влади через вивчення їх звітів про роботу, звернення за отриманням інформації про діяльність та напрями діяльності, в тому числі і звернення із пропозиціями та зауваженнями щодо діяльності ОВВ (передають інформацію від громадськості до ОВВ, таким чином сигналізуючи про недоліки в роботі) тощо. Так, наприклад, на порталі американської громадської організації представників Індії в США зазначається, що способами участі громадян є «пошук інформації в газетах, журналах і довідкових матеріалах задля оцінювання її точності; відвідання зустрічей для отримання інформації, обговорення питань або надання підтримки» [4]. Інформування ж в тому сенсі, в якому воно вживається щодо позначення надання інформації від органів виконавчої влади, може розглядатися тільки як спосіб забезпечення участі, що є обов'язком органів виконавчої влади. Той факт, що інформування визначене як форма участі в Кодексі кращих практик, не є підставою для визнання інформування означеною формою в концептуальному плані, адже Кодекс не є науковою розробкою, а є правовим узагальненням кращих практик участі громадськості. З концептуальної точки зору доцільно розмежовувати між собою інформування як спосіб забезпечення участі громадськості в управлінні державними справами, що є прямим обов'язком органів виконавчої влади, та отримання інформації громадськістю, що є формою участі громадськості в досліджуваному процесі.

Наведемо приклад інформування як способу забезпечення участі громадськості в управлінні державними справами, віднесеними до компетенції ОВВ. У компіля-

ції альтернативних доповідей організацій громадянського суспільства зазначається: «Стало традиційним несвоєчасне оприлюднення Мінприроди України основного джерела екологічної інформації – Національних доповідей про стан довкілля. Крім того, в порушення закону впродовж багатьох років Національні доповіді не представляються у Верховній Раді України. Водночас деякі органи виконавчої влади продовжують протиправно обмежувати доступ до екологічної інформації через прийняття власних підзаконних актів. Відкритою мала б бути й інформація Державного водного кадастру. Проте така система на сьогодні не створена. Друкована доповідь «Щорічні дані про режим та ресурси поверхневих вод суші» не тиражується для широкого загалу. Отримати її можна лише на договірних умовах, за окрему платню. Частина завдань, які потенційно можуть сприяти виконанню рекомендації, отриманих в ході другого циклу УПО, міститься в Плані дій з реалізації Національної стратегії з прав людини (2016–2020 роки). Однак потрібно одразу зауважити, що більшість виконавців цього плану не поспішає з визначенням відповідальних за заходи, ігнорує інформаційні запити, а Міністерство культури, яке відповідає за значну кількість заходів щодо національних та релігійних груп, взагалі направило до робочої групи листа з вимогами зняти з нього відповідальність через нерозуміння того, яким чином виконувати цю роботу, брак спеціалістів та фінансування» [5, с. 81].

Отже, основним способом забезпечення участі громадськості в підвищенні функціонування органів виконавчої влади є надання доступу до інформації. Такий спосіб ні в якому разі не може розглядатися як форма участі громадськості через те, що суб'єктом, який реалізує такий доступ, є не громадськість, а органи виконавчої влади. Участь не може бути пасивною за своєю соціальною природою, а в даному разі, якщо уявити собі ситуацію, що державні органи (зокрема, ОВВ) докладають максимум зусиль і оприлюднюють абсолютно всю необхідну інформацію в усі доступні та наявні способи з урахуванням всіх можливих технологій в країні, але жодний громадянин не ознайомився із цією інформацією, все ж участь громадськості не буде реалізована і не буде здійснене право на участь в управлінні державними справами, проте така участь буде повноцінно забезпечена з боку органів виконавчої влади.

Слід відзначити, що органи виконавчої влади на сьогоднішньому етапі більшою мірою номінально виступають суб'єктами забезпечення участі громадськості в підвищенні ефективності їх функціонування, хоча і виступають основними суб'єктами означеного забезпечення. Досить інформативним з окресленого питання є «Збірник звітів за результатами оцінки діяльності органів виконавчої влади за напрямком «Взаємодія з громадськістю» [6], підготовлений в рамках проєкту «Громадянське суспільство задля розвитку демократії та прав людини в Україні», що реалізується ПРООН за фінансової підтримки Міністерства закордонних справ Данії. Наприклад, у діяльності Токмацької РДА встановлено такий недолік, як відсутність єдиного структурного підрозділу, який є відповідальним за координацію взаємодії з громадськістю. Взаємодією з громадськістю на різних етапах займаються різні підрозділи, зокрема відділ організаційної роботи, загальний відділ, інші профільні підрозділи. Ще одним недоліком є недостатність кадрового ресурсу працівників, основним завданням яких є взаємодія з громадськістю. Наразі в Токмацькій РДА визначений лише один працівник, який відповідає за цей напрям діяльності [6, с. 14]. Було запропоновано у рекомендаціях визначити єдиний структурний підрозділ, відповідальний за координацію взаємодії з громадськістю, та збільшити кількість працівників (принаймні до двох), основним завданням яких є безпосередня взаємодія з громадськістю. Зазначимо, що на доцільності передбачення в штатному розписі ОВВ посад працівників, до обов'язків яких входило б саме налагодження зв'язків із громадськістю, сприяння активізації участі громадськості в управлінні державними справами, які б особисто були відповідальні за налагодження цих процесів та їхній хід, результати, вже наголошувалося спеціалістами. Такі підрозділи, щоправда, з неуніфікованими назвами в різних департаментах, міністерствах, службах, існують.

Загалом це інформаційні підрозділи. Їхня діяльність має спрямовуватися на інформаційне забезпечення досліджуваної участі. А.І. Буханевич зазначає: «Утвердження публічної адміністрації як інституту оптимізації публічного контролю в громадянському суспільстві ставить питання про розробку належного інформаційно-експертного забезпечення діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування. З цією метою у західноєвропейському світі створюються спеціальні інформаційні служби або системи, статус яких визначається відповідними законами. В Україні їх статус визначається законами «Про інформацію», «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування

в Україні засобами масової інформації» та спеціальними положеннями до них. Аби оптимізувати публічний контроль над органами державної влади та місцевого самоврядування через створення інституту публічної адміністрації, варто чітко структурувати діяльність відповідних інформаційно-аналітичних та експертних служб, які безпосередньо або опосередковано забезпечуватимуть реалізацію публічного контролю. До таких служб традиційно належать інформаційні управління, інформаційно-аналітичні підрозділи, пресслужби, пресцентри, управління і центри громадських зв'язків, пресбюро, прессекретарі та пресаташе з відповідними апаратами. Ці структурні підрозділи органів державної влади та місцевого самоврядування збирають, аналізують, систематизують, обробляють та оперативно надають інформацію про діяльність цих органів у повному обсязі засобам масової інформації, крім випадків, передбачених Законом України «Про державну таємницю» [7, с. 53–54]. З теоретичного погляду та відповідно до положень законодавства означені підрозділи мають займатися інформаційним забезпеченням участі громадськості. Проте одразу ж зауважимо, що ці підрозділи не завжди є відокремленими від підрозділів зв'язків із громадськістю, а в деяких випадках безпосередньо підрозділи зв'язків із громадськістю виконують функції інформаційних підрозділів, виконанням лише інформаційної функції саме і обмежуючись. У деяких випадках інформаційні підрозділи входять до складу департаментів/управлінь зв'язків із громадськістю, тобто в організаційно-структурному аспекті щодо адміністративно-правового статусу окремо підрозділів зв'язків із громадськістю та окремо інформаційних підрозділів не існує сьогодні уніфікованого підходу. Це перша проблема в забезпеченні участі громадськості з погляду визначення суб'єктів такої діяльності. Вона, на наше переконання, повинна була б бути вирішена в той спосіб, що налагодження зв'язків із громадськістю є більш ширшим за змістом поняттям, аніж інформаційне забезпечення. Навіть інформаційне забезпечення є складовим елементом забезпечення зв'язків із громадськістю, тому було б логічним витримувати саме таке співвідношення при формуванні структури ОВВ: управління зв'язків з громадськістю – підрозділ інформаційного забезпечення в його структурі.

Другим питанням є ефективність роботи таких інформаційних підрозділів. Наприклад, до Управління інформаційної політики Херсонської ОДА згідно зі згадуваним Звітом були висловлені такі зауваження: необхідними є формалізація, інституалізація і систематизація означеної діяльності, у тому числі через унормування та активізацію проведення консультацій з громадськістю, винесення на обговорення актуальних питань, що стосуються безпосередньо діяльності управління та реалізації відповідної державної політики в області, зокрема розвитку інформаційного простору та забезпечення інформаційної безпеки; доцільним є запровадження щорічного публічного звітування управління про підсумки своєї роботи (через проведення зустрічей з представниками ІГС, публікацію тематичних повідомлень у ЗМІ та соціальних інтернет-мережах); важливою вбачається розробка комунікаційної стратегії, згідно з якою здійснювалося б планування роботи щодо інформування різних цільових груп, у тому числі громадськості, про діяльність управління, формування його іміджу та налагодження зворотного зв'язку; необхідна більш системна робота щодо взаємодії з громадськістю; доцільно визначити працівника, який буде відповідати за цей напрям діяльності (він координуватиме дії структурних підрозділів управління, безпосередньо допомагатиме у забезпеченні необхідної комунікації та співпраці управління з ІГС) [6, с. 50–51]. Загалом всі висунуті зауваження зводяться до безсистемності, непослідовності роботи, відсутності цілеспрямованої роботи в напрямі налагодження зв'язків із громадськістю.

Висновки

Підсумовуючи, зазначимо, що інформування як діяльність, котра виконується органами державної влади, зокрема органами виконавчої влади, спрямоване на вчасне надання якомога повнішої та достовірної, актуальної інформації громадськості щодо функціонування органів виконавчої влади та можливостей громадськості бути залученою до процесів розробки, прийняття та реалізації рішень цими органами. Інформування в частині поширення публічної інформації органами виконавчої влади не є формою участі громадськості в управлінні державними справами, а являє собою спосіб забезпечення означеної участі. Водночас воно є базовою умовою, правовим обов'язком органів виконавчої влади, без виконання якого участь громадськості стає неможливою. Отримання ж інформації на вимогу (за зверненням) є формою участі громадськості найнижчого рівня, тобто із мінімальним залученням громадян, але водночас воно може бути початковою (або однією із) стадією інших форм участі.

Список використаних джерел:

1. Головко В.В. Адміністративно-правове забезпечення реалізації громадянами України права на участь в управлінні державними справами : дис. к.ю.н : 12.00.07 ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2018. 269 с.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміна «законодавство») від 9 липня 1998 року № 12-рп/1998. URL: http://ccu.gov.ua/storinka-knygy/443-pravo-na-pracyu.
3. United States Environmental Protection Agency. URL: https://www.epa.gov/international-cooperation/public-participation-guide-introduction-public-participation
4. Rakshak Foundation Citizen participation in public policy issues Forms of Participation. URL: http://www.rakshakfoundation.org/research/citizen-participation/forms-of-participation/.
5. Компіляція альтернативних доповідей організацій громадянського суспільства. Універсальний періодичний огляд: альтернативний вимір. Третій цикл УПО, Україна. 2017, 202 с.
6. Збірник звітів за результатами оцінки діяльності органів виконавчої влади за напрямком «Взаємодія з громадськістю» / упоряд. Любов Паливода. Київ : БФ «Творчий центр ТЦК» 2018. 72 с.
7. Буханевич А.І. Публічна адміністрація як інститут оптимізації публічного контролю в громадянському суспільстві. *Вісн. НАДУ.* 2010. № 2. С. 46–56. http://visnyk.academy.gov.ua/wp-content/uploads/2013/11/2010-2-8.pdf.

The article is devoted to finding the answer to the question of the sufficiency of arguments in favor of referring information to the forms of public participation in the management of public affairs. It is proposed to distinguish between information dissemination and public information at the request of citizens. It has been proved that the former cannot be a specified form, but can only be considered as a way of securing investigative participation, which is objectified in the legal obligation of the executive authorities, while at the same time the latter is indeed a form of said participation, although at the lowest level. Attention is paid to the subjects that provide information to the public. It is emphasized that appealing to the executive authorities to obtain information about their activities is an independent form of participation, which in some cases may be one of the stages of other forms of participation. It has been determined that public information dissemination cannot be regarded as a form of public participation in public affairs management, first of all because the public acts as a passive recipient of information, sometimes accidental, sometimes out of banal curiosity and unemployment, but this is not what characterizes the active position of the public. It is concluded that informing as an activity performed by public authorities, in particular executive authorities in the framework of our research, is aimed at timely provision of the most complete and reliable, up-to-date information to the public on the functioning of executive authorities and opportunities for the public to be involved in the development processes, and the implementation of decisions by these bodies. Information on the dissemination of public information by executive authorities is not a form of public participation in the management of public affairs, but is a way of ensuring that participation. At the same time, it is a basic condition, a legal obligation of the executive authorities, without which public participation becomes impossible. Obtaining on-demand information (by request) is a form of public participation of the lowest level, with minimal citizen involvement, but at the same time it can be an initial (or one) stage of other forms of participation.

Key words: informing, obtain information, public participation, dissemination of public information, public relations units, information offices, executive authorities, forms of participation.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.39

Ярослав Журавель,
канд. юрид. наук, доцент,
декан юридичного факультету
Академії праці, соціальних відносин і туризму

Юрій Оніщик,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного, адміністративного та фінансового права
Академії праці, соціальних відносин і туризму

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ СОЦІАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ ОРГАНАМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ОБ'ЄДНАНИХ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

У статті вивчаються питання реалізації конституційних соціальних прав (права на працю, на страйк, на відпочинок, соціальний захист, на житло, достатній життєвий рівень, на охорону здоров'я, медичну допомогу) в умовах утворення об'єднаних територіальних громад. Зроблено висновок, що об'єднані територіальні громади мають повноваження щодо реалізації конституційних прав, які можна поділити на власні та делеговані.

Діяльність територіальних громад щодо забезпечення соціальних прав людини може здійснюватися за такими напрямами: 1) створення умов для реалізації цих прав (нормативних, організаційних); 2) надання громадянам певних соціальних благ; 3) контроль за використанням соціальних благ громадянами. При цьому третій напрям натепер є найбільш не забезпеченим. Виникає ситуація, коли об'єднані територіальні громади надають певні пільги, кошти, інші соціальні блага, однак не здійснюють контроль за їх цільовим використанням. У цьому випадку слід посилити механізми контролю та надати відповідні повноваження органам місцевого самоврядування. Шляхом подолання такої прогалини є внесення змін до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР та доповнення статті 34 частиною 3 такого змісту: «Виконавчі органи сільських, селищних, міських рад здійснюють контроль за цільовим використанням наданих кошт у межах повноважень».

Об'єднані територіальні громади мають навчитися власними силами, самостійно, на основі довіри, ефективної практики використовувати, контролювати та моніторити кошти громади у процесі здійснення соціальної політики. Тобто вирішення багатьох питань, у тому числі соціальних, має бути перерозподілено на рівень територіальних громад саме завдяки їх синергетичній природі.

У статті робиться висновок, що функціонування соціальної держави спрямоване на створення робочих місць як запоруку розвитку держави, водночас право на працю слід відносити до економічних прав, яке дає змогу почувати себе гідно та бути економічно незалежним.

Ключові слова: територіальні громади, об'єднані територіальні громади, конституційні права, соціальні права, соціальні блага.

Постановка проблеми. У процесі децентралізації та реформи управління важливе місце посідає трансформація місцевого самоврядування. На перший план виходять зміни щодо правового статусу територіальних громад та їхньої ролі у реалізації конституційних прав людини і громадянина. Завданням територіальних громад є забезпечення економічних, соціальних, культурних потреб кожного з учасників. Тому важливо вивчити ті позитивні та негативні екстреналії, які можуть визначати формування механізму дотримання основних прав громадян на місцях, зокрема соціальних. Реалізація саме соціальних прав на місцях в умовах формування об'єднаних територіальних громад (далі – ОТГ) є дискусійною з огляду на процес становлення цього нового інституту та нерозуміння громадянами процесів, які відбуваються. Актуальними залишаються питання фінансового забезпечення соціальних прав, адже саме ця група прав потребує

© Я. Журавель, Ю. Оніщик, 2019

залучення коштів, оскільки за їх відсутності не може бути реалізована. Процес утворення ОТГ є динамічним, складним, що не має належного нормативного забезпечення та характеризується наявністю колізій, тому зрозумілим видається виникнення складнощів у реалізації будь-яких прав людини.

У науковій літературі проблематику функціонування територіальних громад досліджували такі вчені: Ю. Бальцій, О. Батанов, І. Бондаренко, В. Борденюк, В. Бульба, О. Гейда, В. Кравченко, В. Куйбіда, П. Любченко, О. Майданник та ін. О. Гончаренко, О. Скрипник, Ж. Пустовіт та інші акцентували увагу на становленні та розвитку соціальних прав, реалізації їх завдяки місцевому самоврядуванню. Однак питання забезпечення соціальних прав об'єднаною територіальною громадою не було актуалізовано в окремому дослідженні.

Метою статті є вивчення питання реалізації конституційних соціальних прав (права на працю, на страйк, на відпочинок, соціальний захист, на житло, достатній життєвий рівень, на охорону здоров'я, медичну допомогу) в умовах утворення об'єднаних територіальних громад.

Виклад основного матеріалу. О. Батанов визначає територіальну громаду як первинний суб'єкт місцевого самоврядування, що складається з фізичних осіб – жителів (громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, біженців, вимушених переселенців), що постійно мешкають, працюють на території села (або добровільного об'єднання в спільну громаду кількох сіл), селища або міста, безпосередньо або через сформовані ними муніципальні структури вирішують питання місцевого значення [1, с. 52]. О. Гейда зазначає: «У загальному вигляді під територіальною громадою у юридичній науковій літературі розуміють об'єднання жителів певної території з метою реалізації, задоволення спільних інтересів» [2, с. 10]. Ю. Бальцій також вказує на функціональне призначення територіальної громади: «Територіальні громади та органи місцевого самоврядування, що ними формуються, повинні виступати захисниками прав громадян-мешканців як членів територіальної громади» [3, с. 263]. Відповідно до положень Європейської хартії місцевого самоврядування «органи місцевого самоврядування в межах закону мають повне право вільно вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене зі сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу. Публічні повноваження, як правило, здійснюються переважно тими органами публічної влади, які мають найтісніший контакт з громадянином» [4]. І. Бондаренко у цьому зв'язку уточнює, що «територіальна громада як первинний суб'єкт місцевого самоврядування та власник має самостійно вирішувати стратегічні питання управління власністю, тому законодавчо необхідно встановити перелік найважливіших питань, які вирішуватимуться виключно громадою (управління об'єктами, що забезпечують життєдіяльність громади, вирішення організаційних та установчих питань тощо) [5, с. 142]. У цьому зв'язку слушно зазначити, що територіальна громада та ОТГ мають самостійно вирішувати питання реалізації соціальних прав. Водночас за браком коштів це не завжди можна втілити у життя. Крім того, важливо зрозуміти, які із соціальних прав забезпечуються державою на основі загальнодержавного фінансування, а реалізація яких делегується територіальним громадам з наділенням відповідним фінансуванням. Частину соціальних прав можуть реалізувати ОТГ на основі власної компетенції. Від визначення цих положень буде залежати задіяння механізмів забезпечення соціальних прав. Науковці констатують: «У звязку з реалізацією реформи децентралізації державного управління, в тому числі бюджетної децентралізації, значна частина повноважень і відповідальності у фінансовій та бюджетній сфері перейшла «на місця», зокрема в новостворені об'єднані територіальні громади (ОТГ), та виявляється багато складних проблем у їх функціонуванні, від вирішення яких залежить у цілому соціально-економічний розвиток країни» [6, с. 23].

У Методиці формування спроможних територіальних громад від 08 квітня 2015 року вказується на важливу ознаку спроможності територіальної громади – здатність самостійно або через відповідні органи місцевого самоврядування забезпечити належний рівень надання послуг, зокрема, у сфері освіти, культури, охорони здоров'я, соціального захисту, житлово-комунального господарства з урахуванням кадрових ресурсів, фінансового забезпечення та розвитку інфраструктури відповідної адміністративно-територіальної одиниці [7]. С. Потапенко слушно зазначає: «ОТГ слід вважати спроможною територіальною громадою, яка має більший обсяг власних повноважень та повноважень, делегованих відповідному органу місцевого самоврядування, отримує державну субвенцію на соціально-економічний розвиток з метою покращення рівня надання її жителям публічних послуг, має єдиний орган місцевого самоврядування, наділений додатковими повноваженнями

та бюджетними надходженнями» [8, с. 54]. Отже, спроможною реалізовувати соціальні права є та ОТГ, яка: 1) здатна реалізувати соціальні права громадян; 2) здатна реалізувати їх на належному рівні, тобто відповідно до певних соціальних стандартів; 3) така реалізація відбувається власними силами територіальної громади; 4) обов'язково враховуються особливості фінансування територіальної громади.

Закон України «Про добровільне об'єднання територіальних громад» від 05 лютого 2015 року регулює відносини, що виникають у процесі добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст, а також добровільного приєднання до об'єднаних територіальних громад [9]. Такі ОТГ, перш за все, створюються на основі принципів економічної ефективності, прозорості та відкритості, відповідальності. Економічна ефективність якнайкраще сприятиме реалізації соціальних прав людини. Так, О. Гончаренко зазначає: «Основні соціальні права та свободи людини і громадянина в Україні є похідними значною мірою від економічних, оскільки від реалізації економічних прав залежить реалізація основних соціальних прав та свобод людини і громадянина» [10, с. 50].

З приводу децентралізації та реформи місцевого самоврядування Київський міжнародний інститут соціології наводить такі дані: «Найбільш критично сприймається ситуація у сфері охорони здоров'я (щодо первинного рівня 39% визнають погіршення і лише 10% – покращення; щодо вторинного рівня – 41% проти 8%) і у сфері соціального захисту (щодо надання пільг 40% відзначають погіршення і лише 7% – покращення; щодо надання субсидій – 48% проти 7%). Водночас доцільно звернути увагу, що у випадку цих сфер більшість респондентів якраз вважають відповідальними органи влади, а не органи самоврядування» [11, с. 9-10]. Ці данні свідчать про відсутність належного розуміння місцевим населенням процесів, які відбуваються, особливо у соціальній сфері, яка є найбільш болючою, оскільки забезпечує виживання людини. Постійні реформи та трансформації держави у цілому та місцевого самоврядування призвели до стресового сприйняття громадянами України будь-яких новел. Видається, що навіть дуже ефективна та позитивна зміна щодо гарантування соціальних прав буде сприйматися нині вкрай негативно.

На здатність територіальної громади самоорганізовуватися та самоврегульовуватися вказує В. Бульба: «Тому територіальна громада не може бути тільки об'єктом державного управління. Її природа більш складна і суттєво відрізняється від значної кількості елементів традиційного суспільства. За умов самоврядування джерело регулятивного впливу на суспільні відносини децентралізоване і знаходиться у самій соціальній спільноті, де відбуваються процеси самоврядування» [12, с. 118]. О. Майданник слушно зазначає: «Головними завданнями реформування місцевого самоврядування в Україні є розвиток місцевої демократії та модернізація його організаційної основи. Це досягається через розширення можливостей територіальних громад щодо участі в управлінні питаннями місцевого значення, підвищення здатності органів і посадових осіб місцевого самоврядування реагувати на щоденні потреби населення, налагоджувати співпрацю із ним і організовувати соціально-економічний розвиток відповідних територій» [13, с. 58]. Тобто вирішення багатьох питань, у тому числі соціальних, має бути перерозподілено на рівень територіальних громад, ОТГ саме завдяки їх синергетичній природі. ОТГ мають навчитися власними силами, самостійно, на основі довіри, ефективної практики використовувати, контролювати та моніторити кошти громади у процесі здійснення соціальної політики.

Видається, що діяльність ОТГ щодо забезпечення соціальних прав людини може здійснюватися за такими напрямами: 1) створення умов для реалізації цих прав (нормативних, організаційних); 2) надання громадянам певних соціальних благ; 3) контроль за використанням соціальних благ громадянами. При цьому третій напрям натепер є найбільш не забезпеченим. Виникає ситуація, коли ОТГ надає певні пільги, кошти, інші соціальні блага, однак не здійснює контроль за їх цільовим використанням. У цьому випадку слід посилити механізми контролю та надати відповідні повноваження органам місцевого самоврядування. Шляхом подолання такої прогалини є внесення змін до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР. Отже, слід доповнити статтю 34 вказаного закону частиною 3 такого змісту: «Виконавчі органи сільських, селищних, міських рад здійснюють контроль за цільовим використанням наданих у межах повноважень коштів».

Які конституційні соціальні права може реалізовувати ОТГ? Спочатку потрібно з'ясувати поняття конституційних соціальних прав та їх перелік.

Так, О. Скрипнюк вважає, що соціальні права і свободи – це встановлені Конституцією та законами України правила

цілеспрямованої поведінки або діяльності людей, спрямованої на задоволення власних соціальних потреб [14, с. 9]. Ж. Пустовіт зазначає: «Сутністю основних соціальних прав та свобод людини і громадянина в Україні є свобода виявлення волі, інтересів, можливості певної поведінки, діяльності, певних дій в соціальній сфері. Змістом основних соціальних прав та свобод людини і громадянина в Україні є трудові, житлові, медичні та інші блага, права на ці блага, права на їх одержання, захист, збереження, володіння, користування і розпорядження» [15. с. 12]. До цієї групи належать права: на працю, на страйк, на відпочинок, соціальний захист, на житло, достатній життєвий рівень, на охорону здоров'я, медичну допомогу і медичне страхування; право на безпечне навколишнє середовище [16, с. 119]. Однак не поділяємо думку про те, що право на працю є соціальним правом. Вважаємо, що його слід віднести до економічних, адже людина віддає власні сили, інтелект, час, які є цілком вимірювальними економічними одиницями. Людина може не працювати та отримувати певну соціальну допомогу. Звичайно, функціонування соціальної держави спрямоване на створення робочих місць як запоруку розвитку держави, водночас до права на працю слід ставитися як до економічного права, яке дає змогу почувати себе гідно та бути економічно незалежним.

Крім того, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля та на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди, яке передбачене статтею 50 Основного закону, також не можна віднести до соціальних прав, оскільки у результаті становлення та розвитку масиву прав, розширення їх змісту та обсягу вказане право можна віднести до екологічних прав.

Конституцією України передбачено: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» [17]. ОТГ також покликані реалізувати це конституційне положення, адже органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [17]. Життя, безпека, здоров'я – перш за усе це важливі мінімальні складники для існування громадянина у певній територіальній громаді, які мають отримувати соціальне забезпечення на локальному рівні. С. Дяченко вказує: «Це конституційне положення має безпосереднє відношення і до місцевого самоврядування, органів і посадових осіб, обов'язком яких є турбота про соціальну справедливість, добробут членів територіальних громад, їх соціальну захищеність» [18, с. 19].

Статею 44 Основного Закону передбачено право на страйк для захисту своїх економічних та соціальних інтересів [17]. Право на страйк реалізують ті, хто працює. ОТГ має свій апарат, утримує виконавчі органи для реалізації повноважень, має комунальну власність, об'єкти інфраструктури (заклади охорони здоров'я, освіти тощо), тому дотримання цього права є конституційним обов'язком територіальної громади.

Стаття 46 Конституції проголошує, що громадяни мають право на соціальний захист, яке гарантується у тому числі створенням мережі комунальних закладів для догляду за непрацездатними. Крім того, дещо нереалістичною для виконання у сучасних умовах видається передбачена норма про те, що громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається також органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

Водночас стаття 47 Конституції України встановлює, що кожен має право на житло. У цьому аспекті ОТГ у межах коштів зобов'язана реалізовувати певні програми щодо забезпечення житлом.

Статтею 48 Конституції України передбачено забезпечення належного життєвого рівня людини та її сім'ї. ОТГ є цілком спроможними реалізувати це право, наприклад, шляхом залучення інвестицій, які призведуть до створення робочих місць та, відповідно, гарантують належний соціальний захист мешканців певного регіону.

Стаття 49 Конституції України гарантує право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Також медичне обслуговування забезпечується через мережу комунальних форм власності безоплатно. Право на медичне страхування не може бути забезпечене ОТГ, оскільки страхування проводиться відповідно до інших організаційних та нормативних засад.

Варто зазначити, що вказані соціальні права (окрім права на медичне страхування, яке не реалізується ОТГ) мають особливе нормативне та організаційне підґрунтя для реалізації. Зокрема, відповідно до Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування» від 7 червня 2001 року № 2493-III до основних обов'язків посадових осіб місцевого самоврядування відносять додержання прав та свобод людини і громадянина [19]. Відповідно до статті 34 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР до відання виконав-

чих органів сільських, селищних, міських рад належать повноваження у сфері соціального захисту населення, які поділяються на: а) власні (самоврядні); б) делеговані [20].

Особливий порядок щодо реалізації права на соціальний захист визначено у Законі України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21 листопада 1992 року № 2811-XII, Законі України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» від 13 січня 2005 року № 2342-IV тощо.

Висновки

Отже, до конституційних соціальних прав, які реалізовуються ОТГ, можна віднести право на страйк, соціальний захист, на житло, достатній життєвий рівень, на охорону здоров'я, медичну допомогу. ОТГ мають повноваження щодо реалізації конституційних прав, які можна поділити на власні та делеговані.

Діяльність ОТГ щодо забезпечення соціальних прав людини може здійснюватися за такими напрямами: 1) створення умов для реалізації цих прав (нормативних, організаційних); 2) надання громадянам певних соціальних благ; 3) контроль за використанням соціальних благ громадянами.

Слід доповнити статтю 34 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР частиною 3 такого змісту: «Виконавчі органи сільських, селищних, міських рад здійснюють контроль за цільовим використанням наданих у межах повноважень коштів».

Список використаних джерел:

1. Батанов О.В. Територіальна громада – первинний суб'єкт муніципальної влади в Україні: поняття та ознаки. *Вісник Центральної виборчої комісії*. 2008. № 2. С. 51–57.

2. Гейда О.В. Види територіальних громад в Україні та особливості їх правового статусу: загальна характеристика. *Європейські перспективи*. 2012. № 3 (3). С. 9–13.

3. Бальцій Ю.Ю. Правова природа статутів територіальних громад. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 45. С. 260–267. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2009_45_51. (дата звернення: 02.11.2019).

4. Європейська хартія місцевого самоврядування від 15 жовтня 1985 року. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/ show/994_036 (дата звернення: 02.11.2019).

5. Бондаренко І.О. Особливості правового статусу територіальних громад як суб'єктів права комунальної власності. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. Вип. 61. С. 136–144. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_61_18. (дата звернення: 03.11.2019).

6. Руснак А.В. Перспективи формування фінансових ресурсів об'єднаних територіальних громад. Агросвіт. 2018. № 6. С. 22–27.

7. Про затвердження Методики формування спроможних територіальних громад : Постанова Кабінету Міністрів України від 08.04.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/214-2015-%D0%BF (дата звернення: 08.010.2019).

8. Потапенко С. Характерні риси об'єднаної територіальної громади. *Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму*. 2019. № 2. С. 47–55.

9. Про добровільне об'єднання територіальних громад : Закон України від 05.02.2015 № 157-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 07.10.2019).

10. Гончаренко О.М. Розвиток економічних прав людини і громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2006. 242 с.

11. Децентралізація та реформа місцевого самоврядування : результати четвертої хвилі соціологічного опитування. 2019 рік / Київський міжнародний інститут соціології. URL: https://www.kiis.com.ua/materials/pr/20191103_decentralisation/decentr_ukr.pdf. (дата звернення: 02.11.2019).

12. Бульба В.Г. Територіальна громада як об'єкт і суб'єкт державної соціальної політики. *Публічне управління: теорія та практика*. 2013. Вип. 4. С. 118–125.

13. Майданник О. Становлення та розвиток української моделі місцевого самоврядування. *Вісник Академії праці, соціальних відносин і туризму*. 2018. № 1. С. 55-59.

14. Скрипнюк О. Права та свободи людини в конституційній системі України. *Публічне право*. 2012. № 1. С. 6–13.

15. Пустовіт Ж.М. Основні соціальні права та свободи людини і громадянина в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Київ, 2001. 17 с.

16. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / О.В. Зайчук та ін. ; за ред. Зайчука О.В., Оніщенко Н.М. Київ : Юрінком Інтер, 2006. – 685 с.

17. Конституція України від 28 червня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80. (дата звернення: 02.11.2019).

18. Д'яченко С.П. Територіальна громада в системі місцевого самоврядування. *Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля*. 2013. № 16. С. 18–21.

19. Про службу в органах місцевого самоврядування : Закон України від 07.06.2001 № 2493-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2493-14/ed20190111. (дата звернення: 02.11.2019).

20. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80. (дата звернення: 25.10.2019).

The article deals with the realization of constitutional social rights (the right to work, to strike, to rest, to social protection, to housing, to a sufficient standard of living, to health care, to medical aid) in the conditions of formation of united territorial communities. It is concluded that united territorial communities have the power to exercise constitutional rights, which can be divided into: own and delegated.

The activities of territorial communities to ensure social rights can be carried out in the following areas: 1) creating conditions for the exercise of these rights (normative, organizational); 2) providing citizens with certain social benefits; 3) control over the use of social benefits by citizens. Moreover, the third direction is by far not the most secured. There is a situation where united territorial communities provide certain benefits, funds, and other social benefits, but do not control their intended use. In this case, control mechanisms should be strengthened and local authorities should be given appropriate authority. In this case, control mechanisms should be strengthened and local authorities should be given appropriate authority. The way to overcome such a gap is to amend the Law of Ukraine "On Local Self-Government in Ukraine" of May 21, 1997 No. 280/97-BP and amend the Article 34, Part 3 with the following content: for the purposeful use of the provided costs within the authority "

United territorial communities need to learn on their own, on the basis of trust, good practice, to use, control and monitor community funds in social local policy decisions. That is, the solution of many issues, including social issues, should be redistributed to the level of territorial communities precisely because of their synergistic nature.

The article concludes that the functioning of the social state is aimed at creating jobs as a guarantee of state development. At the same time, the right to work should be attributed to economic rights, which make it possible to sense of dignity and to be economically independent.

Key words: territorial communities, united territorial communities, constitutional rights, social rights, social goods.

УДК 342.51
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.40

Олексій Лохматов,
слухач Енергодарської малої академії наук учнівської молоді

Михайло Пришляк,
канд. юрид. наук, доцент кафедри правознавства
Енергодарського інституту державного та муніципального управління
імені Р. Г. Хеноха
Класичного приватного університету

СУЧАСНИЙ СТАН КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ ПРОЦЕДУРИ ІНАВГУРАЦІЇ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ

У статті піддається аналізу сучасний стан конституційно-правової регламентації процедури інавгурації новообраного Президента України. Констатовано, що, незважаючи на досить активний вияв інтересу науковців різних галузей права до інституту президента, процедура вступу на пост новообраного Президента України залишається одним із найважливіших і маловивчених питань науки конституційного права, з огляду на очевидну його значимість для інституту президентства. Відзначається, що інавгурація новообраного Президента України, сутністю якої є урочисте його приведення до присяги, вимагає визначення і детальної регламентації всіх дій з цього приводу. Висвітлено основні проблеми, пов'язані зі вступом на пост майбутнього глави нашої держави. Одна з них стосується визначення дати і часу проведення урочистого засідання з приводу складання присяги Українському народові новообраним Президентом України. Наголошується, що відповідно до законодавства дата і час проведення урочистого засідання Верховної Ради, за погодженням з новообраним Президентом України, визначаються рішенням Верховної Ради, проте не визначено, яким чином має відбуватися таке погодження. Інша проблема стосується ситуації, що може виникнути у разі неможливості з різних причин взяття участі в церемонії інавгурації Голови Конституційного Суду України, який за Конституцією України має привести до присяги новообраного Президента України. У зв'язку з цим засвідчено, що конституційно-правова регламентація процедури інавгурації новообраного Президента України не є ідеальною і потребує свого удосконалення, обґрунтовується необхідність якнайшвидшого врегулювання відповідних питань. У контексті цього звернуто увагу на особливості інавгурації президента в зарубіжних країнах, з'ясовано, що певні відмінності в конституціях інших країн є і щодо дати проведення інавгурації. Наводиться авторська позиція бачення майбутнього вирішення проблем, пов'язаних зі вступом на пост новообраного Президента України з урахуванням вітчизняного досвіду та практики, що склалася в зарубіжних країнах.

Ключові слова: Президент України, інавгурація, дата, погодження, Верховна Рада України, присяга, Голова Конституційного Суду України.

Постановка проблеми. Чи не найбільш обговорюваною темою травня 2019 року, яка приковувала до себе все українське суспільство, була інавгурація новообраного Президента України. З одного боку, ми стали свідками напруженості у відносинах між новообраним Президентом України і Верховною Радою України з приводу визначення дати проведення інавгурації, з іншого – в засобах масової інформації з'явилася інформація про можливість зриву інавгурації через ситуацію в Конституційному Суді України. У контексті цього стало можливим говорити про умисне перешкоджання вступу новообраного Президента України на пост, а звідси і набуття ним повноважень глави держави з боку окремих суб'єктів, задіяних в організації і проведенні інавгураційної церемонії. З'явилися підстави поставити під сумнів окремі положення виписаного в законі порядку вступу на посаду глави держави, які через свою недосконалість не можуть завадити таким діям. Як наслідок, актуалізувалася необхідність удосконалення конституційно-правових норм, що регулюють суспільні відносини вступу на посаду новообраного Президента України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на досить активний вияв інтересу науковців різних галузей права до інституту президента, процедура вступу на пост новообраного Президента України

© О. Лохматов, М. Пришляк, 2019

залишається одним з найважливіших і маловивчених питань науки конституційного права, з огляду на очевидну його значимість для інституту президентства. Серед ґрунтовних робіт, пов'язаних із всебічним аналізом проблем інавгурації глави держави, слід виділити дослідження українських науковців О.В. Батанова, О.М. Стойко, М.Д. Ходаківського. Однак вони не розв'язують усіх проблем, пов'язаних зі вступом на пост майбутнього глави нашої держави.

Мета статті полягає в критичному осмисленні сучасного стану конституційно-правової регламентації процедури інавгурації новообраного Президента України, визначенні напрямів її удосконалення з урахуванням вітчизняного досвіду та практики зарубіжних країн.

Виклад основного матеріалу дослідження. Інавгурація новообраного Президента України, сутністю якої є урочисте його приведення до присяги, вимагає визначення і детальної регламентації послідовності вчинення всіх дій з цього приводу. Умовно такі дії можна диференціювати на такі, що пов'язані з організацією інавгурації, і такі, що стосуються її проведення. Проте лише останні у своїй сукупності, на нашу думку, визначають зміст інавгураційної процедури (церемонії).

У процесі дослідження з'ясовано, що в Україні немає закону, який би окремо регламентував порядок проведення інавгурації. Положення щодо цього містяться в Конституції України (ст. 104), Законі України «Про вибори Президента України» (ст. 87) від 05.03.1999 р. № 474-XIV, Регламенті Верховної Ради України (далі – Регламент) (ст.ст. 163–166), затвердженому Законом України від 10.02.2010 р. № 1861-VI. Однак саме в останньому в подробицях, хоча і не без критичних зауважень, виписаний порядок проведення урочистості з приводу складання присяги Українському народові новообраним Президентом України. Назва глави 28 «Порядок проведення Верховною Радою України урочистого засідання з приводу складення присяги Українському народові новообраним Президентом України» Регламенту [11] начебто дає підстави говорити лише про регламентацію основної частини заходу, між тим нормами, що в ній містяться, регулюються і відносини, пов'язані з підготовкою до такої урочистості. Насамперед це стосується юридичного закріплення місця складення присяги новообраним Президентом України (ст. 164), дати і часу проведення урочистого засідання Верховної Ради (ст. 165). До того ж визначені правові підстави складення присяги Українському народові новообраним Президентом України. Положення ст. 163 глави 28 Регламенту чітко дають зрозуміти: по-перше, присягу Українському народові складає особа, яка в порядку, встановленому Конституцією України та Законом України «Про вибори Президента України», обрана Президентом України; по-друге, складення новообраним Президентом України присяги Українському народові відповідно до статті 104 Конституції України є обов'язковою умовою його вступу на пост Президента України. Тож її недотримання свідчить про те, що новообраний Президент України не може виконувати обов'язки глави держави. Регламент не відтворює тексту присяги, однак містить бланкетну норму (ч. 5 ст. 166), яка вказує, що він визначений Конституцією України. Відступ від тексту присяги, принесення її із застереженням начебто неприпустимі. Між тим пряма заборона на це в Регламенті, як і в Основному Законі держави, відсутня, як і вказівка на наслідки, які можуть настати, вчини новообраний Президент України таке. Розв'язаною на рівні Регламенту є й проблема місця проведення церемонії складання присяги новообраним Президентом України. Перипетії минулих років наочно вказували на необхідність це зробити. Натепер таким визнається зала засідань Верховної Ради, із застереженням, якщо Верховною Радою не прийнято іншого з цього приводу рішення.

Сама церемонія, відповідно до ч. 1 ст. 165 Регламенту, має відбутися не пізніше ніж через тридцять днів після офіційного оголошення результатів чергових виборів Президента України. Фактично ця частина Регламенту відтворює норму ст. 104 Конституції України. Схожа за змістом норма міститься і в Законі «Про вибори Президента України» (ч. 1 ст. 87). Тобто чинне законодавство не встановлює фіксованої дати проведення урочистого засідання Верховної Ради, а лише визначає часові рамки, в межах яких воно має відбутися. Точкою відліку слугує офіційне оголошення результатів виборів Президента України з опублікуванням результатів виборів Президента України у газетах «Голос України» та «Урядовий кур'єр». Для прикладу, результати повторного голосування з чергових виборів Президента України 31 березня 2019 року Центральною виборчою комісією були оголошені 30 квітня 2019 року. У газеті «Голос України» вони були опубліковані 3 травня.

Дата і час проведення урочистого засідання Верховної Ради, за погодженням з новообраним Президентом України, згідно з ч. 2 ст. 165 Регламенту, визначаються рішен-

ням Верховної Ради. Проте законодавчо не визначено, яким чином має відбуватися таке погодження. Події, що відбувалися навколо інавгурації новообраного Президента України В.О. Зеленського, наочно це підтвердили. Нагадаємо, сам новообраний Президент висловив побажання провести інавгурацію 19 травня. З цього приводу ним було направлено листа до Голови Верховної Ради і в Комітет з питань Регламенту та організації роботи Верховної Ради України. Керуючись ч. 2 ст. 165 Регламенту, беручи до уваги, що дата інавгурації визначається за погодженням з новообраним Президентом України, Верховна Рада мала б пристати на таку його пропозицію і прийняти щодо цього відповідне рішення у вигляді постанови. Однак цього не сталося.

Зазначимо, що відповідно до ч. 1 ст. 93 Конституції України [7] та ч. 1 ст. 89 Регламенту Верховної Ради України право законодавчої ініціативи у Верховній Раді України належить Президенту України, народним депутатам України, Кабінету Міністрів України. Згідно з ч. 5 ст. 89 Регламенту воно здійснюється шляхом внесення до Верховної Ради: а) проєктів законів, постанов; б) проєктів інших актів Верховної Ради; в) пропозицій до законопроєктів; г) поправок до законопроєктів. Зваживши на те, що Постанова «Про проведення урочистого засідання Верховної Ради України, присвяченого складенню присяги Українському народові новообраним Президентом України» не містить положень нормативного характеру, її слід віднести до групи інших актів Верховної Ради, якими, за визначенням Регламенту, є проєкти постанов, резолюцій, декларацій, звернень, заяв, що випливають з установчих, організаційних, контрольних та інших функцій Верховної Ради. Відповідно до ч. 2 ст. 90 Регламенту такі акти подаються до Верховної Ради за підписом особи, яка має право законодавчої ініціативи або представляє орган, наділений таким правом. Беручи до уваги, що новообраний Президент України набуває повноважень глави держави з моменту складення присяги, до її принесення він не розглядається як суб'єкт законодавчої ініціативи у Верховній Раді і тому позбавлений можливості безпосередньо внести на її розгляд проєкт Постанови Верховної Ради України «Про проведення урочистого засідання Верховної Ради України, присвяченого складенню присяги Українському народові новообраним Президентом України». За таких обставин новообраний Президент України повністю залежний у питанні визначення дати і часу проведення урочистого засідання Верховної Ради від самої Верховної Ради. Тож, у такій ситуації йому тільки і залишається, що публічно висловити побажання щодо дати і часу проведення урочистого засідання Верховної Ради і чекати на остаточне рішення Верховної Ради. З іншого боку, нема впевненості в тому, що пропозиція новообраного Президента України стосовно дати та часу проведення урочистого засідання отримає підтримку більшості від конституційного складу законодавчого органу, свідком чого у травні 2019 року власне став увесь український народ. По суті, за наявної регламентації визначення дати і часу проведення інавгурації він залишається «заручником» ситуації і позбавлений можливості на неї вплинути. Ініціатива щодо розгляду у залі Верховної Ради питання про день і час проведення інавгурації Президента України може бути висловлена будь-ким з народних депутатів. Проте вона є проявом виключного права народного депутата, а не його обов'язком.

Цікавою у цьому питанні є практика зарубіжних країн. Т.С. Масловська, дослідивши положення конституцій інших країн, виділила наступні три підходи до закріплення дати вступу на посаду обраного президента. Відповідно до першого підходу дата вступу на посаду президента чітко визначена в конституції. Зокрема, обраний президент вступає на посаду 10 січня – у Венесуелі, 20 січня – у США, у другу середу січня – у Казахстані [8, с. 63]. Вона відзначає, що конституційна фіксація точної дати вступу президента на посаду характерна в основному для країн, в яких немає інституту дострокових президентських виборів. Винятком у цьому разі виступає Республіка Казахстан, у Конституцію якої Законом від 2 лютого 2011 року внесені доповнення, згідно з якими позачергові президентські вибори призначаються рішенням Президента республіки [8, с. 63]. Відповідно до другого підходу конкретна дата вступу на посаду і принесення присяги президентом у конституції точно не визначена, але встановлені часові рамки здійснення такої процедури. Причому дата вступу на посаду обраного президента може бути ув'язана з днем виборів (Молдова), днем обрання (Азербайджан, Республіка Білорусь), офіційного оголошення результатів виборів (Україна) [8, с. 64]. Т.С. Масловська звертає увагу, що у конституціях зазвичай передбачений максимальний строк, протягом якого здійснюється вступ на посаду обраного президента: в Азербайджані – протягом 3 днів з дня оголошення підсумків виборів Президента Азербайджанської Республіки (ст. 103 Конституції), в Молдові – не пізніше ніж у 45-денний строк після виборів (ст. 79 Конституції). Відповідно

до ч. 3 ст. 83 Конституції Республіки Білорусь Президент країни вступає на посаду не пізніше двох місяців з дня його обрання [8, с. 64]. Для третього підходу, пов'язаного з визначенням дати вступу на посаду обраного президента, констатує Т.С. Масловська, характерна відсутність подібних положень у текстах конституцій (Австрія, Вірменія, Таджикистан, Туркменістан, Туреччина та ін.) [8, с. 66]. Такий її висновок у цій частині питання дає нам можливість лише частково з ним погодитися. Адже і в цьому разі конституції окремих держав надають можливість її визначити, ув'язуючи дату вступу на посаду новообраного президента з певною обставиною або ж подією. Наведемо декілька прикладів. Так, за Конституцією Вірменії [5] Президент Республіки вступає на посаду в день завершення повноважень попереднього Президента Республіки (ч. 1 ст. 127). Тоді як Президент Республіки, обраний на позачергових виборах, вступає на посаду на десятий день після обрання (ч. 2 ст. 127). Президент Словацької Республіки вступає на посаду опівдні того дня, коли має закінчитися термін повноважень попереднього Президента [4]. В останній день дії мандата попереднього Президента відбувається вступ на посаду Президента Республіки в Португалії. У разі ж обрання його через відкриття вакансії – на восьмий день після оголошення результатів виборів [1, с. 46]. На наступний день після закінчення терміну повноважень президента, після того, як у Вільнюсі в присутності представників Народу – членів Сейму складе присягу, до виконання своїх повноважень приступає Президент Литовської Республіки [3]. На найближчому після обрання засіданні Сейму приймає на себе посадові обов'язки новообраний Президент Латвійської Республіки [2]. Вступ новообраного президента Естонської Республіки на посаду відбувається шляхом принесення присяги народу Естонії на першому засіданні Рійгікогу, наступному за днем закінчення терміну перебування на посаді попереднього Президента Республіки [9]. З першого числа місяця, наступного за обранням, вступає на посаду Президент Фінляндії [6].

В окремих конституціях зустрічається більш розширений підхід до визначення дати вступу на пост. Так, на наступний день після закінчення строку повноважень попереднього Президента, а у всіх інших випадках – на наступний день після свого обрання, за Конституцією Греції приступає до виконання своїх обов'язків обраний Президент цієї країни [1, с. 257–258]. За Конституцією Ірландії перший Президент має зайняти свою посаду як можна скоріше після його обрання; кожний наступний Президент має вступити на посаду в день, наступний за днем завершення строку перебування на посаді його попередника або наскільки можливо швидше після усунення його попередника з посади, його смерті, відставки або стійкої нездатності, або як можна швидше після його обрання [1, с. 328].

Події навколо церемонії інавгурації новообраного Президента України В.О. Зеленського вказали ще на одну проблему, яка потребує свого розв'язання. Ситуація, яка склалася в Конституційному Суді напередодні інавгурації, дала привід у суспільстві говорити про можливість її зриву з причин неможливості участі в ній Голови цієї установи. На відміну від Голови Верховної Ради України, Голови Центральної виборчої комісії, у разі відсутності Голови Конституційного Суду України Регламент не передбачає можливість його заміни заступником Голови Конституційного Суду України. Беручи до уваги, що відповідно до Конституції виключно Голова Конституційного Суду України здійснює приведення Президента України до присяги слід визначитися щодо подальших дій у разі неможливості такої його участі задля уникнення зриву урочистостей з цього приводу.

Не досить багатим щодо таких ситуацій є і досвід зарубіжних країн. За законом Литовської Республіки від 26.01.1993 р. «Про Президента Республіки» [10] проблема такого змісту, зокрема, вирішується таким чином. За відсутності голови Конституційного Суду присягу у новообраного Президента республіки приймає один із суддів Конституційного Суду (ч. 2 ст. 4). Вважаємо, що такий підхід є досить прийнятний і для України.

Висновки

Підсумовуючи викладене, констатуємо, що з окремих питань конституційно-правова регламентація інавгурації новообраного Президента України хибує недоліками і потребує свого удосконалення. По-перше, з'ясовано, що в питаннях визначення дати та часу проведення інавгурації новообраний Президент України повністю залежний від рішення Верховної Ради України. Вихід бачиться у такому. Слід ув'язати дату інавгурації з датою офіційного оголошення результатів виборів Президента України, а часову відстань між ними, конституційно закріпивши, зробити фіксованою. З урахуванням досвіду минулих років, який склався в державі щодо проведення інавгурацій перших осіб держави, цілком обґрунтовано вести мову про проведення інавгурації на 15-й день від дня офіційного оголошення результатів виборів Президента України о

10 годині. По-друге, беручи до уваги, що відповідно до Конституції виключно Голова Конституційного Суду України здійснює приведення Президента України до присяги слід визначитися щодо подальших дій у разі неможливості такої його участі задля уникнення зриву урочистостей з цього приводу. Тож пропонується законодавчо закріпити можливість його заміни в таких випадках заступником Голови Конституційного Суду України. За відсутності останнього – старшим за віком Суддею Конституційного Суду України. По-третє, у разі внесення таких змін до ст. 104 Конституції України, зваживши на те, що її норми є нормами прямої дії, відпадає необхідність у визначенні Комітету Верховної Ради України, який би відав питанням законодавчого забезпечення організації та порядку проведення урочистого засідання Верховної Ради України з приводу складення присяги Українському народові новообраним Президентом України.

Список використаних джерел:

1. Конституции государств Европейского Союза. / Редкол.: Л.А. Окуньков (рук.) и др.; Вступ. ст. Л.А. Окунькова. Москва : ИНФРА-М: Норма, 1997. 816 с.

2. Конституция Латвийской Республики. Принята 15 февраля 1922 года (с изменениями и дополнениями). URL: http://www.pravo.lv/likumi/01_klr.html.

3. Конституция Литовской Республики. Принята 25 октября 1992 года. URL: http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija_RU.htm.

4. Конституция Словацкой Республики. Принята 1 сентября 1992 года. URL: https: // slovakia.kiev.ua/конституция-словакии.

5. Конституция Республики Армения. Принята 5 июля 1995 года (с изменениями и дополнениями). URL: https://www.president.am/ru/constitution-2015/.

6. Конституция Финляндии. Принята 11 июня 1999 г. URL: https://www.finlex. fi/fi/laki/kaannokset/1999/ru19990731.pdf.

7. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (зі змінами та доповненнями станом на 07.07.2019 р.). URL: http://zakon4.rada. gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

8. Масловская Т.С. Вступление в должность главы республиканского государства: сравнительно-правовой анализ. *Право и демократия* : сборник научных трудов. 2015. Вып. 26. С. 63–81.

9. О выборах Президента Республики : Закон Эстонской Республики от 07.05.1996 г. № 712. URL: http://estonia.news-city.info/docs/sistemsr/dok_ iergxo.htm.

10. О Президенте республики : Закон Литовской Республики от 26.01.1993 г. № I-56. URL: http://www.president.lt.

11. Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010 р. № 1861-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 14–15, № 16–17. Ст. 133.

The article analyzes the current state of the constitutional and legal regulation of the inauguration of the newly elected President of Ukraine. It has been stated that, despite the rather active manifestation of interest of scholars in various branches of law in the institution of the president, the procedure for assuming the post of the newly elected President of Ukraine remains one of the most important and little-studied issues of the science of constitutional law, despite its obvious significance for the institution of the presidency. It is noted that the inauguration of the newly elected President of Ukraine, the essence of which is solemn swearing in, requires the determination and detailed regulation of all actions in this regard. The main problems associated with the assumption of the post of future head of our state are highlighted. One of them concerns the determination of the date and time of the solemn meeting on taking the oath to the Ukrainian people by the newly elected President of Ukraine. It is noted that according to the legislation, the solemn meeting's date and time of the Verkhovna Rada in agreement with the newly elected President of Ukraine are determined by the decision of the Verkhovna Rada, however, it is not determined how such coordination should take place. Another problem relates to the situation that may arise if it is impossible for various reasons to participate in the inauguration ceremony of the President of the Constitutional Court of Ukraine, which according to the Constitution of Ukraine should swear the oath of the newly elected President of Ukraine. In this regard, it is evidenced that the constitutional and legal regulation of the procedure for the inauguration of the newly elected President of Ukraine is not ideal and requires improvement, the needing is substantiated for the speedy settlement of relevant issues. In the context of this, attention is drawn to the peculiarities of the inauguration of the president in foreign countries, it is established that certain differences in the constitutions of other countries exist regarding the date of the inauguration. The author's position of a future solution's of vision to the problems associated with the assumption of the post of the newly elected President of Ukraine is given, taking into account domestic experience and practice prevailing in foreign countries.

Key words: President of Ukraine, inauguration, date, approval, Verkhovna Rada of Ukraine, oath, Chairman of the Constitutional Court of Ukraine.

УДК 351.72
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.41

Микола Губа,
студент юридичного факультету
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАСТОСУВАННЯ САНКЦІЙ ЗА ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У статті проведено аналіз системи юридичної відповідальності за порушення бюджетного законодавства. Відповідно до поставленої мети у роботі здійснено дослідження бюджетної системи. Проводиться аналіз та порівняння понять «бюджетні правопорушення» та «порушення бюджетного законодавства». Проводиться дослідження інституту бюджетних правопорушень та проблем його введення у правовий обіг. Враховуючи, що порушенням бюджетного законодавства визнається порушення учасником бюджетного процесу встановлених бюджетним законодавством норм щодо складання, розгляду, затвердження, внесення змін, виконання бюджету та звітування про його виконання, встановлено види відповідальності за порушення бюджетного законодавства. Поряд з аналізом порушень у даній сфері досліджено і їхні ознаки. Відповідно до норм бюджетного законодавства, передбачено заходи впливу за порушення у даній сфері. З огляду на те, що у бюджетній сфері існує доволі розгалужений перелік підстав для застосування бюджетних санкцій, проведено аналіз нецільового використання бюджетних коштів. Виокремлено, на наш погляд, один із найсуттєвіших видів порушень, який якісно впливає на стан бюджетної системи. Слід звернути увагу і на те, що за нецільове використання бюджетних коштів законодавцем передбачається застосування найбільшої кількості заходів впливу. До таких заходів можна віднести: 1) попередження про неналежне виконання бюджетного законодавства; 2) зупинення операцій з бюджетними коштами; 3) призупинення бюджетних асигнувань; 4) зменшення бюджетних асигнувань; 5) повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету. У роботі детально проілюстровано застосування перших двох заходів та надано їм правову оцінку. Встановлено, що за нецільове використання бюджетних коштів передбачається дисциплінарна, бюджетна, адміністративна і кримінальна відповідальність. Проведено аналіз застосування покарань за нормами бюджетного, адміністративного і кримінального законодавства, що дало змогу ознайомитись із правовими засадами застосування санкцій за порушення бюджетного законодавства.

Ключові слова: бюджет, бюджетна система, бюджетні кошти, нецільове використання бюджетних коштів, порушення у бюджетній сфері, бюджетні правопорушення.

Постановка проблеми. Бюджетна система є важливим складником економіки держави. Внаслідок значних порушень у сфері використання державних фінансових ресурсів є потреба у здійсненні практично безперервного нагляду контролюючими органами.

Несумлінне виконання посадових обов'язків відповідальними працівниками органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, суб'єктів господарювання державного і комунального секторів економіки ставить під загрозу можливість ефективного управління державними фінансовими ресурсами. Внаслідок цього порушення у сфері використання державних ресурсів перетворилися у фактор, який спричиняє негативне ставлення громадян до органів влади та підриває авторитет державних органів загалом [1].

Актуальність теми полягає у дослідженні застосування санкцій за порушення бюджетного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналізу окремих проблемних питань правового регулювання фінансових відносин, зокрема, у бюджетній сфері приділялася увага вітчизняних та іноземних учених, зокрема: В.Б. Авер'янова, О.Ф. Андрійко, А.І. Берлача, Л.К. Воронової, О.П. Гетманець, Е.С. Дмитренко, І.Б. Заверухи, А.Й. Іванського, А.М. Касьяненка, О.В. Кузьменко, М.П. Кучерявенка, А.О. Монаєнка, О.А. Музики-Стефанчука, Ю.С. Назара, О.П. Орлюк, В.Л. Ортинського, О.І. Остапенка, П.С. Пацурківського, І.М. Проця, Ю. О. Ровинського, Л.А. Савченко, І.А. Сікорської, О.А. Соколова, А.І. Суббота, С.С. Теленика, В.Д. Чернадчука, Н.Я. Якимчук та ін.

Праці цих учених є вагомим внеском у розвиток теоретичних положень про

© М. Губ, 2019

відповідальність за вчинення порушень бюджетного законодавства [2, с. 6]. Однак особливості застосування юридичної відповідальності за бюджетні правопорушення потребують подальшого дослідження.

Метою статті є аналіз системи юридичної відповідальності за порушення бюджетного законодавства.

Виклад основного матеріалу. Бюджетна система складається з державних та місцевих бюджетів та функціонує, враховуючи економічні відносини державного й адміністративно-територіальних устроїв, регулюється правовими нормами [3, ст. 2]. Саме так визначається бюджетна система Бюджетним кодексом України. Децентралізація органів влади призвела до появи нових прав та обов'язків державного контролю за бюджетами та надала можливість суб'єктам владних повноважень звертати державні кошти на власні потреби.

Натепер у законодавстві відсутнє поняття «бюджетні правопорушення», проте існування Глави 18 Бюджетного кодексу України (далі – БКУ), яка містить відповідальність та заходи впливу за вчинені порушення бюджетного законодавства, фактично передбачає норми правового регулювання, що стосуються вчинення «бюджетних правопорушень».

Уведенню у правовий обіг категорії «бюджетне правопорушення» перешкоджало декілька чинників: по-перше, у теорії права сьогодні визнане наявність обмеженого кола видів юридичної відповідальності, підставою кожного з яких є відповідний галузевий вид правопорушення (ані бюджетна відповідальність, ані бюджетне правопорушення теорії права невідомі [4, с. 205]; не згадує про бюджетну відповідальність також і законодавець у п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, де, нагадаємо, перераховуються види юридичної відповідальності); по-друге, для визнання дії або бездіяльності правопорушенням необхідно, щоб вона мала чотири ознаки, якими характеризується правопорушення, а саме: протиправність, винність, суспільна небезпечність, караність [4, с. 201-202]. Якщо проводити аналіз крізь призму БКУ, то у визначених у ньому видах порушень бюджетного законодавства можна знайти перші три ознаки. Проте цього не можна сказати про предмет караності, оскільки БКУ не встановлює покарань за порушення бюджетного законодавства [5, с. 26].

Статтею 116 БКУ визначено, що порушенням бюджетного законодавства визнається порушення учасником бюджетного процесу встановлених бюджетним законодавством норм щодо складання, розгляду, затвердження, внесення змін, виконання бюджету та звітування про його виконання [3, с. 16].

Посадові особи, з вини яких допущено порушення бюджетного законодавства, несуть цивільну, дисциплінарну, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до закону (ст. 121 БКУ).

Аналіз наукової літератури показує, що найбільш поширеним є розуміння бюджетної відповідальності як різновиду фінансово-правової відповідальності в силу наявності специфічних ознак, що дозволяють говорити про її самостійний характер стосовно інших видів фінансово-правової відповідальності [6, с. 450]. Її правове забезпечення, суб'єктний та об'єктний склад, принципи застосування вирізняють її серед інших видів фінансово-правової відповідальності. Саме власні ознаки бюджетної відповідальності дозволяють говорити про її відносну автономність у межах останньої.

До таких ознак (особливостей) належить те, що:

а) бюджетна відповідальність має власне бюджетне законодавство, яке підпорядковане принципам бюджетного права;

б) підставою бюджетної відповідальності є порушення бюджетного законодавства;

в) бюджетна відповідальність тягне за собою для правопорушника певні негативні наслідки майнового й організаційного характеру, що зумовлено специфікою бюджетно-правових санкцій;

г) суб'єктами бюджетної відповідальності є учасники бюджетного процесу;

д) бюджетна відповідальність реалізується у специфічній процесуальній формі, чим відрізняється від інших видів фінансової відповідальності [7, с. 146].

За порушення бюджетного законодавства до учасників бюджетного процесу можуть застосовуватися такі заходи впливу (ст. 17 БКУ): 1) попередження; 2) зупинення операцій з бюджетними коштами; 3) призупинення бюджетних асигнувань; 4) зменшення бюджетних асигнувань; 5) повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету; 6) зупинення дії рішення про місцевий бюджет; 7) безспірне вилучення коштів з місцевих бюджетів; 8) інші заходи впливу [3, ст. 117].

Попередження є найбільш поширеним заходом, воно застосовується в усіх випадках порушення бюджетного законодавства. Тому, якщо протягом 30 днів з отримання попередження не було усунуто порушень, застосовуються більш радикальні заходи, залежно від форм порушення. Під формами

порушення слід розуміти: складання, розгляд, затвердження, внесення змін, виконання бюджету та звітування про його виконання (ст. 116 БКУ).

Правопорушення у бюджетній сфері є доволі поширеними, їх перелік міститься у статті 116 БКУ. Одним із вагомих порушень бюджетного законодавства є нецільове використання бюджетних коштів [3, ст. 116]. Під нецільовим використанням бюджетних коштів розуміється їх витрачання на цілі, що не відповідають бюджетним призначенням, встановленим законом про Державний бюджет України (рішенням про місцевий бюджет); напрямам використання бюджетних коштів, визначеним у паспорті бюджетної програми або в порядку використання бюджетних коштів (включаючи порядок та умови надання субвенцій); бюджетним асигнуванням (розпису бюджету, кошторису, плану використання бюджетних коштів) [3, ст. 119].

У разі виявлення нецільового використання бюджетних коштів спочатку виноситься попередження, якщо після цього не було усунуто проблему, наступним кроком буде застосування більш тяжких заходів.

Рішення про зупинення операцій з бюджетними коштами за нецільове використання бюджетних коштів може бути прийнято як після застосування попередження (у разі не усунення порушень бюджетного законодавства у встановлений строк), так і одночасно із застосуванням попередження. Але, приймаючи таке рішення, слід враховувати, чи може суб'єкт правопорушення усунути порушення бюджетного законодавства.

Механізм застосування процедури зупинення операцій з бюджетними коштами до розпорядників або одержувачів бюджетних коштів, яким доведено відповідні бюджетні асигнування за вчинення ними бюджетних правопорушень [2, с. 72], визначений Порядком зупинення операцій з бюджетними коштами, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України № 21 від 19 січня 2011 року [8]. Такий захід впливу може застосовуватися паралельно з іншим заходами – зменшенням бюджетних асигнувань, призупиненням таких асигнувань, у даному випадку нецільового використання бюджетних коштів. Якщо виявлено відповідне бюджетне правопорушення, складається протокол про порушення бюджетного законодавства. Якщо факт порушення вимог бюджетного законодавства зафіксовано в акті ревізії контролюючого органу, то протокол не складається. Тобто посадові особи органів Держаудитслужби, як правило, застосовують зупинення операцій з бюджетними коштами на підставі актів ревізії, а органів Державної казначейської служби та інших правозастосовних органів – протоколу про порушення бюджетного законодавства. На підставі протоколу або акта ревізії уповноважений орган приймає протягом трьох робочих днів з дня його надходження розпорядження про зупинення операцій з бюджетними коштами за встановленою формою [8].

Під час застосування такого заходу впливу важливим є дотримання вимог щодо рахунків, за якими можливе зупинення операцій з бюджетними коштами. Порядок зупинення операцій з бюджетними коштами передбачає, що у разі прийняття уповноваженим органом розпорядження про зупинення операцій, зупиненню підлягають операції з бюджетними коштами на рахунках розпорядників або одержувачів за бюджетною програмою, за якою виявлено порушення вимог бюджетного законодавства. Якщо зазначене порушення виявлено за бюджетною програмою, яка відсутня у поточному бюджетному періоді, то уповноважений орган зазначає в розпорядженні про зупинення операцій бюджетну програму, згідно з якою передбачено утримання розпорядника. При цьому зупиненню підлягають будь-які операції, за винятком: – сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) і єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування; – виконання рішень органів, яким відповідно до закону надано право стягнення коштів; – здійснення захищених видатків [2, с. 73-74].

Можуть застосовуватись і такі заходи впливу, як: зупинення операцій з бюджетними коштами, призупинення бюджетних асигнувань; зменшення бюджетних асигнувань; повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету.

Відповідно до ч. 5 ст. 164-12 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КупАП) за нецільове використання бюджетних коштів передбачається накладення штрафу на посадових осіб від сімдесяти до вісімдесяти п'яти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Якщо такі дії було вчинено особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення, це тягне за собою накладення штрафу на посадових осіб від вісімдесяти п'яти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [9, ст. 164-12].

Норми кримінального законодавства також виступають регулятором бюджетних відносин. У разі нецільового використання бюджетних коштів законодавець застосовує статтю 210 Кримінального кодексу України (далі – ККУ) [10, Ст. 210].

Нецільове використання бюджетних коштів службовою особою, а так само здійснення видатків бюджету чи надання кредитів з бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням всупереч Бюджетному кодексу України чи закону про Державний бюджет України на відповідний рік, якщо предметом таких дій були бюджетні кошти у великих розмірах, – караються штрафом від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до трьох років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Ті самі діяння, предметом яких були бюджетні кошти в особливо великих розмірах або які вчинені повторно чи за попередньою змовою групою осіб, – караються обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до шести років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

До бюджетних коштів належать кошти, що включаються до державного бюджету і місцевих бюджетів незалежно від джерела їх формування. Великим розміром бюджетних коштів вважається сума, що в тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Особливо великим розміром бюджетних коштів вважається сума, що в три тисячі і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян.

Суспільна небезпека нецільового використання бюджетних коштів полягає у порушенні планів використання фінансових ресурсів, що призводить до розбалансованості системи державних фінансів та економіки.

За конструкцією об'єктивної сторони склад злочину формальний та вважається закінченим після вчинення будь-якої з незаконних дій чи бездіяльності з предметом злочину. Тобто закінченням злочинного використання бюджетних коштів необхідно вважати той час, коли відбудеться рух коштів, що підпадають під ознаки предмета злочину, з бюджетного рахунку на поточний рахунок відповідного підприємства. Про це свідчить відмітка штампу казначея «Оплачено» та рух коштів на рахунках. Особа, надавши платіжне доручення до казначейства, розраховує на безперешкодне перерахування коштів отримувачеві, зазначеному в цьому документі. Якщо цей факт не відбувся з причин, які від неї не залежали, йдеться про закінчений замах на злочин, відповідальність за який передбачена ст. 210 КК України. У цьому випадку дії особи слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 15 та ст. 210 КК України [11].

Висновки

У бюджетному регулюванні суб'єктами контролюючих органів реалізуються дві основні функції. Перша функція пов'язана з економічними заходами, які надають діяльності підконтрольного суб'єкта необхідної організації, а друга функція пов'язана з правовими заходами, що використовуються для недопущення та подолання правопорушень у бюджетному процесі [12, с. 208].

Бюджетне законодавство тісно контактує з адміністративним, цивільним та кримінальним правом, що підтверджується відповідними нормами у кожній із цих галузей. Водночас приписи бюджетного законодавства, у тому числі Бюджетного кодексу, мають свою специфіку, що зумовлено розглядом більш звуженого кола питань порівняно з іншими галузями права. Необхідність детального розгляду питань, пов'язаних з державним бюджетом, очевидна, адже порушення наявних планів використання фінансових ресурсів може призвести до розбалансованості економіки країни.

Список використаних джерел:

1. Про стан фінансово-бюджетної дисципліни, заходи щодо посилення боротьби з корупцією та контролю за використанням державного майна і фінансових ресурсів : Постанова Кабінету Міністрів України від 29.11.2006 р. № 1673-2006-п (у ред. від 03.04.2019 р.). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1673-2006-п (дата звернення: 12.11.2019).

2. Назар Ю.С., Проць І.М. Адміністративна та фінансово-правова відповідальність за порушення бюджетного законодавства : монографія. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. 172 с.

3. Бюджетний кодекс України від 08.07.2010 р. № 2456-VI (у ред. від 09.11.2019 р.). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17 (дата звернення: 12.11.2019).

4. Колодій А.М., Копейчиков В.В., Лисенков С.Л. Загальна теорія держави і права : навчальний посібник / за ред. В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2000. 320 с.

5. Гетьманець О.П. Сутність і значення фінансово-правової відповідальності в бюджетному процесі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Вип. 30. Том 2. Ужгород, 2015. С. 24-27.

6. Дічкова О.В. Відповідальність за бюджетні правопорушення, допущені на першій стадії бюджетного процесу. *Держава і право*. 2011. Вип. 51. С. 447–452.

7. Деревянко Б., Острий Д. Особливості бюджетної відповідальності як різновиду фінан-

сово-правової відповідальності. *Підприємство, господарство і право*. 2006. Вип. 6. С. 145–149.

8. Порядок зупинення операцій з бюджетними коштами : затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 19 січня 2011 р. № 21 (у ред. від 29.12.2018). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/21-2011-п (дата звернення: 12.11.2019).

9. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-1- X (у ред. від 20.11.2019 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/80731-10 (дата звернення: 22.11.2019).

10. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III (у ред. від 18.10.2019 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 22.11.2019).

11. Узагальнення судової практики щодо проведення аналізу та вивчення окремих проблемних питань правозастосування норм закону про кримінальну відповідальність щодо злочинів у сфері господарської діяльності. Сайт Закон-Бізнес. URL: https://zib.com.ua/ua/print/74526uzagalnennya_sudovoi_praktiki_schodo_provedennya_analizu_ta_.html (дата звернення: 18.11.2019).

12. Гетманець О.П. До питання відповідальності за порушення бюджетного законодавства. *Форум права*. 2011. № 1. С. 206–210 URL : http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11goppbz.pdf.

The article analyzes the system of occurrence of legal responsibility for violation of budget legislation. In accordance with this goal, the study of the budget system. The analysis and comparison of the concepts of "budget offenses" and "violations of budget legislation". The study of the institute of "budgetary offenses" and the problems of its introduction into legal circulation. Taking into account that a violation of the budget legislation recognizes a violation of the rules of the budget process established by the budget legislation on drafting, reviewing, approving, amending, implementing the budget and reporting on its implementation, the types of responsibility for violation of budget legislation are established. Analyzing the violations in this area, their signs were investigated. In accordance with the rules of the budget legislation, measures are foreseen for violations in this area. Given that in the budgetary sphere there is a rather extensive list of reasons for the application of budgetary sanctions, the analysis of misuse of budgetary funds was conducted. In our opinion, one of the most significant types of violations, which qualitatively influences the state of the budgetary system, is selected. It should also be noted that in the case of misuse of budget funds, the legislator envisages the use of the greatest number of measures of influence. These measures include: 1) warning of improper implementation of budget legislation; 2) suspension of operations with budgetary funds; 3) suspension of budget allocations; 4) reduction of budget allocations; 5) return of budget funds to the respective budget. The paper illustrates in detail the application of the first two measures and gives them a legal assessment. It has been established that disciplinary, budgetary, administrative and criminal liability are provided for misuse of budgetary resources. An analysis of the application of penalties in accordance with the rules of budgetary, administrative and criminal legislation was made, which made it possible to get acquainted with the legal principles of the application of sanctions for violations of budgetary legislation.

Key words: budget, budget system, budgetary funds, misuse of budgetary funds, violations in the budgetary sphere, budgetary offenses.

УДК 336.227:341
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.42

Анастасія Косенкова,
аспірант кафедри фінансового права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «БЕНЕФІЦІАРНИЙ ВЛАСНИК» У РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ СПРАВЕДЛИВОСТІ

Стаття присвячена аналізу рішень Європейського суду справедливості, прийнятим у лютому 2019 року, щодо отримання роз'яснень щодо звільнення від утримання податку у джерела виплати дивідендів відповідно до Директиви Європейського Союзу про загальну систему оподаткування, що застосовується до материнських та дочірніх компаній різних держав-членів, з поправками, внесеними Директивою 2003/123/ЄС від 22 грудня 2003 р. (Директива 90/435/ЄС від 23 липня 1990 року), а також надання визначення бенефіціарного права власності на виплату відсотків відповідно до Директиви ЄС про єдину систему оподаткування відсотків і роялті між асоційованими компаніями різних держав-членів ЄС 003/49/ЄС від 03 червня 2003 року. У статті автор розкриває значення Європейського суду справедливості як органічного елемента інституційної системи Європейського Союзу (ЄС), головним завданням якого є забезпечення дотримання права у тлумаченні та застосуванні права ЄС. Автор розпочинає свій аналіз рішень з тлумачення та застосування принципу добросовісного виконання та протидії зловживанню актами ЄС, а також протидії шахрайству, відповідно до позиції Європейського суду справедливості, висловленої у рішеннях. Автор аналізує позицію Європейського суду справедливості про те, що податкові органи держав-членів ЄС, а також інші державні органи можуть трактувати принцип протидії недобросовісного виконання або зловживання податковими угодами або законодавства ЄС, покладаючись на загальний принцип, закріплений у праві ЄС. Водночас автор розглядає позицію Суду щодо можливості розширення інтерпретації цього принципу в національному законодавстві держав-членів ЄС. Крім цього, автор акцентує увагу на характеристиці механізму реалізації норм Директив, зазначених вище, щодо концепцій «бенефіціарного власника» та «бенефіціарного права власності». Автором сфокусовано увагу на позиціях Європейського суду справедливості щодо тлумачення концепцій, необхідності їх імплементації на рівні національного законодавства, а також основних ознаках, які відрізняють бенефіціарного власника від інших отримувачів доходу.

Ключові слова: Європейський Союз, Європейський суд справедливості, бенефіціарний власник, оподаткування, економічний інтерес.

Постановка проблеми. Незважаючи на досить довгий проміжок часу існування концепцій «бенефіціарного власника» та «бенефіціарного права власності» у положеннях національних законодавств, а також на міжнародному рівні в угодах про уникнення подвійного оподаткування і податкових конвенціях, директивах та інших актах, ці концепції не мають єдиного розуміння навіть на міжнародному рівні. Крім цього, натепер є досить багато наукових праць з цієї тематики. Однак, незважаючи на все це, а також на велику кількість судових рішень різних юрисдикцій, законодавчих ініціатив та обговорень, не можна вважати, що концепції є досить дослідженими і що є уніфікований підхід до їх інтерпретації та застосування.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблематиці визначення юрисдикції ЄСС присвячували свої наукові праці Д. Вает, Т. Хартлі, Д. Лейсок, Н. Нюваль, О. Андрійчук, Л. Ентін, І. Грицяк, О. Москаленко, Р. Петров, П. Крейг, М. Микієвич та інші. Своєю чергою визначення концепції бенефіціарного власника доходу, у тому числі у судових рішеннях національної та міжнародної юрисдикцій, ми можемо знайти у наукових працях Ш. дю Шота, К. Фогеля, Л. де Бро, В. Гідіріма, О. Крижанівської, П. Селезня тощо.

Мета статті. Основною метою статті є виокремлення позиції Європейського суду справедливості щодо розуміння концепції «бенефіціарного власника» та «бенефіціарного права власності» на дохід, отриманий у вигляді процентів або роялті.

Виклад основного матеріалу. Європейський Союз (ЄС) являє собою унікальне міжнародне утворення, яке об'єднало під

© А. Косенкова, 2019

собою 28 держав-членів. ЄС створив власну правову систему, яка є частиною правових систем держав – членів Союзу.

Вагомий внесок до створення та розвитку ЄС вніс Суд Європейського Союзу.

Відповідно до Конституції України кожна людина має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна [3, ст. 55]. Україна ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (1950 року) (далі – Конвенція) у 1997 році. Це означає, що на відносини у сфері міжнародних стандартів судового захисту політичних, соціальних та економічних прав і свобод людини, передбачених цією Конвенцією, поширюється юрисдикція Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ). [4] Європейський Союз (далі – ЄС) не є стороною цієї Конвенції, а тому Європейський суд справедливості (далі – ЄСС) не може застосовувати Конвенцію як частину законодавства ЄС. Однак ЄСС застосовує загальні принципи законодавства ЄС, які є обов'язковими для всіх країн-учасниць. А Конвенція є частиною цих загальних принципів [5].

ЄСС є первинним органом ЄС, що був створений відповідно до ст. 164–188 Римського договору (1957 року). Основним завданням Суду стало забезпечення відповідності закону розумінню та застосування Римського договору. Історично ЄСС має найвищу компетенцію в праві ЄС. З часом ЄСС став перевантажений великою кількістю справ, таким чином, був запроваджений інший суд, який перейняв частину повноважень ЄСС. Так, у 1989 році було засновано Суд першої інстанції ЄСС, якому було передано певну кількість справ і рішення якого мало рекомендаційний характер для ЄСС. Це створювало можливість для ЄСС приділяти більшу увагу розвитку права ЄС [5].

Громадяни країн, які ратифікували Конвенцію, мають право звернення до ЄСС так само, як і до ЄСПЛ, якщо вони використали всі національні свободи захисту своїх прав (у випадку з Україною – пройшли всі інстанції судового захисту в Україні) чи положень законодавства ЄС.

Римським договором, яким було створено ЄСС, встановлено основні види актів ЄСС, а саме: рішення, висновки та апеляції та акти Суду першої інстанції [5].

При цьому ЄСПЛ вирішує питання по суті через скаргу особи до суду, яка вичерпала всі національні способи захисту у своїх країнах. ЄСПЛ у цьому випадку вирішує, чи порушила держава свої зобов'язання відповідно до Конвенції. Таким чином, ЄСПЛ є способом захисту прав людини у межах ЄС.

На противагу, протягом останнього часу ЄСС вирішував питання, які стосувались захисту прав людини, а саме:

– чинності актів ЄС (суд має повноваження анулювати такі акти, якщо, на думку суддів, вони порушують основні права людини, викладені у Конвенції);

– роз'яснення положень європейського законодавства (так, за застосування нормативних положень права ЄС відповідають національні суди країн-учасниць, але коли при цьому виникають питання правильності застосування, суди мають право звернутися до ЄСС);

– вирішення спорів між країнами – учасницями Конвенції або між ними та органами ЄС (включаючи контроль за виконанням сторонами своїх зобов'язань відповідно до Конвенції);

– осіб, яким було завдано шкоду нормативними документами ЄС, та які можуть вимагати відшкодування шкоди перед ЄСС [5; 6].

У лютому 2019 року ЄСС опублікував рішення в об'єднаних справах C-115/16, C-118/16, C-119/16 та C-299/16, які стосувалися надання визначення бенефіціарного права власності на виплату відсотків відповідно до Директиви ЄС «Про єдину систему оподаткування процентів і роялті між асоційованими компаніями різних країн-членів» (далі – Директива про проценти та роялті) ("EUIRD") [1] та звільнення від утримання податку у джерела виплати щодо дивідендів, що підпадає під дію Директиви «Щодо загальної системи оподаткування, яка застосовується до материнських компаній та дочірніх підприємств різних держав-членів» (далі – Директива про материнські та дочірні компанії» ("EUPSD") [2].

Кожен випадок передбачав виплату процентів або дивідендів данськими компаніями іншим компаніям групи, створеним у різних країнах ЄС. Акціонери групи володіли або широко розповсюдженими фондами приватного капіталу, створеними як товариства, або американськими компаніями так, що власники компаній групи не перебували у державі-члені ЄС.

ЄСС постановив, що податкові органи держав-членів ЄС мають відмовити у наданні податкової пільги, що передбачена директивами, у випадках, коли платники податків використовують ці директиви для зловживання положеннями цих актів або

з метою шахрайства. Крім цього, Суд наголосив, що одним з основних завдань національних судів під час вирішення схожих спорів є визначення, чи є метою комерційних відносин, які виникають між компаніями групи, зловживання положеннями локального податкового законодавства чи права ЄС або шахрайство [7].

З наведеного рішення можна виділити декілька основних питань, які адресує ЄСС, а саме:

– розширення застосування загального принципу протидії зловживанням, закріпленого у праві ЄС, на сферу податкового права;

– використання актів ОЕСР для визначення концепції права бенефіціарної власності та її зв'язку із загальним принципом протидії зловживанням під час розгляду справи;

– порядок оподаткування, встановлений Директивою про проценти і роялті.

Суд встановив, що податкові органи держав-членів ЄС, а також інші державні органи можуть трактувати принцип протидії недобросовісного виконання або зловживання податковими угодами або законодавства ЄС, покладаючись на загальний принцип, закріплений у актах ЄС (п. 95–120 справи С-115/16 та п. 68–92 справи С-116/16) [7].

Отже, якщо законодавчий орган держави-члена ЄС вирішить не імплементувати принцип недопущення зловживання положеннями законодавства ЄС до локального законодавства, чи можуть у такому разі суди, вирішуючи справу, посилатися на загальні норми законодавства ЄС під час вирішення справ? На думку Суду, це є частиною об'єктивних умов, необхідних для отримання переваги за законодавством, а не зобов'язання, покладене на платників податків. Це означає, що формально платники податків не можуть покладатися на пряму дію податкових директив про протидію зловживань навіть за відсутності внутрішнього регулювання.

Крім того, Суд наголошує, що держави-члени ЄС можуть закріплювати у своєму національному законодавстві більш ліберальні правила та надавати пільги, що виходять за рамки директив ЄС, але тільки у випадках, якщо це не обмежує основні права і свободи людини чи порушує державний суверенітет.

При цьому Суд зазначив, що зловживання чи недобросовісне виконання приписів права ЄС може стати підставою для відмови у наданні податкових переваг, передбачених податковими угодами незалежно від того, що міститься у національному законодавстві положення про уникнення недобросовісного використання угод або шахрайства. Факторами, які можуть виявити таку недобросовісну поведінку, можуть слугувати такі: мета директив не досягнута внаслідок формального отримання дивідендів та у разі, якщо було створені штучні умови для отримання податкових пільг та переваг, передбачених директивами.

Щодо умов «бенефіціарного права власності» передусім необхідно зазначити, що Директива про материнські та дочірні компанії не містить положень щодо «бенефіціарного права власності», а Директива про відсотки та роялті передбачає звільнення від оподаткування дивідендів тільки у разі, коли отримувач є фактичним власником доходу. Аналізуючи матеріали справи, Суд дійшов висновку, що акти ОЕСР можуть застосовуватися для тлумачення цього терміна (п. 90 справи С-115/16). Суд наголошує, що концепція «бенефіціарного власника процентів», яка з'являється у ст. 1 Директиви про проценти і роялті, не може посилатися на положення національного законодавства, які відрізняються між собою за сферою своєї дії (п. 84) [7]. Тому концепція «бенефіціарного власника відсотків» у межах Директиви про проценти і роялті має бути інтерпретована як така, що стосується особи, яка насправді отримує дохід та економічну вигоду від виплачених процентів. Стаття 1(4) Директиви про проценти і роялті підтверджує, що посилання на економічний складник, визначаючи, що компанія, зареєстрована у державі-члені ЄС, вважається бенефіціарним власником процентів або роялті тільки, якщо вона отримує таких дохід і має право ним розпоряджатися, а не є посередницькою компанією (такою як агент, трасті, довірча особа тощо), є обґрунтованим. Використання цієї концепції значить, що термін «бенефіціарний власник» не означає формального отримувача доходу, а розуміє під собою реальну особу (фізичну або юридичну), яка отримує реальну економічну вигоду від отриманого доходу (наприклад, у вигляді процентів або роялті) та, відповідно, має право вільно розпоряджатися таким доходом. При цьому Суд застерігає, що тільки особа, зареєстрована у державі-члені ЄС, може бути звільнена від оподаткування доходу відповідно до ст. 1(1) Директиви про проценти і роялті [7].

Водночас заявники по основних справах висловили свою думку, що, якщо концепція «бенефіціарного власника доходу від процентів або роялті» у межах розуміння стаття 1(1) Директиви про проценти і роялті була інтерпретована у світлі Модельної Податкової

Конвенції (МПК) Організації економічного та соціального розвитку (ОЕСР) та коментарів до неї, ця позиція не має бути застосована через те, що у цьому разі буде відсутня будь-яка демократична легітимність (оскільки акти ОЕСР не є частиною законодавства ЄС). Водночас цей аргумент не можна підтримати, оскільки таке тлумачення, навіть якщо воно базується на актах ОЕСР, має за основу саму Директиву та в своїй законодавчій історії регламентує демократичний процес ЄС.

З МПК ОЕСР та коментарів до неї є досить зрозумілим, що концепція «бенефіціарного власника» виключає кондуїтні компанії та має розумітися не у вузькому технічному сенсі, але мати значення, яке б дало змогу уникнути подвійного оподаткування, а також унеможливило ухилення від оподаткування.

Крім цього, необхідно наголосити, що лише факт, що компанія, яка отримує проценти у державі-члені ЄС, не є «бенефіціарним власником» не обов'язково означає, що звільнення від оподаткування відповідно до статті 1(1) Директиви про проценти та роялті не є застосовним. Зрозуміло, що дохід у формі процентів може бути звільнений від оподаткування у країні – джерелі виплати, коли компанія, яка отримує такий дохід, передає його бенефіціарному власнику, який знаходиться у ЄС, та відповідає всім умовам, що містяться у Директиві про проценти та роялті для застосування такої податкової переваги.

Суд також визнає, що на податкових органах не лежить обов'язок щодо виявлення бенефіціарного власника доходу, у своїй позиції вони мають довести, що особа (фізична або юридична) не є бенефіціарним власником отриманого доходу (п. 138 справи 115/16; пункт 111 справи C-116/16) [7].

Висновки

Юрисдикція Європейського суду справедливості має фундаментальне значення і є своєрідним інструментом гармонізації повноважень інститутів та органів ЄС. Але юрисдикція Суду визначає не лише межі, тобто сферу застосування його повноважень, але й безпосередньо забезпечує реалізацію фундаментальних принципів правової системи ЄС. Рішення у справах, прийняте у лютому 2019 року, є знаковим з точки зору європейської правозастосовної практики, адже майже вперше судові органи Європейського Союзу дали визначення поняттю «бенефіціарний власник» доходу у формі процентів та роялті. Так, у рішенні Суд розглядає можливість прямого застосування принципу протидії неправомірному використанню положень актів ЄС та протидію шахрайства як загального принципу законодавства ЄС за відсутності аналогічного принципу у національному законодавстві держав-членів ЄС. Суд дає визначення поняттю «бенефіціарний власник доходу», використовуючи при цьому положення Модельної податкової конвенції ОЕСР. Термін визначається як «особа, яка отримує економічну вигоду від отриманого доходу та має право вільно розпоряджатися таким доходом». Таким чином, тлумачення терміна «бенефіціарний власник» у рішеннях судів ЄС є важливим етапом у розвитку концепції, що підлягає подальшому вивченню та практичному застосуванню.

Список використаних джерел:

1. Директива Європейського Союзу про загальну систему оподаткування, що застосовується до материнських та дочірніх компаній різних держав-членів, з поправками, внесеними Директивою 2003/123/ЄС від 22 грудня 2003 р (Директива 90/435/ЄС від 23 липня 1990 року). URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0049 (дата звернення: 03.12.2019).

2. Директива Європейського Союзу про єдину систему оподаткування відсотків і роялті між асоційованими компаніями різних держав-членів ЄС від С 003/49/ЄС від 03 червня 2003 року. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003L0049 (дата звернення: 03.12.2019).

3. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України* (*ВВР*), 1996, № 30, ст. 141.

4. Гуйван П. Справедливість судового захисту українців у Європейському суді з прав людини. *Підприємництво, Господарство і Право,* 5/2019, м. Київ. URL: https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.5.02 (дата звернення: 03.12.2019).

5. Глушицький Д.М. Компетенція Європейського суду справедливості та Європейського суду з прав людини щодо захисту прав людини. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/8632/Glyshytsky_Kompetenciya_Yevropejskogo_Sudu.pdf (дата звернення: 03.12.2019).

6. The European Communities and the European Court of Human Rights. Report of the panel discussion convened July 22,1993. URL: https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p (дата звернення: 03.12.2019).

7. Рішення Європейського суду справедливості від 26 лютого 2019 року. URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211053&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1460614 (дата звернення: 03.12.2019).

The article focuses on the analysis of the European Court of Justice's rulings in February 2019 to clarify, among others, the concept of "beneficial owner" in accordance with the European Union Directives on the common system of taxation applicable to parent companies and subsidiaries of different countries, as amended by Directive 2003/123 / EC of 22 December 2003 (Directive 90/435 / EC of 23 July 1990) and of EU Directive 003/49 / EC of 3 June 2003 on a single system of taxation of interests and royalties between associated companies of different Member States. In the article, the author reveals the importance of the European Court of Justice, as an organic element of the institutional system of the European Union (EU), whose main task is to ensure compliance with the law when interpreting and applying EU law. The author begins his analysis of decisions from the interpretation of the principle of good faith enforcement and counteraction to the abuse of EU acts, as well as counteracting fraud, in accordance with the position of the European Court of Justice expressed in the decisions. The author analyses the position of the European Court of Justice that the tax authorities of EU Member States, as well as other public authorities, can interpret the principle of counteracting fraud or misuse of tax treaties or EU legislation, based on the general principle established in EU law. At the same time, the author considers the Court's position on the possibility of broadening the interpretation of this principle in the national legislation of the EU Member States. In addition, the author emphasizes on the characteristics of the mechanism of implementation of the rules of the Directives mentioned above regarding the concepts of "beneficial owner" and ""beneficial ownership". The author focuses on the views of the European Court of Justice on the interpretation of concepts, the need for their implementation at the level of national law, and the main features that distinguish the beneficial owner from other recipients of income.

Key words: European Union, European Court of Justice, beneficial owner, taxation, economic interest.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.43

Юлія Романюк,
студентка V курсу Навчально-наукового інституту права Університету державної фіскальної служби України

ФІНАНСОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЯК КАТЕГОРІЯ ФІНАНСОВОГО ПРАВА

У статті аналізується поняття фінансової відповідальності, встановлюється сутність фінансової відповідальності як інституту фінансового права, проводиться співвідношення фінансової відповідальності з іншими видами юридичної відповідальності, зокрема з адміністративною.

Також висвітлюється питання концепції ототожнення фінансової відповідальності з державним примусом, адже науковцями встановлено, що не всі примусові заходи можна віднести до заходів фінансово-правової відповідальності.

Розглянуто концепцію державно-правового примусу в порівнянні з фінансовою відповідальністю як категорією фінансового права та встановлено, що дане поняття є значно ширшим явищем, адже, окрім заходів юридичної відповідальності, які виконує державний примус, у фінансовій відповідальності ще містяться заходи попередження, припинення та відновлення.

Також аналізуються позитивні та негативні сторони й основні засади фінансової відповідальності як категорії фінансового права.

Висвітлюється низка позицій науковців, які підтримують виокремлення фінансової відповідальності в самостійний вид юридичної відповідальності, та низка думок вчених, які не бачать сенсу в такому виокремленні, аргументуючи це тим, що фінансова відповідальність є тим самим, що і адміністративна.

Запропоновано певні напрями вдосконалення законодавства, які полягають у покращенні висвітлених норм в Податковому кодексі, адже там визначена низка правопорушень у фінансовій сфері, відповідальність за які чітко не висвітлена даним нормативним актом, також там містяться відсилочні норми зі встановлення міри відповідальності за певні правопорушення.

У статті також висвітлено основоположні ідеї, які позиціонують розгляд фінансової відповідальності як виду юридичної відповідальності. Висвітлено питання фінансової відповідальності як дуже важливого явища для суспільства.

Зазначається також і те, що вперше чітке та аргументоване визначення фінансової відповідальності було висвітлене в Податковому кодексі України, а згодом було розширене та доповнене поглядами низки науковців.

Ключові слова: фінансова відповідальність, юридична відповідальність, фінансове право, фінансово-правові санкції, правопорушення, підстава відповідальності, державний примус.

Постановка проблеми. Нині актуальним є встановлення та доведення позиції, що фінансова відповідальність є дуже важливою у суспільстві, адже низка правопорушень у фінансовій сфері повинна містити в собі чітко регламентовані санкції за вчинене те чи інше правопорушення.

Мета статті полягає в обґрунтуванні теоретичних засад фінансової відповідальності як категорії фінансового права, в дослідженні фінансової відповідальності та у висвітленні низки наукових позицій, які прирівнюють фінансову відповідальність до державного примусу.

Питання фінансово-правової відповідальності є одним із найбільш дискусійних у правовій науці України. Суперечності викликає як сам факт існування такого виду відповідальності, так і питання, що стосуються природи фінансово-правових санкцій, порядку їх застосування, визначення ознак та складу фінансового правопорушення.

З огляду на зазначене аналіз проблем становлення та розвитку фінансово-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності є одним із пріоритетних напрямів науки, необхідних для підвищення ролі фінансового права як галузі права на даному етапі.

Дослідженням питання фінансової відповідальності як категорії фінансового права займалися такі вчені: О.А. Мусаткіна, А.В. Бризгалін, В.Р. Берник, І.І. Веремеєнко, Г.С. Гуревич, М.В. Карасьова.

Виклад основного матеріалу. Важливим складником демократичної, соціальної

© Ю. Романюк, 2019

та правової держави є її ефективна правова система. У сфері державних фінансів правотворча діяльність повинна ґрунтуватися на конституційних принципах верховенства права, соціальної орієнтації ринкових відносин, ефективного правового регулювання, оскільки саме сфера публічних фінансів є тим базисом, на якому надбудовуються всі складники економічної безпеки держави.

Саме тому держава, в якій забезпечується дисципліна, законність та правопорядок, обов'язково повинна передбачати встановлення відповідальності за всі види правопорушень.

Переважно в нашій країні увага зосереджується на таких видах відповідальності, як кримінальна, адміністративна, цивільна, в той час як фінансова відповідальність залишається поза увагою, хоча при тому фінансово-правові норми вимагають не меншого захисту, аніж норми інших галузей права [1].

Фінансово-правова відповідальність – це державний осуд, що має прояв з погляду суб'єктивного права як нормативний, формально визначений у фінансовому праві, гарантований і забезпечений фінансово-правовим примусом юридичний обов'язок зазнавати правопорушником заходів державного примусу у вигляді фінансових санкцій (штраф, пеня) за вчинене ним правопорушення у сфері фінансової діяльності [1].

Особливо гостро стоїть питання відмежування фінансово-правової відповідальності від інших видів юридичної відповідальності, зокрема адміністративної, оскільки в чинному законодавстві містяться суперечливі і дублюючі одна одну норми, які породжують труднощі у правозастосовній практиці.

Ситуація ускладнюється і тим, що й загальна теорія юридичної відповідальності залишається суперечливою і потребує подальших досліджень. Зокрема, не існує єдності у тлумаченні таких понять, як «юридична відповідальність», «правопорушення», «санкція», не визначене співвідношення правових санкцій та юридичної відповідальності [2, с. 8].

Варто зазначити, що фінансова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, а юридична – різновидом соціальної відповідальності.

Відразу варто зауважити, що у сучасній юридичній науці є два підходи до визначення природи фінансово-правової відповідальності.

Одні вчені дотримуються погляду, що фінансово-правова відповідальність – це не особливий вид юридичної відповідальності, а різновид адміністративної (А.П. Альохін, Є.С. Бєлінський, Л.Ю. Кроліс) [3].

Інші вчені, навпаки, є прихильниками виділення фінансово-правової відповідальності в самостійний вид юридичної відповідальності, хоча і відзначають деяку її схожість з адміністративною відповідальністю (А.В. Бризгалін, В.Р. Берник, І.І. Веремеєнко, Г.С. Гуревич, М.В. Карасьова) [3].

Доволі переконливі аргументи в частині розмежування адміністративної та фінансово-правової відповідальності наводить А.Й. Іванський. Зокрема, він зауважує, що фінансово-правова відповідальність настає тільки за порушення фінансових норм, які встановлюють правила поведінки суб'єктів фінансових правовідносин, захищають фінансові інтереси держави. Крім того, суб'єктами фінансово-правової відповідальності є підприємства, установи, організації, фізичні особи, але не фізичні (посадові) особи, які є суб'єктами дисциплінарної, адміністративної і кримінальної відповідальності [4].

Слушно зазначити, що різними є механізми встановлення та обрахування фінансово-правових та адміністративних санкцій, а також різними є органи юрисдикційних повноважень щодо застосування зазначених санкцій. Процедури застосування фінансово-правових та адміністративних санкцій є також різними.

Фінансово-правові санкції застосовуються до колективного прибутку суб'єкта правопорушення, а адміністративні – до особистих доходів посадової особи. Застосування фінансово-правових санкцій тягне негативні для суб'єкта правопорушення наслідки не організаційного, а тільки грошово-майнового характеру на відміну від адміністративних санкцій, тобто не тільки покарання порушника фінансової дисципліни, але й компенсацію презумованої шкоди [1].

Беззаперечним є те, що фінансова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, тому не дивно, що на формування її поняття справила фундаментальний вплив саме загальна теорія юридичної відповідальності, а різноманітні визначення фінансово-правової відповідальності являють собою трансформацію різних концепцій та підходів до розуміння сутності юридичної відповідальності, адаптованих з урахуванням специфічних ознак фінансово-правової відповідальності як інституту фінансового права [3].

Варто зазначити, що фінансово-правова відповідальність включає всі ознаки, які характеризують її як юридичну. Саме в рамках загальної правової сутності юридичної відповідальності відображається фінансова відповідальність із характерними для неї

видовими ознаками, які зумовлені специфікою фінансового права.

Саме тому в зміст фінансової відповідальності входить позитивний аспект її реалізації. Необхідно зауважити, що позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності прямо закріплений у фінансовому законодавстві. Законодавець вживає термін «відповідальність» не тільки в негативному, але й у позитивному значенні, тобто як відповідальність за майбутні та теперішні дії [2, с. 10].

Слушно наголосити, що державний примус, закріплений у санкції фінансової норми, виступає обов'язковою ознакою позитивного аспекту реалізації фінансової відповідальності. На відміну від негативного аспекту реалізації фінансової відповідальності державний примус тут реалізується на психологічному рівні як погроза настання негативних наслідків у разі порушення вимоги диспозиції.

Позитивний аспект реалізації фінансової відповідальності покликаний відбити зв'язок диспозиції, санкції й правомірної поведінки.

Якщо суб'єкт не дотримується приписів фінансових норм, порушує їх, то виникає негативна відповідальність [4].

З моменту здійснення фінансового правопорушення фінансова відповідальність виникає у вигляді обов'язку правопорушника зазнати осуду і понести несприятливі наслідки немайнового й майнового характеру, передбачені санкцією фінансової норми. Однак один лише обов'зок не може характеризувати фінансову відповідальність у цілому.

Обов'язок виступає атрибутом (частиною) правовідносин. У визначення фінансової відповідальності необхідно включити як обов'язок фінансового правопорушника понести несприятливі правообмеження, передбачені санкцією норми фінансової відповідальності, так і реалізацію фінансової санкції, тобто безпосереднє отримання правопорушником несприятливих наслідків [3].

У такій конструкції реалізація санкції, що передбачає міру фінансової відповідальності, виступає частиною правовідносин, що виникають між правопорушником і компетентними органами. Реалізація санкції означає реалізацію негативного аспекту фінансової відповідальності, що виражається в несприятливих обмеженнях майнового або організаційного характеру [3].

Слід наголосити, що існує концепція ототожнення фінансово-правової відповідальності з державним примусом. Даний підхід не є однозначним, оскільки не всі примусові заходи можна віднести до заходів фінансово-правової відповідальності.

Категорія державно-правового примусу, беззаперечно, є значно ширшим явищем і, окрім заходів юридичної відповідальності, відповідно до основних завдань, які він покликаний виконувати, містить також заходи попередження, припинення, відновлення. Проте не можна заперечувати той факт, що державно-правовий примус є однією з ознак фінансово-правової відповідальності. Він міститься у санкції фінансово-правової норми, тому у разі наявності достатніх підстав у вигляді вчинення фінансового правопорушення відображається у негативних наслідках майнового характеру для правопорушника [1].

Так, Л.К. Воронова під відповідальністю за порушення фінансового законодавства розуміє форму реалізації державно-владного примусу, що виникає у разі вчинення порушення приписів фінансово-правових норм і полягає у застосуванні спеціально уповноваженими державними органами до правопорушників передбачених законом санкцій [5, с. 23].

Концепція О.А. Мусаткіної визначає охоронне правовідношення фінансово-правової відповідальності як імперативне, матеріальне, конкретне владовідношення, що виникає з юридичного факту фінансового правопорушення між правопорушником і державою в особі компетентних органів, в межах якого у правопорушника з'являється додатковий обов'язок зазнати осуду і несприятливих правообмежень майнового, організаційного та психологічного характеру, а в уповноважених органів – право та обов'язок покласти на правопорушника несприятливі правообмеження, які передбачені порушеною нормою [5, с. 56].

Слушно зазначити, що кожна з концепцій розкриває сутність фінансово-правової відповідальності лише в певній частині, адже всі вищезазначені підходи відображають її специфічні риси. Зокрема, реалізація фінансово-правової відповідальності здійснюється в межах специфічного охоронного правовідношення між правопорушником, на якого покладається обов'язок зазнати несприятливих наслідків майнового характеру, та державою в особі уповноважених органів, які мають притягнути правопорушника до цих несприятливих наслідків. Така реалізація характеризується можливістю застосування заходів фінансово-правового примусу, зовнішньою формою вираження яких є фінансово-правові санкції [5, с. 60].

Слушно зауважити, що головним аргументом при запереченні існування фінансової відповідальності як виду відповідальності є посилання на одну зі статей Конституції

України, в якій згадуються чотири таких види юридичної відповідальності: цивільна, адміністративна, кримінальна та дисциплінарна. Існування інших видів відповідальності, окрім передбачених Конституцією, на думку прибічників цієї позиції, неможливе [6].

Порівняно з іншими підгалузями та інститутами фінансового права відносини відповідальності за порушення податкового законодавства найбільш детально регламентовані на законодавчому рівні.

Саме тому Податковим кодексом України [7] вперше визначено фінансову відповідальність як окремий вид юридичної відповідальності та врегульовано механізм її застосування за порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на органи державної податкової служби та митні органи (контролюючі органи).

Варто зазначити, що в статтях Податкового кодексу України висвітлене питання про те, що фінансова відповідальність, як і кримінальна та адміністративна відповідальність, не обмежується лише випадками порушення законів з питань оподаткування та іншого законодавства, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи, а має більш широкий об'єкт охорони, визначення якого виходить за межі регулювання Податкового кодексу [7].

У Бюджетному кодексі України чітко не використовується термін «бюджетне правопорушення», а лише діє передбачена відповідальність за порушення бюджетного законодавства, під яким відповідно до норм Бюджетного кодексу України розуміється порушення учасником бюджетного процесу встановлених Кодексом чи іншим бюджетним законодавством норм щодо складання, розгляду, затвердження, внесення змін, виконання бюджету та звітування про його виконання [8].

Таким чином, питання фінансово-правової відповідальності у чинному законодавстві України врегульовані лише фрагментарно, що пояснюється диференціацією фінансового законодавства та відсутністю єдиного кодифікованого акта у цій сфері.

Висновки

Отже, сьогодні низка науковців досі продовжує суперечки на тему фінансової відповідальності як категорії фінансового права, адже одні підтримують позицію щодо чіткого відмежування поняття фінансової відповідальності від інших видів юридичної відповідальності, а інші ж, навпаки, стверджують, що за сукупністю негативних рис та позицій фінансова відповідальність не повинна чітко виділятися з юридичної відповідальності, адже як вид покарання за певне правопорушення у фінансовій сфері можна застосовувати аналогічні санкції з адміністративної відповідальності.

Також ведуться суперечки між науковцями щодо фінансової відповідальності і щодо відсутності чинної законодавчої бази врегулювання даного питання, адже Податковим кодексом встановлені певні санкції за правопорушення у фінансовій сфері, але немає чіткого відображення міри відповідальності за всі види правопорушення, а лише за розповсюджені. Саме тому на практиці трапляються ситуації, де за фінансові правопорушення не настає чітка міра відповідальності, а висвітлюються лише відсилочні норми, в яких передбачені загальні міри відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Трипольська М.І. Поняття фінансово-правової відповідальності. URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Vzjui/2010_3/10tminfr.pdf (дата звернення: 15.11.19).

2. Усенко Р.А. Фінансові санкції за адміністративним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 ; НАН України. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2007. 19 с.

3. Бавико О.Є. Склад та ефективність фінансової відповідальності. URL: http://radnuk.info/statti/255-finpr/14850-2011-01-19-03-57-33.html (дата звернення: 15.11.19).

4. Іванський А.Й. Фінансово-правова відповідальність в сучасній Україні: теоретичне дослідження : автореферат дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 ; Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2009. 36 с.

5. Мусаткина А.А. Правоотношение финансовой ответственности. Правоведение. 2006. № 3. 107 с.

6. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%B (дата звернення: 15.11.2019).

7. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 р. з змінами та доповненнями від 20. 10. 2019 р., підстава № 129-IX. *Відомості Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 15.11.2019).

8. Бюджетний кодекс України : Закон України від 08.07.2010 р., редакція від 25.09.2019, підстава 76-IX. *Відомості Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17 (дата звернення: 14.11.2019).

The article analyzes the concept of financial responsibility, establishes the essence of financial responsibility as an institution of financial law, correlates financial responsibility with other types of legal liability, in particular with administrative.

The concept of equating financial responsibility with state coercion is also covered, as scientists have established the fact that not all coercive measures can be attributed to measures of financial and legal liability.

The concept of state legal coercion in relation to financial liability is considered as a category of financial law and it is established that this concept is much wider phenomenon, since besides the measures of legal liability which enforce state coercion in financial responsibility there are also measures of prevention, termination and restoration.

It also analyzes the positives and negatives, as well as the basic principles of financial responsibility, as categories of financial law.

A number of positions of scholars who support the separation of financial responsibility into an independent form of legal responsibility and a number of opinions that do not see the point in such separation are highlighted, arguing that financial responsibility is much the same as administrative.

Certain areas of improvement of the legislation are proposed, which are to improve the illuminated norms in the Tax Code, because there are a number of offenses in the financial sphere which are not explicitly covered by this normative act, but contain reference norms for establishing the liability measure.

The article also highlights the fundamental ideas that place consideration of financial responsibility as a type of legal liability. The issue of financial responsibility is highlighted as a very important phenomenon for society.

It is also noted that, for the first time, a clear and reasoned definition of financial responsibility was outlined in the Tax Code of Ukraine, and subsequently expanded and supplemented by the views of a number of scholars.

Key words: financial responsibility, legal responsibility, financial law, financial and legal sanctions, offenses, grounds of liability, state coercion.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.44

Володимир Сосенко,
аспірант кафедри господарського та адміністративного права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З УПРАВЛІННЯ РИЗИКАМИ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ КОШТІВ

У статті проаналізовано сутність понять «ризик», «управління ризиком з позиції права», а також поняття «управління ризиками легалізації коштів та відносин, що з ними пов'язані» як предмету правового регулювання. Розкривається суть правового регулювання у сфері управління ризиками легалізації коштів (відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення) суб'єктами первинного фінансового моніторингу.

Досліджено правовідносини з управління ризиками легалізації, встановлено коло їх учасників та класифіковано норми, що їх регулюють, визначено роль права в управлінні ризиками легалізації, проведено аналіз правових норм та відносин, що піддаються регулюванню ними у сфері протидії легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом. Проведено аналіз суті правового регулювання відносин з управління ризиками легалізації коштів через призму нормативної регламентації, а також локального та індивідуального регулювання.

Сформульовано висновок, що ризик легалізації коштів є небезпекою, ймовірним вчиненням дій з трансформації злочинних активів у легальний дохід, забезпечення грошовим капіталом для використання з метою здійснення терористичної діяльності та фінансування розповсюдження зброї масового знищення із залученням суб'єкта первинного фінансового моніторингу та за його волі, що мають негативний вплив на функціонування економіки, економічної та національної безпеки й держави й завдають матеріальні та нематеріальні збитки.

Запропоновано розглядати ризик легалізації коштів з позиції абстрактного явища та сформованого (конкретного) ризику, прийнятого суб'єктом первинного фінансового моніторингу. Управління ризиком легалізації коштів розглядається як вольова дія суб'єкта первинного фінансового моніторингу щодо сформованого (конкретного) ризику з метою його мінімізації. Саме така дія породжує відносини між суб'єктом первинного фінансового моніторингу, його клієнтами та іншими особами. Подано класифікацію норм права, що націлені на регулювання відносин з управління ризиками легалізації.

Визначено напрями, які стануть основою для подальших наукових досліджень з управління ризиками легалізації коштів суб'єктами первинного фінансового моніторингу як правової категорії.

Ключові слова: ризик, управління ризиком, ризик легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом, управління ризиком легалізації, ризик-орієнтований підхід, правове регулювання, предмет правового регулювання, первинний фінансовий моніторинг.

Постановка проблеми. Управління ризиками у сфері протидії відмиванню коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення є специфічною сферою правового регулювання. Рекомендаціями FATF (Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням коштів) встановлений актуальний на сьогодні ризик-орієнтований підхід, який заснований на оцінці ризиків та реалізується на всіх рівнях системи фінансового моніторингу, зокрема і його першою ланкою – суб'єктами первинного фінансового моніторингу. Наслідком впровадження ризик-орієнтованого підходу є якісна трансформація відносини між учасниками фінансових операцій, операцій з активами, суб'єктами первинного та державного фінансового моніторингу. Попри теоретичні дослідження в цій галузі, саме право виступає інструментом регулювання відносин з управління ризиком легалізації коштів та забезпечує регламентацію оцінки й мінімізацію ризиків. Дослідження управління ризиками легалізації коштів з погляду правової теорії є актуальним, потребує структурування та поняттєвого впорядкування.

© В. Сосенко, 2019

Питання ризикології у сфері протидії відмиванню коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення становило предмет дослідження таких економістів, як О.М. Бережний, О.А. Вавдійчик, В.В. Вітлінський, О.О. Глущенко, С.В. Діденко. У правовій науці дослідження щодо управління ризиками здійснювали за галузями права, зокрема в галузі господарського та цивільного права, Д.І. Мейр, О.С. Іоффе, В.А. Ойгензіхт, А.П. Альгін, І.О. Покровський, В.І. Сєребровський, а в галузі кримінального права М.С. Грінберг, В.І. Михайлов, Н.З. Кошаєв.

Водночас управління ризиками загалом та зокрема у сфері протидії відмивання коштів у правовій доктрині є малодослідженою категорією та перебуває в стані формування.

Мета статті – дослідження суспільних відносин з управління ризиками у сфері протидії відмиванню коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення з погляду їх правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Використання понять «ризик», «управління ризиком» здійснюється у багатьох сферах суспільного життя, однак специфічне їх сприйняття та застосування притаманне сфері фінансового моніторингу – системі протидії відмиванню коштів, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення, від якої залежить стан економічної та національної безпеки в цілому. Ризик легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом, виступає як один із критичних ризиків при наданні послуг суб'єктами первинного фінансового моніторингу. У площині протидії відмиванню злочинних доходів дійсним є твердження, що чим більше встановлено обмежувальних правил, тим менша частка відмивання грошей [1], чим чіткіше нормативно-правове регулювання відносин з управління ризиками, тим дієвішою є система їх мінімізації, чим більше розвинена теоретична база, тим краще підґрунтя для нормотворення.

Сьогодні у теорії права сформовано базу знань щодо понять правового регулювання та предмета правового регулювання, однак до кінця не сформованими лишаються підходи до розуміння ризику та управління ризиками як правових явищ, не зроблено єдиного їх визначення та оформлення. Унаслідок цього несформованою залишається також теоретична база правового розуміння ризику легалізації коштів та управління ним.

Правове регулювання визначається як впорядкування поведінки учасників суспільних відносин за допомогою спеціальних юридичних засобів і способів [2, с. 95]; цілеспрямований результативний вплив права на конкретні суспільні відносини з метою їх впорядкування та вдосконалення за допомогою виключно правових засобів [3, с. 256]; здійснюваний за допомогою всієї сукупності правових засобів соціально необхідний процес упорядкування суспільних відносин, що потребують правового гарантування [4, с. 237]. Тобто правове регулювання є базовою категорією у загальній теорії права, що, узагальнюючи, можна визначити як елемент правового впливу держави на суспільні відносини за допомогою правових засобів з метою упорядкування, охорони та їх розвитку. Під предметом правового регулювання в правовій науці розуміють суспільні відносини, що регулюються нормами права, спеціально створеними для цього відповідними суб'єктами. Водночас аналіз наукової літератури свідчить про існування й інших думок щодо цієї правової категорії, які не суперечать її суті, а лише доповнюють її сприйняття та усвідомлення. Зокрема, до предметів правового регулювання відносять суспільні відносини, що добре піддаються правовому регулюванню, чутливо реагують на зміни в нормуванні, але все ж таки можуть існувати поза правовим регулюванням, такі, що ініціюються правом і здатні існувати лише в рамках правових норм [5, с. 277]; відносини, що потребують і піддаються юридичній регламентації [6, с. 291], такі, що потребують нормативно-організаційного впливу і можуть піддаватися юридичному регулюванню [7, с. 72]; відносини, що мають потребу у регулюванні правом [8, с. 259]; суспільні відносини, що потребують урегулювання саме нормами права, а не іншими соціальними нормами [3, с. 256]; відносини, що можуть «відзиватися» на нормативне регулювання [5, с. 280]; відносини, які об'єктивно потребують саме юридичного, тобто уніфікованого впливу на них з боку держави; відносини різного змісту, в юридичному регулюванні яких суспільство і держава безпосередньо зацікавлені [9, с. 115], суспільні відносини, упорядкування яких можливе і водночас доречне саме за допомогою юридичних засобів і способів, адже право є універсальним соціальним регулятором, проте не єдиним і не всеохопним [2, с. 97].

Що стосується розуміння категорій «ризик», «управління ризиками», то правова наука формує їх визначення та структурує їх зміст залежно від галузі права або конкретних правовідносин. Ризик розглядається як

вірогідне настання подій, що пов'язані з прийняттям правового рішення, яке може потягнути за собою шкідливі наслідки в сфері правового регулювання суспільних відносин [10, с. 38]; притаманна людській діяльності об'єктивно існуюча і в певних межах здатна до оцінки та вольового регулювання ймовірність понесення суб'єктами правовідносин негативних наслідків через настання несприятливих подій, закономірно пов'язаних із різноманітними передумовами (факторами ризику) [11, с. 15]; суб'єктивна категорія, яка існує паралельно з виною, але може існувати і спільно з нею як психічне ставлення суб'єктів до результату власних дій або дій інших осіб, а також результату об'єктивно випадкових або випадково неможливих дій (подій), що виражені в усвідомленому допущенні негативних, в тому числі невідшкодовуваних майнових наслідків [12, с. 77]; можливість появи негативних і позитивних подій, які можуть вплинути на досягнення поставленої мети і вимірюються з погляду наслідків і ймовірностей [13].

Водночас науковцями пропонується виділяти три підходи щодо сутності ризику, його змісту та розподілу негативних наслідків, а саме: 1) сприйняття ризику як елемента об'єктивної дійсності; 2) розуміння ризику як особливого психічного процесу, результатом якого стає вибір певного варіанта поведінки; 3) поєднання елементів та характеристик ризику, притаманних першим двом підходам [14]. Також вченими досліджено, що визначення «ризик» і зміст цього інституту має три напрями умовного поділу: ризик як небезпека, ризик як дія в стані небезпеки, ризик як специфічне суб'єктивно психологічне явище, що характеризує складність вибору в ситуації, що альтернативно розвивається [15, с. 14, 15]. Загалом визначення ризику, що існують в правовій науці, важко визнати універсальними, оскільки базуються вони на специфіці галузі права, в якій вони застосовуються.

У сфері протидії відмиванню коштів, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення на законодавчому рівні під ризиками розуміють небезпеку (загрозу, уразливі місця) для суб'єктів первинного фінансового моніторингу бути використаними з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму або фінансування розповсюдження зброї масового знищення під час надання ними послуг відповідно до характеру їх діяльності [16]. Тобто ризик на сьогодні прирівняний до небезпеки, що є виправданим з огляду на те, що суб'єкт первинного фінансового моніторингу виступає елементом, що може бути використаний або використовується у ланцюгу легалізації коштів, здобутих злочинним шляхом. Економічна література визначає, що поняття «ризик легалізації» є досить широким за своєю суттю і може відображатись у різних позиціях діяльності банку та виконанні ним функції суб'єкта фінансового моніторингу з урахуванням наявних і потенційних ризиків [17, с. 166].

Однак, на думку автора, визначенню ризику легалізації коштів притаманний більш ширший, структурованіший зміст, ніж це встановлено законом. Так, ризик легалізації включає в себе: 1) небезпеку використання суб'єкта з метою легалізації (ймовірні дії з трансформації злочинних активів у легальний дохід); 2) прийняття правового рішення (вольову залученість у сферу з ймовірними негативними наслідками); 3) ймовірну шкоду (негативний вплив на функціонування економіки та економічну безпеку); 4) ймовірні збитки (матеріальну відповідальність). Ризик легалізації коштів можна розділити на абстрактний (гіпотетична можливість, ймовірність, що не залежить від волі суб'єкта первинного фінансового моніторингу) та сформований, конкретний (можливість, ймовірність, що присутня в діях, взаємовідносинах учасників операцій з активами, які легалізуються, що дозволені до проведення рішенням суб'єкта первинного фінансового моніторингу). Абстрактний ризик легалізації є природною дійсністю, що сформована сутністю загальних відносин надання послуг у фінансовій сфері, сфері операцій з активами, в той час як сформований (конкретний) є дійсним після прийняття усвідомленого рішення про його прийняття. Управлінню піддається саме сформований (конкретний) ризик. При цьому суб'єкт первинного фінансового моніторингу піддається абстрактному ризику легалізації на рівні з іншими суб'єктами первинного моніторингу, однак самостійно приймає (бере на себе) сформований (конкретний) ризик.

Що стосується управління ризиками у сфері фінансового моніторингу, то законодавець на сьогодні визначив його як заходи, які здійснюються суб'єктами первинного фінансового моніторингу, із створення та забезпечення функціонування системи управління ризиками. Це передбачає визначення (виявлення), оцінку (вимірювання), моніторинг, контроль ризиків з метою їх зменшення [16]. Регулятором встановлено для суб'єктів первинного фінансового моніторингу – банків – ризик-орієнтований підхід – визначену банком систему з управління ризиками легалізації кримінальних доходів/фінансування тероризму та вжиття

ним відповідних заходів у спосіб та обсяги, які забезпечують ефективну мінімізацію таких ризиків залежно від їх рівня [18]. Це узгоджується й відповідає такій Рекомендації FATF: «Фінансові установи та визначені нефінансові установи і професії повинні також визначати, оцінювати та вживати ефективних заходів щодо зниження ризиків, пов'язаних з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» [19], яка покладає на суб'єкти первинного фінансового моніторингу обов'язок використання ризик-орієнтованого підходу. Згідно з положеннями «Посібника з питань підходу, заснованого на оцінці ризику, в боротьбі з відмиванням коштів та фінансуванням тероризму» (FATF) процес управління ризиком при здійсненні фінансового моніторингу повинен включати три основні етапи, які повинні поділятися на такі окремі складники: визнання фінансовою установою існування ризику; застосування оцінки ризиків; розроблення стратегій для управління та зменшення ідентифікованих ризиків [20].

Отже, управління ризиком легалізації можна розглядати як вольову дію суб'єкта первинного фінансового моніторингу щодо сформованого (конкретного ризику) з метою його мінімізації. Така вольова дія породжує відносини між суб'єктом первинного фінансового моніторингу, його клієнтами та іншими особами, які піддаються регулюванню. Управління ризиками легалізації здійснюється з урахуванням результатів ідентифікації, верифікації та вивчення клієнта, послуг, що надаються клієнту, аналізу операцій, проведених ним, та їх відповідності фінансовому стану і змісту діяльності клієнта [16]. Такі результати отримуються через відносини з клієнтом та іншими особами. Наприклад, результатом ідентифікації є встановлення особи шляхом отримання ідентифікаційних даних, для чого суб'єкт первинного фінансового моніторингу запитує документи та інформацію у клієнта, а клієнт надає запитуване. У разі недостатності інформації суб'єкт наділений правом запитати інформацію у державних органів (відносини такі: суб'єкт первинного фінансового моніторингу – клієнт, суб'єкт первинного фінансового моніторингу – клієнт – державний орган). Результатом вивчення клієнта є оцінка фінансового стану клієнта, що можлива за результатами аналізу запитуваної у клієнта фінансової звітності, інформації про доходи та джерела походження коштів, що він надає, отримання інформації з відкритих джерел (відносини такі: суб'єкт первинного фінансового моніторингу – клієнт, суб'єкт первинного фінансового моніторингу – клієнт – відкрите джерело інформації).

Особливістю відносин у сфері протидії легалізації коштів є їх переважне виникнення відповідно до правових приписів. З огляду на згаданий зміст визначення управління ризику можна виокремити такі відносини, що мають своїх учасників та піддаються регулюванню: 1) відносини з виявлення, встановлення та визнання ризику; 2) відносини з оцінки (вимірювання) ризиків; 3) відносини моніторингу та контролю за встановленими ризиками відповідного рівня.

Учасниками відносин з управління ризиками легалізації виступають суб'єкти первинного фінансового моніторингу, особи, що користуються їх послугами, треті особи – учасники фінансової операції клієнта (контрагенти клієнта), треті особи – учасники операцій з активами (набувач або відчужувач), треті особи, що не є прямими учасниками відносин з управління ризиками легалізації. Отже, за суб'єктним складом такі відносини можуть бути двосторонніми, тристоронніми та багатосторонніми. Також відносини з управління ризиком легалізації можна класифікувати за встановленим рівнем ризику, тобто з управління низьким ризиком, з управління середнім ризиком, з управління високим ризиком, з управління неприйнятно високим ризиком. Слід зазначити, що відносини з управління неприйнятно високим ризиком націлені виключно на виявлення та його оцінку з метою уникнення його прийняття суб'єктом первинного моніторингу.

Якщо розглядати питання правового регулювання відносин з управління ризиками через призму класичного розуміння про те, що в системі правового регулювання можна виділити три частини – нормативну регламентацію, локальне та індивідуальне регулювання [21, с. 69], то регулювання управління ризиками у сфері протидії легалізації коштів виглядатиме так. Нормативна регламентація здійснюється шляхом встановлення загальних правових норм з управління ризиками, локальне регулювання – шляхом встановлення суб'єктами первинного фінансового моніторингу відповідних норм у вигляді внутрішніх документів з питань управління ризиками, індивідуальне регулювання – шляхом прийняття відповідних рішень з управління ризиками (базується на нормах, встановлених державною та самим суб'єктом).

Загалом правові норми, націлені на регулювання відносин з управління ризиком легалізації, умовно можна розподілити за характером їх впливу: 1) норми

прямого впливу – ті, що прямо стосуються всіх учасників та націлені на регулювання відносин між ними (до них можна віднести норми Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» та внутрішні документи суб'єктів первинного фінансового моніторингу; 2) норми дотичного впливу – ті, що прямо не націлені на регулювання таких відносин, але впливають на стан встановлення, оцінки, мінімізації ризику через регулювання інших відносин суб'єктів господарювання, регуляторів тощо (норми Цивільного кодексу України, Господарського кодексу України, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» тощо).

Як приклад регулювання норм прямого та дотичного впливу можна привести те, що відповідно до статті 6 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» суб'єкт первинного фінансового моніторингу зобов'язаний здійснювати додаткові заходи стосовно національних, іноземних публічних діячів та діячів, що виконують політичні функції в міжнародних організаціях, їх близьких осіб або пов'язаних з ними осіб, тобто виявляти, чи є вони кінцевими бенефіціарними власниками (контролерами) або керівниками юридичних осіб [16]. Ця норма встановлює обов'язок суб'єкта первинного фінансового моніторингу з метою забезпечення управління високим ризиком клієнта. Реалізація цієї норми можлива завдяки нормам, які прямо не покликані регулювати відносини з управління ризиками (ст. 641 Господарського кодексу України, де визначено, що підприємства, крім державних та комунальних підприємств, зобов'язані встановлювати свого кінцевого бенефіціарного власника (контролера), регулярно оновлювати і зберігати інформацію про нього та надавати її державному реєстратору у випадках та в обсязі, передбачених законом [22]; ст. 7 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», де визначено, що програмне забезпечення Єдиного державного реєстру повинно забезпечувати пошук взаємозв'язків між юридичними особами та їхніми засновниками (учасниками), кінцевими бенефіціарними власниками (контролерами), у тому числі кінцевими бенефіціарними власниками (контролерами) засновника, керівниками юридичних осіб, візуалізацію всіх прямих та непрямих зв'язків; ст.9 цього ж Закону, де гарантовано, що в Єдиному державному реєстрі містяться відомості про юридичну особу, зокрема й інформація про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи [23]). Встановлення керівників юридичної особи можливе завдяки ст. 88 Цивільного кодексу України, де зазначено таке: «У статуті товариства вказуються <...> органи управління товариством, їх компетенція, порядок прийняття ними рішень, <...>» [24], та ст. 57 Господарського кодексу України, де вказано таке: «В установчих документах повинні бути зазначені <...> склад і компетенція його органів управління <...>» [22] (в частині назви посад керівників), а також ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», відповідно до якої в Єдиному державному реєстрі містяться відомості про керівника юридичної особи та про інших осіб (за наявності), які можуть вчиняти дії від імені юридичної особи, прізвище, ім'я, по батькові, дату народження, реєстраційний номер облікової картки платника податків або серію та номер паспорта (для фізичних осіб, які мають відмітку в паспорті про право здійснювати платежі за серією та номером паспорта), дані про наявність обмежень щодо представництва юридичної особи, відомості про членів керівних органів (прізвище, ім'я, по батькові, дату народження, посаду, контактний номер телефону) (в частині персональних даних) [23]. Наявність норм, що регулюють відносини реєстрації суб'єктів господарювання, надає можливість суб'єкту первинного фінансового моніторингу реалізувати свій обов'язок у відносинах з управління ризиками легалізації.

Значну роль в регулюванні відносин з управління ризиками легалізації нарівні з нормативно-правовими актами держави відіграють локальні нормативні акти – внутрішні документи з питань фінансового моніторингу відповідного первинного суб'єкта. При цьому законодавець ініціює їх створення та функціонування, зобов'язуючи суб'єктів первинного фінансового моніторингу до їх розробки, прийняття та підтримання в актуальному стані. Таким чином, локальний нормативний акт у сфері управління ризиками легалізації набуває значної ролі як джерело права (оскільки містить його ознаки). Внутрішніми документами суб'єкта первинного фінансового моніторингу врегульовуються випадки проведення оцінки ризику клієнтів, порядок виявлення клієнтів з високим

ризиком [16], заходи для попередження, обмеження та/або зниження до прийнятного рівня ризиків легалізації кримінальних доходів/фінансування тероризму, чітка послідовність дій певного процесу із зазначенням способів, форм, строків (термінів) ужиття працівниками банку дій, порядок здійснення аналізу фінансових операцій, визначення (виявлення) та здійснення оцінки/переоцінки ризиків легалізації кримінальних доходів/фінансування тероризму, моніторинг ризиків клієнтів, контроль за ризиками легалізації кримінальних доходів/фінансування тероризму [18] тощо.

Окремо діє індивідуальне регулювання відносин з управління ризиками легалізації суб'єкта первинного фінансового моніторингу, що проявляється як в прийнятті конкретного рішення щодо потенційно ризикової або підозрілої операції, так і загалом щодо рішення про встановлення ділових відносин з клієнтами високого ризику. Прикладом індивідуального регулювання може бути дозвіл керівника суб'єкта на встановлення ділових відносин з клієнтом, що має високий ризик (національний публічний діяч чи особа, пов'язана з ним). При цьому за певних обставин індивідуальне регулювання може бути прирівняне до усвідомлення та прийняття відповідного ризику суб'єктом первинного фінансового моніторингу, що потребує додаткового дослідження. Роль індивідуального регулювання у вигляді прийняття відповідного рішення випливає з аналізу низки норм закону, за якими суб'єкт первинного фінансового моніторингу має право відмовитися від встановлення (підтримання) ділових відносин (у тому числі шляхом розірвання ділових відносин) або проведення фінансової операції у разі встановлення клієнту неприйнятно високого ризику згідно з результатами оцінки чи переоцінки ризику [16]. Так, саме рішенню щодо того, скористатися правом чи ні, суб'єкта первинного фінансового моніторингу надано значущої регуляторної дії у відносинах з управління ризиком легалізації. Залишено на розсуд відповідного суб'єкта як прийняття відповідного рівня ризику, так і регулювання відносин з його управління. Тут і міститься певна суперечність, адже неприйнятно високий ризик не може бути прийнятий суб'єктом первинного фінансового моніторингу [16]. З огляду на це окремого дослідження потребує використання права на ризик суб'єктами первинного фінансового моніторингу в повному його розумінні, що є притаманним для звичайних суб'єктів господарювання, однак для суб'єктів первинного фінансового моніторингу зводиться до правомочної бездіяльності у вигляді відмови від ризику на відміну від правомочної дії – спроби (експерименту), що є природною при здійсненні підприємницької діяльності суб'єктами господарювання. З огляду на специфіку відносин з протидії легалізації коштів та негативні наслідки, які зводяться не лише до понесення певних втрат суб'єктом первинного фінансового моніторингу через покарання, а в цілому порушують економічну безпеку, відносини з управління ризиками легалізації фактично позбавлені позитивного потенціалу ризику, який притаманний звичайній господарській діяльності.

Висновки

Ризик легалізації коштів є небезпекою, пов'язаною з ймовірним вчиненням дій з трансформації злочинних активів у легальний дохід, з забезпечення грошовим капіталом для використання з метою здійснення терористичної діяльності та фінансування розповсюдження зброї масового знищення із залученням суб'єкта первинного фінансового моніторингу та за його волі, що мають негативний вплив на функціонування економіки, економічної та національної безпеки та держави і завдають матеріальні та нематеріальні збитки.

Управління ризиком легалізації можна розглядати як вольову дію суб'єкта первинного фінансового моніторингу щодо сформованого (конкретного) ризику з метою його мінімізації. Така вольова дія породжує відносини між суб'єктом первинного фінансового моніторингу, його клієнтами та іншими особами, які піддаються регулюванню.

Правовому регулюванню піддаються відносини з управління ризиком легалізації коштів, що виникають в процесі виявлення, встановлення та визнання такого ризику, його оцінки (вимірювання), моніторингу та контролю його рівня. Таке регулювання характеризується значною роллю локальних нормативних актів та індивідуального регулювання.

Предметами правового регулювання відносин з управління ризиком легалізації є суспільні відносини, що виникають між учасниками – суб'єктами первинного фінансового моніторингу, особами, що користуються їх послугами, третіми особами – учасниками фінансової операції клієнта (контрагенти клієнта), третіми особами – учасниками операцій з активами (набувач або відчужувач), іншими третіми особами, з метою зменшення ризику легалізації коштів. Це досягається шляхом вжиття відповідних заходів, які породжують взаємні права та обов'язки.

Потребує подальшого дослідження сфера управління ризиками легалізації коштів

через призму ризик-орієнтованого підходу в напрямі формалізації заходів з управління ризиком у внутрішніх документах суб'єктів первинного фінансового моніторингу як локальних джерелах правового регулювання.

Список використаних джерел:

1. Patrycja Chodnicka. Pranie pieniędzy Regulacje i ryzyko sektora bankowego. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego. Warszawa, 2015. 415 с. URL: http://www.wz.uw.edu.pl/portaleFiles/6133-wydawnictwo-/Pranie_pieni%C4%99dzy-Chodnicka_kor1.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

2. Загальна теорія права : підручник / за ред. М.І. Козюбри. Київ : Ваіте, 2015. 392 с. URL: https://www.osce.org/uk/ukraine/283756?download=true (дата звернення: 27.11.2019).

3. Теорія держави та права : навч. посіб. / Є.В. Білозьоров та ін. ; за заг. ред. С.Д. Гусарєва, О.Д. Тихомирова. Київ : НАВС, Освіта України, 2017. 320 с. URL: https://www.naiau.kiev.ua/files/kafedru/tdp/navch_pos_tdp.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

4. Теорія держави і права : навч. посіб. для підгот. фахівців з інформ. безпеки / О.О.Тихомиров та ін. ; за заг. ред. Л.М. Стрельбицької. Київ : Кондор-Видавництво, 2016. 332 с. URL: https://tihoma-law.at.ua/teoria_dergavy_i_prava_tihoma_2016.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

5. Сорокина Ю.В. Актуальные проблемы теории и философии права: курс лекций. Москва : Норма ИНФРА-М, 2013. 304 с.

6. Теорія держави і права : підруч. / С.Л. Лисенков та ін. ; за ред. С.Л. Лисенкова. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 448 с.

7. Мельник О.М. Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2004. 208 с.

8. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Київ : Алерта, 2013. 224 с.

9. Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет и метод : учеб. пособ. / под ред. И.Ф. Покровского. Санкт-Петербург : Ин-т морского права, 2000. 217 с.

10. Новіков В.В. Теоретико-правові аспекти ризиків у праві. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція»*. 2015 № 13 том 1. С. 36–39 URL: http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc13/part_1/10.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

11. Крючков Р.А. Риск в праве: генезис, понятие и управление : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Нижний Новгород, 2011. 27 с. URL: https://www.dissercat.com/content/risk-v-prave-genezis-ponyatie-i-upravlenie/read (дата звернення: 27.11.2019).

12. В.А. Ойгензихт. Проблема риска в гражданском праве (часть общая). Душанбе : Издательство «Ирфон», 1972. 225 с.

13. Aleksandra Nadolska. System zarządzana ryzykiem. Koło Naukowe Prawa Finansowego Uniwersytetu Gdańskiego. 2012 URL: http://knpf.ug.edu.pl/wp-content/publikacje/Aleksandra.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

14. Великанова М.М. Становлення категорії ризику у правовій доктрині. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 2. С. 24–29. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2017_2_6 (дата звернення: 27.11.2019).

15. Арямов А.А. Общая теория риска (юридический, экономический и психологический анализ) : монография. Москва : Российская академия правосудия, 2009. 172 с.

16. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1702-VII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-18 (дата звернення: 27.11.2019).

17. Антилегалізаційний фінансовий моніторинг: ризик-орієнтований підхід : монографія / О.О. Глущенко та ін. ; за заг. ред. Р.А. Слав'юка. Київ : УБС НБУ, 2014. 386 с. URL: https://finmonitoring.in.ua/wp-content/uploads/2016/06/afm_risk-oriented.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

18. Положення про здійснення банками фінансового моніторингу : Постанова Національного банку України від 26 червня 2015 р. № 417 / Національний банк України URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0417500-15 (дата звернення: 27.11.2019).

19. Міжнародні стандарти боротьби з відмивання коштів, фінансуванням тероризму і розповсюдженням зброї масового знищення : Рекомендації FATF. URL: http://www.sdfm.gov.ua/content/file/Site_docs/2018/20181017/BOOK.pdf (дата звернення: 27.11.2019).

20. Guidance on the risk – based approach to combating money laundering and terrorist financing. High level principles and procedures / FATF/OEC. 2007 URL: www.fatf-gafi.org (дата звернення: 27.11.2019).

21. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. Москва, 1984. 144 с.

22. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 27.11.2019).

23. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15 травня 2003 р. № 755-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15 (дата звернення: 27.11.2019).

The article analyzes the essence of the concepts of risk, risk management from the standpoint of law; the concept of managing the risks of money laundering and the related relationships as a subject of regulation; the essence of legal regulation in the field of risk management of money laundering (laundering of proceeds of crime, terrorist financing and financing of the proliferation of weapons of mass destruction) by the entities of initial financial monitoring.

The legal relations concerning the management of the risks of money laundering are investigated, the circle of their participants is determined and the rules that regulate them are classified, the role of law in managing the risks of money laundering is determined, the legal norms are defined and relations are analyzed. The essence of legal regulation of relations on risk management of money laundering through the prism of normative regulation, local and individual regulation is analyzed.

The conclusion is drawn that the risk of money laundering is a danger, probability to take actions on transformation of criminal assets into legal income, provision of money capital for use for the purpose of terrorist activity and financing of proliferation of weapons of mass destruction, with involvement of the subject of initial financial monitoring which have a negative impact on the functioning of the economy, economic and national security and the state and cause material and non-material damage.

It is proposed to consider the risk of money laundering in terms of the abstract phenomenon and the generated (specific) risk accepted by the subject of the initial financial monitoring. Management of money laundering risk is regarded as the willful action of the initial financial monitoring entity to the generated (specific) risk in order to minimize it, and such action creates relations between the initial financial monitoring entity, its clients and other persons. The classification of the norms of the law aimed at regulating relations on risk management of money laundering is presented.

The directions that will be the basis for further scientific research on managing the risk of money laundering by entities of initial financial monitoring as a legal category are identified.

Key words: risk, risk management, money laundering risk, money laundering risk management, risk-oriented approach, legal regulation, subject of legal regulation, initial financial monitoring.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.45

Ігор Діордіца,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри публічного та приватного права
Київського національного університету технологій та дизайну

ЗАСАДИ КІБЕРНЕТИЧНОЇ ДЕОНТОЛОГІЇ ЧЕРЕЗ СПІВВІДНОШЕННЯ СУЩНОГО ТА НАЛЕЖНОГО

У статті пропонуються до розгляду авторські результати визначення концептуальних положень наукового алгоритму дослідження кібернетичної деонтології. Розглянуто трактування кібернетичної деонтології та деонтологічні норми у сфері кібернетичних відносин. Проаналізовано суб'єктний склад кібернетичних правовідносин, та з деонтологічних позицій обґрунтовується наукова гіпотеза про необхідність включення до суб'єктного складу правовідносин штучного інтелекту. Запропоновано власне бачення поняття кібернетичного маргінала, до суб'єктного складу якого, крім особи, віднесено і штучний інтелект. Визначено риси штучного інтелекту. Через співвідношення категорій «суще» і «належне» обґрунтовується можливість певним чином розширити горизонт розуміння деонтології і вихід на нові рубежі розуміння безпосередньо кібернетичної деонтології, адже у сфері кібернетичних відносин формується специфічне розуміння професійної діяльності, оскільки як будь-який користувач, так і штучний інтелект згодом можуть стати розробником шкідливого програмного забезпечення і зашкодити як державним, так і приватним суб'єктам. У рамках кібернетичної деонтології виокремлено такі аспекти: теорію морального та етичного обов'язку, належної чи морально обов'язкової поведінки суб'єктів кібернетичних відносин (людей та штучного інтелекту); галузь знань про виникнення, формування, розвиток і функціонування серед суб'єктів кібернетичних відносин особливої системи норм належної поведінки, загальновизнаних стандартів, що базуються на пріоритетності, та гарантування реалізації кібернетичних прав та свобод людини і громадянина, а також штучного інтелекту, їхніх законних кібернетичних інтересів та моральних принципів; науку, що вивчає міжнародні, національні, регіональні та локальні системи вимог до поведінки суб'єктів кібернетичних відносин, що дозволить надати їхній поведінці та діям мотиваційної аргументованості, запровадити в їх групі загальнолюдські та групові інформаційні та кібернетичні цінності; наукову та навчальну дисципліну, яку слід викладати у процесі підготовки кадрів з ІКТ, інформаційного права, адміністративного права, інформаційної політики, інформаційної безпеки, державного управління при вихованні нової генерації кіберсуспільства, визначенні рівня кібернеосвіченості та реформованості. Висновується, що міждисциплінарний характер кібернетичної деонтології є онтологічним, і саме кібернетична аксіологія надає можливість зрозуміти дуалізм належного і сущого в кібернетичній сфері, пов'язаність предметних та суб'єктних цінностей.

Ключові слова: інформаційне право, кібернетика, кібернетична деонтологія, кібербезпекова політика, кібербезпека, штучний інтелект, кіберетика.

Постановка проблеми. Дана проблема в такій інтерпретації постає в науці вперше. Тому, заважаючи на її актуальність, необхідність подальшого розвитку напрямів кібербезпекової політики і в контексті створення національної системи кібербезпеки, розгляну філософські категорії «суще» та «належне» з подальшою їх операціоналізацією до кібернетичної деонтології. Оскільки в такій інтерпретації дана проблема порушується вперше, то відсутні посилання на праці, де б ця тема могла бути розглянути через те, що їх фактичне не існує.

Ситуація з легалізацією і науковим визнанням кібернетичних відносин дедалі більше за своїм змістом нагадує співвідношення наукових категорій «*суще*» і «*належне*», через що вихід на необхідність формування ***кібернетичної деонтології*** – системи норм, вимог та принципів належної професійної поведінки у сфері кібернетичних відносин – є актуальним і об'єктивно зумовленим. Як наука вона формує систему знань про обов'язок та норми належної поведінки людей у сфері кібернетичних відносин, а у більш загальному плані – в кіберпросторі загалом.

Метою статті є визначення концептуальних положень наукового алгоритму дослідження кібернетичної деонтології через співвідношення категорій «суще» та «належне».

© І. Діордіца, 2019

Виклад основного матеріалу. У сучасних юридичних словниках термін **«деонтологія»** трактується так: деонтологія (з грецької *deon* –обов'язок та *logos* – наука, вчення, знання) – розділ етики, який розглядає проблеми належної поведінки та моральних обов'язків медичних працівників щодо хворого [1].

Деонтологія як наука походить від слів грецького походження "*deon*" – «потрібне, належне» та "*logos*" – учення, тобто учення про належне [2].

Кібернетична деонтологія, виходячи з постулатів про співвідношення предметних і суб'єктних цінностей, не є вченням абсолютним і таким, що складається з усталених правил та стандартів. Лише у деяких професіях існують деонтологічні норми, принципи, кодекси (медична деонтологія та поліцейська деонтологія).

Деонтологічні норми у сфері кібернетичних відносин – це певний стандарт, що характеризує приналежність людини до певної групи: користувачів і розробників, користувачів та розповсюджувачів кібернетичних технологій, користувачів певних соціальних мереж або мережевих ігор тощо. Зважаючи на поліструктурність кібернетичних відносин, їх постійну динаміку, кібернетична деонтологія закладатиме значний елемент стабільності, принаймні в принципових моментах етичної керованості даної системи – *кіберетику*. Незалежно від індивідуальних здібностей суб'єктів кібернетичних відносин деонтологічні норми надають їхній поведінці загальності, характерності, висуваючи універсальні вимоги щодо неухильного дотримання кіберетики, належного ставлення до свого обов'язку щодо гідної поведінки в кіберпросторі, професійної честі.

Кібернетична деонтологія – галузь інформаційної науки та навчальна дисципліна, що є узагальненою системою знань про внутрішній імператив морального обов'язку суб'єкта кібервідносин, у тому числі штучний інтелект, про кодекс їхньої професійної поведінки. Цей термін можна трактувати в двох значеннях: 1) у широкому – наука, що аналізує (поряд із моральними) професійні, психологічні, політичні, етичні та естетичні вимоги, котрі регламентують ставлення спеціаліста до клієнта і до своїх колег; 2) у вузькому – наука про застосування загальних норм моралі людиною і штучним інтелектом у специфічних умовах діяльності суб'єктів кібернетичних відносин.

Кібернетична деонтологія має висвітлювати особливості належного виконання обов'язків суб'єктами кібернетичних відносин на різних рівнях реалізації державної кібербезпекової політики: від вироблення концепцій чи створення окремих кібернетичних продуктів до реалізації цієї політики, контролю за застосуванням кібернетичних технологій, зміцнення інформаційної ідентичності кібернетичними засобами, налагодження кібернетичної взаємодії між людиною та штучним інтелектом тощо.

Глобалізація кіберсуспільства і формування глобальної інформаційної та кібернетичної цивілізації сприяли залученню до кібернетичної сфери усіх охочих. Якщо раніше сфера комп'ютерних технологій вважалася вузькопрофесійною і застосування комп'ютерів було прерогативою окремої групи спеціалістів, то нині проникнення інформаційно-комп'ютерних технологій у повсякденне життя досягло такого рівня, що і старі і малі використовують комп'ютери майже щодня, а більшість надскладних операцій, наприклад, у медичній чи то у космічній; воєнній чи безпековій сферах вже не уявляється поза контекстом використання кібернетичних технологій. Більше того, окремі напрями життєдіяльності людини дедалі активніше починають освоювати роботи, штучний інтелект.

Якщо взяти за приклад медичну сферу або сферу фінансово-економічної діяльності, то там більш-менш чітко визначене коло суб'єктів та об'єктів відносин, через що можна виявити доволі прозору предметну сферу деонтологічних засад. Стосовно ж кібернетичної сфери, то її характерною особливістю є те, що до кола суспільних кібернетичних відносин завдяки розвитку кіберсуспільства належать не лише майже усі люди, а й штучний інтелект, роботи. Тож постає окрема потреба в уточненні суб'єктного складу кібернетичних правовідносин, адже в Законі України «Про інформацію» зазначено лише такі види суб'єктів: 1) фізичні особи; 2) юридичні особи; 3) об'єднання громадян; 4) суб'єкти владних повноважень. Даний перелік доцільно доповнити таким суб'єктом, як ***штучний інтелект***.

Окрема увага має бути приділена *хакерам*, які, формуючи власне мережеве суспільство, фактично презентують себе поза контекстом державного регулювання, в тому числі правового, а звідси, фактично та апріорі виступаючи суб'єктами кібернетичних правовідносин, вони в правовому полі де-юре відсутні [3]. Сюди можна зарахувати групи Анонімус, учасників мережі Wikileaks, інших хакерських утворень, що не визнають над собою владу держави та норм права. У найближчому майбутньому реальну небезпеку становитимуть ті роботи та штучний інтелект, які також через механізми самоорга-

нізації стануть хакерами і намагатимуться контролювати кіберпростір або принаймні сформувати керовані ними алгоритми управління. Тому в перспективі сформується ще й диференціація хакерів: біохакерів (людей) і кіборгхакерів (хакерів штучного інтелекту). Також можу прогнозувати надалі протидію між ними у форматі встановлення власних правил гри та відносин у кіберпросторі. Вочевидь, нині не можна, і навіть згубно, ігнорувати тенденції розширення кола учасників кібернетичних відносин, відстоювати ортодоксальний підхід, за якого учасниками правових або соціальних відносин виступатиме лише людина. Очевидність впевненої ходи розвитку штучного інтелекту має спонукати нас до розуміння невідворотності даних тенденцій і чіткої та нагальної потреби в попередньому розробленні відповідної системи нормативно-правових актів, що регулюватимуть суспільні кібернетичні відносини з урахуванням саме зазначених мною тенденцій. Таким чином штучний інтелект наперед буде позбавлений проактивного розвитку і подальшого домінування в соціальних відносинах. Адже визнання рівності та прописування правил поведінки, в тому числі деонтологічних засад, сприятиме попервах контрольованій участі штучного інтелекту в даних відносинах.

Якщо ж цього не зробити і продовжувати тиражувати окремі положення застарілої теорії правовідносин, написаної ще за часів, коли не було ані Інтернету, ані смартфонів, то сформується небезпечна тенденція залишення штучного інтелекту поза кіберсуспільством. Разом із особами, що перебувають на маргінесі цивілізації і поза контекстом розвитку суспільства взагалі, сформується інтегрований зміксований маргінальний кластер. В.А. Ліпкан, І.М. Сопілко та В.О. Кір'ян для позначення цих процесів увели в науковий обіг поняття «*інформаційний маргінал*» – особа, яка перебуває поза межами інформаційного суспільства, котра втратила свій інформаційний статус внаслідок унікальності власної соціокультурної ситуації, при переході до глобальної взаємодії в рамках інформаціонального капіталізму і неспроможності протистояти нав'язуванню та пристосуватися до якісно нової мережної архітектури інституційних структур інформаційного суспільства [4, с. 12].

Що ж до мого дослідження, то запропоную власне бачення поняття «**кібернетичний маргінал**» — особа або штучний інтелект, які перебувають поза контекстом регульованих нормами права кібервідносин (кібервідносини: не виникли, не змінилися і не припинилися), внаслідок чого вони не набули, або втратили, або не було юридично закріплено їх положення (кібернетичний статус) в кіберпросторі через унікальність власної соціокультурної та кіберментальної ситуації, при переході до глобальної кібервзаємодії в рамках спільного функціонування та розвитку в кіберпросторі, і відсутності правових можливостей та випливаючої із цього легітимної неспроможності протистояти нав'язуванню та пристосуватися до якісно нової архітектури мережевих структур кіберсуспільства.

Людина – це біологічна категорія, що визначає належність живої істоти до людського роду за певними анатомічними особливостями та фізіологічними функціями. Основними *рисами людини є*: 1) розвиненість інстинктів, що забезпечує можливість реалізації різних інтересів; 2) наявність мови як засобу спілкування та узгодження діяльності; 3) необхідність спілкування із собі подібними з метою досягнення компромісу інтересів; 4) чіткий розподіл праці у людському середовищі, що надає можливість досягти високого ступеня організованості відносин [5].

Своєю чергою, ***штучний інтелект*** – суб'єкт кібернетичних соціальних відносин, що визначає його неналежність до людського роду, натомість схожість за певними анатомічними особливостями. Штучний інтелект передбачає використання ідеалізації та моделей, які спрощують розуміння інтелектуальної діяльності.

Рисами штучного інтелекту є:

1) побудова на базі нейронних мереж, що дає змогу розпізнавати різноманітні образи, в тому числі емоції, а також формувати здатність до навчання, самонавчання та самоорганізації;

2) можливість спілкуватися та розуміти будь-яку мову світу, а також формувати власну кібермову для спілкування з іншими представниками власного виду;

3) необхідність спілкування із представниками людського роду, а також собі подібними з метою досягнення компромісу інтересів;

4) високий рівень самоорганізації і самонавчання, що надають можливість досягти високого ступеня організованості відносин.

Тому переконаний, що кібернетична деонтологія охоплює не лише безпосередніх розробників кібернетичних та кібернетичних технологій, а й розробників, користувачів і розповсюджувачів, тобто людей та штучний інтелект, тож їхня спільна діяльність має бути побудована на засадах деонтологічних норм та врегульована нормами права.

Питання щодо формування кібернетичної деонтології в українській інформацій-

ній науковій доктрині не порушувалися, а в рамках теорії інформаційного права найбільш ґрунтовна і послідовна, несуперечлива та розгорнута концепція деонтології наведена в роботах українського вченого-правника Є.О. Гіди [6–16]. Тож, узявши на озброєння метод екстраполяції, застосуємо розроблені Є.О. Гідою положення до мого дослідження.

Одразу ж зазначу, що оскільки питання щодо формування кібернетичної деонтології системно не розглядалося, то це певним чином впливало і на формування концепції кібернетичної деонтології, закладаючи імовірність похибки в певних положеннях через неможливість їх порівняння із думками інших дослідників, а також з практичною діяльністю у сфері кібернетичних відносин. Водночас сподіваюсь, що висунені мною положення отримають можливість розвинення до рівня самостійної та беззаперечної концепції.

Отже, **кібернетична деонтологія** – наука, що вивчає сукупність інформаційно-правових, організаційно-управлінських, професійно-етичних і соціальних норм, принципів належної поведінки суб'єктів кібернетичних відносин під час здійснення ними діяльності у кіберпросторі. Зрозуміло, оскільки інформаційному праву нині притаманний характер, то й кібернетична деонтологія також матиме міжгалузевий характер, перебуваючи на стику таких наук, як: кібернетика, етика, інформаціологія, інформаційне право, адміністративне право, інформаційна політика, інформаційна безпека та соціологія.

Зважаючи на визначення поліцейської деонтології, що його надав В.М. Кукушин [17], під **кібернетичною деонтологією** можна розуміти науку про зародження, формування, розвиток і функціонування діючого у сфері кібернетичних відносин нормативно-орієнтуючого інституту, особливої системи норм (і кодексів) професійної поведінки суб'єктів кібернетичних відносин, історично заведених стандартів, заснованих на моральній аксіоматиці безпечного кібернетичного простору.

Багатогранність інформаційного права і формування його різноманітних інститутів, що у своїх роботах зазначають І.В. Арістова, А.І. Марущак, В.С. Цимбалюк, М.Я. Швець, також навертає нас до висновку, що кібернетичну деонтологію доцільно розглядати як міждисциплінарну науку, котра межує не лише з інформаційною етикою та соціологією моралі (суще), а передусім з інформаційним правом (належне).

Отже, співвідношення категорій «*суще*» і «*належне*» надає можливість певним чином розширити горизонт розуміння деонтології і вийти на нові рубежі розуміння безпосередньо кібернетичної деонтології, адже у сфері кібернетичних відносин формується специфічне розуміння професійної діяльності, оскільки як будь-який користувач, так і штучний інтелект згодом зможуть стати розробником шкідливого програмного забезпечення і зашкодити діяльності, наприклад, державних установ або здійснювати кібершпигунство, кібертероризм та інші види кіберзлочинів, про що йтиметься нижче в роботі. Так само як і поведінка осіб та чат-ботів у соціальних мережах Instagram, Facebook є об'єктом пильної уваги правоохоронців, які реагують на прояви ксенофобії, расизму, тероризму, неофашизму та сепаратизму, розпалювання міжнаціональної ворожнечі та заклики до повалення державної влади, а також здійснюють хакінг, флудінг, тролінг, фейкінг, кібербуллінг.

Отже, специфічність кібернетичних відносин, включення до даної сфери майже усіх членів як суспільства, а також штучного інтелекту спричиняють розширення трактування змісту деонтології і зумовлюють, зберігаючи підвалини деонтології, розглядати її не лише в контексті дуалізму соціології та моралі, а й передусім інформаціології і державної кібербезпекової політики, інформаційного права.

Отже, у рамках кібернетичної деонтології, з огляду на напрацювання із поліцейської деонтології [18], доцільно виокремлювати такі ***аспекти:***

– *як теорію* морального та етичного обов'язку, належної чи морально обов'язкової поведінки суб'єктів кібернетичних відносин (людей та штучного інтелекту);

– *як галузь знань* про виникнення, формування, розвиток і функціонування серед суб'єктів кібернетичних відносин особливої системи норм належної поведінки, загальновизнаних стандартів, що базуються на пріоритетності, та гарантування реалізації кібернетичних прав та свобод людини і громадянина, а також штучного інтелекту, їхніх законних кібернетичних інтересів та моральних принципів;

– *як науку*, що вивчає міжнародні, національні, регіональні та локальні системи вимог до поведінки суб'єктів кібернетичних відносин, що дозволить надати їхній поведінці та діям мотиваційної аргументованості, запровадити в їх групі загальнолюдські та групові інформаційні та кібернетичні цінності;

– *як наукову та навчальну дисципліну*, яку слід викладати у процесі підготовці кадрів із ІКТ, інформаційного права, адміні-

стративного права, інформаційної політики, інформаційної безпеки, державного управління при вихованні нової генерації кібер-суспільства, визначенні рівня кібернеосвіченості та реформованості.

Висновок

У більш абстрактному плані доходимо висновку: кібернетична деонтологія – моральний стрижень та основа розвитку безпечних кібернетичних відносин, дороговказ розвитку кіберсуспільства і мірило ефективності е-урядування, що утворюють розумний баланс між інтересами людей та штучного інтелекту.

Певна дискусійність нашого розуміння кібернетичної деонтології пов'язана з тим, що засновники вчені-деонтологи наголошують на тому, що розглядати деонтологію лише як науку про правила чемності – величезна помилка, бо деонтологія орієнтована на проблеми регулювання професійної поведінки працівників безпосередньо під час виконання ними службових обов'язків.

Зокрема, професор Ю.І. Римаренко зазначав, що *поліцейська деонтологія* – це наука, яка вивчає всю сукупність соціальних, професійно-етичних та організаційно-управлінських норм, принципів, належної поведінки працівників поліції **під час виконання ними службових обов'язків** (виділено мною. – *Авт.*), відповідної соціальної ролі та функцій [19].

Натомість у роботах І.М. Сопілко під час аналізу основ інформаційної аксіології [20] було аргументовано, що полісистемність кібернетичних відносин спричиняє лабільність рольової участі в них суб'єктів. Їх конфігурація може мати транссистемний зміст між звичайним користувачем та професійним учасником кібернетичних відносин, який може спричинити ті чи інші дії та впливати на реалізацію кібернетичних прав, є дуже динамічною та нечіткою. Через величезне залучення людського потенціалу до кола даних відносин, виділяти окремо групу працівників, які зайняті безпосередньо чи то у створенні кібернетичних ресурсів, чи то у формуванні інформаційної інфраструктури тощо, є недоцільним. І я схильний підтримати дану позицію, оскільки з часом майже не лишиться осіб, не втягнених у кіберпростір, тому виділення такої ознаки, як «службові обов'язки», вже не відповідає сучасним реаліям сьогодення.

Отже, міждисциплінарний характер кібернетичної деонтології є онтологічним, і саме кібернетична аксіологія надає можливість зрозуміти дуалізм належного і сущого в кібернетичній сфері, пов'язаність предметних та суб'єктних цінностей.

Список використаних джерел:

1. Большой юридический словарь. 3-е изд., доп. и перераб. / под ред. проф. А.Я. Сухарева. Москва: ИНФРА-М, 2007. С. 98.

2. Понятие юридической деонтологии как науки и учебной дисциплины: ее предмет. URL: http://www.yurist-online.com/uslugi/yuristam/literatura/deont/01.php. (дата звернення: 10.11.2019).

3. Єропудова О.В. Політична субкультура хакерів в умовах інформаційного суспільства : дис. ... канд. політ. наук: 23.00.03. Київ, 2011. 218 с.

4. Ліпкан В.А., Сопілко І.М., Кір'ян В.О. Правові засади розвитку інформаційного суспільства в Україні : монографія / за заг. ред. В. А. Ліпкана. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2015. 664 с.

5. Теорія держави і права. Академічний курс : підручник / за ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. Київ : Юрінком Інтер, 2006. С. 56.

6. Гіда Є.О. Деонтологічні основи діяльності міліції в Україні. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 416 с.

7. Теорія держави та права : підручник / Є.О. Гіда, Є.В. Білозьоров, А.М. Завальний та ін.; за заг. ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 576 с.

8. Гіда Є.О. Деонтологічні основи правоохоронної діяльності міліції України : навчальний посібник. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 120 с.

9. Основи правознавства : навчальний посібник (для підготовки абітурієнтів до вступних випробувань) / Є.О. Гіда, Є.В. Білозьоров, А.М. Завальний, А.О. Осауленко ; за заг. ред. Є. О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 180 с.

10. Вступ до правоохоронної діяльності : навчальний посібник / Є.О. Гіда, Є.В. Білозьоров, А.М. Завальний, А.О. Осауленко ; за заг. ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. 200 с.

11. Актуальні проблеми теорії держави та права : навчальний посібник / Є.В. Білозьоров, Є.О. Гіда, А. М. Завальний та ін.; за заг ред. Є.О. Гіди. Київ : ФОП О. С. Ліпкан, 2010. 260 с.

12. Гіда Є. О. Теоретичні основи загальнолюдських стандартів прав людини. Київ : ТЕКСТ, 2008. 104 с.

13. Гіда Є.О. Систематизація підходів щодо розуміння предмету юридичної деонтології. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2012. № 3. С. 286–294.

14. Гіда Є. О. Механізм деонтологічного регулювання діяльності працівників міліції (поліції). *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2011. № 3 (46). С. 78–83.

15. Гіда Є. О. Деонтологічні принципи діяльності міліції України. *Науковий вісник НАВС*. 2010. № 6. С. 267–274.

16. Гіда Є. О. Деонтологія – наука про обов'язок і належну професійну поведінку. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. Спец. вип. № 8. 2011. С. 34–40.

17. Міжнародна поліцейська енциклопедія. Т. 1 / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. Київ : Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. С. 540.

18. Міжнародна поліцейська енциклопедія. Т. 1 / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. Київ : Концерн «Видавничий Дім "Ін Юре"», 2003. С. 543.

19. Міжнародна поліцейська енциклопедія. Т. 1 / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. Київ : Концерн "Видавничий Дім "Ін Юре", 2003. С. 541.

20. Сопілко І.М. Засади інформаційної аксіології в контексті формування державної інформаційної політики. *Підприємництво, господарство і право*. 2013. № 9. С. 42–47.

The article presents the author's results of determining the conceptual provisions of the scientific algorithm for the study of cybernetic deontology. The treatment of cybernetic deontology and deontological norms in the sphere of cybernetic relations are considered. The subjective composition of cybernetic relationships is analyzed and the scientific hypothesis about the necessity of including artificial intelligence in the subjective composition of legal relationships is substantiated from deontological positions. We propose our own vision of the concept of cybernetic marginality in the subject composition of which besides the person also includes artificial intelligence. The features of artificial intelligence have been identified. Due to the correlation of categories, the existence and proper justification of the possibility to extend in a certain way the horizon of understanding of deontology and the entrance to new frontiers of understanding directly of cybernetic deontology, because in the sphere of cybernetic relations a specific understanding of professional activity is formed, since as any person can develop malware and harm both public and private entities. Within the framework of cybernetic deontology, the following aspects have been distinguished: the theory of moral and ethical obligation, proper or morally obligatory behavior of subjects of cybernetic relations (people and artificial intelligence); the field of knowledge about the emergence, formation, development and functioning of the subjects of cybernetic relations of a special system of norms of good behavior, universally recognized standards based on priority, and guaranteeing the realization of cybernetic rights and freedoms of man and citizen, as well as artificial intelligence, their legitimate cybernetic interests and moral principles; science that studies international, national, regional and local systems of requirements for the behavior of cybernetic subjects, which will allow them to provide their behaviors and actions of motivational reasoning, to introduce in their group universal and group information and cybernetic values; scientific and educational discipline, which should be taught in the training of ICT, information law, administrative law, information policy, information security, public administration in the education of the new generation of cyber society, determining the level of cyber education and reform. It is concluded that the interdisciplinary nature of cybernetic deontology is ontological, and it is cybernetic axiology that makes it possible to understand the dualism of the proper and the existing in the cybernetic sphere, the connection of substantive and subjective values.

Key words: information law, cyberenetics, cybernetics deontology, cybersecurity policy, cybersecurity, artificial intelligence, cyberethics.

УДК 340.158
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.46

Владислав Веклич,
докт. юрид. наук,
доцент кафедри конституційного права, історії та теорії держави і права
Навчально-наукового Інституту права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної Академії управління персоналом

КОНЦЕПТ ІСТОРИКО-ПРАВОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ РАДЯНСЬКОГО ПЕРІОДУ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ

У контексті цього дослідження окреслено проблемний характер концепту історико-правового дослідження радянського періоду. З урахуванням зазначеної проблематики напрацьовано дефініцію концепту історико-правового дослідження радянського періоду. Спеціально було приділено увагу конституціоналізму радянської доби. Встановлено проблемні особливості сучасних історико-правових досліджень згаданого історичного періоду, зокрема, акцентовано увагу на поширеності ідеологічних штампів, а також на ситуативній відсутності критичного підходу до історичних матеріалів, вказано на релевантну теоретичну неодноманітність визначень і понять, сутність яких може не збігатися з державно-правовими явищами, тенденціями і процесами радянської доби. Особливу увагу приділено конституційному (або державному) праву радянської доби, яке є показовим в аспекті виявлення й окреслення тенденцій і процесів правового характеру. Встановлено зв'язок між державним правом радянської доби, а також галузевими регуляторами суспільних відносин у контексті системи законодавства.

Встановлено, що проблема стосовно ремоделювання концепту історико-правового дослідження радянського періоду не є суто теоретичною, оскільки у розглядуваному концепті відображаються історичні передумови сучасних державно-правових процесів та явищ, а помилка у розумінні історичних процесів може спричинити необ'єктивність в оцінці причинно-наслідкових реакцій та зв'язків історичного характеру з потенційними наслідками. Також увагу акцентовано на потребі врахування проблеми принципів права за умов радянського періоду якості однієї з ключових у процесі здійснення спеціальних наукових досліджень.

Окрім іншого, за підсумками дослідження розроблено рекомендації щодо концептуальних особливостей здійснення історико-правових досліджень з урахуванням специфіки розглядуваного предмета: приділено увагу принципу наукового історизму і принципам права, всебічності дослідження суспільних відносин за умов відповідного історичного періоду, а також узгодженню згаданих відносин з дослідженням актуалізованих державою інструментів соціального регулювання тощо.

Ключові слова: наукове дослідження, право, принципи права, радянська держава, регулювання суспільних відносин.

Постановка проблеми. Розвиток сучасних держави та права значною мірою залежить від напрацювання достовірних відомостей щодо історичного досвіду, які можуть знаходити своє практичне відображення в оцінці причин і наслідків та відповідних зв'язків щодо державних утворень. При цьому радянський період став підґрунтям для багатьох державно-правових явищ, тенденцій і процесів, які об'єктивуються за сучасних умов, а саме тому, аби убезпечити нашу державу від релевантних ризиків нагального характеру, набуває актуальності потреба ґрунтовнішого опрацювання відповідного історичного матеріалу.

Мета статті. У контексті поточного дослідження увага передусім зосереджена на опрацюванні спеціальної дефініції щодо концепту історико-правового дослідження радянського періоду, а також на окресленні релевантних проблемних аспектів з напрацюванням рекомендацій, що можуть застосовуватися у здійсненні згаданих досліджень з урахуванням специфіки цього періоду.

Виклад основного матеріалу. Концепт історико-правового дослідження радянського періоду з урахуванням зростання вагомості відповідного досвіду за умов поточного історичного етапу потребує чіткого теоретичного окреслення, що у підсумку й має забезпечити можливості для отримання науково обґрунтованого знання, придатного для опрацювання причинно-наслідкових реакцій

© В. Веклич, 2019

у довгостроковій перспективі. Так, у «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» зазначено: «Концепт – це формулювання, загальне поняття, думка» [1, с. 452]. Споріднене визначення наведене у «Юридичній енциклопедії»: «Концепція правова (лат. conceptio – сукупність, система) – провідна ідея, точка зору на те або інше правове явище» [2, с. 339]. Таким чином, у нашому випадку під концептом історико-правового дослідження радянського періоду ми розуміємо авторське формулювання або точку зору щодо науково обґрунтованого опрацювання проблематики історико-правового характеру державних утворень радянського типу за умов відповідного історичного періоду.

Так, проблемний характер історико-правових досліджень має відображення радянських ідеологічних штампів, які дотепер трапляються у сучасних напрацюваннях вітчизняних та іноземних вчених (зокрема, дивним з теоретичної точки зору видається і формулювання «УДК 340.158 Соціалістичне право і право комуністичного суспільства» [3]).

У розглядуваному контексті концептуальним аспектом є передусім розуміння права як інструменту регулювання суспільних відносин загального характеру, в якому відображаються спеціальні вихідні засади такого регулювання або ж відповідні принципи (сутнісно об'єктивуються як принципи права, принципи правотворчості, принципи нормотворчості та нормотворення).

Загалом, можна констатувати, що концепт права, який сформувався у XIX–XX століттях, передбачає наявність конституції держави, яка є вираженням (формою вираження або закріплення) конституційного права як галузі права (так, за радянського періоду порівняно частіше вживалося поняття «державне право»). У конституційному праві знаходять вираження основні принципи права, що мають відображатися в інструментарії регулювання суспільних відносин.

Вітчизняний конституціоналізм радянської доби та його подальші трансформації після здобуття Україною незалежності не знаходили критичної оцінки з точки зору значної частини фахівців. Особливість концептуального підходу полягає в тому, що норми конституційного («державного») права є базовими щодо формування системи права, а опосередковано – щодо регулювання суспільних відносин. Тобто вони виступають як принципи, засади і вихідні начала. Так, М. Гультай зазначив: «Ідеї конституціоналізму повинні бути сприйняті всією нацією та сприяти її консолідації на демократичних засадах» [4, с. 74]. Останнього, як можна було побачити з практики існування умовно «комуністичних» радянських державних утворень, на практиці не відбулося передусім через втрату цінності таких утворень для їх громадян, у зв'язку з чим більшість їх зникла з історичної арени: «Не зовсім логічними видаються окремі твердження про існування <...> «тоталітарного» конституціоналізму, оскільки <...> в тоталітарній системі – конституція із засади речі не може існувати або перетворюється виключно у фіктивну річ. Отже, говорити про наявність конституційних норм, а тим більше про їх реалізацію в таких випадках не доводиться» [4, с. 59].

Тож постає питання щодо концептуальних особливостей регулювання суспільних відносин радянської доби. Якщо саме конституційне право цієї доби через фактично аморфний характер радянських конституцій не мало об'єктивного вираження через фактичну реалізацію «диктатури пролетаріату», яка дозволяла безконтрольно винищувати сам пролетаріат, то цілком доречним видається застосування терміна «державне право» замість «конституційне право».

Іншою вагомою особливістю вивчення «державно-правових» явищ радянської доби видається теоретична потреба концептуального розрізнення й урахування юридичної конституції як писаного нормативного акта, що містив окремі правові положення, а також фактичної конституції як дійсного стану суспільних відносин, що мав місце за умов радянської історичної дійсності у зв'язку з реалізацією приписів, окреслених у конституціях на різних етапах розвитку.

Дещо одіозною видається вказівка, яку зробив В.Л. Федоренко щодо розвитку методології у своїй доповіді, навівши відповідну періодизацію та згадавши один з етапів: «Утвердження радянської методології державно-правових досліджень (початок XX століття – кінець XX століття)» [5, с. 8]. Загалом, тут відображено панівні підходи, що існують в історико-правовій науці, хоча з урахуванням наведеного дискусійним лишається саме правовий характер регулювання суспільних відносин. Останнє потребує перегляду термінологічного апарату з урахуванням стану фактичної конституції радянської доби, що може бути опрацьованим лише на базі спеціальних досліджень. Остання проблема щодо історико-правової науки має системний характер, оскільки пов'язана зі спеціальними галузевими правовими дослідженнями. Так, В.П. Хряпченко зазначив: «Ще з радянського періоду розвитку вітчизняної системи права більшість науковців намагалися «вмістити» всесоюзну

систему права в рамки якоїсь геометричної фігури (трикутника, ромба і т. п.). Практично без застережень в основі такої моделі системи права вчені того періоду бачили конституційне (державне) право як фундаментальну галузь права, на базі якої розташовувалися кримінальне, цивільне, адміністративне та трудове право як основні (або первинні) галузі» [6, с. 82-83]. Таким чином, проблема правового характеру державного (конституційного) права радянської доби набуває системного значення щодо сукупності досліджень, які стосуються різних аспектів вже згаданого «соціалістичного права або права комуністичного суспільства».

Проблема щодо ремоделювання концепту історико-правового дослідження радянського періоду не є суто теоретичною, оскільки у розглядуваному концепті відображаються історичні передумови сучасних державно-правових процесів та явищ, а помилка у розумінні історичних процесів може спричинити необ'єктивність в оцінці причинно-наслідкових реакцій та зв'язків історичного характеру з потенційними фатальними наслідками. Зокрема, Ю.С. Біленкова зазначила: «Сьогоднішня агресивна політика РФ у т. зв. близькому зарубіжжі (тобто на пострадянському просторі) сягає попередньої історичної епохи (1945–1991 рр.), коли декларовані принципи нового міжнародного права застосовувалися вибірково і не знайшли всезагального застосування. Опосередковано відповідальність за це лежить і на Українській державі та українській дипломатії (радянській та пострадянській) – приміром, офіційний Київ ніколи так і не надав належної правової оцінки вторгненню СРСР в Афганістан» [7, с. 7].

Іншим прикладом відсутності сутнісного наповнення дефініції «право» є період 1921-1939 років, щодо якого В. Кравчук вказав: «Означений етап відзначився формуванням та зміцненням тоталітарно-репресивного режиму, використовуючи державний механізм як узурпований інструментарій влади, положення, що закріплювали правовий статус суддів, формально маскувалися в перших українських радянських конституціях, а принцип незалежності суддів не мав жодного практичного наповнення, оскільки процедура виборів була номінальною» [8, с. 35]. Вивчаючи дещо пізніший етап, Ю.С. Лепех зазначив: «Характерним для періоду «десталінізації» (1945 – перша половина 1960-х років) є перейменування Ради Народних Комісарів на Раду Міністрів Української РСР. Продовжувалася практика видання спільних постанов (щодо Ради Міністрів СРСР та ЦК КПРС)» [9, с. 44]. Таким чином, питання щодо дотримання принципів права у здійсненні регулювання суспільних відносин за радянського періоду лишається відкритим. Останнє має резонувати як з урахуванням пріоритизації принципів права, так і принципу наукового історизму, що має враховуватися під час здійснення відповідних досліджень.

Висновки

У контексті опрацювання наявних праць щодо історико-правових особливостей радянської доби можна констатувати, що у багатьох випадках концепти історико-правового дослідження радянського періоду лишаються недовершеними, хоча і відображають специфічні авторські погляди на ті чи інші особливості предмета дослідження. Під час цього дослідження було напрацьовано спеціальну дефініцію щодо розглядуваного концепту, з урахуванням чого слід окреслити відповідні концептуальні особливості здійснення історико-правових досліджень з урахуванням специфіки розглядуваного предмета:

1. Обов'язковість урахування принципу наукового історизму з відмежуванням загальноцивілізаційних тенденцій у розвитку права від політичної пропаганди й агітації (навіть зафіксованих у нормативних актах).

2. Пріоритизація принципів права як незмінних протягом значних історичних проміжків правових констант, які прямо або опосередковано впливають на регулювання суспільних відносин (оцінка державно-правової дійсності з позицій дотримання окреслених вихідних засад).

3. Встановлення ефективності регуляторного впливу інструментів соціального регулювання та визначення їх відповідності правовим вимогам (сутнісно – принципам права).

4. Встановлення загальних (за потреби – і спеціальних) характеристик і рис фактичних суспільних відносин з визначенням причинно-наслідкових зв'язків.

5. Незмінність дефініцій і сутнісного наповнення визначень і понять протягом усього дослідження.

6. Визначення особливостей і взаємозалежності під час опрацювання динаміки суспільних відносин та актуалізованих державою інструментів соціального регулювання.

7. Безсторонність в опрацюванні методологічно обґрунтованих висновків та узагальнень з урахуванням досліджуваної проблематики.

Таким чином, за умови авторського підходу у дослідженні історико-правових явищ радянської доби здобуття науково обґрунтованого знання має набувати чіткої концептуальної вираженості та об'єктивної форми.

Список використаних джерел:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.
2. Юридична енциклопедія : в 6 т. Т. 3: К–М / редкол.: Ю.С. Шемшученко та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 2001. 792 с.
3. Рідкісні та цінні видання: УДК-навигатор. Бібліотека Київського університету імені Бориса Грінченка. 2019. URL: http://ek.kubg.edu.ua/cgi-bin/irbis64r_17/cgiirbis_64.exe?LNG=&C21COM=S&I21DBN=UDC&Z21ID=&S21FMT=UDC&S21ALL=<.>U=340%2E15<.>&P21DBN=RVP&S21COLORTERMS=0 (дата звернення: 15.11.2019).
4. Гультай М. Вітчизняний конституціоналізм радянської доби та його трансформація після здобуття Україною незалежності. *Вісник Конституційного суду України*. 2015. № 5. С. 59–77.
5. Федоренко В.Л. Методологія сучасних конституційно-правових досліджень в Україні : наук доповідь. НАПрН України, Київський регіональний центр, 2015. 64 с.
6. Хряпченко В. П. Комплексні галузі права в різомній моделі системи права. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції* : матер. Міжнар. наук.-практ. конфер. (20 трав. 2016 р., м. Одеса) : у 2 т. Т. 1. Одеса : Юрид. л-ра, 2016. С. 82–85.
7. Біленкова Ю.С. Участь політико-правових суб'єктів Української РСР в розробці та утвердженні основних інститутів нового міжнародного права (1944–1991 рр.): історико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2019. 248 с.
8. Кравчук В. Історико-правові аспекти конституційних основ правового статусу суддів у міжвоєнний період (1921–1939 рр.) на теренах радянської України. *Історико-правовий часопис*. 2017. № 1. С. 31–36.
9. Лепех Ю.С. Історіографія дослідження правотворчості органів публічного управління. *Юридичний вісник*. 2018. № 1. С. 42–47.

The problematic nature of the concept of the historical and legal research of the Soviet period was outlined as the special problem specifically. Taking into account the outlined issues, the definition of the concept of historical and legal research of the Soviet period has been elaborated. The problematic features of modern historical and legal researches of the mentioned historical period are established, yet in particular the attention is paid to the prevalence of ideological stamps, as well as to the situational lack of a critical approach to historical materials, points to the relevant theoretical heterogeneity of definitions and concepts, the essence of which can not be relevant to the actual trends and processes of the Soviet era. Particular attention is paid to the constitutional (or state) law of the Soviet era, which is illustrated in terms of identifying and outlining trends and processes of a legal nature. The relationship between state law of the Soviet era and social regulators in the context of the system of law was established.

It is established that the problem regarding the remodeling of the concept of the historical-legal study of the Soviet period is not purely theoretical, since the concept under consideration reflects the historical preconditions of modern state-legal processes and phenomena, and an error in the understanding of historical processes can lead to bias in evaluating the causal links of historical nature with potential consequences. Attention is also drawn to the need to take into account the problem of the principles of law in the Soviet period as one of the keys in the implementation of specialized scientific research.

Among other things, the author has developed recommendations on the conceptual features of the implementation of historical and legal studies, taking into account the specifics of the subject: attention is paid to the principle of scientific historicism and the principles of law, the comprehensive study of social relations in the context of the relevant historical period, as well as the harmonization of research on the mentioned social instruments of social regulation and the like.

Key words: scientific research, law, principles of law, Soviet state, regulation of social relations.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.47

Наталія Коваленко,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри поліцейського права
Національної академії внутрішніх справ

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАК ПРАВОВОГО РЕЖИМУ

Метою статті є вивчення наукових поглядів на поняття «правовий режим», а також визначення його характеристик. Розглянуто наукові підходи до визначення концепції «правовий режим» провідних радянських та вітчизняних учених-цивілістів. На основі проведеного аналізу сформульовано авторське визначення досліджуваного поняття. Визначено характерні ознаки правового режиму, які дають змогу виокремити його з-поміж інших правових феноменів. З'ясовано, що правовий режим – це порядок регулювання, впорядкування соціальних відносин, історично викликаний до життя політичним режимом демократії й тісно пов'язаний із політико-правовим режимом законності. Зроблено висновок, що загальну категорію правового режиму необхідно розглядати як нормативно закріплений винятковий порядок державного регулювання особливих суспільних відносин, який об'єктивується через структуровану сукупність різноманітних регулятивно-правових методів, комплекс котрих визначено специфікою відносин, що регулюються. Основними атрибутами правового режиму, що зумовлюють його окремий стан серед інших правових феноменів, є такі: по-перше, це порядок регулювання, впорядкування соціальних відносин, історично викликаний до життя політичним режимом демократії та тісно пов'язаний із політико-правовим режимом законності; по-друге, визначальною рисою правового режиму є його обов'язкова нормативна закріпленість, сформульованість у конкретних нормативно-правових актах; по-третє, правові режими визначаються й санкціонуються виключно державою, яка в особі уповноважених органів зобов'язана ретельно відстежувати нюанси й тенденції розвитку окремих ситуацій, положень і суспільних відносин, які потребують регулювання, крім того, правовий режим являє собою структуровану сукупність регулятивно-правових методів (обмежень, заборон, дозволів, додаткових зобов'язань); по-п'яте, застосування правового режиму – завжди виняток із системного правового регулювання суспільних відносин у державі, пов'язаний із потребою обмежити або, навпаки, надати додаткових прав і повноважень особам у специфічній сфері або в конкретній ситуації.

Ключові слова: правовий режим, визначення, поняття, ознаки, правова категорія.

Постановка проблеми. Проблематика правових режимів завжди цікавила дослідників, а останнім часом узагалі характеризується як надзвичайно актуальна. Серед причин підвищеної наукової уваги до розгляду правових режимів російський дослідник С. Д. Хазанов зазначає такі:

1) перехід режимного регулювання на інший рівень, якісні зміни в ньому, пов'язані з відходом від єдиноцентричної радянської моделі жорсткого правового регулювання і розвитком конкретних національних моделей законодавства;

2) потреба публічного управління у специфічних регулятивних характеристиках правових режимів, необхідних для оптимізації функціонування владних органів у нетипових управлінських ситуаціях;

3) масове виникнення нових об'єктів і територій, для сталого функціонування яких необхідними є режимні правила діяльності;

4) специфіка особливих правових режимів, що являють собою адекватну форму адміністративно-правової регуляції в екстраординарних ситуаціях, водночас даючи змогу застосування надзвичайних заходів і гарантуючи відповідність зазначених заходів конституційним приписам;

5) властивість правових режимів об'єднувати й розрізняти адміністративно-правові заходи відповідно до характеристик суспільних відносин, що регулюються, мети й завдань, які стоять перед правозастосуванням, та органічно поєднувати їх з іншими політичними, економічними, інформаційними заходами [1, с. 80].

До цього переліку можна також додати глобальну тенденцію до збільшення випадків тероризму, цього «трансполітичного дзеркала Зла», зумовлену, за словами відомого французького мислителя Ж. Бодрійяра, станом вибуховості, притаманним сучасному світу [2, с. 7]. Дійсно, це одна

© Н. Коваленко, 2019

з найбільш загрозливих відмінностей часу, що непередбачувано руйнує звичний стан речей, роблячи ілюзорною всю систему прав людини, включаючи право на життя, і потребує значних управлінських зусиль для нормалізації ситуації.

Метою статті є вивчення наукових поглядів на поняття «правовий режим», а також визначення його характеристик.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Досліджуване питання розглядали у своїх наукових працях такі вчені, як, наприклад, С.С. Алексєєв, Д.Н. Бахрах, Г.С. Бєляєва, В.Б. Ісаков, С.О. Кузніченко, Н.І. Матузов, А.В. Малько, О.С. Родіонов, І.О. Соколова, А.С. Спаський, Е.Ф. Шамсумова та ін.

Виклад основного матеріалу. У роботах В.Б. Ісакова знаходимо визначення правового режиму як соціального режиму деякого об'єкта, закріпленого правовими нормами й забезпеченого сукупністю юридичних засобів [3, с. 258]. Тобто науковець виокремлює три визначальні аспекти, що дають змогу ідентифікувати правове явище як режим: певний об'єкт, певний порядок і певні юридичні засоби, що цей порядок підтримують. Крім того, звертає на себе увагу дефініція правового режиму як різновиду режиму соціального. Із цим можна погодитись, адже будь-яке явище, що відбувається в процесі людської життєдіяльності, можна визначити насамперед як соціальне, тобто породжене людською взаємодією, а належність до інших сфер реальності – правової, економічної, політичної тощо – визначається характером і метою цієї взаємодії. Зарахування правового режиму саме до правових явищ зумовлюється тим, що в будь-якому разі саме право визначає моменти його початку та припинення, змінює й забезпечує режимний вплив «на суспільні відносини системи (визначеного переліку) юридичних засобів, які притаманні конкретній галузі права та забезпечують нормальне функціонування цього комплексу суспільних відносин» [4, с. 27].

С.О. Кузніченко аналізовану правову категорію розглядає крізь призму результату регулятивного впливу на суспільні відносини системи (певного набору) юридичних засобів, властивих конкретній галузі права, що забезпечують оптимальне функціонування зазначених суспільних відносин [5, с. 123]. При цьому, на нашу думку, науковець занадто категорично загострює увагу на розумінні правового режиму саме як результату регулятивно-правового впливу. Інші дослідники, Н.І. Матузов та А.В. Малько, пропонують трактувати правовий режим не стільки як результат, скільки як «систему умов і методик здійснення правового регулювання, певний «розпорядок» дії права, необхідний для оптимізації досягнення відповідних цілей». До цього науковці додають, що правовий режим, на їхню думку, це функціональна характеристика права [6, с. 18].

Зазначимо, що проаналізовані нами наукові підходи до розуміння змісту категорії «правовий режим» віддзеркалюють найбільш характерні ознаки цього явища: регулювання, порядок регулювання та засоби (юридичні) регулювання. При цьому питання обмеження прав і свобод осіб, які перебувають в умовах певного правового режиму, залишилось, так би мовити, за рамками уваги науковців.

Цей аспект деякою мірою висвітлено в працях С.С. Алексєєва. Учений досліджує характерні риси правового режиму як порядку регулювання, що відбивається в комплексі правових засобів, котрі відображують особливе поєднання взаємодіючих дозволів, заборон і позитивних зобов'язань та уособлюють специфічну спрямованість регулювання [7, с. 185]. На думку С.С. Алексєєва, «кожен правовий режим є все-таки саме режимом; варто брати до уваги основні зазначені відтінки цього слова, у тому числі й те, що правовий режим виражає ступінь жорсткості юридичного регулювання, наявність певних обмежень або пільг, припустимий рівень активності суб'єктів, межі їхньої правової самостійності. Саме тому під час розгляду правових питань ми зазвичай говоримо, наприклад, про жорсткі або пільгові правові режими» [7, с. 144]. Цю думку підтримують і розвивають О.С. Родіонов та А.В. Малько, визначаючи, що правовий режим – це сукупність юридичних засобів, яку встановлює й забезпечує держава [8, с. 18–21], регулюючи конкретні суспільні відносини, через обмеження одних і стимулювання інших сторін діяльності окремих суб'єктів права [9, с. 19]. Отже, ідеться вже не тільки про можливі обмеження, а й про потенціальні заохочення, тобто (узагальнено) про зміни обсягу прав і свобод особи в режимних умовах.

Відомий науковець Д.Н. Бахрах під правовим режимом пропонує розуміти систему норм, яка регулює діяльність, стосунки між людьми з приводу певних об'єктів. Правовий режим трактується вченим як комплекс суспільних відносин стосовно конкретної діяльності, закріплений юридичними нормами та забезпечений організаційними засобами. Необхідність у правових режимах, уважає дослідник, зумовлена особливістю певних суспільних відносин, які потребують використання специфічних форм і мето-

дів діяльності, закріплених у системі прав та обов'язків суб'єкта правового режиму [10, с. 201].

Ураховуючи сказане, змістовно повним можна вважати визначення Н.І. Матузова й А.В. Малька: правовий режим – це «особливий порядок правового регулювання, що виражається в певному поєднанні юридичних засобів і створює бажаний соціальний стан і конкретний ступінь сприятливості або несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права» [11, с. 18-19]. Ще більш розгорнутою виглядає дефініція Е.Ф. Шамсумової, згідно з якою правовий режим – це «особливий порядок законодавчого регулювання діяльності суб'єктів права в різноманітних сферах суспільних відносин або на певних об'єктах, який складається з установлення механізму забезпечення фактичної реалізації системи стимулів, нормативів, гарантій, заборон, зобов'язань, обмежень, а також їх виконання, застосування заходів примусу та притягнення винних до відповідальності» [12, с. 33–45].

Зазначимо, що визначення правового режиму, запропоноване Е.Ф. Шамсумовою, розкриває його зміст, мету, структуру й, на відміну від багатьох інших визначень, процесуальний порядок; як нам видається, це важливе уточнення, що допомагає окреслити обмеженість правового режиму сферою або часом застосування. Додамо також, що пропозиція включити до складу правового режиму стадію притягнення винних до відповідальності виглядає дискусійною; можливо, цей момент варто було б розглядати як наслідки факту порушення правового режиму, а не безпосередню його частину. Але це дещо виходить за межі нашого наукового пошуку, тому до цього питання ми звернемося в майбутньому.

У науковій літературі питання про правовий режим досить часто розглядається крізь призму проблематики предмета й методу правового регулювання, при цьому спостерігається певна різниця в дослідницьких поглядах. Так, одне із запропонованих науковцями розумінь полягає в тому, що правовий режим визнається за змістом близьким, майже ідентичним поняттю «метод правового регулювання». За словами А.С. Спаського, представника такого підходу, обидва поняття означають певну сукупність засобів і прийомів впливу права на суспільні відносини, а елементи їхньої структури (правовий статус суб'єктів, особливі юридичні засоби регулювання тощо) збігаються [13, с. 27]. Можемо дещо критично поставитись до такого трактування; на нашу думку, метод правового регулювання, по суті, охоплює виключно правові засоби, тоді як правовий режим має в розпорядженні як правові, так і неправові (певні організаційні приписи, технічні операції); навіть стосовно правового складника режим скоріше можна уявити як сукупність методів, ніж конкретний метод регулювання. Тобто цей підхід видається нам таким, що невиправдано звужує змістовий обсяг категорії «правовий режим».

З іншого боку, трапляються в літературі й спроби занадто широкого розуміння правового режиму. Так, С.С. Алексєєв запропонував поширити застосування поняття «правовий режим» на всі види правових відносин, незважаючи на умови їх буття. Учений зазначає, що орієнтація під час розгляду правових питань на засади, які побудовані на дозволах, а також на права й активність суб'єктів не завжди збігається зі змістом поняття «правовий режим». С.С. Алексєєв уважає за необхідне й такі явища ідентифікувати як правові режими, тому що це «свідчить про особливу спрямованість, клімат у регулюванні та формує реальну картину певної ділянки правової дійсності, яка є важливою для забезпечення високої організованості, дисципліни й відповідальності в суспільстві» [7, с. 106].

Безумовно, погоджуючись із тим, що правові режими характеризуються не виключно заборонами й жорсткими приписами, а можуть, навпаки, призначатися для створення найбільш сприятливих умов і супроводжуватися дозволами як головного методу регулювання, водночас не можемо без критики сприйняти загальне поширення категорії «правовий режим», використання її для позначення будь-яких правовідносин. Застосування цього поняття виправдане, якщо йдеться про щось особливе, специфічне: чи непередбачувану ситуацію, чи окрему сферу врегульованої правом діяльності. Говорити, наприклад, про загальний «правовий режим охорони громадського порядку» не можна, бо то звична правоохоронна діяльність, для якої не передбачено окремих режимних приписів; інша річ, якщо мається на увазі охорона громадського порядку під час проведення якихось культурних або спортивних заходів, тобто ситуація виходить за межі звичайності, повсякденності. Спроба ж поширити поняття правового режиму на всі без винятку правовідносини свідчить, на нашу думку, про хибне ототожнення правового режиму як такого з політико-правовим режимом законності – категорією, що перебуває на більш високому рівні абстракції порівняно з правовим режимом.

Підбиваючи підсумки розгляду загальних характеристик правового режиму як явища, ще раз сформулюємо основні атри-

бути, які дають змогу виокремити його із сонму інших правових феноменів.

По-перше, встановлено, що правовий режим – це порядок регулювання, впорядкування соціальних відносин, історично викликаний до життя політичним режимом демократії й тісно пов'язаний із політико-правовим режимом законності. При цьому важливо звернути увагу на те, що якщо політичний і політико-правовий режими завдають орієнтири загального впорядкування суспільних відносин у державі, то мета режиму правового (і в цьому ми згодні з дослідницею Г.С. Бєляєвою) – регулювання окремих комплексів суспільних відносин [14, с. 34]. На думку законодавця, застосування правових режимів до окремих правовідносин має сприяти ефективному зняттю, згладжуванню суперечок, колізій у правовому регулюванні суспільних відносин [15, с. 16].

По-друге, визначальною рисою правового режиму варто вважати його обов'язкову нормативну закріпленість, сформульованість у конкретних нормативно-правових актах. Саме ними правовий режим встановлюється, змінюється, припиняється та забезпечується.

По-третє, правовий режим – це порядок державного регулювання. Правові режими визначаються й санкціонуються виключно державою, яка в особі уповноважених органів зобов'язана ретельно відстежувати нюанси й тенденції розвитку окремих ситуацій, положень і суспільних відносин, що потребують регулювання. Беручи до уваги, що правові режими покликані «створювати бажаний соціальний стан і конкретний ступінь сприятливості або несприятливості для задоволення інтересів суб'єктів права» [11, с. 18-19], доцільно назвати як необхідну умову мобільність законодавчого регулювання правових режимів для забезпечення оптимальної пристосованості права до суспільно значущих ситуацій.

По-четверте, правовий режим являє собою структуровану сукупність регулятивно-правових методів; використовуючи технологічні метафори, правовий режим можна порівняти з матрицею або, за словами І.О. Соколової, зі своєрідним «збільшеним блоком у загальному арсеналі правового інструментарію, що з'єднує в єдину конструкцію певний комплекс правових засобів» [16, с. 49]. До правового режиму можуть входити правові обмеження, заборони, дозволи й додаткові зобов'язання; залежно від особливостей та основних характеристик відносин, які підлягають регулюванню, держава конструює комплекс методів, що становлять регулятивний механізм режиму.

По-п'яте, правовий режим як феномен має винятковий характер. Інакше кажучи, застосування правового режиму – завжди виняток із системного правового регулювання суспільних відносин у державі, пов'язаний із потребою обмежити або, навпаки, надати додаткових прав і повноважень особам залежно від конкретної ситуації. Правовий режим – особливий правовий інструмент законодавця для регулювання діяльності або у специфічній сфері («митний режим», «режим господарської діяльності на прикордонній території»), або в особливій ситуації (режим воєнного стану тощо). Після досягнення мети створення такого режиму за спеціальним порядком, який передбачено режимом, відбувається повернення до звичайного правового регулювання.

Нарешті, важливою характеристикою правового режиму є його обмеженість. Вище ми вже аргументували свою незгоду зі спробами репрезентувати правовий режим як універсальну категорію; тут зазначимо тільки те, що обмеженість безпосередньо випливає з винятковості правового режиму як явища. Застосування правового режиму має відбуватися з обов'язковими обмеженнями за такими параметрами, як час застосування, територія застосування, об'єкт, суб'єкт; наприклад: у виняткових випадках (режим надзвичайного стану, режим воєнного стану тощо); щодо окремих територій (режим заповідних територій і об'єктів); стосовно об'єктів (режим обігу наркотичних засобів, режим обігу екологічної інформації, транзитний режим); щодо суб'єктів (режим найбільшого сприяння, національний режим) [17, с. 214].

Висновок

Отже, на основі вищевикладеного загальну категорію правового режиму запропоновано розглядати як нормативно закріплений винятковий порядок державного регулювання особливих суспільних відносин, який об'єктивується через структуровану сукупність різноманітних регулятивно-правових методів, комплекс котрих визначено специфікою відносин, що регулюються.

Основними атрибутами правового режиму, що зумовлюють його окремий стан серед інших правових феноменів, є такі: по-перше, це порядок регулювання, впорядкування соціальних відносин, історично викликаний до життя політичним режимом демократії та тісно пов'язаний із політико-правовим режимом законності; по-друге, визначальною рисою правового режиму є його обов'язкова нормативна закріпленість, сформульованість у конкретних

нормативно-правових актах; по-третє, правові режими визначаються й санкціонуються виключно державою, яка в особі уповноважених органів зобов'язана ретельно відстежувати нюанси й тенденції розвитку окремих ситуацій, положень і суспільних відносин, які потребують регулювання, крім того, правовий режим являє собою структуровану сукупність регулятивно-правових методів (обмежень, заборон, дозволів, додаткових зобов'язань); по-п'яте, застосування правового режиму – завжди виняток із системного правового регулювання суспільних відносин у державі, пов'язаний із потребою обмежити або, навпаки, надати додаткових прав і повноважень особам у специфічній сфері або в конкретній ситуації. Нарешті, застосування правового режиму має відбуватися з обов'язковими обмеженнями за такими параметрами, як час застосування, територія застосування, об'єкт, суб'єкт.

Список використаних джерел:

1. Хазанов С.Д. Институт административно-правовых режимов в системе административного прав. *Институты административного права России*. Москва, 1999. 362 с.
2. Бодрийар Ж. Прозрачность зла. Москва : Добросвет, 2012. 260 с.
3. Исаков В.Б. Механизм правового регулирования – правовые режимы. Проблемы теории государства и права : учебник / под ред. С.С. Алексеева. Москва : Юрид. лит., 1987. С. 258–259.
4. Морозова Л.А. Конституционное регулирование в СССР. Москва, 1985. 288 с.
5. Кузніченко С.О., Басов А.В. Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану»: науково-практичний коментар. Харків : ПРОМЕТЕЙ-ПРЕС, 2006. 380 с.
6. Малько А.В., Шундиков К.В. Цели и средства в праве и правовой политике : монография. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003. 180 с.
7. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. Москва : Юрид. лит., 1989. 288 с.
8. Мальцев В.В. Особливості забезпечення правового режиму антитерористичної операції органами внутрішніх справ України. *Вісник Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна. Серія «Право»*. 2015. № 20. С. 266–270.
9. Алексеев С.С. Теория права. Москва : Издательство БЕК, 1995. 320 с.
10. Бахрах Д. Н., Россинський Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право : учебник для вузов. 3-е изд., пересмотр. и доп. Москва : Норма, 2008. 816 с.
11. Малько А.В., Шундиков К.В. Цели и средства в праве и правовой политике : монография. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2003. 180 с.
12. Шундиков К.Б. Механизм правового регулирования : учебное пособие / под ред. д-ра юрид. наук, проф. А.В. Малько. Саратов: СГАП, 2001. 218 с.
13. Средства и методы правового регулирования отношений частной собственности. *Общество и право*: сборник трудов докторантов, адъюнктов и соискателей / под общ. ред. В.П. Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургский университет МВД России, 2003. Вып. 17. 240 с.
14. Беляева Г.С. Правовой режим: к определению понятия. Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. *Вопросы теории и практики*. 2012. № 3 (17). Ч. 2. С. 33–35.
15. Евдокимова, Е.Г., Ромашов, Р.А. Правовой режим законности: теория и история. Правоведение. 2001. № 5. С. 261–271.
16. Соколова О.С. Административно-правовые режимы конфиденциальной информации в системе специальных административно-правовых режимов. URL: http://www.nauka-pravo.org/m/articles/view/%. (дата звернення: 04.10.2019).
17. Комаров С.А. Общая теория государства и права: курс лекцій. 2-е изд., испр. и доп. Москва : Манускрипт, 1996. 312 с.

The purpose of the article is to study scientific views on the concept of "legal regime", as well as to determine its characteristics. Scientific approaches to defining the concept of "legal regime" of leading Soviet and domestic civilian scientists are considered. On the basis of the analysis the author's definition of the concept under study is formulated. The legal regime, which distinguishes it from other legal phenomena, has been identified. It has been found that the legal regime is an order of regulation, ordering social relations, historically brought to life by the political regime of democracy and closely linked to the political-legal regime of legality. It is concluded that the general category of the legal regime should be considered as a normatively fixed exceptional order of state regulation of special social relations, which is objectified through a structured set of various regulatory and legal methods, the complex of which is determined by the specific nature of the regulated relations. The main attributes of the legal regime that determine its separate status among other legal phenomena are: first, it is the order of regulation, the ordering of social relations, historically brought to life by the political regime of democracy and closely linked to the political and legal regime of law; secondly, the defining feature of the legal regime is its binding regulatory enshrining, formulation in specific legal acts; thirdly, legal regimes are defined and sanctioned exclusively by the state, which, in the person of the competent authorities, is obliged to carefully monitor the nuances and tendencies of the development of certain situations, provisions and social relations that need regulation; moreover, the legal regime is a structured set of regulatory and legal methods (restrictions, prohibitions, permits, additional obligations); fifth, the application of the legal regime is always an exception to the systemic legal regulation of public relations in the country, linked to the need to limit or, conversely, confer additional rights and powers on persons in a specific field or situation.

Key words: legal regime, definitions, concepts, features, legal category.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.48

Степан Ковбасюк,
старший викладач кафедри загальнотеоретичної юриспруденції
Національного університету «Одеська юридична академія»

НАПРЯМИ ІНСТИТУАЛІЗАЦІЇ НЕДИСКРИМІНАЦІЇ В УКРАЇНІ

Однією з перешкод на шляху формування демократичної правової держави в Україні, яка гарантує усім громадянам незалежно від їх статі, релігійних переконань, раси, кольору шкіри, етнічного походження, мови, політичних та інших поглядів рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, стало поширення дискримінаційних практик у різних сферах життя. Саме недосконалість або недієвість антидискримінаційного законодавства і досі залишається однією з перепон на шляху європейської інтеграції України.

У міжнародному праві склався описовий підхід до визначення поняття «дискримінація», в рамках якого передбачено основні прояви дискримінації: розрізнення, виняток або обмеження, обов'язковим наслідком яких є позбавлення, обмеження чи перешкоди в здійсненні прав та свобод людини.

Вітчизняний законодавець пішов іншим, теоретично не обґрунтованим шляхом у формулюванні загального категоричного безоціночного визначення дискримінації. Закріплення ознак дискримінації та алгоритму перевірки на законодавчому рівні є важливим кроком у боротьбі з дискримінацією, однак, окрім законодавчого регулювання принципу недискримінації, його інституалізація повинна включати створення системи державних та недержавних інституцій, які б забезпечували імплементацію положень антидискримінаційного законодавства.

Інституалізація принципу недискримінації повинна включати два основні напрями: 1) формування в рамках наявних інститутів спеціальних структур, які будуть займатися конкретними проявами дискримінації; 2) формування спеціальних інститутів, які будуть займатися захистом прав і свобод, а також боротися з дискримінацією різних категорій суб'єктів (жінок, дітей, біженців; національних, релігійних, мовних меншин)

Неефективність боротьби з дискримінацією в Україні пов'язана з відсутністю інституційних механізмів покарання порушників антидискримінаційного законодавства. Нормативно-правова база запобігання та протидії дискримінації не може ефективно працювати без визначення процедур їх застосування, передбачення відповідних санкцій, які будуть застосовані в судах проти порушників антидискримінаційного законодавства.

Ключові слова: дискримінація, рівність, принцип недискримінації, пряма дискримінація, непряма дискримінація, омбудсман, інституалізація принципу недискримінації, антидискримінаційне законодавство.

Постановка проблеми. Однією з перешкод на шляху формування демократичної правової держави в Україні, яка гарантує усім громадянам незалежно від їхньої статі, релігійних переконань, раси, кольору шкіри, етнічного походження, мови, політичних та інших поглядів рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, стало поширення дискримінаційних практик у різних сферах життя. Саме недосконалість або недієвість антидискримінаційного законодавства і досі залишається однією з перепон на шляху європейської інтеграції України.

У сучасному праві принципи толерантності та недискримінації відіграють все більшу роль у регулюванні суспільних відносин. Вони за своєю природою є сучасною конкретизацією принципів рівності та справедливості, які є основою побудови сучасного права. Також можна зазначити, що сам принцип рівності певною мірою побудований і обґрунтовується забороною дискримінації. Сьогодні можна констатувати, що саме новий рівень розуміння рівності зумовлений еволюцією концепту дискримінації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У вітчизняній юридичній науці дослідження поняття дискримінації та механізму боротьби з цим явищем здебільшого пов'язане або з галузевою специфікою цього явища (наприклад, значний масив досліджень присвячений проблемі дискримінації у сфері трудових відносин), або з особливостями захисту різних категорій осіб від дискримінації (гендерна, релігійна, етнічна дискримінація). Водночас бракує загальнотеоретичних досліджень у сфері недискримінації, особливо це стосується питання інституалізації недискримінації.

© С. Ковбасюк, 2019

Постановка завдання. Основним завданням даної статті є визначення проблемних аспектів формулювання поняття дискримінації та основних напрямів інституалізації принципу недискримінації в законодавстві та формування інституційної системи протидії дискримінації в сучасній державі.

Виклад основного матеріалу. Визначити поняття дискримінації непросто з огляду на низку обставин. По-перше, дискримінація є ставленням до людини з порушенням принципу рівності, тому складність визначення дискримінації є наслідком проблем визначення концепту рівності. По-друге, критерії дискримінації не завжди є однозначними та можуть зумовлювати сумніви в їхній обґрунтованості. Нарешті, не всі ситуації, які можна вважати нерівністю, є дискримінацією, адже законодавець може надавати певним суб'єктам в окремих випадках пільги, у зв'язку з чим інші суб'єкти можуть скаржитись на дискримінацію їхніх прав і законних інтересів [1, с. 15].

Полемічність терміна «дискримінація» є не єдиною проблемою, що стоїть на заваді його теоретичного осмислення. Дискримінації як явищу бракує чітких, даних раз і назавжди рис, що могли би бути зафіксовані у його дефініції. З іншого боку, неможливо обійтися і без дефініції, котра би втілювала більш-менш однозначні ознаки цього явища.

У міжнародному праві поняття дискримінації було викладене у Конвенції про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти та Конвенції про дискримінацію в галузі праці та занять, що пізніше було уточнене в Міжнародній конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації та у Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок.

Так, ст. 1 Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації надає таке визначення поняття «расова дискримінація»: будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевага, основана на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя. Аналогічно у ст. 1 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок передбачається, що поняття «дискримінація щодо жінок» означає будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, спрямовані на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками, незалежно від їхнього сімейного стану, на основі рівноправності чоловіків і жінок, прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі [2].

Відповідно до підходу, викладеного в цих документах, дискримінація означає будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, основані на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, статі, релігії, політичних переконань, іноземного походження або соціального походження, віку, стану здоров'я чи з інших підстав, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях.

Нині в Україні основним нормативно-правовим актом, що розкриває законодавче визначення дискримінації та встановлює основні засади боротьби з дискримінацією в різних сферах, є Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Ст. 1 цього закону закріплює, що дискримінація – це ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними (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. [3]

Характерно, що в міжнародному праві склався описовий підхід до визначення поняття «дискримінація», в рамках якого передбачено основні прояви дискримінації: розрізнення, виняток або обмеження, обов'язковим наслідком яких є позбавлення, обмеження чи перешкоди в здійсненні прав та свобод людини.

Вітчизняний законодавець пішов іншим, теоретично не обґрунтованим шляхом у формулюванні загального категоричного безоціночного визначення дискримінації, котре супроводжується і правовими винятками. І вже ці винятки містять вказівку на таку оціночну ознаку дискримінації, як необґрунтованість. Запровадження у національному праві інституту позитивних дій – «латка», яка рятує це небездоганне визначення дискримінації [1, с. 16].

Таким чином, у рамках поняття «дискримінація» можна виокремити необґрунтованість як релятивну ознаку, що відображає дискурсивні конкретно-історичні зміни в суспільстві, а отже, одна й та сама поведінка може з часом вважатись і дозволеною, і забороненою. При цьому дискримінація має певне нерелятивне ядро, яке передбачає розрізнення, виняток, обмеження, результатом якого є погіршення становища людини за ознаками раси, кольору шкіри, соціального походження, релігійних та інших переконань тощо.

Та обставина, що дискримінація є дуже мінливим явищем, яке потребує постійного переосмислення, якому бракує чітких, даних раз і назавжди рис, не може бути підставою для відмови у формулюванні принаймні деяких ознак дискримінації. Основним недоліком підходу до визначення дискримінації у вітчизняному законодавстві стає фактична неможливість сформулювати конкретні ознаки дискримінації як певного різновиду правопорушення.

Як наслідок маємо вкрай неоднозначну ситуацію зі змістом і застосуванням ст. 161 Кримінального кодексу України. Вона викладена таким чином, що стосується лише громадян, але не апатридів та іноземців. Виходячи з цього, негромадяни, навіть ті, які перебувають в Україні легально, не можуть захиститися за її допомогою, що є черговим фактом дискримінації за ознакою відсутності українського громадянства.

Зі змісту ст. 161 випливає, що передбачене нею діяння, вчинене щодо іноземців та осіб без громадянства, не є злочином, що по своїй суті є правовим нонсенсом. Парадоксально, адже саме вони найчастіше стають жертвами расової та етнічної ксенофобії і набагато більше потребують захисту від неї, ніж громадяни України [4, с. 73].

Аналіз нормативно-правових актів, що містять у тексті згадку про дискримінацію й похідні від нього терміни, дозволяє зробити висновок, що підставою цього явища можуть бути: (1) стать; (2) релігійні погляди; (3) расова належність, колір шкіри; (4) етнічне походження; (5) мова; (6) сімейний стан; (7) політичні та інші погляди; (8) екологічне та інше становище; (9) місце народження; (10) вік; (11) стан здоров'я; (12) народження дитини; (13) статус; (14) наявність власності; (15) будь-яка форма соціальної сегрегації; (16) генетична спадковість тощо; економічна діяльність та професія. [5; с. 10]

Відповідно, до різновидів дискримінації можна віднести 1) расову дискримінацію; 2) дискримінацію за політичними, релігійними та іншими переконаннями; 3) гендерну дискримінацію; 4) дискримінацію за інвалідністю, станом здоров'я; 5) дискримінацію за соціальним походженням і станом; 6) дискримінацію за мовними або іншими ознаками.

Важливим елементом у конструюванні законодавчого визначення дискримінації є формування критеріїв віднесення тих або інших дій до дискримінаційних. Такі критерії найбільш повно сформульовані в практиці Європейського суду з прав людини, що заснована на застосуванні норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [6].

Визначення критеріїв дискримінації, а також умов, за яких розрізнення і винятки допустимі, стає можливим, якщо досліджувати практику Європейського суду з прав людини. Найвідомішою розглянутою Судом справою стала «Справа про мови в Бельгії» (The case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium», 1968 р.). У цій справі серед критеріїв порушення ст. 14 Конвенції – так званих «елементів стандарту принципу недискримінації» – Суд виокремив такі: 1) наявність «конкретних розрізнень у поводженні, що стосуються користування якимось із визнаних прав чи свобод»; 2) відсутність «об'єктивного та розумного обґрунтування» відмінностей у підході; 3) відсутність «розумної пропорції між використаними засобами і тією метою, для досягнення якої вони здійснювалися» [7, с. 98].

У більш пізніх прецедентах ЄСПЛ установив, що дискримінація означає різне поводження з людьми у порівняно аналогічних ситуаціях, не зумовлене жодними розумними чи об'єктивними причинами, що «ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати»

Згідно з використовуваним Судом алгоритмом, для констатації порушення заборони дискримінації слід встановити, що:

1) державний захід (дія чи бездіяльність), які оскаржуються, підпадають під сферу дії іншого матеріального положення Конвенції або стосуються будь-якого передбаченого національним законом права;

2) існує розрізнення у поводженні порівняно з іншими особами, які перебувають в аналогічному становищі («тест на порівнянність» – «comparability test»). Цей елемент вимагає доведення того, що: а) поводження із заявником є суттєво відмінним і менш сприятливим, аніж з іншими; б) підставою для розрізнення є особиста характеристика (якість) або статус заявника, які належать до заборонених підстав дискримінації; в) інші особи, з якими заявник порівнює себе, перебувають в аналогічній ситуації;

3) таке розрізнення не має «розумного та об'єктивного» виправдання («тест на виправданість» – «justification test). При цьому «наявність такого виправдання має оцінюватися з огляду на цілі та вплив заходу, що розглядається, зважаючи при цьому на принципи, які панують у демократичних суспільствах, передусім принцип пропорційності».

Отже, перевірка дотримання стандарту недискримінаційного поводження передбачає використання складної логічної конструкції, в якій загальний алгоритм оцінки Судом правомірності втручання держави в право заявника трансформовано на основі включення до такого алгоритму питань, відповіді на які необхідні для оцінки ситуації заявника саме з огляду на додержання заборони дискримінації. При цьому, на відміну від типової загальної методики застосування більшості статей Конвенції, окреме з'ясування того, чи було дискримінаційне втручання «передбачене законом», при цьому не вимагається [7, с. 100].

Позитивним моментом в рамках правового регулювання антидискримінаційних практик на основі досвіду міжнародної протидії дискримінації, і насамперед досвіду інституцій Європейського Союзу та Ради Європи, було впровадження законодавчого визначення форм дискримінації: 1) непряма дискримінація – ситуація, 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; 2) пряма дискримінація – ситуація, за якої з особою та/або групою осіб за їх певними ознаками поводяться менш прихильно, ніж з іншою особою та/або групою осіб в аналогічній ситуації, крім випадків, коли таке поводження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Закріплення ознак дискримінації та алгоритму перевірки на законодавчому рівні є важливим кроком у боротьбі з дискримінацією, однак, окрім законодавчого регулювання принципу недискримінації, його інституалізація повинна включати створення системи державних та недержавних інституцій, які б забезпечували імплементацію положень антидискримінаційного законодавства.

Як позитивний приклад боротьби з дискримінацією можна навести досвід Швеції. Відповідно до «Закону про омбудсмена з питань рівності» з 1 січня 2009 р. посади чотирьох колишніх омбудсменів з боротьби з дискримінацією (омбудсмена з рівних можливостей, омбудсмена з боротьби з етнічною дискримінацією, омбудсмена щодо захисту прав інвалідів та омбудсмена з боротьби з дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації) були зведені в єдиний новий інститут – омбудсмена з питань рівності.

Основною формою роботи омбудсмена з питань рівності (так само як і омбудсмена юстиції) є розгляд індивідуальних скарг на дискримінацію. Омбудсмен з питань рівності може проводити розслідування випадків дискримінації за власною ініціативою і на основі спостережень, зроблених під час інспекцій; робити критичні зауваження та рекомендації. Порівняно з повноваженнями попередніх омбудсменів з боротьби з дискримінацією, повноваження омбудсмена з питань рівності були розширені, і законодавчо визначені нові механізми для боротьби з дискримінацією. Наприклад, він може звернутися до нової Ради проти дискримінації для накладення штрафу (і / або виплати компенсації постраждалим) на роботодавців, постачальників освітніх послуг та ін. Також до завдань омбудсмена входить забезпечення представництва жертви дискримінації в процедурі врегулювання спору або, зрештою, в суді [8, с. 79].

Європейські країни демонструють успішний досвід протидії дискримінації не лише за допомогою всеосяжних антидискримінаційних законів, а й окремих антидискримінаційних положень, імплементованих у закони, що стосуються всіх сфер життя. Тому останнім часом у більшості профільних законів, що приймаються Верховною Радою України, з'являються норми, що заборонять дискримінацію у сфері, котра регламентується тим чи іншим нормативно-правовим актом. Прикладом такої протидії дискримінації може бути законодавство, що стосується сфери працевлаштування, удосконалене протягом останніх двох років. Так, Закон України «Про зайнятість населення» від 05 липня 2012 р. містить ст. 11, яка гарантує особі право на захист від проявів дискримінації у сфері зайнятості населення. Але дія цих гарантій не забезпечується, адже законодавство України не містить санкцій щодо роботодавців, які практикують ксенофобію у сфері зайнятості [9].

Аналогічні обмеження встановлюються щодо змісту оголошень (реклами) про вакансії (прийом та роботу) Законом України «Про рекламу» в редакції від 01 січня

2013 р. Загальні вимоги до реклами, викладені у ст. 8 нормативно-правового акта, забороняють розміщати в рекламі твердження, які є дискримінаційними за ознаками походження людини, її соціального і майнового стану, расової та національної належності, статі, освіти, політичних поглядів, ставлення до релігії, за мовними ознаками, родом і характером занять, місцем проживання. Але знов-таки санкцій за розповсюдження реклами з ознаками ксенофобії та дискримінації українське законодавство не передбачає. Тому роботодавці продовжують безкарно друкувати оголошення про вакансії із зазначенням статі, віку, етнічності та інших дискримінаційних вимог [10].

Відповідно до статті 9 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» суб'єктами, що наділені повноваженнями щодо запобігання та протидії дискримінації в Україні, є: Верховна Рада України; Уповноважений Верховної Ради України з прав людини; Кабінет Міністрів України; інші державні органи, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування; громадські організації, фізичні та юридичні особи. [3]

Інституалізація принципу недискримінації повинна включати два основні напрями: 1) формування в рамках наявних інститутів спеціальних структур, які будуть займатися конкретними проявами дискримінації; 2) формування спеціальних інститутів, які будуть займатися захистом прав і свобод, а також боротися з дискримінацією різних категорій суб'єктів (жінок, дітей, біженців, національних, релігійних, мовних меншин).

Прикладами успішної реалізації такого підходу є інституалізація антидискримінаційних практик у сфері економічних прав та в гендерній сфері.

Першим у пострадянський період нормативно-правовим актом України, який закріпив антидискримінаційні норми у сфері здійснення економічних прав і свобод, є Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» 1991 р. Стаття 2 Закону, що є чинною й нині, проголошує принцип юридичної рівності і недискримінації у складі таких положень:

• рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, незалежно від форм власності, в тому числі держави, при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності;

• заборони будь-яких, крім перед-бачених самим Законом, дій держави, результатом яких є обмеження прав і дискримінація суб'єктів зовнішньо-економічної діяльності, а також іноземних суб'єктів господарської діяльності за формами власності, місцем розташування та іншими ознаками;

• неприпустимості обмежувальної діяльності з боку будь-яких її суб'єктів, крім випадків, передбачених цим Законом [11].

Інституалізації антидискримінаційних практик в економічній сфері повинно спряти створення Ради бізнес-омбудсмена, яка діє на основі Положення про Раду бізнес-омбудсмена, затвердженого Постановою Кабінету міністрів № 691 Про утворення Ради бізнес-омбудсмена від 26 листопада 2014 р.

З метою виконання покладених на неї завдань Рада:

1) розглядає скарги суб'єктів підприємництва щодо вчинення корупційних діянь та/або інших порушень їхніх законних інтересів;

2) звертається із запитами до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та/або суб'єктів господарювання, що належать до сфери їх управління, стосовно вжиття заходів щодо реалізації рекомендацій Ради;

3) збирає, опрацьовує та систематизує інформацію щодо справ, які нею вивчаються у зв'язку з розглядом скарг;

4) публікує в засобах масової інформації та/або на веб-сайті Ради періодичні звіти про свою діяльність, зокрема без обмежень – результати розгляду справ щодо вчинення корупційних діянь та/або інших порушень законних інтересів суб'єктів підприємництва;

5) подає в разі потреби Кабінетові Міністрів України пропозиції стосовно внесення змін до актів законодавства з метою захисту законних інтересів суб'єктів підприємництва від корупційних діянь та/або інших порушень з боку органів державної влади або органів місцевого самоврядування, а також суб'єктів господарювання, що належать до сфери їх управління;

6) подає щокварталу звіти наглядовій раді, утвореній групою сторін відповідно до цього Положення;

7) виконує інші завдання, визначені групою сторін [12].

У сфері гендерної дискримінації такими інститутом повинна стати Уповноважена з питань гендерної політики, діяльність якої регулюється постановою Кабінету Міністрів України «Про Урядового уповноваженого з питань гендерної політики». Також Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» передбачає впровадження в органах виконавчої влади та органах місцевого самоврядування інституту уповноваженого (координатора) з питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків, запобігання та протидії насильству за ознакою статі.

Основними завданнями Урядового уповноваженого є:

1) сприяння забезпеченню реалізації єдиної державної політики, спрямованої на досягнення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у всіх сферах життя суспільства;

2) участь відповідно до компетенції у координації роботи міністерств, інших центральних та місцевих органів виконавчої влади щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків;

3) проведення моніторингу щодо врахування Кабінетом Міністрів України принципу гендерної рівності під час прийняття нормативно-правових актів;

4) участь у здійсненні Прем'єр-міністром України представництва Кабінету Міністрів України у міжнародних зустрічах і форумах, у тому числі з Комісією ООН із статусу жінок, Радою безпеки ООН на сесіях з порядку денного «Жінки, мир, безпека», Ради Європи, ОБСЄ тощо;

5) співпраця та взаємодія з громадянським суспільством з питань щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків у всіх сферах життя суспільства [13].

У рамках протидії дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, етнічного походження була створена Рада міжнаціональної злагоди. Згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про Раду міжнаціональної злагоди» № 195 від 04 червня 2014 р. до складу органу увійшли: віце-прем'єр-міністр України відповідно до розподілу функціональних повноважень (голова Ради міжнаціональної злагоди), урядовий уповноважений з питань етнонаціональної політики (заступник голови Ради), міністр культури, заступник міністра внутрішніх справ, заступник міністра економічного розвитку і торгівлі, заступник міністра закордонних справ, заступник міністра освіти і науки, заступник міністра соціальної політики, заступник міністра фінансів, заступник міністра юстиції, перший заступник голови Держкомтелерадіо та представники громадських об'єднань національних меншин і корінних народів, народні депутати України, науковці (за згодою). Посадовий склад Ради міжнаціональної злагоди затверджується Кабінетом Міністрів [15].

Рада міжнаціональної злагоди є консультативно-дорадчим органом Кабінету Міністрів України. Її основними завданнями визначено: 1) сприяння забезпеченню координації дій органів виконавчої влади з питань державної етнонаціональної політики, захисту прав національних меншин і корінних народів; 2) підготовка пропозицій щодо формування та реалізації державної етнонаціональної політики, спрямованої на дотримання прав національних меншин і корінних народів, збереження міжнаціональної злагоди в українському суспільстві, недопущення виникнення міжнаціональних конфліктів, проявів дискримінації за расовою, національною, мовною та релігійною ознаками; удосконалення законодавства з відповідних питань.

Висновки

Закріплення ознак дискримінації та алгоритму перевірки на законодавчому рівні є важливим кроком у боротьбі з дискримінацією, однак, окрім законодавчого регулювання принципу недискримінації, його інституалізація повинна включати створення системи державних та недержавних інституцій, які б забезпечували імплементацію положень антидискримінаційного законодавства.

Інституалізація принципу недискримінації повинна включати два основні напрями: 1) формування в рамках наявних інститутів спеціальних структур, які будуть займатися конкретними проявами дискримінації; 2) формування спеціальних інститутів, які будуть займатися захистом прав і свобод, а також боротися з дискримінацією різних категорій суб'єктів (жінок, дітей, біженців, національних, релігійних, мовних меншин).

Підсумовуючі викладене, варто зазначити, що, незважаючи на певні зрушення, боротьбу з дискримінацією можна охарактеризувати здебільшого як декларативну та несистемну. Неефективність боротьби з дискримінацією в Україні пов'язана з відсутністю інституційних механізмів покарання порушників антидискримінаційного законодавства. Нормативно-правова база запобігання та протидії дискримінації не може ефективно працювати без визначення процедур їх застосування, передбачення відповідних санкцій, які будуть застосовані в судах проти порушників антидискримінаційного законодавства.

Список використаних джерел:

1. Барабаш, О.О., Равлінко З.П. Рівність суб'єктів права та заборона дискримінації: до питання про співвідношення принципів. *Митна справа* : науково-аналітичний журнал. 2014. № 2. С. 15–19.

2. Конвенція про дискримінацію в галузі праці та занять. Заява від 25.06.1958. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_161; Міжнародна конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти. Заява від 14.12.1960. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_174; Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової

дискримінації. Заява від 21.12.1965. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105; Конвенція Організації Об'єднаних Націй про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок. Заява від 18.12.1979. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207 (дата звернення: 02.11.2019).

3. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 30.05.2014 № 5207-VI. *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 32. Ст. 412.

4. Запобігання дискримінації в Україні в контексті європейської інтеграції : монографія / І.О. Кресіна, К.М. Вітман, В.П. Горбатенко та ін. Київ, 2015. 384 с.

5. Руднєва, О.М. Поняття й сутність принципу недискримінації. Проблеми законності : зб. наук. праць. 2010. Вип. 110. С. 9–16.

6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Заява від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_161 (дата звернення: 02.11.2019).

7. Рабінович С., Панкевич О. Тест на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини: оцінювальні аспекти. *Право України*. 2017. № 4. С. 97–107.

8. Чуксина В.В. Новый омбудсмен по вопросам равенства (шведский опыт борьбы с дискриминацией). *Конституционное и муниципальное право*. 2012. № 3. С. 78-79.

9. Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI. *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 24. Ст. 243.

10. Про рекламу : Закон України від 03.07.1996 № 270/96-ВР. *Відомості Верховної Ради*. 1996. № 39. Ст. 181.

11. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 № 959-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1996. № 29. Ст. 377.

12. Положення про Раду бізнес-омбудсмена : затверджене Постановою Кабінету міністрів від 26.11.2014 № 691 «Про утворення Ради бізнес-омбудсмена». *Офіційний вісник України*. 2014. № 98. Ст. 2847.

13. Про Урядового уповноваженого з питань гендерної політики : Постанова Кабінету Міністрів України від 07.06.2017 № 390. *Офіційний вісник України*. 2017. № 48. Ст. 1487.

14. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 08.09.2005 № 2866-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 52. Ст. 561.

15. Про Раду міжнаціональної злагоди : Постанова Кабінету Міністрів України від 04.06.2014 № 195. *Офіційний вісник України*. 2014. № 51. Ст. 1343.

One of the obstacles to the formation of a democratic law-governed state in Ukraine that guarantees all citizens regardless of their gender, religious beliefs, race, color, ethnic origin, language, political and other views equal political, social, economic and cultural rights and freedoms is proliferation of discriminatory practices in various areas of life. The imperfection or inefficiency of anti-discrimination legislation remains one of the obstacles to Ukraine's European integration.

International law has developed a descriptive approach to the definition of discrimination, which provides for the main manifestations of discrimination: distinction, exclusion or restriction, which result in deprivation, restriction or obstruction of human rights and freedoms realization. Domestic legislator has chosen the other, theoretically unjustified way of formulating a general categorical definition of discrimination that doesn't contain evaluative features of discrimination. Fixing discrimination features and a legislative verification algorithm is an important step in the fight against discrimination, but in addition to legislating the principle of non-discrimination, its institutionalization should include creation of a system of state and non-state institutions to enforce anti-discrimination provisions.

Institutionalization of the principle of non-discrimination should include two main areas: 1) the formation within the existing institutions of specialized structures that will deal with particular manifestations of discrimination; 2) establishment of special institutions that will protect the rights and freedoms, as well as fight discrimination of different categories of subjects (women, children, refugees; national, religious, linguistic minorities).

The ineffectiveness of anti-discrimination measures in Ukraine is related to the lack of institutional mechanisms to punish violators of anti-discrimination legislation. The legal framework for the prevention and counteraction to discrimination cannot work effectively without defining procedures for their application, providing for appropriate sanctions to be applied in courts against violators of anti-discrimination legislation.

Key words: discrimination, equality, principle of non-discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, ombudsman, institutionalization of non-discrimination principle, anti-discrimination legislation.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.49

Терезія Попович,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

Андрій Шаварин,
аспірант кафедри теорії та історії держави і права
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

СУТНІСНЕ НАПОВНЕННЯ ЧЕТВЕРТОГО ПОКОЛІННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ

У статті проаналізовано сутнісне наповнення такого правового та соціального феномену, як четверте покоління прав людини. Зокрема, під четвертим поколінням прав людини розуміють комплекс прав, що сформувалися на зламі XX – XXI століть та виникли у результаті науково-технічного прогресу, відкриттів у медицині, біології, генетиці, космічній сфері тощо, які ще повністю не визнані міжнародною спільнотою та потребують належного нормативного врегулювання. Досліджено, що двома основними групами четвертого покоління прав людини є соматичні права та права, що пов'язані з розвитком цифрових технологій, зокрема інтернету. До соматичних прав переважно відносять такі: право на смерть, право на трансплантацію, клонування, сексуальні права людини, репродуктивні права людини, право на зміну статі та ін. При цьому найбільш дискусійним та суперечливим із усіх прав людини четвертого покоління є право на клонування. Загалом науковці виділяють два таких види клонування: репродуктивне, що означає створення нових живих організмів, в тому числі й людини, в штучних та лабораторних умовах, а також терапевтичне, що має на меті створення окремих органів та тканин тіла. У статті також висвітлюються особливості одного з основоположних та невід'ємних прав людини в епоху розвитку цифрових технологій – права вільного доступу до інтернету.

З урахуванням вищезазначеного зроблено висновок, що четверте покоління прав людини виступає надзвичайно важливим соціально-правовим явищем на сучасному етапі розвитку суспільства. Тенденціями останніх двох десятиліть є постійне збільшення наукових розвідок у даній сфері (при цьому спостерігаємо і збільшення неоднозначних та дискусійних позицій як у вітчизняній, так і зарубіжній правовій доктрині), систематизація знань про права людини четвертого покоління та гостра критика деяких з них, особливо з морально-релігійних та етичних позицій. Це все засвідчує необхідність здійснення подальших доктринальних розробок щодо визначення сутнісного наповнення четвертого покоління прав людини в цілому та його окремих елементів зокрема.

Ключові слова: соматичні права, трансплантація, клонування, евтаназія, репродуктивні права, зміна статі, віртуальні права.

Постановка проблеми. Масштабні зміни в суспільному та науковому житті людства наприкінці XX та протягом перших двох десятиліть XXI століття зумовили виникнення четвертого покоління прав людини. Вчені-юристи дедалі частіше ведуть наукові дискусії стосовно того, які права слід відносити до четвертого покоління, а які ні, а також здійснюють спроби класифікації таких прав у рамках четвертого покоління прав людини. Відсутність єдиних наукових підходів щодо окресленої проблеми зумовлюють підвищену актуальність та цінність даного дослідження та визначають його безпосередню мету.

Права людини, що становлять четверте покоління, були предметами наукових досліджень таких вчених-науковців, як О.Є. Аврамова, А.Б. Венгеров, Ю.А. Дмитрієв, О.С. Жидкова, В.І. Крусс, М.А. Лаврик, О.Е. Радутний, Г.Б. Романовський, М.В. Савчин, К.О. Самокиш, А.П. Семітко, І.Я. Сенюта, В.Ю. Стеценко, С.Г. Стеценко та ін.

Мета статті полягає у розкритті змісту концепції четвертого покоління прав людини на основі аналізу особливостей окремих категорій цих прав.

Виклад основного матеріалу. Найбільш популярною та визнаною у наш час є класифікація прав та свобод людини, зроблена чеським та французьким юристом Карелом Васаком, який поділив усі наявні на той час права і свободи людини та громадянина на 3 покоління [1, с. 28–29]. Теорія трьох поко-

© Т. Попович, А. Шаварин, 2019

лінь прав людини з'явилась у результаті наукової систематизації прав людини в історичному ракурсі.

Проте на зламі XX – XXI століть почалися дискусії про становлення четвертого покоління прав людини, що пов'язане з науково-технічним прогресом, відкриттями в медицині, біології, генетиці, в космічній сфері.

Ще П.І. Новгородцев помічав, що «час від часу поняття повинні перевертатися, щоб могло розпочатися нове життя» [2]. Щось подібне, на нашу думку, можна сказати і про права людини на сучасному етапі, адже за останні два десятиліття перелік прав та свобод людини почав невпинно збільшуватись.

Так, наприклад, Г.Б. Романовський перелік прав четвертого покоління обмежує правами на самогубство і евтаназію. При цьому евтаназію та самогубство він розглядає як елементи права на смерть [3, с. 233]. На думку Ф.М. Рудинського, права четвертого покоління повинні захищати від загроз, пов'язаних з експериментами у сфері генетичної спадковості особи, тобто це такі права людини, які пов'язані з клонуванням та іншими відкриттями в галузі біології [4, с. 16]. Д.М. Шебаніц до прав четвертого покоління зараховує право на евтаназію, на зміну статті, на трансплантацію органів, на використання віртуальної інформації, право на клонування [5, с. 59]. А.Б. Венгеров називає четверте покоління правами людства. Це право на мир, на ядерну безпеку, космос, екологічні, інформаційні права тощо [6, с. 307].

Розглянувши й інші наукові підходи авторитетних вчених щодо досліджуваної проблеми, резюмуємо, що в рамках четвертого покоління прав людини можна виокремити принаймні дві такі групи: так звані соматичні права та права, пов'язані з розвитком цифрових технологій, у тому числі інтернету. Етимологічно поняття «соматичний» («соматичні») походить від грецького слова "soma" – «тіло». Тобто мова йде про групу прав людини, які пов'язані з її можливістю самостійно розпоряджатися своїм тілом.

У контексті зазначеного варто згадати дослідження О.Е. Старовойтової, в якому вчена до соматичних прав відносить право на трансплантацію органів та тканин, на аборт, клонування, штучне репродукування, на розпорядження життям та власним тілом [7].

Наведемо також класифікацію російського правознавця М.О. Лаврика, який усі соматичні права поділяв на такі: 1) право на смерть (свобода людини свідомо та добровільно припинити своє життя обраним та доступним для неї способом (евтаназія або суїцид)); 2) права людини щодо її органів і тканин (трансплантація, права донорів та реципієнтів); 3) сексуальні права людини (М.О. Лаврик розуміє під ними можливість шукати, одержувати і передавати інформацію, що стосується сексуальності (сексуальну освіту), вибору партнера, а також можливість вирішувати те, бути людині сексуально активною чи ні, самостійно вирішувати питання про добровільні сексуальні контакти, вступ до шлюбу, питання про легалізацію проституції, про обіг порнографічної продукції та правове регулювання становища сексуальних меншин); 4) репродуктивні права людини (позитивного характеру – штучне запліднення, негативного характеру – аборт, стерилізація, контрацепція); 5) право на зміну статі (з чоловічої на жіночу і з жіночої на чоловічу). Фактичною основою для визнання такого права є захворювання, що називається транссексуалізмом, а юридичною – право на охорону здоров'я.

Проте ні клонування, ні вживання наркотиків і психотропних речовин вчений не відносить до переліку соматичних прав, посилаючись або на пряму заборону чинного законодавства (у випадку клонування), або на криміналізацію супровідних діянь, пов'язаних із вживанням зазначених речовин. Питання про віртуальне моделювання також, на думку дослідника, наразі гостро не стоїть перед юридичним осмисленням [8, с. 22–23].

Розглянемо більш детально деякі з наведених категорій прав. Зокрема, під поняттям «евтаназія» (з грец. «добра смерть») у сучасній біоетиці і медицині розуміють сприяння безболісному позбавленню життя безнадійно хворих. Головний аргумент, який висувають прихильники евтаназії, полягає в тому, що життя можна вважати благом і цінністю тільки за умови, коли в цілому задоволення і насолода переважають над стражданнями і випробуваннями. З огляду на концепцію прав людини людина має право розпоряджатися власним тілом і життям (отже, вона має право одноосібно вирішувати питання про евтаназію) [9, с. 184]. Так, у квітні 2002 року Нідерланди стали першою країною, яка легалізувала евтаназію. У Європі деякі форми добровільної евтаназії також дозволені у Бельгії, Люксембурзі та частково Швейцарії. В Україні відповідно до ч. 4 ст. 281 Цивільного Кодексу забороняється задоволення прохання фізичної особи про припинення її життя [10]. Що стосується питання необхідності визнання права на евтаназію, то як світова, так і вітчизняна спільнота не може дати однозначну відповідь на нього. Зміст цього права йде в розріз з морально-релігійними канонами, окрім

цього, у разі його включення до правового статусу людини держава повинна визначити чіткий набір критеріїв застосування права на евтаназію, забезпечивши при цьому дієвий механізм контролю за належною процедурою їх дотримання.

Що стосується права на зміну статі, то зауважимо, що статтею 14 Європейської конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод 1950 року визначено: «Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад, статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою» [11]. У контексті зазначеного доречно згадати рішення Суду Європейського Союзу від 27 квітня 2006 р., в якому він підтвердив, що дискримінація за ознакою перерозподілу статі повинна розглядатися як дискримінація за ознакою статі.

У будь-якому разі право на зміну статі повинно мати чітке і зрозуміле правове регулювання, однак все ж застерігаємо від правового облегшення у використанні цього права. Процедура зміни статі має проводитися тільки за медичними показаннями після ретельного обстеження та спостереження особи, щоб це не було миттєвим бажанням чи рішенням, прийнятим під впливом моди або життєвих обставин, короткочасного підліткового інтересу, способом самовираження чи самоствердження молодих людей у суспільстві. При цьому треба усвідомлювати, що зміна статі виражається у зміні не тільки фізичних даних, але і внутрішньої свідомості, світогляду, зміні соціальної ролі в суспільстві, сім'ї. Водночас змінюється і ставлення суспільства до особистості [12, с. 87].

В Україні зміна (корекція) статевої належності передбачена ст. 51 «Основ законодавства України про охорону здоров'я» 1992 року, у якій зазначається: «На прохання пацієнта відповідно до медико-біологічних і соціально-психологічних показань, які встановлюються центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, йому може бути проведено шляхом медичного втручання в закладах охорони здоров'я зміну (корекцію) його статевої належності. Особі, якій було здійснено зміну статевої належності, видається медичне свідоцтво, на підставі якого надалі вирішується питання про відповідні зміни в її правовому статусі» [13].

Стосовно одностатевих шлюбів слід відзначити, що їх правовий статус значно змінився протягом останніх років. Очевидною є тенденція до збільшення кількості держав, які легалізують право на одностатевий шлюб на національному законодавчому рівні. Сьогодні реєстрацію таких шлюбів узаконено у близько 30-ти країнах (з певними винятками). У деяких державах і територіях також дозволене одностатеве реєстроване партнерство, яке може передбачати такі ж права, як шлюб, або дещо обмежені порівняно зі шлюбом права. В Україні ж Сімейний кодекс чітко встановлює, що шлюбом є сімейний союз чоловіка та жінки, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану [14].

Як зазначає В.В. Речицький, підсумовуючи результати діяльності Робочої групи з прав людини Конституційної комісії України, що була спрямована на модернізацію II Розділу Конституції України, відбулася спроба виключити прив'язку шлюбу до формулювання «союз жінки та чоловіка». Проте ці зміни опинилися поки що за межами законопроєктної роботи [15, с. 84–86]. Це є свідченням того, що на сучасному етапі Україна, як і решта пострадянських країн, ще морально, психологічно та ментально не готова закріплювати право людини на одностатевий шлюб на законодавчому рівні.

Що стосується права на штучне запліднення, то воно широко закріплене в цивільному законодавстві багатьох країн світу, в тому числі й в Україні. Зокрема, в нашій державі це право встановлене в п. 7. ст. 281 ЦК України, де визначається, що повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством [10]. Як зазначають С.Г. Стеценко, В.Ю. Стеценко та І.Я. Сенюта, поряд з очевидною медичною користю репродуктивних технологій виявилися проблеми морально-етичного і правового обґрунтування їх проведення [16, с. 387].

Моральна неоднозначність штучного запліднення полягає у тому, що під час цієї процедури створюється декілька зайвих ембріонів, що не можуть бути імплантовані в організм майбутньої матері. Потім з організму жінки вилучаються ще декілька вже імплантованих ембріонів, що підлягають знищенню. Як слушно зауважує К.О. Самокиш, правове регулювання штучного запліднення має бути спрямованим на те, щоб стимулювати науковий прогрес на винайдення можливості створення під час запліднення in vitro лише одного ембріона [17, с. 288].

Відносно окремих прав четвертого покоління у сфері охорони здоров'я вже

існує однозначна позиція Ради Європи, ЄС та деяких міжнародних організацій. Наприклад, Хартія Європейського Союзу про основні права в п. 1 ст. 3 встановлює, що кожна людина має право на власну фізичну і душевну цілісність, а п. 2 конкретизує, що під час застосування досягнень медицини і біології необхідно особливо дотримуватися таких вимог: має бути добровільна і належним чином оформлена згода зацікавленої особи відповідно до правил, встановлених законом; повинна встановлюватися заборона на застосування євгеніки (практики покращення духовного і фізичного здоров'я людини), особливо її частини, що має на меті селекцію людей; має встановлюватися заборона на використання людського тіла і його частин як джерела прибутку; має встановлюватися заборона на відтворення людини за допомогою клонування [18].

Справді, наразі найбільш дискусійним та суперечливим за своєю природою є право на клонування. Загалом науковці виділяють два види клонування: 1) репродуктивне, що означає створення нових живих організмів, в тому числі й людини, в штучних і лабораторних умовах; 2) терапевтичне, що має на меті створення окремих органів та тканин тіла [19, с. 73].

Ще одним актом, норми якого прямо встановлюють заборону клонування, є Додатковий протокол про заборону клонування людини 1998 р. до Конвенції Ради Європи про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини 1997 р., який підписала більшість європейських країн. Так, його положеннями передбачено, що забороняється будь-яке втручання з метою створення людської істоти, генетично ідентичної іншій людській істоті, живій або померлій [20].

В Україні ще 14 грудня 2004 р. був прийнятий Закон «Про заборону репродуктивного клонування людини», згідно з яким в нашій державі заборонене репродуктивне клонування людини. Під клонуванням розуміється створення людини, яка генетично ідентична іншій живій або померлій людині, шляхом перенесення у залишену без ядра жіночу статеву клітину ядра соматичної клітини людини [21].

Що ж стосується другої групи прав людини, які чітко простежуються у складі четвертого покоління, а саме прав, пов'язаних з розвитком цифрових технологій, зокрема інтернету, то до них слід віднести такі: право на вільний доступ до інтернету, право на свободу слова в інтернеті, право на захист конфіденційності і персональних даних в інтернеті і онлайн-засобах інформації та інші так звані віртуальні права.

З приводу права всіх людей на доступ до інтернету В.С. Татарова слушно зазначає, що ця необхідність зумовлена тим, що завдяки стрімким темпам розвитку інтернет сприяє революційним перетворенням в усіх сферах суспільного життя. Інтернет уже став потужним фактором соціального, освітнього і культурного прогресу. Він надає нові можливості як державним органам, так і звичайним громадянам і працівникам освіти, усуваючи бар'єри до створення і поширення матеріалів, пропонуючи загальний доступ до джерел цифрової інформації, кількість яких постійно збільшується. Однак інтернет містить також і певну частину потенційно неналежної, непристойної, образливої або протизаконної інформації і може іноді використовуватися як засіб злочинних дій. Хоча переваги інтернету набагато перебільшують його потенційні недоліки, ігнорувати ці проблеми не можна [22, с. 106].

Важливе значення для розуміння стандартів поширення інформації у Всесвітній мережі мають документи, прийняті ООН, Радою Європи, ОБСЄ та іншими міжнародними організаціями. Зокрема, в резолюції Ради ООН з прав людини «Про сприяння, захист та здійснення прав людини в інтернеті» від 5 липня 2012 року сформульований дуже важливий принцип, відповідно до якого «права, які людина має офлайн, мають однаковою мірою бути захищені онлайн, зокрема, це свобода вираження поглядів, яка застосовується незалежно від кордонів та щодо будь-яких обраних особою ЗМІ відповідно до статті 19 Загальної декларації прав людини та Міжнародного пакту про громадянські і політичні права». У цій резолюції визнається відкритий і глобальний характер інтернету і міститься заклик до держав сприяти та полегшувати доступ до мережі [23].

У практиці Європейського Суду з прав людини питання доступу до інтернету теж ставало предметом окремого розгляду. Зокрема, у рішенні за справою «Ахмет Юлдірім проти Туреччини» ЄСПЛ (ECHR Chamber judgment, case "Ahmet Yildirim v. Turkey") (заява N. 3111/10) зафіксовано, що право безперешкодного доступу до інтернету слід також визнати. Суд зазначив, що превентивний захід мав протиправні наслідки і не може вважатись таким, що спрямований виключно на блокування доступу до спірного сайту, оскільки він спричинив загальне блокування усіх сайтів, які надавав хостинг "Google Sites". Водночас судовий контроль за блокуванням доступу до інтернет-сайтів не передбачав умов, достатніх для запобігання зловживанню, адже національне право не передбачає жодної гарантії для запобі-

гання тому, аби захід з блокування, спрямований на конкретний сайт, не використовувався як засіб загального блокування» [24]. Більш детальний та ґрунтовний аналіз прав, пов'язаних з розвитком цифрових технологій, у тому числі інтернету, буде здійснено нами в наступних наукових працях.

Висновки

Концепція четвертого покоління прав людини є надзвичайно важливим соціокультурним та правовим феноменом на сучасному етапі розвитку суспільства. Дедалі більше вчених досліджує це явище, тому число фундаментальних напрацювань щодо окресленої проблеми невпинно зростає. При цьому спостерігаємо і збільшення неоднозначних та дискусійних позицій як у вітчизняній, так і зарубіжній правовій доктрині. Водночас окремі аспекти досліджуваної теми, на наш погляд, залишаються поза належною увагою. Зокрема, цікавим є питання щодо того, чи існування прав четвертого покоління дає нам підстави стверджувати про формування та розвиток нового покоління обов'язків людини. Відповідь на дане запитання спробуємо дати у подальших наукових розвідках.

У будь-якому разі беззаперечним залишається той факт, що визнання нових прав людини, розширення уже існуючого переліку – одна із тенденцій трансформаційного процесу правового статусу особи, що продиктована вимогами та потребами сьогодення. Однак мало лише визнати ці права, важливо створити та забезпечити ефективні й дієві механізми їх реалізації. А для цього слід визначитись, які ж нові можливості ми готові сприйняти як необхідні умови для нормального існування та розвитку людства чи його частини, а які є потенційно небезпечними та такими, що можуть завдати непоправної шкоди майбутнім поколінням та людській цивілізації у цілому.

Список використаних джерел:

1. Vasak Karel. A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. The UNESCO Courier: a window open on the world, Paris: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977. p. 28–29, p. 32. URL: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/ pf0000048063 (дата звернення: 01.09.2019).

2. Новгородцев П.И. О своеобразных элементах русской философии права. URL: http://iph.ras.ru/elib/Novgorodtsev_Rus_phil_prava.html (дата звернення: 01.09.2019).

3. Романовский Г.Б. К вопросу о праве на смерть как юридической основе легализации эвтаназии и самоубийства. *Медичне право України: проблеми управління та фінансування охорони здоров'я* : матеріали III Всеукраїнської науково-практичної конференції з медичного права, м. Львів, 23–24 квітня 2009 р. / упор. Сенюта І.Я., Терешко Х.Я. Львів : ЛОБФ «Медицина і право», 2009. С. 232–234.

4. Рудинский Ф.М. Гражданские права человека: общетеоретические вопросы. *Право и жизнь*. 2000. № 31. С. 15–18.

5. Шебаніц Д.М. Сучасна проблематика теорії «поколінь прав людини» в умовах європейської міждержавної інтеграції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 31. Т.1. С. 57–61.

6. Венгеров А.Б. Теория государства и права : учебник для юридических вузов. Москва : Юриспруденция, 2000. 478 с.

7. Старовойтова О.Э. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации: историко-правовой и теоретический анализ : дисс. ... докт. юрид. наук : 12.00.01. Санкт-Петербург, 2006. URL: http://www.dslib.net/teoria-prava/juridicheskij-mehanizm-realizacii-i-zawity-somaticheskih-prav-cheloveka-i-grazhdanina.html (дата звернення: 20.09.2019).

8. Лаврик М.А. К теории соматических прав человека. *Сибирский юридический вестник*. 2005. № 3. С. 16–26.

9. Філософський енциклопедичний словник / В.І. Шинкарук (голова редколегії) та ін. ; Л.В. Озадовська, Н.П. Поліщук (наукові редактори) ; І.О. Покаржевська (художнє оформлення). Київ : Інститут філософії імені Григорія Сковороди НАН України ; Абрис, 2002. 742 с.

10. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

11. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від від 04.11.1950 року (дата набуття чинності для України – 17 липня 1997 року). *Офіційний вісник України*. 1998. № 17. Ст. 270.

12. Струс Л.Б. Правове регулювання зміни статі. *The Journal of Eastern European Law / Журнал східноєвропейського права*. 2019. № 67. С. 86–92.

13. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 року № 2801-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12 (дата звернення: 30.10.2019).

14. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 року № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21–22. Ст. 135.

15. Речицький В.В. Права людини в Україні: критичний погляд на досягнуте. *Право України*. 2015. № 10. С. 79–86.

16. Стеценко С.Г., Стеценко В.Я., Сенюта І.Я. Медичне право України / за заг. ред. С.Г. Стеценка. Київ : Всеукраїнська асоціація видавців «Правова єдність», 2008. 507 с.

17. Самокиш К.О. Правовий статус ембріона людини. *Право України*. 2012. № 7. С. 287–293.

18. Хартія основних прав Європейського Союзу від 07.12.2000 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524?lang=ru (дата звернення: 30.10.2019).

19. Триньова Я. Клонування людини – одна із сучасних кримінально-правових проблем. *Юридична Україна*. 2014. № 1. С. 72–79.

20. Додатковий протокол до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування досягнень біології та медицини, стосовно заборони клонування людських істот (ENS N 168) від 12.01.1998 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_526 (дата звернення: 30.10.2019).

21. Про заборону репродуктивного клонування людини : Закон України від 14.12.2004 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2231-15 (дата звернення: 05.11.2019).

22. Татарова В.С. Особливості правового регулювання мережі «Інтернет». Управління розвитком. 2014. № 6. С. 105–108.

23. Про сприяння, захист та здійснення прав людини в Інтернеті : Резолюція Ради ООН з прав людини від 5 липня 2012 року. URL: https://www.ppl.org.ua/bibliotech/mizhnarodni-ta-nacionalni-standarti-svobodi-slova-v-interneti (дата звернення: 10.11.2019).

24. Рішення Європейського суду з прав людини від 18.12.2012 року. URL: https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-126863&filename=001-126863.pdf&TID=ihgdqbxnfi (дата звернення: 10.11.2019).

The article analyzes the essence of such a legal and social phenomenon as the fourth generation of human rights. In particular, the fourth generation of human rights refers to a set of rights that were formed at the turn of the 20th – 21st centuries and emerged as a result of scientific and technological progress, advances in medicine, biology, genetics, space sector, etc. that have not been fully recognized by the international community so far and require a regulatory framework.

The study found that there are two major groups of fourth generation human rights: somatic rights and the rights related to the development of digital technology, first of all, the Internet (digital rights). Somatic rights mainly include: the right to die, the right to organ transplants, cloning, sexual rights, reproductive rights, the right to gender change, etc. In this context, the most debatable and controversial of all human rights of the fourth generation is the right to clone. In general, scholars distinguish two types of cloning: reproductive, which means the creation of new living organisms, including humans, in artificial laboratory conditions, and therapeutic, aimed at creating individual organs and tissues of the body. The article also sheds light on the peculiarities of one of the fundamental and inalienable human rights in the digital age – the right to free Internet access.

In view of the above-mentioned, it has been concluded that the fourth generation of human rights is an extremely important socio-legal phenomenon at the present stage of the development of society. The tendencies in the last two decades have been a constant increase in research linked to this field (in this regard an increase of ambiguous and debatable issues both in the domestic and foreign legal doctrines is observed), the systematization of the knowledge about human rights of the fourth generation and sharp criticism of some of them, – especially, from a moral and religious as well as ethical points of view. This all highlights the need for further doctrinal developments concerning the determining of the essential content of the fourth generation of human rights in general, and its individual elements in particular.

Key words: somatic rights, transplantation, cloning, euthanasia, reproductive rights, gender change, virtual rights.

УДК 342.156
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.50

Софія Фіцик,
старший викладач кафедри цивільного права та процесу
Львівського торговельно-економічного університету

ПОНЯТТЯ «НАЦІОНАЛЬНА АРИСТОКРАТІЯ» В ПОЛІТИКО-ПРАВОВИХ ПОГЛЯДАХ В. ЛИПИНСЬКОГО

Відповідна стаття присвячена дослідженню питання ролі національної аристократії у політико-правових поглядах В. Липинського, адже саме він вирізняється прагненням до широкого філософського обґрунтування своєї політико-правової доктрини. Особлива увага приділяється питанню відродження національної аристократії, яка могла б стати сполучною ланкою між старою і новою Україною і внести елемент стабільності в національне життя. Саме існування національної аристократії на території сучасної України дасть їй можливість бути незалежною та демократичною європейською державою.

Проведено аналіз досліджень, який деталізує політико-правовий вплив на створення національної аристократії як одного з найважливіших елементів, необхідних для демократичного правління в Україні. Мислитель чітко розкриває свої погляди у творі «Листи до братів-хліборобів». Саме тут відображені його погляди щодо справжніх засад аристократії, які описуються у збірці статей.

Особлива увага приділяється питанню аристократії, яка не повинна бути спадковою, а має бути лише набутою, адже згідно з політико-правовими поглядами В. Липинського єдиним каналом для інтелектуала має бути його походження. Вчений пов'язує розвиток еліти з проблемою національного відродження України, котре має починатися з відновлення структури національної еліти.

Вивчаючи погляди В. Липинського на розвиток аристократії в українському суспільстві, ми помітили, що певна частина творчості цієї визначної постаті так чи інакше пов'язана з проблемами національної аристократії. Мислитель переконаний, що поняття еліти нації – аристократії – пов'язане не так з українською національністю, як з явищем української державності. Він наголошує на тому, що територіальний чинник відіграє у формуванні аристократії більш важливу роль, ніж національний чинник.

Пропонується реалізація національної аристократії в теперішній час, попри швидкий процес глобалізації суспільства, адже саме існування та подальше впровадження національної аристократії у політику сучасної України може стати об'єднуючим та стимулюючим фактором для усіх громадян.

Ключові слова: аристократія, інтелігенція, еліта, політичний, національний, незалежність, державність, європейські напрями, форма правління, гетьманська доба.

Постановка проблеми. Перша половина XX ст. для України була позначена не лише складними і драматичними випробуваннями, а й активною діяльністю національних мислителів європейського рівня, котрі залишили нащадкам потужну політико-правову спадщину. Творення національної української державності було змістом життя та найвищою політичною цінністю для видатного українського мислителя В'ячеслава Липинського (1882–1931). Він жив у той час, коли ідея національної державності була на периферії політичних інтересів української інтелігенції.

Саме цей відомий мислитель став речником українського елітаризму. В. Липинський свідомо йшов проти течії, стояв ледь не одинаком серед демократичної та народолюбної інтелігенції, яка вже встигла остаточно поставити хрест на своєму панстві, раз і назавжди зневіритися в потребі існування вищих прошарків в інтересах української справи.

В. Липинський наголошує, що українська шляхта (аристократія) не тільки має залишатися шляхтою, а має стати українською за характером, служити національному відродженню, брати активну участь у політичному житті українства та створити незалежну та демократичну державу у близькому майбутньому.

Деякі питання національної аристократії досліджувалися такими авторами, як М. Гордієнко [7], С. Гелей [11], М. Забаревський [14], Л. Мандзій [8], І. Мірчук [12], Т. Осташко [13], В. Потульницький [6], П. Ямчук [9], однак ними з різних причин не були повною мірою розкриті усі погляди мислителя на вплив аристократії на становлення держави.

Проблема відповідної статті демонструє та деталізує політико-правовий вплив на

© С. Фіцик, 2019

створення національної аристократії як одного з найважливіших елементів, необхідних для демократичного правління в Україні. Саме В. Липинський поєднував ідею гетьманської влади з ідеєю парламентської форми правління, адже, на його думку, парламент має складатися з виборних представників різних класів і станів. Обґрунтовуючи ідею гетьмансько-парламентарної форми правління, В. Липинський надавав у ній найбільшого значення побудові саме такого парламенту, у якому повинні були засідати кращі представники аристократичних трудових організацій, зокрема й професійних спілок – селянсько-хліборобських, робітників, а також професійних спілок, визнаних державою, тобто релігійних, наукових та юридичних. Аристократичну форму правління Україна мала в епоху Київської держави (монархія аристократичного типу) і Козацької держави (аристократична республіка з окремими спробами утворити монархію (Б. Хмельницький, І. Самойлович, І. Мазепа, П. Скоропадський)).

Отже, поняття еліти нації – *аристократії* – у В. Липинського пов'язане не так з українською національністю, як з явищем української державності. Територіальний чинник відіграє у формуванні аристократії духу важливішу роль, ніж чинник національний. Із цього надважливого державного чинника вчений виводить і поняття патріотизму, визначаючи його як свідомість своєї території (а не саму територію), любов до своєї землі, до своєї Батьківщини і до всіх без винятку її мешканців. Він засуджує крайній і рафінований націоналізм, в основі якого лежить свідомість громади, а не території. В. Липинський зауважує, що відсутність почуття територіального патріотизму, що торкається і чужонаціональних елементів, які заселяють Україну, завжди відігравала деструктивну роль у творенні української державності.

Виникає питання щодо того, наскільки актуальним є існування національної аристократії, сформульованої В. Липинським, і якою мірою вона може бути використана у процесі сучасного національного державотворення в Україні на шляху до формування правової, демократичної, європейської, успішної держави.

Мета статті. Основним завданням дослідження є з'ясування понятійного аспекту національної аристократії В. Липинського та практичного використання її в українській внутрішній і зовнішній політиці. Вирішення цього завдання дасть можливість правильно застосувати та реалізувати всі умови для створення справжнього аристократа на території України, політична діяльність якого буде спрямована на переборювання внутрішніх органічних слабкостей та розвиток українського державотворення у близькому майбутньому.

Виклад основного матеріалу. Представник старовинного роду українсько-польської шляхти В. Липинський (1982–1931) у своїх багатьох працях приділяв велику увагу ідеї активної участі української шляхти (аристократії, інтелектуалів) в політичному та національному відродженні Української держави у перебігу національної революції (національно-визвольних змагань 1917–1921 рр.).

Хочемо наголосити на тому, що аристократія (від грец. «кращий» – «влада, сила», у буквальному розумінні «влада найкращих») – це форма державного ладу, за якої правління здійснюється представниками родової знаті. Сюди відноситься спадкова знать, вищий стан, привілейована соціальна група, верства або прошарок традиційного суспільства з особливим статусом, котрий має виняткові права, переваги та можливості порівняно з іншими соціальними групами, верствами та прошарками [1].

На думку мислителя, справжня аристократія не повинна бути спадковою, а лише набутою, адже єдиним каналом для інтелектуала має бути його походження. Вчений пов'язував розвиток еліти з проблемою національного відродження України, котре, на його думку, має починатися з відновлення структури національної еліти. У своїй праці «Листи до братів-хліборобів» В. Липинський наголошує на тому, що народи, які не вміють витворити власних панів, тобто політичної еліти, приречені на те, щоб навіки коритися чужим. Саме така еліта є активною меншістю, яка своєю силою створює та розвиває націю. Кожній нації притаманне існування груп людей, які стоять на чолі та вміло та правильно керують цією нацією. Саме такі процеси за політико-правовими поглядами В. Липинського і підтверджують існування національної аристократії. Саме під цим терміном В. Липинський розумів групи найкращих у даний історичний момент серед нації людей, які найкращі серед неї у тому, що вони в даний момент є організаторами, правителями і керманичами нації [2, с. 427].

Як і класики елітизму, В. Липинський був переконаний у тому, що в кожній нації завжди існувала й існує активна меншість, яка керує, і пасивна більшість, якою керують. Український мислитель пише: «є більша або менша, така або залежно од історичної епохи та відмінних умов існування інша група людей, що кермує нацією, стоячи на

чолі її політичних установ, що витворює певні культурні, моральні, політичні і цивілізаційні вартості» [3, с. 130]; «<...> всі громадські цінності були завжди сотворені уміючою панувати над своїми та чужими пристрастями, організованою та непохитною в своїх переконаннях меншістю» [4, с. 10]. Цю групу осіб В. Липинський називає національною аристократією [3, с. 131]. Під нею український мислитель розуміє не родову аристократію, а групу найкращих в даний історичний момент серед нації людей, які найкращі серед неї тому, що вони в даний момент є організаторами, правителями і керманичами нації [3, с. 131].

Згідно з політико-правовими поглядами В. Липинського все суспільство можна поділити на еліту (робітники, хлібороби, буржуазія, пролетаріат) та інтелігенцію, котра повинна відігравати функцію посередництва між суспільними групами [3, с. 13].

Мислитель був свято переконаний у легітимації аристократії, адже саме такі люди стоять на чолі нації, яка їх визнає і підкоряється, і саме під таким супроводом ця нація має можливість рости та розвиватися. На думку В. Липинського, така нація може утворитися з організаторів держави, що виникають «тільки на місцях, тобто по селах і волостях, тільки в продукуючих класах, тобто в селянстві, в робітництві, в культурнім працюючім поміщицтві, в технічно творчім міщанстві» [5, с. 3–4].

У політико-правових поглядах В. Липинського наголошувалося, що аристократія повинна володіти матеріальною силою та моральним авторитетом. Матеріальна сила повинна бути більшою, ніж сила якоїсь іншої групи, а моральний авторитет повинен бути заслужений та виховуватися у суспільстві.

Тому, власне кажучи, щоб мати таку матеріальну силу, національна аристократія повинна мати вагомий авторитет у суспільстві, хотіти та прагнути ґрунтовних змін, вміти ризикувати, відстоюючи інтереси суспільства, а також володіти технічними засобами війни та оборони (зброєю та армією). Саме володіння засобами продукції, а не грошима є основною ознакою матеріальної сили. Гроші ж, на думку В. Липинського, є лише попередньою продукцією, тому являють собою лише номінальну, а не реальну матеріальну силу [3, с. 138–139]. Лише справжній аристократ, на думку мислителя, повинен вміти нести відповідальність за свої дії та бездіяльність.

Для певного прогресу держави потрібне існування певних організацій всередині аристократії, різних думок та ідей, передача влади з одних рук в інші [6, с. 41].

Особливо важливим, на думку В. Липинського, є процес постійного відновлення або зміни аристократії. Коли ж цей процес призупиняється, то відбувається радикальна зміна провідної верстви. Внаслідок цього нація потрапляє під управління чужої і сильнішої за власну еліти. Мислитель зазначає: «Без своєї власної національної аристократії, без такої меншості, яка б була настільки активна, сильна та авторитетна, щоб зорганізувати пасивну більшість нації всередині і тим захистити її од всяких ворожих наскоків ззовні, немає і не може бути нації» [7, с. 47].

У своїх поглядах на еліту вчений ґрунтується на макіавеллістській традиції європейської політичної думки в особах класиків теорій еліт Г. Моска і В. Парето. Вони вважають, що невіддільним атрибутом соціальної системи є наявність найвищого привілейованого стану суспільства. Учений особливо наголошував на важливості процесу зміни еліт. Коли всередині якоїсь нації припиняється процес еволюційної регенерації аристократії, тоді під впливом мілітарного примусу настає її радикальна зміна. Головна причина такої зміни полягає в тому, що розвиток матеріальної культури нації, який відбувається під керівництвом аристократії, випереджує або переростає політичні організаційні форми, витворені для нації владою чинної аристократії. У разі радикальної зміни аристократії нація, на думку вченого, потрапляє в неволю, тобто під провід чужої, сильнішої, ніж власна, політичної еліти, втрачаючи свою національну ідентичність. І історія нашого народу це показувала не раз. В. Липинський запевняє: «Без власної національної аристократії, без такої меншості, яка б була настільки активна, сильна та авторитетна, щоб зорганізувати пасивну більшість нації всередині і тим захистити її од всяких ворожих наскоків ззовні, немає і не може бути нації» [8, с. 47].

Також В. Липинський наголошує і на природній активності аристократії, адже її приналежність до еліти визначається активністю особистості в соціально-політичній сфері людського буття [9, с. 11]. Тільки найкращі серед найкращих можуть бути відмінними організаторами, правителями і керманичами нації [10, с. 254].

Такий погляд є взірцем соціологічного ставлення до проблеми національної аристократії, особливо до розуміння природи її ієрархії. Таке розуміння відіграло в XX ст. велику, проте негативну роль. Природа національної аристократії не в останню чергу визначається здатністю або нездатністю її до певних активних дій в суспільстві. «Предками нової аристократії, – міркував мис-

литель, – стали б сучасні українські інтелігентські соціалісти, коли б вони своїми <...> політично-організаційними методами зуміли перетворити й зорганізувати українську етнографічну масу в свідому й незалежну націю» [10, с. 254].

Саме соціальні методи й мета правлячої верстви, а також вольові якості окремих її правителів слугують ознаками аристократичності. Це відзначає виразну соціальну акцентованість концепції добірної людини В. Липинського. Це характерно для українського XX ст., яке пройшло під знаком великих зрушень, катаклізмів та багатомільйонних людських втрат [10, с. 256].

Позиція щодо національної аристократії В. Липинського була зумовлена впливом складних історичних обставин, фактичної відсутності політично згуртованої і матеріально забезпеченої національної еліти, наслідком чого була втрата української державності [10, с. 257].

Висновки

Отже, *аристократія* згідно з політико-правовими поглядами В. Липинського – це відродження *національної аристократії*, яка могла б стати сполучною ланкою між старою і новою Україною і внести елемент стабільності в національне життя. Справжньому аристократу повинні бути притаманні такі якості, як інтелігентність, освіченість та ініціативність. На нашу думку, такі риси повинні бути присутні і у теперішніх представників органів державної влади.

Аристократія, на думку В. Липинського, не є спадковою і не передається якимось іншим способом. Аристократія є набутою шляхом саморозвитку, навчання та міжнародної інтеграції. Саме така аристократія повинна розвиватися всередині держави, адже Україна повинна надати всі необхідні умови для реалізації основних переконань цього визначного мислителя.

В. Липинський переконаний у тому, що саме існування національної аристократії дасть можливість Україні стати незалежною та демократичною державою, адже, на його думку, без власної держави Україна вічно буде засуджена до злиденної вегетації на грані між буттям і небуттям. Тому державна політична діяльність повинна бути спрямована на переборювання внутрішніх органічних слабкостей українства. Звідси й має випливати домінування внутрішньої політики над зовнішньою, організації над орієнтацією.

Список використаних джерел:

1. Інститут історії України. URL: http://resource.history.org.ua/cgi-bin/eiu/history.exe?&I21DBN=EIU&P21DBN=EIU&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=eiu_all&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=TRN=&S21COLORTERMS=0&S21STR=Arystokratiia.

2. Липинський В. Листи до братів-хліборобів. Про ідею і організацію Українського монархізму (Фрагмент) : хрестоматія / за ред. О.І. Семківа. Львів, 1996. С. 328–478.

3. Липинський В. Листи до братів-хліборобів. Київ : Філадельфія, 1995. 470 с.

4. Липинський В. Релігія і церква в історії України. Київ : Рада, 1995. 96 с.

5. Приходько С.М. Політичні аспекти теорії еліти в українській суспільно-політичній думці XX ст. Київ : Стилос, 1999. 47 с.

6. Потульницький В.А. Політична доктрина В.Липинського. *Український історичний журнал*. 1992. № 9. С. 37–45.

7. Гордієнко М. Концепція політичної еліти В. Липиського як фактор національно-державної ідентичності України. *Нова політика*. 1998. № 2. С. 44–48.

8. Мандзій Л.С. Політична еліта: історія та теорія : навчальний посібник. Львів : ВЦ ЛНУ ім. І. Франка, 2009. 365 с.

9. Ямчук П. Християнський консерватизм: дух, епоха, людина. Луцьк : Терен. 2005. 316 с.

10. Липинський В.К. Національна аристократія. Консерватизм : Антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. Київ : Смолоскип.1998. 598с.

11. Гелей С.Д. Ідея української державності в історичних працях В'ячеслава Липинського. *Український час*. Львів. 1994. Ч. I (13). С. 40–50.

12. Мірчук І. Месіянізм Липинського [1931]. Дві концепції української політичної думки: В'ячеслав Липинський – Дмитро Донцов / уклад. проф. Г. Васькович. Київ : Б. м. 1990. С. 82.

13. Осташко Т.С. Що недооцінили сучасники у вченні засновника українського консерватизму й чим його праця цінна для сучасників. URL: https://tyzhden.ua/History/204854.

14. Забаревський М. (Дм. Дорошенко). В'ячеслав Липинський і його думки про українську націю і державу. Відень : Видавництво О. Жеребка. 1926. 51 с.

The corresponding article is devoted to the study of the role of the national aristocracy in the political and legal views of V. Lipinski, because it is his desire for a broad philosophical foundation of his political and legal doctrine. Particular attention is paid to the revival of the national aristocracy, which could become a link between the old and new Ukraine and introduce an element of stability in national life. The very existence of a national aristocracy in the territory of modern Ukraine will enable it to be an independent and democratic European state.

An analysis of research has been conducted detailing the political and legal impact on the creation of a national aristocracy as one of the most important elements needed for democratic rule in Ukraine. The thinker

clearly reveals his views in the work "Letters to the Brethren-farmers". It is here that his views on the true principles of the aristocracy are described, which are described in the collection of articles.

Particular attention is paid to the issue of aristocracy, which should not be hereditary, but should only be acquired, because, according to V. Lipynsky's political and legal views, the only channel for the intellectual should be its origin. The scientist links the development of the elite with the problem of national revival of Ukraine, which should begin with the restoration of the structure of the national elite.

Studying V. Lipinski's views on the development of aristocracy in Ukrainian society, it should be noted that some of the creativity of this prominent figure is somehow related to the problems of national aristocracy. The thinker is convinced that the concept of the elite of the nation – aristocracy is connected not so much with Ukrainian nationality, but with the phenomenon of Ukrainian statehood. He emphasizes that the territorial factor plays a more important role in the formation of the aristocracy than the national factor.

The realization of a national aristocracy is being proposed nowadays, despite the rapid process of globalization of society. Indeed, the very existence and further implementation of a "national aristocracy" in the politics of modern Ukraine can be a unifying and stimulating factor for all citizens.

Key words: aristocracy, intelligentsia, elite, political, national, independence, statehood, European directions, form of government, hetman day.

УДК 343.3/.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.51

Анна Бабой,
асистент кафедри права
Вінницького національного аграрного університету

ОСОБЛИВОСТІ ВТЯГНЕННЯ НЕПОВНОЛІТНІХ У ЗЛОЧИННУ ДІЯЛЬНІСТЬ

У статті охарактеризовано злочин «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність». Визначено актуальність даної тематики щодо захисту неповнолітніх від втягнення у злочинну діяльність, оскільки давно виявлено залежність рівня злочинності від злочинності неповнолітніх. Визначено, що нині українське кримінальне законодавство характеризується тенденцією до збільшення спеціальних норм про кримінальну відповідальність за втягнення неповнолітніх у вчинення злочину чи інших антигромадських дій, внаслідок чого в чинному КК України містяться одна загальна норма (ст. 304 КК) і дванадцять спеціальних норм, з котрих дві передбачені на рівні самостійного складу злочину (ст. 323, 324 КК) і десять – на рівні кваліфікуючої ознаки деяких конкретних складів злочинів (ч. 2 ст. 181, ч. 3 ст. 300, ч. 3 ст. 301, ч. 3 ст. 302, ч. 3 ст. 303, ч. 2 ст. 307, ч. 3 ст. 307, ч. 3 ст. 309, ч. 2 ст. 315, ч. 2 ст. 317 КК.

Автором проаналізовано склад злочину, який передбачає кримінальну відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, названо їх особливості. У процесі характеристики названо об'єкти злочинів, розмежовано поняття «втягнення» та «експлуатація», охарактеризовано злочинні наслідки як факультативний елемент складу цих злочинів, наведено та охарактеризовано типи суб'єктів, досліджено, з якою формою вини (пряма, непряма) вчиняються злочини, та інші особливості. Наведено класифікацію типів суб'єкта злочину «Втягнення неповнолітніх в злочинну діяльність» та надано їх загальну характеристику.

Ключові слова: втягнення неповнолітніх, втягнення в злочинну діяльність, особливості втягнення неповнолітніх, злочинність неповнолітніх, способи втягнення неповнолітніх.

Постановка проблеми. Захист дітей є, завжди був і буде пріоритетним напрямом державної політики у зв'язку з тим, що діти як ніхто піддаються антигромадському та іншому негативному впливу, їх дуже легко втягнути в кримінальну та будь-яку іншу заборонену законом діяльність. Саме тому захист дітей від протиправних посягань на їхній моральний та фізичний розвиток має особливу значущість також у зв'язку з тим, що давно відома певна залежність злочинності загалом від злочинності неповнолітніх, яка сьогодні набула загрозливого розмаху. Тому, на нашу думку, це питання є актуальним поза часовими рамками.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Зважаючи на наукову і практичну значущість, питання втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність досліджене в працях багатьох вчених, зокрема О.М. Ситнік [1], О.С. Майгур [2], І.М. Охріменко, Н.В. Лигун [3], В.К. Негоденко [4], О.А. Гритенко [5], О.І. Топольськова [6], та багатьох інших.

Мета. Автор ставить за мету характеристику злочину втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність та визначення особливостей та недоліків правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Натепер у сфері охорони дітей є чимало проблем: демографічна криза, загострення проблеми здоров'я дітей, соціальне сирітство, зростання дитячої бездоглядності, злочинність неповнолітніх, порушення їхніх майнових прав. Перехідний період в Україні характеризується відсутністю належного механізму реалізації правового захисту неповнолітніх від втягнення в злочинну діяльність.

Конституція України у ст. 52 проголошує, що будь-яке насильство над дитиною та її експлуатація переслідуються за законом [7]. Відповідно до ст. 1 Конвенції про права дитини [8], «дитиною є кожна людська істота до досягнення 18-річного віку, якщо за законом, застосовуваним до даної особи, вона не досягає повноліття раніше». Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність вже давно стало однією з глобальних проблем кримінально-правової політики України та інших держав, адже злочинність серед неповнолітніх у певному сенсі є фактором росту злочинності дорослих. І, щоб не допустити зростання злочинності, слід зосередити увагу на запобіганні й, передусім, захисті неповнолітніх осіб від негативних явищ, серед яких украй небезпечним є втягнення

© А. Бабой, 2019

дорослими особами неповнолітніх у злочинну діяльність.

Важливість і значущість суспільних відносин, на які посягає даний злочин, не викликає сумніву. Забезпечення прав дитини належить до глобальних проблем сучасності, у вирішенні якої зацікавлена вся світова спільнота. Це пояснюється визначною роллю підростаючого покоління в гарантуванні життєздатності суспільства та прогнозуванні його майбутнього розвитку [9, с. 246]. Кримінологічні дослідження свідчать про певну закономірність: чим раніше людина вибирає злочинний шлях, тим довшим і небезпечнішим він є, а особа – менш виправною. У літературі юридичного спрямування містяться численні дані вибіркових досліджень, згідно з якими більше ніж кожен третій злочин, вчинений неповнолітнім, – наслідок втягнення його у злочинну діяльність дорослим [3, с. 181–188].

На думку О.С. Майгур, прагнення виявити самостійність, реалізувати себе є часто однією з причин, які спонукають неповнолітніх до скоєння правопорушень або становлять фундамент для безперешкодного втягнення їх у злочинну діяльність. До особливих станів, які відіграють суттєву роль у залученні неповнолітніх у злочинну діяльність, слід також віднести страх перед дорослим або боязнь фізичного насильства, бажання виправдати довіру дорослого. Усе це має вагоме значення для встановлення характеру і пояснення того, чи усвідомлював підліток, що має місце злочинна діяльність стосовно нього самого, чи міг він передбачати можливі, іноді тяжкі, наслідки, які можуть настати в результаті подальших спільних дій із дорослим [2, с. 231].

Відповідно до Постанови Пленуму Верховного суду «Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність» [11] під втягненням неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність треба розуміти певні дії дорослої особи, вчинені з будь-яких мотивів і пов'язані з безпосереднім впливом на неповнолітнього з метою викликати у нього рішучість взяти участь в одному чи декількох злочинах або займатись іншою антигромадською діяльністю. Втягнення завжди передбачає наявність причинного зв'язку між діями дорослої особи і виникненням у неповнолітнього бажання вчинити протиправні дії.

Щодо об'єкта злочину, передбаченого ст. 304 КК України, то родовим об'єктом даного злочину є громадський порядок та моральність. Однак це не означає, що втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність посягає лише на громадський порядок і моральність. Розібратись у цьому питанні можна тільки тоді, коли проаналізувати безпосередній об'єкт даного виду злочину, тобто встановити, які конкретні суспільні відносини порушуються насамперед.

Безпосереднім об'єктом втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність більшість криміналістів вважає громадський порядок, моральність і нормальний розвиток неповнолітніх. Ототожнення родового і безпосереднього об'єктів даного злочину пояснюється тим, що у разі вчинення вказаного злочину одночасно порушується нормальний фізичний розвиток та правильне моральне виховання підростаючого покоління, ставляться під загрозу важливі інтереси неповнолітніх.

Обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ст. 304 КК України, є потерпілі. У даному випадку це неповнолітні, тобто особи чоловічої або жіночої статі, які не досягли 18-річного віку. А потерпілий –малолітня особа – є кваліфікуючою ознакою цього злочину. Кримінальний кодекс України [12] поняття неповнолітнього не надає. Але стаття 6 Сімейного кодексу України визначає, що правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття, тобто вісімнадцяти років [13]. Кримінальний процесуальний кодекс у п.п. 11, 12 ч. 1 ст. 3 визначає, що малолітня особа – це дитина до досягнення нею чотирнадцяти років; неповнолітня особа – малолітня особа, а також дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [14]. Виходячи із викладеного, вважаємо доцільним і логічним назву статті 304 КК України викласти як «Втягнення дітей у злочинну діяльність». Це підтверджується частиною першою, яка підкреслює, що втягнення саме неповнолітніх, а частина друга логічно продовжує цю думку визначенням тих самих дій, вчинених щодо малолітньої особи.

Доречним буде зазначити, що в диспозиції ст. 304 КК України зроблено вказівку на потерпілого у множині, кримінальна відповідальність настає і тоді, коли посягання вчинене і проти однієї такої особи. Однак необхідно враховувати, що кримінальна відповідальність за зазначені дії настає як у разі, коли доросла особа знала про неповнолітній вік втягуваного, так і тоді, коли вона за обставинами справи повинна була або могла про це знати.

Для характеристики об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 304 КК України, важливим є розмежування понять «втягнення» і «використання». Принципова відмінність між поняттям «втягнення» та «використання» полягає в такому. «Втяг-

нення» – це схиляння дитини до злочину або іншої негативної девіації, тобто вчинення дитиною активної протиправної або аморальної дії (крадіжки, шахрайства, вживання спиртних напоїв, жебракування тощо). Використання, у свою чергу, означає трактування злочинцем дитини не як людини, а як корисної для нього речі, що своїм виглядом спонукає інших осіб до безоплатної передачі йому певних матеріальних цінностей (грошей, продуктів тощо), тобто в такому разі дитина є знаряддям учинення антигромадських дій, будучи одночасно беззахисною жертвою правопорушника.

За словами В.К. Негоденка, «з об'єктивної сторони втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність може здійснюватися лише шляхом активних дій. Без прямого психічного впливу на неповнолітнього неможливо, як правило, залучити його до злочинної діяльності та інших антигромадських занять» [4, с. 16]. Звичайно, втягнення неповнолітніх в зазначений вище вид діяльності може здійснюватися різними способами. До таких належать переконання, залякування, підкуп, обман, розпалювання почуття помсти, заздрості або інших низьких спонукань, пропозиція вчинити злочин, обіцянка винагороди.

Втягнення може здійснюватися шляхом психічного або фізичного насильства. Психічне насильство в основному виражається в погрозах чи залякуванні (нанесенням тілесних ушкоджень, завданням іншої шкоди, але якщо така погроза є реальною), обмані, обіцянках тощо, тобто в будь-яких діях, які мають вплинути на неповнолітнього без застосування сили. Фізичне насильство полягає в нанесенні тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, побоях тощо. У разі застосування фізичного насильства щодо неповнолітньої особи дії винного необхідно кваліфікувати за сукупністю злочинів [10]. Відповідно до Постанови втягнення у заняття жебрацтвом – це умисне схиляння неповнолітнього у будь-який спосіб до систематичного випрошування грошей, речей, інших матеріальних цінностей у сторонніх осіб як самостійно неповнолітнім, так і спільно з дорослими особами [10].

Важливо відзначити, як вважає О.А. Гритенко, що окремі автори дотримуються думки, що втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність має передбачати діяльність у буквальному сенсі [5, с. 48–51]. Так, автором підкреслюється, що втягнення зазвичай передбачає втягнення не в один конкретний злочин, а взагалі в злочинну діяльність (вчинення декількох злочинів). Така позиція є спірною, оскільки тлумачення поняття втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність як схилення його до скоєння ряду злочинів фактично звужує склад цього злочину. Це може призвести до ухилення від кримінальної відповідальності за схиляння неповнолітнього до одного злочину. Таки чином, у теорії й практиці затвердилась позиція, що під втягненням неповнолітнього слід розуміти діяльність, спрямовану на збудження в нього бажання (прагнення) брати участь у вчиненні одного або кількох злочинів [5, с. 124–125]. Втягнення в злочинну діяльність неповнолітніх – психічний чи фізичний вплив на неповнолітнього, вчинений дорослою особою з метою схилити його до вчинення злочину або участі в ньому в ролі співвиконавця або пособника в антигромадських діях. Таке втягнення пов'язане з безпосереднім впливом на неповнолітнього й може бути вчинене способом погрози, шантажу, обману, переконання, поради, обіцянки тощо [5, с. 50].

Отже, термін «втягнення» передбачає свідоме рішення дитини брати участь у злочинній діяльності, а термін «використання» стосується не здатних усвідомлювати свої вчинки немовлят або дітей молодшого віку, котрих злочинці використовують як «корисну річ», що відкриває гаманці громадян.

Злочин, передбачений ст. 304 КК України, вважається закінченим з моменту здійснення дорослим дій, спрямованих на залучення неповнолітнього в злочинну або іншу антигромадську діяльність, незалежно від того, чи скоїв неповнолітній злочин. Річ у тому, що значення терміна «втягнення», на відміну від «втягування», відображає вже завершений процес та навіть на семантичному рівні пов'язує певні дії (втягування) з наслідками (втягнення). Тобто у буквальному значенні потерпілий має втягнутися до певного виду антигромадської діяльності в результаті витягувальних (спрямованих на втягнення) дій винного. При цьому звернімо увагу, що в назві та диспозиції ч. 1 ст. 304 КК України застосовується категорія «втягнення», а не «дії, спрямовані на втягнення».

Таким чином, законодавчий термін «втягнення» вказує як на суспільно небезпечне діяння, так і на наслідки. Інакше будь-яку, навіть разову невдалу пропозицію вжити алкогольний напій, адресовану неповнолітньому, слід кваліфікувати як закінчений злочин, передбачений відповідною частиною ст. 304 КК України, що є явним порушенням принципу ненадмірності кримінальної репресії з причин відсутності суспільної небезпечності самого діяння. Тобто діянням винного обов'язково має кореспондуватися (так визначати, таким чином, суспільну небезпечність діяння) певна поведінка непо-

внолітнього. У контексті загальнотеоретичного вчення про склад правопорушення остання є не чим іншим, як наслідком діяння. Але тут слід зробити таке зауваження.

Відповідно до ППВСУ у справах про втягнення неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність [10] суди мають перевіряти, чи зазначено чітко й конкретно у постановах про притягнення як обвинуваченого та в обвинувальних висновках, у чому саме полягало втягнення, його форми та способи, а якщо дорослий вчинив злочин у групі з неповнолітнім, – роль кожного з них. Тому велике значення для характеристики складів злочинів втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність та притягнення винних до кримінальної відповідальності має спосіб втягнення у злочинну діяльність. Відповідно до дослідження І.О. Топольськової [6, с. 114–115] змішаних криміногенних груп, найчастіше застосовуються такі способи впливу на неповнолітніх:

1) спекулювання на почуттях хибної товаристськості, «злодійської» честі та благородства (понад 37% всіх випадків);

2) заохочення й експлуатація низьких інстинктів (жадібності, скупості, примітивних потягів) – 23%;

3) відкрите фізичне та психологічне насильства – 20,9%;

4) демонстрація уявної поваги, довіри, заступництва – 13,7%;

5) 5.прохання, поради, гумор, глузування, завдання, доручення – 5,4% [6, с. 114].

Дорослі включають у свою кримінальну групу неповнолітнього з визначеними, чітко окресленими цілями для досягнення високої результативності злочинної діяльності. Неповнолітній потрібен їм як інструмент злочинної дії: пролізти у квартирку, заманити жертву, виконати роль посильного, зв'язкового, викрасти автомобіль и вчинити інше діяння [6, с. 114–115].

Загалом, ми підтримуємо висновки вченої О.І. Топольськової щодо способів втягнення в злочинну діяльність, та у свою чергу хочемо зауважити, що наше дослідження виявило дещо відмінний перелік сучасних способів втягнення. Перш за все варто наголосити, що серед сучасних способів втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність переважають ненасильницькі способи. Значне місце серед ненасильницьких способів займає пропозиція вчинити злочин, поєднана з переконанням у вигідності, прибутковості вчинення злочину та безкарності у зв'язку з недосягненням віку кримінальної відповідальності (у разі недосягнення потерпілим передбаченого віку) або ж із застосуванням обману щодо їх безкарності.

Втягнення неповнолітніх у вчинення злочину шляхом застосування психічного насильства, що полягає у висловленні погроз заподіяння тілесних ушкоджень, чи розголошення відомостей, які потерпілий бажає зберегти в таємниці, чи погроза вчинення інших дій, що негативно відіб'ються на житті потерпілого, на практиці трапля0ється не дуже часто. Цей спосіб втягнення застосовується переважно в тих випадках, коли неповнолітній вже перебуває під певним впливом (наприклад, членство в угрупуванні з антисоціальною спрямованістю). Залучення до злочинної діяльності в такий спосіб вже ставить своєрідний маркер приналежності до певної групи антисоціального спрямування, що значною мірою ускладнює перебування такої особи в соціумі. Фізичне насильство як спосіб втягнення трапляється досить рідко. Здебільшого це потерпілі від домашнього насильства та особи, які перебувають під впливом антисоціальних угрупувань, де насильство є формою залучення до кримінальної активності.

Кримінальній відповідальності за втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність можуть бути піддані особи, які на час вчинення цих дій досягли вісімнадцятирічного віку [10], тоді як ч. 1 ст. 22 КК України [11] визначає, що кримінальній відповідальності підлягають особи, яким до вчинення злочину виповнилося шістнадцять років.

О.М. Ситнік [2] пропонує класифікувати типи суб'єктів кримінальної відповідальності за допомогою комплексних критеріїв кримінологічної типології. На його думку, застосування цієї узвичаєної гносеологічної практики на підставі здійсненого ним контент-аналізу 240 обвинувальних вироків та матеріалів 150 кримінальних справ і проваджень про злочини, передбачені ст. 304 КК України, матеріалів ЗМІ дозволяє виділити основні типи втягувачів.

І. За глибиною та стійкістю антисуспільної спрямованості:

1. Ситуативний тип, який загалом характеризується позитивною спрямованістю на вищому та середньому рівнях. Для нього втягнення неповнолітнього в злочинну діяльність виявляється першим власним у житті кримінальним досвідом. Останній набувається під впливом чи-то збігу тяжких життєвих обставин, чи-то іншої криміногенної ситуації. Таких у структурі всіх втягувачів близько 15%.

2. Послідовно-криміногенний тип, на відміну від попереднього, вирізняється до певної міри розвиненими антисуспільними рисами, деформованою моральною

та правовою свідомістю. Такі особи раніше неодноразово допускали вчинення адміністративних правопорушень чи окремих, не пов'язаних цілісною діяльністю, злочинів, притягалися до відповідного виду юридичної відповідальності. Втягнення неповнолітнього у злочинну діяльність, таким чином, постає закономірним результатом розвитку наявних антисуспільних якостей, сприяє їх закріпленню, подальшому загостренню. Вказаний тип у структурі втягувачів займає близько 75%.

3. Злісний тип фіксується приблизно у 8% випадків втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Для такої особи характерна стійка антисуспільна спрямованість, ведення паразитичного способу життя, наявність вагомого кримінального досвіду (2 і більше злочинів), досвіду відбування покарання у виді позбавлення волі. Злісний тип вирізняється також відверто зневажливим ставленням до норм права, суспільної моралі, зокрема до цінностей трудового, сімейного життя, особливого ставлення до дітей, їхніх особливих (порівняно з дорослими) психологічних, фізичних потреб.

4. Особливо злісний – найбільш небезпечний та відносно нечисленний (до 2%) тип втягувачів. Для нього характерний розлогий кримінальний, тюремний досвід, відсутність каяття за вчинені злочини, суто інструментальне, уречевлене (як виняток – рекрутивне) ставлення до втягуваного неповнолітнього; наявність зв'язків у злочинному середовищі, сповідування антицінностей кримінальної субкультури, глибинний морально-правовий нігілізм.

II.За особливістю мотивації злочинної діяльності:

1. Корисливо-агресивний (експансіоністський, експлуататорський) тип, таких серед втягувачів абсолютна більшість, що, власне, відображено й у відповідних показниках кримінально-правової структури, де корисливі злочини мають найбільшу питому вагу. При цьому варто акцентувати на тому, що втягувач є неординарним корисливим злочинцем.

2. Агресивно-негативістський тип репрезентований особами, які втягують неповнолітніх у вчинення хуліганства, різних проявів кримінального вандалізму. Як і в попередньому випадку, неповнолітній для втягувача є транзитивним об'єктом цілепокладання, опредметнення власних потреб. У структурі ж останніх переважають спонуки самоактуалізації (самоствердження), прагнення до утвердження поваги з боку втягуваних неповнолітніх. Такий тип займає приблизно 1,5% у структурі втягувачів.

3. Агресивно-інструментальний тип, якому властиве цілком раціональне використання неповнолітнього, його допомоги під час вчинення агресивно-насильницьких злочинів, передусім під час спричинення умисних тілесних ушкоджень різного ступеня, зґвалтувань, розбійних нападів, зокрема, поєднаних з умисними вбивствами.

4. Ігровий тип втягує неповнолітнього у злочинну діяльність з метою посилення емпатії, співпереживання з ним ситуації небезпеки від чинення як корисливих, так і агресивно-насильницьких злочинів. У подібних ситуаціях, як правило, вікова різниця між втягувачем та втягуваним – незначна, що й зумовлює перш за все психологічну потребу втягувача в участі неповнолітнього у вчинюваному ним злочині. Вказаний тип становить близько 0,5%.

5. Раціонально-нігілістичний тип, для якого основна спонука втягнення неповнолітнього в злочинну діяльність – не разове його використання в конкретному злочині, а планомірне формування у нього високого ступеню готовності до тривалої злочинної діяльності, в тому числі й на засадах субординації у форматі відносин патронажу-клієнтизму.

Запропоновану О.М. Ситнік типологію [2] втягувачів неповнолітніх у злочинну діяльність можна доповнювати і конкретизувати. У межах кожного типу можливо виділити більш дрібні підтипи. Також можна класифікувати типів втягувачів і за іншими критеріями. Проте варто зазначити, що дана типологія має велике практичне значення для врахування виділених та охарактеризованих нами кримінологічних типів у превентивній практиці, здатна підвищити ефективність розслідування таких злочинів, забезпечити необхідну специфікацію кримінально-превентивних практик з огляду на особистісні риси злочинців. На нашу думку, необхідні подальші дослідження у цій сфері: максимальна конкретизація типів втягувачів неповнолітніх у злочинну діяльність, класифікація за новими критеріями та розроблення з урахуванням типів злочинців заходів превентивного характеру, оскільки превентивна діяльність здатна запобігти вчиненню злочинів та має завжди передувати іншим заходам.

На думку В.В. Кузнецова, суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 304 КК, характеризується прямим умислом. Також необхідно брати до уваги, що кримінальна відповідальність за зазначені дії настає у разі, коли доросла особа знала або допускала неповнолітній вік втягуваного [14, с. 148].

Проте варто зазначити, що не всі вчені погоджуються із трактуванням, що в даних злочинах вина можлива лише у формі пря-

мого умислу. Так, М.О. Букач [15, с. 115], М.Й. Коржанський [16, с. 105, 108] та ін.) вважають, що формальний склад злочину допускає можливість наявності як прямого, так і непрямого умислу. Річ у тому, що законодавчі дефініції вказаних видів умислу не дають підстав для твердження про виключність будь-якого з видів умислу для злочинів з формальним складом, адже ставлення до суспільно небезпечних наслідків (за якими і розмежовуються прямий та непрямий умисел) у таких злочинах взагалі не може бути визначене через винесення самих наслідків за межі складу злочину. У цьому контексті обґрунтованою видається неодноразово висловлювана в науковій літературі точка зору, згідно з якою злочинів без наслідків не існує. Тому ми переконані в тому, що визнання та доведення на теоретичному рівні можливості вчинення досліджуваного злочину як із прямим, так і з непрямим умислом є необхідною умовою для підвищення в майбутньому ефективності застосування кримінального закону.

О.О. Дудоров, стверджуючи, що злочин, передбачений ст. 304 КК України, може вчинятися тільки з прямим умислом, водночас зауважує, що під час слідства необхідно з'ясовувати, чи усвідомлювала доросла особа, що своїми діями втягує неповнолітнього у вчинення злочину або іншу антигромадську діяльність. Необхідно також ураховувати, що кримінальна відповідальність за зазначені дії настає як у разі, коли доросла особа знала про неповнолітній вік втягуваного, так і тоді, коли вона за обставинами справи повинна була або могла про це знати [17, с. 199]. Власне, остання думка, яка дублює змістовно й текстуально ідентичні положення, викладена в абз. 2 п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 27.02.2004 року [10], ставить під сумнів позицію щодо виключності прямого умислу при втягненні неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність.

Таким чином, слід визнати, що втягнення неповнолітнього у злочинну чи іншу антигромадську діяльність може бути вчинене як із прямим, так і з непрямим умислом. У зв'язку з цим необхідним вважаємо внести відповідні зміни до положень абз. 2 п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України № 2 від 27.02.2004 р., прибравши вказівку на виключно прямий умисел вчинення цього злочину; цілком достатньою буде посилання тільки на умисну форму вини [10].

Висновки

У статті охарактеризовано злочин «Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність». Визначено актуальність даної тематики щодо захисту неповнолітніх від втягнення у злочинну діяльність, оскільки давно виявлено залежність рівня злочинності від злочинності неповнолітніх. Визначено, що нині українське кримінальне законодавство характеризується тенденцією до збільшення спеціальних норм про кримінальну відповідальність за втягнення неповнолітніх у вчинення злочину чи інших антигромадських дій.

У зв'язку з проведеним аналізом, на нашу думку, доцільно закріпити на законодавчому рівні положення, що особа, яка втягує неповнолітнього у вчинення зазначених дій, має досягти 18-ти років. Також відповідальність має наставати за втягнення неповнолітнього у «...вчинення злочину» . Доцільним виглядає виділення окремими статтями втягнення неповнолітнього у вчинення злочину та у вчинення антигромадського діяння. Також неоднозначно вирішується питання про необхідність поділу норми, передбаченої ст. 304 КК України, на дві: втягнення у вчинення злочину та втягнення в іншу антисоціальну діяльність.

Автором проаналізовано склад злочину, який передбачає кримінальну відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність, названо їх особливості. У процесі характеристики названо об'єкти злочинів, розмежовано поняття «втягнення» та «експлуатація», охарактеризовано злочинні наслідки як факультативний елемент складу цих злочинів, наведено та охарактеризовано типи суб'єктів, досліджено, з якою формою вини (пряма, непряма) вчиняються злочини та інші особливості.

Список використаних джерел:

1. Ситнік О.М. Кримінологічна типологія осіб, які вчиняють втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Випуск 1 (22). С. 194–197.

2. Майгур О.С. Психологічні та педагогічні проблеми роботи з делінквентами. *Юридична психологія та педагогіка*. 2013. № 1. С. 227–233.

3. Охріменко І.М., Лигун Н.В. Утягнення неповнолітніх у злочинну діяльність: психологічні детермінанти. *Юридична психологія*. 2015. № 1. С. 179–188.

4. Негоденко В.К. Відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність. Київ : Наукова думка, 1971. 72 с.

5. Гритенко О.А. Втягнення неповнолітніх у злочинну діяльність: теоретичні аспекти. *Боротьба з молодіжною злочинністю* : тези доповідей учасників Міжнародної науково-практичної конференції (27 вересня 2013 р.). Одеса : Одеський державний університет внутрішніх справ, 2013. 238 с.

6. Топольскова І.О. Кримінально-правові та кримінологічні аспекти боротьби із втягненням

неповнолітніх у злочинну або іншу антигромадську діяльність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Луганськ, 2003. 184 с.

7. Конституція України : Закон України від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.

8. Конвенція ООН про права дитини : Міжнародний документ ООН від 20.11.1989. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_021 (дата звернення: 05.12.2019).

9. Дегтярьова І. В. Порівняльний аналіз зарубіжного і вітчизняного кримінального законодавства, що встановлює відповідальність за використання малолітньої дитини для заняття жебрацтвом. *Форум права* : електрон. фах. вид. 2011. № 1. С. 246–249. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_1_45 (дата звернення: 05.12.2019).

10. Про застосування судами законодавства про відповідальність за втягнення неповнолітніх у злочинну чи іншу антигромадську діяльність : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2004 № 2. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/v0002700-04 (дата звернення: 05.12.2019).

11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 05.12.2019).

12. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2947-14 (дата звернення: 05.12.2019).

13. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 05.12.2019).

14. Кузнецов В.В. Злочини проти громадського порядку та моральності. Київ : Вид. Паливода А.В., 2007. 160 с.

15. Букач М.О. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2017. 221 с.

16. Коржанський М.Й. Презумпція невинуватості і презумпція вини : монографія. Київ : Атіка, 2004. 216 с.

17. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник : у 2-х т. Т. 2 / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Луганськ : Вид-во «Елтон-2», 2012. 704 с.

The article describes the crime of "Involvement of minors in criminal activity". The relevance of this topic to the protection of minors from involvement in criminal activity has been determined, as the dependence of crime rates on juvenile delinquency has long been revealed. It is determined that at present the Ukrainian criminal legislation is characterized by a tendency to increase the special norms on criminal liability for involvement of minors in committing a crime or other antisocial acts, as a result of which the current Criminal Code of Ukraine contains one general rule (Article 304 of the Criminal Code), out of which 12 special norms two are provided at the level of the independent composition of the crime (Articles 323, 324 of the Criminal Code) and ten at the level of the qualifying feature of certain specific crime types (Part 2 of Article 181, Part 3 of Article 300, Part 3 of Article 301, Part 3 of Article 302, Part 3 of Article 303, Part 2 of p. 307, p. 3, Art. 307, p. 3, Art. 309, p. 2, Art. 315, p. 2, Art. 317 of the Criminal Code.

The author analyzes the composition of the crime, which provides for criminal liability for involvement of minors in criminal activity, describes their features. In the process of characterization, the objects of crime are named, the concepts of "involvement" and "exploitation" are delineated, the criminal consequences are characterized as an optional element of the composition of these crimes, the types of subjects are described and characterized, what form of guilt (direct, indirect) are committed other features. The classification of types of the subject of crime "Involvement of minors in criminal activity" is given and their general characteristic is given.

In the process of characterization of crimes, named objects of crime, differentiated concepts of "involvement" and "operation", characterized the criminal consequences as an optional element of the composition of these crimes, lists and characterized the types of subjects, investigated with what form of guilt (direct, indirect) crimes and other features.

Key words: involvement of minors, involvement in criminal activity, features of involvement of minors, crimes of minors, ways of involvement of minors.

УДК 343.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.52

Костянтин Бєліков,
здобувач Донецького юридичного інституту
Міністерства внутрішніх справ України

СТРУКТУРА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ХАРАКТЕРИСТИКИ ВУЛИЧНИХ ЗЛОЧИНІВ

У статті визначено структуру кримінально-правової характеристики вуличних злочинів та здійснено аналіз їх суспільної небезпечності. Зазначається, що у спеціальних наукових працях з проблематики вуличної злочинності виокремлюються такі ознаки вуличних злочинів: об'єкт злочину, місце вчинення, спосіб вчинення злочину, форма вини, мета та мотив.

Визначено такі елементи структури кримінально-правової характеристики вуличних злочинів: 1) типова суспільна небезпечність злочину (ступінь тяжкості); 2) склад злочину; 3) кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки злочину; 4) характер (вид та розмір) покарання за злочин; 5) спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності.

Стверджується, що суспільною небезпечністю слід вважати здатність діяння заподіювати шкоду чи створювати реальну небезпеку заподіяння такої шкоди охоронюваним кримінальним законодавством суспільним відносинам.

Серед вуличних злочинів налічується 52 склади, що характеризуються різним ступенем типової суспільної небезпечності. Найбільшою є частка злочинів середньої тяжкості (38,5%) та тяжких злочинів (32,7%). Майже кожний п'ятий склад вуличних злочинів – особливо тяжкий (19,2%). Найменша кількість – склади злочинів невеликої тяжкості (9,6%).

За характером суспільної небезпечності вуличні злочини є найбільш небезпечними, оскільки являють собою посягання на життя та здоров'я особи, її статеву недоторканність, власність, безпеку дорожнього руху, громадський порядок та моральність, здоров'я населення. Щодо ступеня суспільної небезпечності вуличних злочинів, то вони також є проявом найбільш небезпечних способів вчинення злочину (фізичне насильство). До того ж законодавець у ряді випадків посилив кримінальну відповідальність за рахунок віднесення до кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак складів вуличних злочинів таких, як: корисливі та хуліганські мотиви, мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості; поєднання зі зґвалтуванням або сексуальним насильством; вчинення групою осіб, за попередньою змовою групою осіб, організованою групою; мета залякування потерпілого; характер мордування; вчинення злочину щодо неповнолітньої особи або особи, яка не досягла чотирнадцяти років; поєднання з насильством; вчинення особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм тощо.

Ключові слова: злочин, вулиця, кримінальне право, характеристика, суспільна небезпечність, характер, ступінь.

Постановка проблеми. Стратегія й тактика запобігання вуличній злочинності має ґрунтуватись на належній теоретичній основі, яка, перш за все, зводиться до визначення кримінально-правової моделі вуличних злочинів, з'ясування їх сутнісних характеристик як суспільно небезпечних діянь, за вчинення яких передбачено кримінальну відповідальність. Якщо спрощено, йдеться про кримінально-правову характеристику вуличних злочинів. Однак чи можна вести мову про кримінально-правову характеристику спрощено? Переконані, що ні. Як зазначають фахівці, «проблематизація концептуальних схем кримінальної відповідальності може супроводжуватися спробою використовувати нові робочі поняття, які потрапляють до розряду інструментів, доступних для використання у дослідницькій практиці» [12, с. 50]. Статусом такого робочого поняття наділена й категорія кримінально-правової характеристики.

Незважаючи на розроблений у кримінально-правовій доктрині підхід до юридичної характеристики (юридичного аналізу) складу злочину (злочинів), маємо констатувати відкритість дискусії щодо кримінально-правової характеристики злочину у цілому або їх груп. Більш того, коли йдеться не про окремий вид злочину (чи згруповану сукупність злочинів за об'єктом посягання), а про злочини, що виокремлюють за кримінологічно значущою ознакою, то структура їх кримінально-правової характеристики взагалі залишається невизначеною. Як зазначає А.А. Вознюк, «незважаючи на те, що поняття

© К. Бєліков, 2019

кримінально-правової характеристики розглянуто в багатьох наукових працях, однак у теорії кримінального права загалом відсутнє однозначне доктринальне розуміння» [5, с. 156-157].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід зазначити, що проблемам кримінально-правової характеристики злочинів присвятили свої праці такі вчені, як Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, А.А. Вознюк, Н.О. Гуторова, О.М. Джужа, О.О. Дудоров, В.М. Куц, В.О. Навроцький, Ю. А. Пономаренко, Є.Л. Стрельцов, В.Я. Тацій та інші. Однак проблематиці кримінально-правової характеристики вуличних злочинів ще не було присвячено окремих наукових досліджень.

Мета статті – визначення структури кримінально-правової характеристики вуличних злочинів та аналіз їх суспільної небезпечності.

Виклад основного матеріалу. Різні дослідники виокремлюють різні суттєві ознаки вуличних злочинів, що мають кримінально-правове значення. Так, Н.М. Бєла стверджує, що вуличними злочинами є різнорідні діяння, передбачені різними статтями Особливої частини Кримінального кодексу. Однак всі вони мають об'єднуючу ознаку – місце вчинення злочину, а саме вулицю [1, с. 143; 8, с. 24]. Дослідниця виокремлює ознаку об'єктивної сторони складу злочину – місце його вчинення.

І.Д. Лукіних трактує поняття «вуличні злочини» як суспільно-небезпечні, насильницькі, корисливі та корисливо-насильницькі дії, закріплені в різних розділах Особливої частини КК, мотивом скоєння яких є хуліганські спонукання або (як основного, додаткового або факультативного безпосереднього об'єкта злочину) які пов'язані з порушенням громадського порядку на вулицях [7, с. 9, 16]. Під час характеристики вуличних злочинів вчений акцентує увагу на таких ознаках їх складів, як об'єкт злочину, спосіб вчинення злочину, мета та мотив.

Окремі вчені зазначають, що в основі об'єднання вуличних злочинів в окрему кримінологічно значиму групу лежать такі критерії, як спосіб дій злочинця (фізичне насильство над особистістю, спроба або загроза його застосування), форма вини (умисел) і об'єкт посягання (суспільні відносини, ядро яких становить охорона особистості) [6, с. 85]. У цьому разі вчені виокремлюють такі ознаки складів вуличних злочинів, як спосіб вчинення злочину, форма вини та об'єкт посягання.

Узагальнюючи наведені ознаки, слід констатувати, що вченими виокремлено такі ознаки вуличних злочинів: об'єкт злочину, місце вчинення, спосіб вчинення злочину, форма вини, мета та мотив.

Як нами було встановлено, до вуличних злочинів слід відносити такі: умисне вбивство (ст. 115 КК України), тілесні ушкодження різного ступеню тяжкості, побої та мордування (ст.ст. 121, 122, 125, 126 КК України), зґвалтування (ст. 152 КК України), крадіжку (ст. 185 КК України), грабіж (ст. 186 КК України), розбій (ст. 187 КК України), шахрайство (ст. 190 КК України), незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК України), хуліганство (ст. 296 КК України), незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ст. 307 КК України), незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ст. 309 КК України), незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ст. 311 КК України), незаконне публічне вживання наркотичних засобів (ст. 316 КК України) [2–4]. Не вдаючись до аналізу підходів до визначення поняття «кримінально-правова характеристика», слід зазначити, що детально юридичну конструкцію «кримінально-правова характеристика злочинів» досліджено у статті А.А. Вознюка «Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів» [5, с. 156]. На підставі аналізу наявних наукових позицій вітчизняних вчених дослідник доводить, що кримінально-правова характеристика злочину повинна включати такі елементи: 1) суспільна небезпечність злочину [5, с. 154]; 2) склад злочину; 3) кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки злочину; 4) характер (вид та розмір) покарання за злочин; 5) спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності або обставини, що виключають злочинність діяння [5, с. 156-157].

У контексті предмета нашого дослідження маємо дещо конкретизувати структуру кримінально-правової характеристики вуличних злочинів. Вона має складатися з таких елементів: 1) типова суспільна небезпечність злочину (ступінь тяжкості); 2) склад злочину; 3) кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки злочину; 4) характер (вид та розмір) покарання за злочин; 5) спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності.

Сама по собі категорія «суспільна небезпечність» є ключовою у кримінальному праві України. У загальному вигляді суспільною

небезпечністю слід вважати здатність діяння заподіювати шкоду чи створювати реальну небезпеку заподіяння такої шкоди охоронюваним кримінальним законодавством суспільним відносинам. Її кількісними вимірами слід вважати характер і ступінь. За справедливим твердженням Р.М. Рудковської, «за характером суспільної небезпеки злочинними завжди визнаватимуться посягання на життя; здоров'я; статеву свободу і статеву недоторканість; основи національної безпеки; мир, безпеку людства та міжнародний правопорядок. За ступенем суспільної небезпеки до злочинних однозначно належатимуть діяння, що заподіюють фізичну або майнову шкоду у розмірі та у спосіб, визначений законодавцем, та діяння, вчинені загальнонебезпечним або насильницьким способом тощо» [9, с. 7]. Слід зазначити, що усі ці характерні риси суспільної небезпечності в ідеалі законодавець має враховувати під час визначення міри покарання за вчинений злочин. Саме визначення у кримінально-правовій санкції виду та розміру покарання є показником типової суспільної небезпечності злочину. Відповідно до ч. 1 ст. 12 КК України, залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі.

Злочином невеликої тяжкості є злочин, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке, покарання, за винятком основного покарання, у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Злочином середньої тяжкості є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавлення волі на строк не більше десяти років. Особливо тяжким злочином є злочин, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад двадцять п'ять тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення волі на строк понад десять років або довічного позбавлення волі. Ступінь тяжкості злочину, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин.

Серед вуличних злочинів налічується 52 склади, що характеризуються різним ступенем типової суспільної небезпечності. Найбільшою є частка злочинів середньої тяжкості (38,5%) та тяжких злочинів (32,7%). Майже кожний п'ятий склад вуличних злочинів – особливо тяжкий (19,2%). Найменша кількість – склади злочинів невеликої тяжкості (9,6%). Розглянемо їх більш детально.

Злочинів середньої тяжкості – 20 складів (38,5%), серед них: основний та кваліфікований склади умисного середньої тяжкості тілесного ушкодження (ч. 1 та 2 ст. 122), кваліфікований склад побоїв та мордування (ч. 2 ст. 126), основний склад зґвалтування (ч. 1 ст. 152), основний та кваліфікований склади крадіжки (ч. 1 та 2 ст. 185), основний склад грабежу (ч. 1 ст. 186), основний та кваліфікований склади розбою (ч. 1 та 2 ст. 187), основний та кваліфікований склади шахрайства (ч. 1 та 2 ст. 190), основний склад незаконного заволодіння транспортним засобом (ч. 1 ст. 289), кваліфіковані склади хуліганства (ч. 2 та 3 ст. 296), основний та кваліфікований склади незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ч. 1 та 2 ст. 309), кваліфікований склад незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ч. 2 ст. 311), основний та кваліфікований склади незаконного публічного вживання наркотичних засобів (ч. 1 та 2 ст. 316).

Тяжких злочинів – 17 складів (32,7%), серед них: основний та кваліфікований склади умисного тяжкого тілесного ушкодження (ч. 1 та 2 ст. 121), кваліфікований склад зґвалтування (ч. 2 ст. 152), кваліфіковані склади крадіжки (ч. 3 та 4 ст. 185), кваліфіковані склади грабежу (ч. 2-4 ст. 186), основний та кваліфікований склади розбою (ч. 1 та 2 ст. 187), особливо кваліфіковане шахрайство (ч. 3 ст. 190), кваліфіковане незаконне заволодіння транспортним засобом (ч. 2 ст. 289), особливо кваліфіковане хуліганство (ч. 4 ст. 296), основний та кваліфікований склад незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збуту наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 1 та 2 ст. 307), особливо кваліфікований склад незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ч. 3 ст. 309), особливо кваліфікований склад незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ч. 3 ст. 311).

Особливо тяжких – 10 складів (19,2%), серед них: вбивство (ч. 1 ст. 115) та кваліфіковане вбивство (ч. 2 ст. 115), три склади особливо кваліфікованого зґвалтування (ч. 3-5 ст. 152), особливо кваліфіковані крадіжка (ч. 5 ст. 185), грабіж (ч. 5 ст. 186), особливо кваліфікований розбій (ч. 3,4 ст. 187), особливо кваліфіковане шахрайство (ч. 4 ст. 190), особливо кваліфіковане незаконне заволодіння транспортним засобом (ч. 3 ст. 289), особливо кваліфіковане незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання чи збут наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів (ч. 3 ст. 307).

Злочинів невеликої тяжкості – 5 складів (9,6%), серед них: основний та кваліфікований склади умисне легке тілесне ушкодження (ч. 1 та 2 ст. 125), основний склад побоїв та мордування (ч. 1 ст. 126), основний склад хуліганства (ч. 1 ст. 296), основний склад незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання прекурсорів (ч. 1 ст. 311).

У результаті аналізу кримінальної статистики [10], проведенимих наукових досліджень встановлено таку структуру вуличних злочинів [11]: крадіжки (50%), грабежі (20,4%), незаконні заволодіння транспортними засобами (5,3%), хуліганства (2,9%), тілесні ушкодження, побої та мордування (2,5%), злочини у сфері незаконного обігу наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів (2,3%), розбої (2%), шахрайства (1,2%), вбивства (0,4%), зґвалтування (0,05%).

Незважаючи на те, що вбивства та зґвалтування посідають невелику частку у структурі вуличної злочинності (разом 0,45%), їх включено до структури вуличної злочинності через те, що порівняно із загальною кількістю цих злочинів, що вчиняються в Україні, 5,8% вбивств та 21,3% зґвалтувань вчиняється на вулицях.

За характером суспільної небезпечності вуличні злочини є найбільш небезпечними, оскільки являють собою посягання на життя та здоров'я особи, її статеву недоторканність, власність, безпеку дорожнього руху, громадський порядок та моральність, здоров'я населення. Щодо ступеня суспільної небезпечності вуличних злочинів, то вони також є проявом найбільш небезпечних способів вчинення злочину (фізичне насильство). До того ж законодавець у ряді випадків посилив кримінальну відповідальність за рахунок віднесення до кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак складів вуличних злочинів таких, як: корисливі та хуліганські мотиви, мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості; поєднання зі зґвалтуванням або сексуальним насильством; вчинення групою осіб, за попередньою змовою групою осіб, організованою групою; мета залякування потерпілого; характер мордування; вчинення злочину щодо неповнолітньої особи або особи, яка не досягла чотирнадцяти років; поєднання з насильством; вчинення особою, яка раніше вчинила розбій або бандитизм тощо.

Висновки

Таким чином, структура кримінально-правової характеристики вуличних злочинів включає в себе такі елементи: 1) типова суспільна небезпечність злочину (ступінь тяжкості); 2) склад злочину; 3) кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки злочину; 4) характер (вид та розмір) покарання за злочин; 5) спеціальні види звільнення від кримінальної відповідальності.

Серед вуличних злочинів налічується 52 склади, що характеризуються різним ступенем типової суспільної небезпечності. Найбільшою є частка злочинів середньої тяжкості (38,5%) та тяжких злочинів (32,7%). Майже 20% припадає на склади особливо тяжких злочинів. Найменша кількість – склади злочинів невеликої тяжкості (9,6%).

Список використаних джерел:

1. Белая Н.М. Уличная преступность: криминологическая характеристика и предупреждение (по материалам Иркутской области, Забайкальского края, Республики Бурятия) : монография / под ред. Л.М. Прозументова. СПб.: Издательство Санкт-Петербургского университета управления и экономики, 2014. 160 с.

2. Бєліков К.А. Актуальні напрями запобігання вуличній злочинності. *Деокупація Донбасу: організаційно-правовий механізм відновлення територіальної цілісності України* : матеріали всеукраїнського науково-практичного круглого столу (в авторській редакції), (м. Маріуполь, 04 жовтня 2019 року). Маріуполь, 2019. С. 18-19.

3. Бєліков К.А. Запобігання вуличній злочинності в діяльності поліцейських. *Україна і Європейський Союз: сучасні тенденції співпраці* : матеріали круглого столу (в авторській редакції), (м. Маріуполь, 16 травня 2019 року). Маріуполь, 2019. С. 196–199.

4. Бєліков К.А. Окремі напрями проектування поліцейської діяльності як засобу запобігання вуличній злочинності. *Верховенство права*. 2019. № 3. С. 120–124.

5. Вознюк А.А. Поняття та елементи кримінально-правової характеристики злочинів. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 154–160.

6. Залогин П.Ю. Уличная преступность: профилактика и предупреждение. *Вестник*

Московского университета МВД России. 2011. № 1. С. 84–86.

7. Лукиных И.Д. Уличная преступность и ее предупреждение : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва : Московский государственный лингвистический университет, 2009. 31 с.

8. Прозументов Л.М., Рачкова Н.М. Уличная преступность: понятие, характеристика и профилактика. *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права.* 2013. № 2. С. 22–27.

9. Рудковська М.Р. Суспільна небезпека як ознака поняття злочину : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2017. 187 с.

10. Статистична інформація Генеральної прокуратури України. URL: https://www.gp.gov.ua/ua/statinfo.html (дата звернення: 23.11.2019).

11. Тітуніна К.В., Кириленко Ф.О. Аналіз злочинів, скоєних у громадських місцях. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка.* 2017. № 2 (78). С. 300–309.

12. Харитонова О.В. Професор Ю.В. Баулін і розвиток вчення про кримінальну відповідальність: кримінально-правові гетеротопії. *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності* : матеріали наук. полілогу, м. Харків, 7 верес. 2018 р. / упоряд.: Ю.В. Баулін, Ю.А. Пономаренко. Харків : Право, 2018. С. 49–53.

The article defines the structure of the criminal law characteristics of street crimes and analyzes their social danger. It is noted that in special scientific works on the problem of street crime, the following signs of street crimes are highlighted: the object of the crime, the place of the crime, the method of the crime, the form of guilt, the purpose and motive.

The following elements of the structure of the criminal law characteristics of street crimes are identified: 1) the typical social danger of the crime (severity); 2) the composition of the crime; 3) qualifying and especially qualifying signs of a crime; 4) the nature (type and size) of the punishment for the crime; 5) special types of exemption from criminal liability.

It is argued that the public danger should be considered the ability of the act to cause harm or create a real danger of causing such harm to public relations protected by criminal law.

Among street crimes, there are 52 compositions characterized by varying degrees of typical public danger. The largest is the proportion of moderate crimes (38.5%) and serious crimes (32.7%). Almost every fifth structure of street crimes is especially grave (19.2%). The smallest number – crimes of minor gravity (9.6%).

By the nature of the public danger, street crimes are the most dangerous because they represent an encroachment on a person's life and health, his sexual integrity, property, road safety, public order and morality, and public health. According to the degree of public danger of street crimes, they are also a manifestation of the most dangerous ways of committing a crime (physical violence). It is noted that the legislator in some cases strengthened criminal liability by attributing to qualifying and especially qualifying features of the elements of street crimes such as: selfish and hooligan motives, motives of racial, national or religious intolerance; combination with rape or sexual abuse; committed by a group of persons, by prior conspiracy, by a group of persons organized by a group; the purpose of intimidation of the victim; the nature of the torture; the commission of a crime against a minor or a person under fourteen years of age combined with violence; commission by a person who previously committed robbery or banditry, etc.

Key words: crime, street, criminal law, characteristic, public danger, nature, degree.

УДК 343.36;343.33:[341.4](477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.53

Руслан Волинець,
докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ РАТИФІКАЦІЇ РИМСЬКОГО СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ

Стаття присвячена питанням щодо необхідності та доцільності внесення окремих змін в національне законодавство у разі ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Проаналізовано та підтримано позицію, висловлену в юридичній літературі, згідно з якою ратифікація Римського статуту потребує комплексних змін Особливої частини Кримінального кодексу України, до якої необхідно внести низку поправок щодо визначення понять злочинів, які передбачені цим Статутом (злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини й злочини агресії), та закріплення їх вичерпного переліку. Також у статті звернуто увагу на один із аспектів на користь цієї позиції. Так, у частині четвертій статті 10 Кримінального кодексу України зазначено, що виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи можливо, якщо діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з цим Кодексом визнається злочином або було б злочином у разі його вчинення на території України. Це означає, що якщо якийсь із злочинів, передбачених Римським статутом Міжнародного кримінального суду, не визнається кримінальним правопорушенням, передбаченим чинним Кримінальним кодексом України, то вирок, постановлений за наслідками його розгляду, не зможе бути виконаний на території України, навіть якщо Міжнародний кримінальний суд прийме рішення щодо засудження громадянина України. В умовах збройного конфлікту, який триває на сході України, гармонізація кримінального законодавства з відповідними положеннями Римського статуту Міжнародного кримінального суду набуває особливої ваги.

Також у статті проаналізовано законопроекти, спрямовані на гармонізацію національного законодавства з положеннями міжнародного гуманітарного права, в тому числі з положеннями Римського статуту Міжнародного кримінального суду. За результатами такого аналізу було зроблено висновок, що ці законопроекти не мають комплексного характеру та не регулюватимуть усі сфери, в яких можуть бути реалізовані положення цього Статуту. У зв'язку із цим акцентується увага на тому, що ратифікація Римського статуту Міжнародного кримінального суду однозначно має носити комплексний характер та супроводжуватися відповідними змінами до кримінального, кримінального процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, які було напрацьовано за цей час науковцями, представниками громадських організацій та суб'єктами законодавчої ініціативи.

Ключові слова: міжнародне гуманітарне право, Римський статут Міжнародного кримінального суду; міжнародні злочини, злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочини агресії.

Постановка проблеми. В Україні вже досить довгий час триває дискусія щодо ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут). Слід зазначити, що Україна брала активну участь у підготовці Римського статуту та підписала його ще 20 січня 2000 року, проте й досі не ратифікувала. Аналіз юридичної літератури та преси вказує на те, що частина правників, державних діячів, політиків, правоохоронців, адвокатів, журналістів, представників неурядових організацій активно обстоюють позицію щодо необхідності підписання Римського статуту [3, с. 123–128; 1, с. 79–96; 4; 13; 7; 9], водночас інша частина застерігає проти такої ратифікації, вказуючи на ряд негативних наслідків, що можуть спіткати Україну в разі необдуманої ратифікації [6; 8; 14].

Змістовний та комплексний підхід до питань, пов'язаних з ратифікацією Римського статуту, висвітлений у роботах, зокрема, таких науковців, як Н.А. Боднар, М.М. Гнатовський, О.В. Задорожній, У.З. Коруц, П.Д. Пилипенко, В.П. Попович, С.П. Кучевська, О.В. Сенаторова, В.Є. Скомороха.

У цій статті не розглядатиметься питання щодо доцільності або недоцільності ратифікації Римського статуту.

© Р. Волинець, 2019

Метою статті є розгляд питання щодо необхідності та доцільності внесення окремих змін у національне законодавство у разі ратифікації Римського статуту.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 7 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України», якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом із проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно. Отже, перед тим, як ратифікувати той чи інший міжнародно-правовий акт, необхідно провести аналіз національного законодавства на предмет тих змін, яких воно потребуватиме у разі прийняття рішення про ратифікацію.

В юридичній літературі зазначено, що ратифікація Римського статуту потребує комплексних змін Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК), до якої необхідно внести низку поправок щодо визначення понять злочинів, які передбачені цим Статутом (злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини й злочини агресії), та закріплення їх вичерпного переліку. Наприклад, С.П. Кучевська вказує, що незважаючи на те, що норми Римського статуту містять ознаки самовиконуваних міжнародних норм, основною умовою набуття Статутом чинності щодо конкретної держави є приєднання до нього та приведення національного законодавства у відповідність до Статуту для забезпечення ефективного виконання покладених МКС функцій [5, с. 23].

У свою чергу В.П. Попович зазначає, якщо Україна ратифікує Римський статут, необхідно буде у КК ввести значну кількість нових складів злочинів, що підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, а також внести зміни в чинні склади злочинів (зокрема, обсяг поняття геноциду за Римським статутом не відповідає обсягу цього поняття, сформульованого в ст. 442 КК) [10, с. 68].

Виходячи з класифікації, закріпленої в Римському статуті, науковець виділяє в чинному КК такі серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права: 1) злочин геноциду, як один із найнебезпечніших злочинів проти людяності (ст. 442); 2) воєнні злочини: незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання ними (ст. 435); порушення законів та звичаїв війни (ст. 438); застосування зброї масового знищення (ст. 439); розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення (ст. 440); 3) злочини агресії: пропаганда війни (ст. 436); планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни (ст. 437). Однак у розділі XX КК не встановлено кримінальну відповідальність за злочини проти людяності, хоча цього вимагає значна кількість міжнародних актів, зокрема і Римський статут. Крім того, ряд із вищезазначених злочинів також підлягають відповідним змінам [10, с. 177–181].

Отже, в науковій літературі було констатовано, що ратифікація Римського статуту зумовлює внесення відповідних змін до кримінального законодавства України, і на цій підставі було запропоновано відповідні зміни [5, с. 190–198; 10, с. 177–181].

Поділяючи думку, згідно з якою Ратифікація римського статуту має неодмінно супроводжуватись відповідними змінами кримінального законодавства України, хочу звернути увагу на один із аспектів на користь цієї позиції. Так, у ч. 4 ст. 10 КК зазначено, що виконання в Україні вироку іноземного суду чи міжнародної судової установи можливо, якщо діяння, внаслідок вчинення якого було ухвалено вирок, згідно з цим Кодексом визнається злочином або було б злочином у разі його вчинення на території України. Це означає, що якщо якийсь із злочинів, передбачених Римським статутом, не визнається кримінальним правопорушенням, передбаченим чинним КК, то вирок, постановлений за наслідками його розгляду, не зможе бути виконаний на території України, навіть якщо Міжнародний кримінальний суд прийме рішення щодо засудження громадянина України. В умовах збройного конфлікту, який триває на сході України, гармонізація кримінального законодавства з відповідними положеннями Римського статуту набуває особливої ваги.

Необхідність внесення відповідних змін у кримінальне законодавство України було визначено як один із напрямів у Плані заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року. Так, було визначено, що одним із заходів, спрямованих на додержання норм міжнародного права для захисту життя мирного населення на тимчасово окупованій території України, є проведення аналізу відповідності норм міжнародного гуманітарного права та кримінального законодавства України

з метою виявлення прогалин та невідповідності (наприклад, щодо визначення воєнних злочинів). На основі результатів зазначеного аналізу мав бути розроблений законопроект щодо внесення змін до КК

та в разі потреби розроблені зміни до інших нормативно-правових актів, а також внесено подання до Верховної Ради України з метою гармонізації з нормами міжнародного гуманітарного права (зокрема, щодо визначення воєнних злочинів) [15].

У 2016 році за ініціативою Центру Громадських Свобод експертами було розроблено та презентовано проект Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення його гармонізації до положень Римського статуту Міжнародного кримінального суду» [12], який передбачає ряд змін і доповнень до КК, серед яких запропоновано: визначення понять злочинів «Обернення у рабство», «Злочини проти людяності», «Воєнні злочини проти осіб», «Воєнні злочини проти правосуддя», «Воєнні злочини майнового характеру», «Воєнні злочини проти гуманітарних операцій та використання символів», «Воєнні злочини, які полягають у застосуванні заборонених методів ведення війни», «Воєнні злочини, які полягають у застосуванні заборонених засобів ведення війни»; уточнено поняття злочинів геноциду та повністю змінено ст. 437 щодо злочину агресії. Крім того, вказаним законопроектом було запропоновано внести відповідні зміни до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), Закону України «Про застосування амністії в Україні», до Кримінально-виконавчого кодексу України (далі – КВК), до Закону України «Про пробацію» [1, с. 85–86]. Щоправда, цей законопроект так і не було зареєстровано у Верховній Раді України.

Наступна спроба врегулювати зазначене питання на законодавчому рівні була реалізована у проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права», поданому до Верховної Ради України VIII скликання [11]. На відміну від попереднього, цей законопроект прийнято у першому читанні, а тому згідно з Регламентом Верховної Ради він може бути поданий до другого читання.

Положення цього проекту Закону утворюють декілька змістових блоків: 1) положення щодо автономної регламентації кримінальної відповідальності за злочини агресії, геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини; 2) положення, які передбачають окремі зміни структури Особливої частини КК у зв'язку з автономною регламентацією кримінальної відповідальності за злочини агресії, геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини; 3) положення, спрямовані на вдосконалення правового режиму кримінальної відповідальності за катування; 4) зміни до КПК щодо уточнення підслідності відповідної категорії злочинів та передбачення можливості спеціального досудового розслідування та судового розгляду цих злочинів.

Проаналізувавши положення цього законопроекту, Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України висловило ряд слушних зауважень [2], до яких можна додати ще декілька зауважень, які зумовлені тим, що цей законопроект, виходячи з його назви та пояснювальної записки, не розроблявся виключно для гармонізації національного законодавства з положеннями Римського статуту, а його прийняття не зумовлено ратифікацією Статуту.

По-перше, у законопроекті пропонується передбачити у ст. 8-1 КК правило, згідно з яким, якщо вирішуватиметься питання щодо притягнення до відповідальності за агресію (ст. 437 КК), злочини проти людяності (ст. 437-1 КК), воєнні злочини (статті 438–438-6 КК) або геноцид (ст. 442 КК), особи підлягатимуть кримінальній відповідальності на підставі КК незалежно від місця вчинення злочину. При цьому не враховано положення ст. 21 Римського статуту, згідно з якими Міжнародний кримінальний суд застосовує: a) по-перше, цей Статут, елементи злочинів та свої Правила процедури і доказування; b) по-друге, у відповідних випадках, міжнародні договори, що застосовуються, принципи і норми міжнародного права, включаючи загальновизнані принципи міжнародного права збройних конфліктів; c) якщо це неможливо, Суд застосовує загальні принципи права, взяті ним із національних законів правових систем світу, включаючи, відповідно, національні закони держав, які за звичайних обставин здійснювали би юрисдикцію щодо даного злочину за умови, що ці принципи не є несумісними з цим Статутом та з міжнародним правом і міжнародно визнаними нормами і стандартами. Тобто насамперед Міжнародний кримінальний суд застосовує Римський статут та інші міжнародно-правові акти і, лише якщо це не можливо, відповідні положення національного законодавства. Тобто ст. 8-1 КК створює колізію зі ст. 21 Римського статуту.

По-друге, у законопроекті відсутні відповідні зміни до КПК та КВК, які регламентували би порядок взаємодії Міжнародного кримінального суду з національними правоохоронними органами та судами у питаннях здійснення розслідування, судового розгляду та виконання рішень цього Суду. Так, наприклад, звернення до положень КПК

дозволяє зробити висновок, що в ньому належним чином регламентується порядок виконання рішень такої міжнародної інституції, як Європейський Суд з прав людини. При цьому аналіз розділу IX «Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження» КПК дозволяє зробити висновок, що цим Розділом лише регулюються питання міжнародного співробітництва з іншими країнами, а не міжнародними судовими органами.

У цьому контексті хотілося б звернути увагу на проект Закону України «Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» та проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду», які нині розроблені Міністерством юстиції України.

При цьому останнім із зазначених законопроектів пропонується доповнити КПК розділом IX-2 «Особливості співробітництва з Міжнародним кримінальним судом». Відповідно до ч. 1 ст. 623 цього Розділу «Виконання Міжнародним кримінальним судом функцій на території України» КПК, прокурор Міжнародного кримінального суду на підставі та на виконання прохання Міжнародного кримінального суду може самостійно проводити процесуальні дії на території України, за винятком процесуальних дій, виконання яких в Україні здійснюється за погодженням із прокурором або з дозволу слідчого судді, суду. Зазначені положення не повною мірою узгоджуються з вимогами пп. «д» п. 3 ст. 57 Римського статуту, згідно з якими поряд зі своїми іншими функціями за цим Статутом Палата попереднього провадження може, зокрема, надавати прокуророві дозвіл на прийняття спеціальних заходів, що належать до проведення розслідування в межах території держави-учасниці, без отримання з боку цієї держави згоди на співробітництво відповідно до частини дев'ятої «Міжнародне співробітництво і судова допомога», якщо, взявши до уваги (оскільки це можливо) думки відповідної держави, Палата попереднього провадження стосовно даного випадку встановила, що ця держава явно не здатна виконати прохання про співробітництво з причини відсутності будь-якого органу або елемента його судової системи, наділеного повноваженнями, необхідними для виконання прохання про співпрацю відповідно до частини 9 Римського статуту.

Незважаючи на окремі недоліки, беззаперечно, наявність таких змін є перевагою порівняно з попередніми законопроектами, однак викликає запитання той факт, що цим законопроектом не пропонується внесення змін ані до КК, ані до КВК, і це при тому, що необхідність таких змін як обґрунтована у юридичній літературі, так і обговорена в експертному середовищі. Більше того, це є ігноруванням вже згадуваних положень ч. 7 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України». У зв'язку із цим зміни, обумовлені ратифікацією Римського статуту, повинні мати комплексний системний характер, тим більше що напрацювання у цьому напрямі здійснюються досить тривалий час.

Висновки

Натепер в Україні немає єдності думок щодо необхідності ратифікації Римського статуту. Такий стан справ певною мірою не сприяє однозначному усвідомленню того факту, що національне законодавство потребує приведення у відповідність до положень міжнародного гуманітарного права. При цьому такі зміни мають відбутись незалежно від прийняття рішення про ратифікацію Римського статуту. Водночас ратифікація Римського статуту однозначно повинна мати комплексний характер та супроводжуватись відповідними змінами до кримінального, кримінального процесуального та кримінально-виконавчого законодавства, які було напрацьовано за цей час науковцями, представниками громадських організацій та суб'єктами законодавчої ініціативи.

Список використаних джерел:

1. Боднар Н.А. Проблема ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду в світлі європейського вибору України. *Журнал європейського і порівняльного права*. 2018. № 8. С. 79–96.

2. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (реєстр. № 9438 від 20 грудня 2018 року) / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65266 (дата звернення: 02.11.2019).

3. Коруц У. Правова природа та сутнісне значення принципу компліментарності Міжнародного кримінального суду і його місце в системі кримінальної юстиції держави. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 4/1. P. 123–128.

4. Корыневич А. Почему Украина должна ратифицировать Римский статут Международного уголовного суда. Українська правда. URL: https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2019/08/20/7224001/ (дата звернення: 10.11.2019).

5. Кучевська С. П. Проблеми гармонізації законодавства України про кримінальну відпо-

відальність та Статуту Міжнародного кримінального суду : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2009. 338 с.

6. Луценко І. Ратифікація Римського статуту несе ризики для українських військовослужбовців. LB.UA. URL: https://ukr.lb.ua/news/2019/08/16/434855_ratifikatsiya_rimskogo_statutu_nese.html (дата звернення: 10.11.2019).

7. Мамедов Г. Ратифікація Римського статуту дасть змогу Україні повною мірою використати інструментарій МКС для обстоювання своїх прав. Інтерфакс-Україна. URL: https://ua.interfax.com.ua/news/general/607548.html (дала звернення: 20.10.2019).

8. Обговорили ратифікацію Римського статуту. *Голос України*. URL: http://www.golos.com.ua/article/323139 (дата звернення: 25.11.2019).

9. Печончик Т. Ратифікація Римського статуту надасть Україні більше прав. Новинарня. URL: https://novynarnia.com/2019/08/16/ratifikatsiya-rimskogo-statutu-nadast-ukrayini-bilshe-prav-pechonchik/ (дата звернення: 15.09.2019).

10. Попович В.П. Імплементація норм міжнародного гуманітарного права у кримінальне законодавство України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2010. 322 с.

11. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» (реєстр. № 9438 від 20 грудня 2018 року) / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65266 (дата звернення: 02.11.2019).

12. Проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення його гармонізації з положеннями Римського статуту Міжнародного кримінального суду». URL: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XC_vCZSRzzwJ:https://precedent.in.ua/wp-content/uploads/2016/07/proekt-ZU-shhodo-garmonizatsiyipolozhen-KK-z-polozhennyamy-Rymskogo-Statutu-16.05.2016-1.doc+&cd=1&hl=uk&ct=clnk&gl=ua. (дата звернення: 01.11.2019).

13. Ратифікація Римського статуту дозволить Україні мати не лише зобов'язання, а й права / *Українська Гельсінська спілка з прав людини*. URL: https://helsinki.org.ua/articles/ratyfikatsiia-rymskoho-statutu-dozvolyt-ukraini-maty-ne-lyshe-zobov-iazannia-a-y-prava/ (дата звернення: 17.11.2019).

14. Римський статут: ратифікувати не можна чекати / Український інституту майбутнього. URL: https://www.uifuture.org/publications/news/24907-rymskyi/statut/ratyfikuvaty/nemozna/chekaty (дата звернення: 20.11.2019).

15. Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 року № 1393-р / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1393-2015-%D1%80 (дата звернення: 20.11.2019).

The article deals with the necessity and expediency of introducing separate amendments to the national legislation, in case of ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court. The position expressed in the legal literature is analyzed and supported, according to which the ratification of the Rome Statute requires comprehensive amendments to the Special Part of the Criminal Code of Ukraine, which requires a number of amendments to define the concepts of crimes envisaged by this Statute (crimes of genocide, crimes, crimes and crimes of aggression), and consolidating their exhaustive list. The article also draws attention to one aspect in favor of this position. Thus, in part 4 of Article 10 of the Criminal Code of Ukraine it is stated that the execution in Ukraine of a sentence of a foreign court or an international judicial institution is possible if the act resulting from the execution of which the sentence was passed is recognized as a crime under this Code or would be a crime if committed the territory of Ukraine. This means that if any of the crimes contemplated by the Rome Statute of the International Criminal Court is not recognized as a criminal offense under the current Criminal Code of Ukraine, then the sentence given by the consequences of its consideration will not be enforceable in the territory of Ukraine, even if the International Criminal Court accepts the decision to condemn the citizen of Ukraine. In the context of the ongoing conflict in eastern Ukraine, the harmonization of criminal law with the relevant provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court is of particular importance.

The article also analyzes bills aimed at harmonizing national legislation with the provisions of international humanitarian law, including those of the Rome Statute of the International Criminal Court. As a result of such analysis, it was concluded that these bills are not complex in nature and will not regulate all areas in which the provisions of this Statute may be implemented. In this regard, it is emphasized that the ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court must be uniquely complex and be accompanied by appropriate changes to the criminal, criminal procedural and criminal law laws that have been developed during this time by scholars, representatives of public organizations and subjects of legislative initiative.

Key words: international humanitarian law, Rome Statute of the International Criminal Court; international crimes, genocide crimes, crimes against humanity, war crimes, crimes of aggression.

УДК 343.236.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.54

Олександр Капустін,
адвокат, аспірант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

УМИСЕЛ У СКЛАДІ ЗЛОЧИНУ

Стаття поглиблює вчення про умисел як частину злочину. Констатовано, що питання умислу висвітлені в науковій літературі недостатньо, при цьому тематика умислу як частини злочину в останніх публікаціях окремо не розглядається. Також у теорії кримінального права немає однозначної думки з приводу формування (виникнення) умислу і його віднесення до частини вчинення злочину. Одні вчені виділяють умисел як частину вчинення злочину, інші ж виступають проти віднесення його до стадій вчинення злочину. Отже, окреме висвітлення цього питання є прогалиною в сучасній науці і його дослідження має наукову новизну. Заповнити зазначену прогалину має на меті ця стаття.

Злочином, вчиненим умисно, визнається діяння, вчинене з прямим або непрямим умислом. Умисні злочини є найбільш небезпечними злочинами. При цьому більшість злочинів, передбачених нормами кримінального законодавства, належить до умисних. Відмічено, що первісним етапом злочину є виникнення умислу, який спочатку часто не має якого-небудь зовнішнього прояву. Перед скоєнням певного злочинного діяння у свідомості особи складається в загальних рисах уявлення про сутність злочину, про способи його здійснення, формується психологічне ставлення до майбутнього злочинного діяння, до злочинного результату у формі бажання досягнення злочинної мети. Під час формування умислу розумова діяльність особи не знаходить свого прояву в зовнішньому світі, не становить реальної небезпеки для об'єкта злочину, на цьому етапі відсутня реальна загроза заподіяння шкоди інтересам особистості, суспільства або держави. Свідома діяльність особи на стадії формування умислу не має самостійного кримінально-правового значення і не є караною. Однак, якщо особою вчиняються наступні дії, спрямовані на реалізацію сформованого раніше злочинного наміру, і вони утворюють суспільно небезпечне діяння, що заподіює шкоду або створює реальну загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам, благам та інтересам, що охороняються правом, тобто якщо сформоване психічне ставлення до майбутнього злочинного діяння і до його наслідків знаходить свій зовнішній прояв або на стадії готування до злочину, або на стадії умисного скоєння дій (бездіяльності), безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, – в цьому випадку формування умислу слід визнати початковим етапом злочину. Встановлено, що формування умислу і його виявлення за умови обов'язкової наявності хоча б однієї з наступних стадій в процесі розвитку злочинної діяльності слід віднести до безкарних стадій розвитку злочину. Необов'язково, щоб усі етапи розвитку злочинної діяльності були караними. При цьому, коли йдеться про вже закінчений злочин, велике практичне значення має дослідження формування умислу, що допомагає розкрити сутність злочину в динаміці. Зазначено, що перспективами подальших досліджень у цьому напрямі є проблема адекватного законодавчого відображення небезпеки умислу.

Ключові слова: стадія злочину, незакінчений злочин, закінчений злочин, готування до злочину, злочинна поведінка, злочинний намір.

Постановка проблеми. Умисел – відома в юриспруденції правова категорія. Згідно з Кримінальним кодексом України злочином, вчиненим умисно, визнається діяння, вчинене з прямим або непрямим умислом.

Відомо, що більшість злочинів, передбачених нормами кримінального законодавства, належить до числа умисних. До них належить і більшість злочинів, скоєних у житті. Умисні злочини є найбільш небезпечними злочинами, і з огляду на це вони привертають найбільшу увагу працівників правоохоронної сфери, викликають найбільше обурення громадськості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на це, питання умислу висвітлені в науковій літературі дуже слабко. За останні 25 років відсутні вітчизняні дослідження на дисертаційному та монографічному рівнях, присвячені розгляду умислу. Існують лише фрагментарні звертання до цього поняття у дослідженні різних дотичних тем. Такий стан справ є характерним і для наукових статей. Серед останніх публікацій на цю тему можна згадати наукові розвідки А.В. Бойка [1], Р.В. Вереши [2], Р.С. Сергєєва [3], О.В. Церковної [4]. Проте і в них тематика умислу як частини злочину окремо не розглядається. Тож окреме висвітлення цього питання є прогалиною в сучасній науці

© О. Капустін, 2019

і має наукову новизну. Заповнити зазначену прогалину має на меті ця стаття.

Метою статті є науковий розгляд і юридичний аналіз умислу як частини злочину.

Виклад основного матеріалу. У теорії кримінального права немає однозначної думки з приводу формування (виникнення) умислу і його віднесення до частини вчинення злочину. Одні вчені виділяють умисел як частину вчинення злочину, інші ж виступають проти віднесення його до стадій вчинення злочину.

Будь-яка осудна особа, в тому числі й злочинець, перш ніж перейти до певних дій, спочатку діє подумки. Перед скоєнням певного злочинного діяння у свідомості особи складається в загальних рисах уявлення про сутність даного злочину, про способи його здійснення, формується психологічне ставлення до майбутнього злочинного діяння, до злочинного результату у формі досягнення злочинної мети. Усі ці процеси, що відбуваються у свідомості особи, можна назвати формуванням умислу. Уваги заслуговує визначення, дане М. Алленом, згідно з яким формування умислу являє собою свідомо-вольовий процес моделювання особою майбутньої злочинної поведінки [5, с. 142]. Так, формування умислу являє собою свідомо-вольовий процес, оскільки на стадії виникнення умислу в особи формується психічне ставлення не тільки до злочинного діяння, а й до наслідків, які виникнуть у результаті вчинення цього діяння, оскільки будь-яка свідома дія (бездіяльність) осудної особи здійснюється з певною метою. Вже далі особа робить певні дії для досягнення своєї злочинної мети, якщо вона бажає її досягти.

Так, Р. Вереша до частини вчинення злочину відносить виникнення умислу (намір), підготовку злочинного діяння, саме злочинне діяння і результат [6, с. 1883]. Первісним етапом є виникнення умислу, наміру, що являє собою чисто внутрішній процес свідомості та не знаходить якої-небудь реалізації чи навіть виявлення назовні.

Зарубіжні вчені також виділяють формування умислу як перший етап вчинення злочину, коли суб'єкт створює інтелектуальну й психічну можливість скоєння злочину, проте цей етап є байдужим для суду в силу того, що мається на увазі під караністю дій. Оскільки формування умислу є чисто психічним процесом, який ще не є дією, воно не може бути караним і тягнути за собою кримінальну відповідальність [7, с. 185].

В.М. Бурдін також виділяв формування умислу як стадію вчинення злочину поряд із приготуванням до злочину, замахом на злочин і закінченим злочином [8, с. 29]. Н.Д. Дурманов визнавав помилковим включення формування умислу в число стадій і стверджував, що можна говорити про стадії здійснення злочину тільки в тих випадках, коли є акт зовнішньої поведінки, без якого взагалі не може бути мови про встановлення тих чи інших процесів, що протікають у свідомості людини [9, с. 80]. На думку автора, визначаючи стадії, що передують закінченому злочину, треба зупинятися тільки на тих етапах здійснення умисного злочину, які виразилися в конкретній зовнішній дії, нерозривно поєднують об'єктивні та суб'єктивні моменти (умисел, мотив), тому виключаються чисто внутрішні процеси свідомості, натомість відбувається поява відповідних мотивів, формується намір [9, с. 82].

В.П. Тихий є прихильником виділення виникнення задуму як самостійної стадії вчинення злочину. На думку автора, два етапи неодмінно присутні в кожному злочині: виникнення психологічних відносин, які обов'язково передують злочинній поведінці, і діяння, яке створює умови або заподіює шкоду суспільним відносинам чи ставить їх під загрозу заподіяння шкоди; інші стадії можуть бути або присутніми, або відсутніми у скоєному злочині [10, с. 28]. Ю.М. Антонян виділяє обов'язковий у всіх злочинах етап розвитку злочинного діяння: формування психологічних ставлень обов'язково передує злочинній поведінці та діянню, що завдає шкоди суспільним відносинам, або створює умови для нанесення такої шкоди, або ж ставить ці відносини під загрозу нанесення шкоди [11, с. 114]. Формування умислу не може бути предметом кримінально-правових відносин, оскільки загальновизнаний принцип кримінального права зазначає: «cogitationis poenam nemo patitur» [12, с. 6] – «думки не караються».

Як правильно вказується в юридичній літературі, особа не може бути притягнута до відповідальності лише за думки, в тому числі і злочинні, якщо вони не проявилися в конкретному діянні. Під час формування наміру розумова діяльність особи не знаходить свого прояву в зовнішньому світі, не становить реальної небезпеки для об'єкта злочину, на цьому етапі відсутня реальна загроза заподіяння шкоди інтересам особистості, суспільства або держави. Свідома діяльність особи на стадії формування наміру не має самостійного кримінально-правового значення і не є караною.

Однак, якщо особою вчиняються наступні дії, спрямовані на реалізацію сформованого раніше злочинного наміру і вони утворюють суспільно небезпечне діяння, що заподіює

шкоду або створює реальну загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам, благам та інтересам, що охороняються правом, тобто якщо сформоване психічне ставлення до майбутнього злочинного діяння і до його наслідків знаходить свій зовнішній прояв або на стадії готування до злочину, або на стадії умисного скоєння дій (бездіяльності), безпосередньо спрямованих на вчинення злочину, – в цьому випадку формування умислу слід визнати початковим етапом злочину. Формування умислу за обов'язкової наявності хоча б однієї з наступних стадій в процесі розвитку злочинної діяльності є безкарною стадією розвитку злочину, але не стадією його здійснення, оскільки можна говорити про вчинення злочину тільки в тому випадку, коли розумова діяльність особи знаходить свій зовнішній прояв, думки проявляються в конкретному діянні.

Поділяємо позицію А.П. Козлова [13, с. 41], згідно з якою вченим і юристам, які не виділяють формування умислу як стадію вчинення злочину, не слід посилатися на неможливість відповідальності за думки, неможливість притягнення до кримінальної відповідальності на цій стадії, оскільки в такому випадку вони змішують предмети дискусії: проблеми динаміки розвитку злочину й проблеми відповідальності за незакінчений злочин, переводять дискусію в площину видів незакінченого злочину, де змішуються стадії та види незакінченого злочину.

Формування наміру може супроводжуватися інформуванням інших осіб про бажання скоїти злочин і в такому випадку є виявленням умислу. На цьому етапі особа усно, письмово або в інший спосіб (наприклад, за допомогою рухів тіла) ділиться з іншими особами своїм наміром здійснити злочинне діяння, виражає ставлення до власних дій, розуміння об'єктивного розгортання злочину від діяння до наслідків, сподіваючись таким чином визначити ставлення оточуючих до майбутнього злочинного діяння.

А.А. Піонтковський виділяв виявлення наміру як самостійну стадію злочину, обґрунтовуючи свою позицію тим, що «хоча виявлення наміру не має суспільно небезпечного характеру, однак голий умисел переслідує свої самостійні цілі і є засобом безпосереднього посягання на охоронювані законом інтереси, а отже, є стадією в розвитку умисної злочинної діяльності» [14, с. 403]. Прихильником віднесення виявлення умислу до стадій злочинної діяльності був і В.М. Литвішков [15, с. 72].

А.П. Козлов також визнає виявлення задуму стадією вчинення злочину, розуміючи під цим повідомлення певного оточення, виражене в різних формах, про суспільно-небезпечний задум. Автор вважає, що в багатьох випадках виявлення задуму є не тільки межею, за якою слідує співучасть, але й прелюдією, підготовкою співучасті [13, с. 45].

Проти виділення виявлення умислу як частини злочину виступали ряд вчених. Так, Н.Д. Дурманов під виявленням умислу також розумів вираження зовні тим чи іншим способом наміру вчинити злочин і стверджував, що виявлення наміру, на відміну від формування умислу, що є тільки актом свідомості, – це конкретна дія, але дія, що не являє собою якогось руху шляхом скоєння злочину. Автор не відносив виявлення наміру до частини розвитку злочину й обґрунтовував свою позицію тим, що дія, яка, можливо, згодом утворить злочин, є свідомою діяльністю, спрямованою на певний об'єкт, тоді як у разі виявлення умислу дії, якими виявлено умисел, за загальним правилом, не адресовані тому самому об'єкту, що й об'єкт майбутнього злочину, а єдність об'єкта – характерна особливість усіх стадій вчинення даного злочину [9, с. 21]. Більш розгорнуту аргументацію того, що виявлення задуму не є частиною вчинення злочину, дала Н.В. Маслак. На її думку, у разі виявлення умислу суб'єкт не створює ніяких сприятливих умов виконання злочину; виявлення наміру не перебуває ані в зумовлюючому, ані в причинному зв'язку з вчиненням злочину; єдиним наслідком виявлення умислу є те, що сторонні особи дізнаються про злочинний намір суб'єкта; виявляючи умисел, винний не наближає наслідки, а відсуває їх, оскільки наражає себе на загрозу викриття [16].

М.В. Гринь дотримується тієї позиції, що виявлення наміру не є частиною скоєння злочину і будь-яке кримінальне переслідування виявлення наміру є неприйнятним. Автор пише: «Не має кримінально-правового значення виявлення наміру, що виразилося в словах, письмово, в конклюдентних діях. Заявлений (в усній чи письмовій формі) задум – ще не початок втілення злочинного наміру. У цьому випадку немає головного елемента, з яким пов'язується настання кримінальної відповідальності, – здійснення будь-якого суспільно-небезпечного діяння, спрямованого на фактичне вчинення злочину. Виявлення наміру не ставить об'єкти, що охороняються, в небезпеку заподіяння шкоди. У виявленні умислу відсутня основна матеріальна ознака злочину – його суспільна небезпека» [17]. Л.М. Федорак також дотримується тієї позиції, що формування і виявлення наміру не є частиною вчинення злочину, оскільки підставою кримінальної

відповідальності є вчинення суспільно небезпечного діяння, що заподіює шкоду або створює реальну загрозу заподіяння шкоди інтересам особистості, суспільства або держави [18, с. 46]. С.О. Сафронов також вважає, що виявлення наміру не можна розглядати як частину вчинення злочину, оскільки за Кримінальним кодексом такі дії не тягнуть кримінальної відповідальності [19, с. 202].

Інші вчені також не визнають частиною і не вважають злочинним і караним виявлення наміру, пов'язуючи це з тим, що в основу кримінальної відповідальності покладається тільки діяння, небезпечне в зовнішньому вираженні, тобто небезпечне для інтересів особистості, суспільства і держави. Дійсно, все, що не втілено у діянні, перебуває поза межами кримінально-правового регулювання і не може спричиняти кримінальну відповідальність.

Думка про те, що виявлення наміру не може бути віднесено до частини вчинення злочину, виглядає слушною, адже, по-перше, під час інформування інших осіб про намір вчинити злочин зовнішня форма прояву виявлення наміру ще не утворює суспільно-небезпечного діяння, яке зазіхає на об'єкт кримінально-правової охорони; по-друге, виключною підставою для кримінальної відповідальності виступає вчинення злочину, а це – діяння, що містить у собі усі ознаки складу злочину, що передбачено кримінальним правом. Але виявлення наміру слід визнати некараним етапом розвитку злочинної діяльності лише в тому разі, якщо надалі не відбувається саме злочинне діяння. Обов'язкова наявність хоча б однієї з наступних стадій в процесі розвитку злочинної діяльності свідчить про те, що особа не обмежилася одним лише вираженням бажання, намірів вчинити злочинне діяння, а вчинила конкретні дії, спрямовані на реалізацію свого наміру.

За наявності залежних або незалежних від волі особи обставин її діяльність може обмежитися лише виявленням наміру, і в цьому випадку діяльність особи на стадії виявлення наміру не має самостійного кримінально-правового значення. Наприклад, коли особа ділиться наміром вчинити крадіжку грошей зі своїм другом і далі не робить ніяких реальних дій для реалізації свого наміру, тому що або його друг відмовляє його від цього, або він сам вирішує зупинитися і не ризикувати заради такої суми, то його дії не є злочинними і караними, а виявлення наміру не є стадією розвитку злочину. Інша річ, коли особа після того, як поділилася зі своїм другом наміром вчинити крадіжку грошей, приступає до здійснення злочинного діяння. У цьому випадку умисел є частиною злочину і виявлення наміру слід віднести до стадій розвитку злочинної діяльності тому, що за наявності залежних або незалежних від волі особи обставин її діяльність могла б зійти нанівець на стадії виявлення наміру та не перейти в наступну. На цій стадії розвитку умисного злочину ще немає заподіяння шкоди та відсутня матеріальна ознака злочину – суспільна небезпека.

Слід звернути увагу на ще один важливий момент: з якою метою особа виявляє свій умисел: 1) намагається через інформування інших осіб визначити їхнє ставлення до потенційного злочинного діяння, дізнатися їхню позицію з цього приводу; 2) або ж це інформування необхідно для подальшого розгортання злочинної діяльності особи і проводиться з певною метою – отримати корисну інформацію, пораду чи яку-небудь допомогу, залучити спільників вчинення злочину тощо. В останньому випадку дії особи можуть сприяти покращенню умов для вчинення злочину, також при цьому виникає необхідність відмежування стадії виявлення наміру від стадії готування до злочину.

Проблема полягає в тому, що перелік підготовчих дій за кримінальним кодексом не є вичерпним, у законі йдеться про умисне створення інших умов для вчинення злочину, що викликає додаткові труднощі як у встановленні таких умов, так і в їх відмежуванні від виявлення умислу. Інститут стадій вчинення злочину служить, таким чином, тим самим цілям та інтересам, що й формально-матеріальне визначення поняття злочину, – визначенню меж злочинного і караного діяння. Наслідком невичерпного переліку видів караних підготовчих дій є відсутність певних критеріїв відмежування стадії виявлення наміру від стадії готування до злочину, в результаті чого неможливо чітко визначити, чи належить діяльність особи до некараної діяльності на стадії виявлення умислу або ж дії особи утворюють карані підготовчі дії, виражені в навмисному створенні умов для здійснення злочину. В якості такого критерію законодавець називає умисне створення умов. У зв'язку з цим можна дійти висновку, що змістова сторона даного критерію потребує уточнення, оскільки умови для вчинення злочину можуть мати різне значення: бути необхідними і випадковими, істотними і супутніми, що визначають обставини вчинення злочину або приховування його слідів, об'єктивними чи суб'єктивними тощо.

У кримінальному законодавстві, крім іншого умисного створення умов, окремо виділяється також підшукання співучасників злочину і змова на вчинення злочину.

Тільки у разі виявлення умислу стає можливою співучасть, допомога з боку інших осіб у вчиненні злочину, а якщо інформування інших осіб про намір здійснити злочинне діяння проводиться саме з такою метою, то дії особи утворюють підготовчі дії. Однак, як справедливо відзначається в юридичній літературі, «включення в межі незакінченого злочину змови як самостійного етапу здійснення посягання щонайменше некоректно в правовому відношенні» [20, с. 357]. Змова на вчинення злочину передбачає домовленість двох або більше осіб вчинити злочин, досягнення угоди між останніми, при цьому між учасниками змови не відбувається жодних інших дій. Змова є варіантом виявлення умислу, яке законом не згадано в числі варіантів незакінченого злочину. У конкретних складах як самостійний вид злочину змова не передбачена, в числі форм співучасті вона також відсутня. Таким чином, оскільки згідно зі ст. 2 КК України [21] підставою відповідальності за кримінальним кодексом є вчинення діяння, що має усі ознаки складу злочину, передбаченого КК, видається правильним підходом виключення із законодавчого визначення такої форми об'єктивної сторони готування до злочину, як змова на вчинення злочину. Цю позицію можна обґрунтувати тим, що під час змови виникає тільки намір вчинити злочин, а для приготування до злочину не досить наявності тільки умислу – необхідно, щоб він був утілений в діяння (дії або бездіяльність).

Готування – цілеспрямована діяльність, вчинювана свідомо. У ній починає реалізовуватись умисел на вчинення злочину. Тому створити умови для злочинного посягання без прямого умислу неможливо. У разі непрямого умислу, умислу неконкретизованого, тим більше у разі необережної форми вини шкідливі наслідки об'єктивно і суб'єктивно не є неминучими, а є ймовірними [22, с. 52].

Виявлення наміру не слід змішувати з однією з форм психологічного примусу (насильства) – загрозою, коли конкретний прояв наміру на злочин або є дією, яка заподіює або здатна завдати шкоди певним цінностям, або виступає як спосіб вчинення іншого злочину. У кримінальному кодексі містяться склади злочинів, які з об'єктивної сторони характеризуються загрозою, психологічним примусом. Наприклад, стаття 129 КК України «Погроза вбивством» встановлює відповідальність за погрозу вбивством, якщо при цьому була реальна небезпека здійснення цієї погрози; стаття 350 «Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок» встановлює відповідальність за насильство, яке небезпечне для життя чи здоров'я, або загрозу його застосування стосовно представника влади (службової особи, громадянина, що виконує службовий обов'язок) або його близьких у зв'язку з виконанням ним своїх службових обов'язків та ін. В інших складах злочину загроза є способом вчинення злочину (ст. 146 «Незаконне позбавлення волі або викрадення людини», ст. 152 «Зґвалтування», ст. 157 «Перешкоджання здійсненню виборчого права або права брати участь у референдумі, роботі виборчої комісії або комісії з референдуму чи діяльності офіційного спостерігача», ст. 187 «Розбій» тощо).

Як уже зазначалося, метою виявлення умислу є тільки доведення до відома третіх осіб намірів особи вчинити злочинне діяння, під час виявлення умислу не порушується жоден з охоронюваних кримінальним правом об'єктів, тоді як загроза являє собою психологічне насильство над жертвою з метою зміни її поведінки в інтересах того, хто загрожує, в потрібному йому напрямі, являє собою суспільно небезпечне діяння, оскільки вона перешкоджає реалізації громадянами гарантованих Конституцією [23] прав і свобод. Видається правильним те, що у разі загрози насправді карається не намір, а суспільно небезпечне діяння – загроза, навіть якщо у погрожуючого і немає жодного наміру надалі реалізувати її.

Висновки

Таким чином, дана стаття поглиблює вчення про умисел як частину злочину. Виходячи з викладеного, формування умислу і його виявлення за обов'язкової наявності хоча б однієї з наступних стадій в процесі розвитку злочинної діяльності слід віднести до безкарних стадій розвитку злочину. Необов'язково, щоб усі етапи розвитку злочинної діяльності були караними. Так, згідно з кримінальним законодавством приготування до злочинів невеликої та середньої тяжкості може бути безкарним діянням, однак це не означає, що період здійснення таких підготовчих дій перестає бути частиною злочину. Коли справа стосується вже закінченого злочину, то не можна заперечувати важливу практичну значимість формування умислу та його виявлення, що досить повно допомагає розкрити сутність злочину в динаміці, ступінь його суспільної небезпеки.

Ця стаття не відображає всі законодавчі та юридичні аспекти умислу. Перспективою подальших досліджень є, зокрема, проблема адекватного законодавчого відображення небезпеки умислу.

Список використаних джерел:

1. Бойко А.В. Непрямий умисел при вчиненні насильства щодо працівника правоохоронного органу. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 67. С. 631–637.
2. Вереша Р.В. Умисел і його види (коментар до ст. 24 КК України). *Вісник Академії адвокатури України*. 2010. № 3. С. 73–82.
3. Сергєєв Р.С. Умисел та необережність в адміністративних проступках у сфері енергозбереження. *Право і суспільство*. 2011. № 5. С. 87–90.
4. Церковна О.В. Умисел потерпілого як підстава звільнення заподіювача від завданої ним шкоди. *Університетські наукові записки*. 2010. № 4. С. 63–68.
5. Allen M. Textbook on Criminal Law. Oxford, 2013. 580 p.
6. Veresha R. Criminal and Legal Characteristics of Criminal Intent. *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2016. № 21. P. 1881–1890.
7. Cruft R., Matthew H. Kramer. Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff. Oxford University Press, 2011. 408 p.
8. Бурдін В.М. Стадії вчинення злочину (кримінально-правове дослідження) : монографія. Львів, 2013. 303 с.
9. Дурманов Н.Д. Стадии совершения преступления по советскому уголовному праву. Москва, 1955. 211 с.
10. Тихий В.П., Панов М.І. Злочин, його види та стадії : науково-практ. коментар. Київ, 2007. 37 с.
11. Антонян Ю.М., Еникеев М.И., Эминов В.Е. Психология преступления и наказания : монография. Москва, 2018. 399 с.
12. Lima G.F. Iter criminis: consumação e tentativa. Centro Universitário Toledo. Araçatuba, 2018. 56 p.
13. Козлов А.П. Учение о стадиях преступления. СПб, 2002. 351 с.
14. Пионтковский А.А. Курс советского уголовного права. Т. 2. Преступление. Москва, 1970. 518 с.
15. Литвишков В.М. Стадии совершения преступлений : монография. Краснодар, 2018. 98 с.
16. Маслак Н.В. Кримінальна відповідальність за готування до злочину : монографія. Харків, 2010. 232 с.
17. Гринь М.В. Неоконченное преступление : дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Краснодар, 2003. 209 с.
18. Федорак Л.М. Злочинний намір у кримінальному праві України. *Вісник Верховного Суду України*. 2015. № 11. С. 44–48.
19. Сафронов С.О. Ознаки наявності у особи злочинного наміру або задуму. *Форум права*. 2017. № 3. С. 199–203.
20. Бабий Н.А. Учение о стадиях преступления и неоконченных преступлениях : монография. Москва, 2017. 747 с.
21. Кримінальний кодекс України : зі змін. та допов. станом на 12 лют. 2019 р. / уклад., підгот. В.І. Тютюгін. Харків, 2019. 303 с.
22. Шевчук А.В. Стадії вчинення злочину : дис... канд. юрид. наук: 12.00.08. Чернівці, 2002. 181 с.
23. Конституція України. Харків, 2019. 70 с.

The article deepens the doctrine of intent as part of a crime. It has been stated that the issues of intent are not sufficiently covered in the scientific literature. Also, in the theory of criminal law there is no unambiguous opinion about the formation (occurrence) of intent and its attribution to the part of the crime. Some scholars identify the intent as part of the crime, while others oppose its attribution to the stages of the crime. Therefore, separate coverage of this issue is a gap in modern science and has scientific novelty. This article is intended to fill this gap.

A crime committed intentionally is an act committed with direct or indirect intent. Deliberate crimes are the most dangerous crimes. At the same time, the vast majority of crimes, provided by the rules of criminal law, are among the intentional. It is noted that the initial stage of the crime is the appearance of intent, which at the initial stage often does not have any external manifestation. Before committing a certain criminal act in the mind of a person, a general idea of the essence of the crime, of the ways of its commission is formed, a psychological attitude to the future criminal act is formed, to the criminal result in the form of the desire to achieve a criminal purpose. When forming a deliberate mental activity of a person does not find its expression in the outside world, does not present a real danger for the object of the crime, at this stage there is no real threat of harm to the interests of the individual, society or state. Conscious activity of a person at the stage of intentional formation has no independent criminal legal value and is not punishable. However, if a person commits the following actions aimed at the realization of a previously established criminal intent and they constitute a socially dangerous act that causes harm or creates a real threat of harm to public relations, goods and interests protected by the right, that is, if a mental disorder is formed the act and its consequences find its external manifestation either at the stage of preparing for a crime or at the stage of intentional commission of actions (inaction) directly aimed at committing a crime Well, in this case the formation of intent should be recognized as the initial stage of the crime. It is established that the formation of intent and its detection in the obligatory presence of at least one of the following stages in the development of criminal activity should be attributed to the impunity stages of the development of crime. It is not necessary that all stages of criminal activity be punished. In this case, when it comes to an already completed crime, an important practical importance is the study of the formation of intent, which helps to uncover the essence of crime in the dynamics. It is noted that the prospect of further research in this direction is the problem of adequate legislative reflection of the danger of intent.

Key words: stage of a crime, uncompleted crime, completed crime, preparation for a crime, criminal behavior, criminal intent.

УДК 343.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.55

Марія Кікалішвілі,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МЕТОДИ ІНДИВІДУАЛЬНОЇ ПРОФІЛАКТИКИ КОРУПЦІЙНИХ ЗЛОЧИНІВ

Стаття присвячена розгляду методів індивідуальної профілактики злочинів. У статті встановлені різні наукові підходи до визначення терміна «індивідуальна профілактика», а також відзначено, що грамотно побудована профілактика сприяє підвищенню правосвідомості населення та належному правовому вихованню молоді, яка з раннього віку розуміє те, що неприпустимо вдаватися до злочинних дій.

Автором розкривається сутність поняття «індивідуальна профілактика» та відзначені всі основні аспекти, пов'язані з нею. Зауважується, що індивідуальна профілактики корупційної злочинності проводиться в специфічних умовах корупційного середовища.

У статті звертається увага, що в контексті індивідуальної профілактики злочинності, в тому числі й корупційної, вкрай актуальним постає питання щодо методів, завдяки яким реалізовуються індивідуально-профілактичні дії. На сучасному етапі розвитку кримінологічної науки прийнято виокремлювати такі методи індивідуально-профілактичних дій, як метод переконання, метод допомоги та метод примусу. У статті відзначені основні моменти, пов'язані із кожним із зазначених методів, а також зауважено, наскільки перелічені методи дієздатні в специфічних умовах боротьби з корупційною злочинністю.

Як підсумок визначено, що індивідуальна профілактика злочинності, в тому числі корупційної, є складним видом діяльності, адже така діяльність завжди пов'язана із конкретною людиною та зі всіма їй властивими особливостями. Виходячи з цього, домогтися реального результату від індивідуально-профілактичних дій можна за умови планомірного та системного використання всіх можливих засобів та методів профілактичної діяльності.

Ключові слова: індивідуальна профілактика, корупційна злочинність, методи, запобігання злочинності, правосвідомість, вплив.

Сучасний науковий світ поступово дійшов думки, що дієва політика протидії корупційній злочинності можлива лише за умови поєднання всіх заходів антикорупційного спрямування. Ефективний результат у боротьбі з корупційними проявами буде досягнутий за комплексного та неухильного використання профілактичних, правоохоронних та караючих засобів.

У разі безумовної необхідності використання всіх наявних засобів боротьби із корупційною злочинністю в сукупності найбільш дієвою з них визнається профілактична діяльність. Подібне виведення на перший план серед усіх можливих засобів боротьби з корупційною злочинністю саме профілактики вкрай вдало пояснив у своїй роботі О.М. Бандурка. Відповідно до уявлень автора будь-яку злочинність можна порівняти із хворобою (тільки не людського організму, а соціуму), яку аж куди легше упередити на початкових стадіях та не допустити її розвитку, ніж пізніше боротися зі шкідливими наслідками та проводити важке й не завжди успішне лікування [1, с. 115]. Цілком природно, що злочинність значно простіше попередити, аніж потім з нею боротися. Дії з відзначеного попередження значно краще сприймаються з боку громадськості, адже кожен член суспільства розуміє важливість попереджувальних дій для свого майбутнього.

Грамотно побудована профілактика сприяє підвищенню правосвідомості населення та належному правовому вихованню молоді, яка з раннього віку розуміє той факт, що неприпустимо вдаватися до злочинних дій. Здається очевидним, що профілактичні дії, спрямовані на запобігання злочинності, актуальні для будь-якого виду злочинів, але особливої актуальності останнім часом вони набули саме у контексті боротьби з корупцією. Підвищена актуальність профілактичних дій у боротьбі з корупцією пояснюється тим, що сучасне українське суспільство відчуває певний занепад морально-етичних принципів, через що корупційні діяння сприймаються населенням досить байдуже і не викликають

© М. Кікалішвілі, 2019

необхідного рівня обурення. Такими темпами корупція зовсім скоро стане невід'ємною складовою частиною загальнонаціонального менталітету України та буде посідати провідне місце в суспільному сумлінні.

Профілактику корупційної злочинності можна поділити на два різновиди: колективну та індивідуальну. У рамках цього наукового дослідження ми будемо розбирати саме індивідуальну профілактику корупційної злочинності, адже така профілактика видається більш дієвою в контексті протидії корупційним проявам через виявлення та безпосередній вплив на особу, від якої насамперед можна очікувати скоєння злочину.

Актуальність цього дослідження полягає в тому, що сучасні наукові українські кола не мають чіткого розуміння всіх істотних моментів, пов'язаних з індивідуальною профілактикою конкретно корупційних злочинів, тим паче майже не досліджені методи, завдяки яким реалізується індивідуальна профілактика. При цьому розуміння та вдале застосування індивідуальної профілактики є вкрай важливим для якісного викорінення корупції, без чого неможливий подальший розвиток нашої держави як заможної та успішної. Природно, що й ніякої євроінтеграції Україні не побачити, якщо наша держава не позбавиться шкідливого явища корупції чи хоча б не зведе його до мінімуму. Все перелічене яскраво демонструє необхідність якісно нових наукових досліджень у сфері індивідуальної профілактики злочинності загалом та корупційної зокрема.

Серед учених, які присвячували свої праці дослідженню різних питань щодо профілактики злочинних проявів, окремо слід виокремити таких як: М.І. Мельник, О.М. Бандурка, О.М. Джужа, В.Н. Кудрявцев, П.В. Цимбал, О.М. Костенко, В.В. Голіна, А.П. Закалюк та інші.

Метою цієї статті є дослідження та кримінологічна характеристика індивідуальної профілактики корупційних злочинів, а також визначення із тим, які методи характерні для індивідуальної профілактики корупційних злочинів. Задля досягнення поставленої мети висунуто таке завдання – навести різні наукові погляди до дефініції «індивідуальна профілактика», дослідити та проаналізувати всі основоположні елементи, що стосуються індивідуальної профілактики злочинності загалом та корупційної зокрема, окремо наголосити на методах, характерних для індивідуальної профілактики корупційних злочинів та зробити висновок, наскільки зазначені методи життєздатні в специфічних умовах протидії корупції.

Переходячи до викладення основного матеріалу, насамперед визначимося із тим, що саме являє собою дефініція «індивідуальна профілактика».

О.М. Джужа визначає індивідуальну профілактику як: своєчасний вплив на тих осіб, від яких першочергово надходить загроза ймовірності вчинення злочину. У цьому разі йдеться про чітку дію уповноважених органів на конкретну особу та її оточення після появи сигналу щодо можливої криміналізації зазначеної особи. За такого підходу до визначення індивідуальної профілактики об'єктом профілактичних дій визнається певна людина та її спосіб життя, який свідчить про можливість вдатися до злочинних дій [9].

Цікаво, що у наведеному підході до визначення індивідуальної профілактики можливість застосування такої профілактики зумовлена обов'язковим проявом з боку особи злочинної поведінки, на яку необхідна спеціальна реакція. Тобто до прояву антисоціальної поведінки з боку конкретного суб'єкта ні про яку профілактику не може йтися. Зазначений аспект є одним із головних критеріїв розмежування наукових поглядів на визначення індивідуальної профілактики.

Так, інша частина науковців вважає, що під індивідуальною профілактикою слід розуміти певний комплекс специфічних дій державних органів, у тому числі правоохоронних органів або громадських організацій, з виявлення осіб, від яких очікується злочинне діяння з подальшим позитивним впливом на виявлену особу з метою корегування її свідомості на краще [5, с. 118].

У першому випадку увага акцентується на тому, що індивідуальна профілактика – це своєчасний вплив на особу можливого злочинця, в другому – під індивідуальною профілактикою вже розуміється конкретний набір дій з виявлення зазначеної вище особи. Виходить, що прихильники першого визначення обстоюють необхідність початку індивідуальної профілактики лише після надходження з якогось джерела інформації про особу, стосовно якої необхідно провести антикриміногенні дії, а прихильники другого визначення окремо наголошують на необхідності діяльності уповноважених органів з виявлення подібних осіб самотужки без очікування якихось сигналів. На наш погляд, другий підхід до визначення індивідуальної профілактики є трохи ширшим та більше відповідає загальній суті існування цього кримінологічного інституту. Визначення індивідуальної профілактики, як його надає О.М. Джужа, більше характерне не для профілактичних дій індиві-

дуального характеру як таких, а для поняття попередження злочину.

Хоча, втім, обидва визначення наголошують на головній особливості індивідуальної профілактики – попередженні злочинного діяння як такого та попередженні формування з конкретної людини злочинця. Саме виявлення злочинних проявів на ранніх етапах з подальшим недопущенням їх розвитку є одним з головних глобальних завдань індивідуальної профілактики.

О.М. Бандурка наголошує на тому, що індивідуальна профілактика проявляється у низці виховних дій, які проводяться уповноваженими органами заради формування певного імунітету в особи стосовно певної злочинної спокуси [1, с. 116].

Індивідуальну профілактику можна визначити через певні етапи її проведення. Такими етапами є: виявлення осіб, стосовно яких потрібно вчинювати профілактичні дії, прогнозування антигромадської поведінки зазначених осіб, напрацювання заходів щодо профілактики, реалізація та контроль за результатами втілення профілактичних дій [2, с. 86–87].

Також індивідуальну профілактику можна визначити як певну систему з декількома рівнями взаємодії різних елементів суспільства, метою діяльності якої виступає загальна боротьба зі злочинністю [10, с. 213–214].

Якщо підсумувати наведені визначення та проаналізувати ще достатню кількість наукових підходів до визначення терміна «індивідуальна профілактика», яку ми тут не наводимо через певну обмеженість такої форми наукового дослідження, як наукова стаття, то узагальнено, на наш погляд, найбільш удалим визначенням індивідуальної профілактики є її розгляд як організованої, конкретизованої діяльності уповноважених осіб, яка відрізняється високим рівнем педагогічності та високою долею виховного впливу на свідомість суб'єкта, стосовно якого профілактичні дії є необхідними, з метою блокування у зазначеного суб'єкта злочинних поглядів та поступове формування належної правосвідомості, яка характеризується зразковим правовим сумлінням [9].

Важливо, що будь-які дії, спрямовані на індивідуальну профілактику злочинності, мають ґрунтуватися на певних принципах, головні з котрих є такими:

– індивідуально-профілактичні дії мають відрізнятися своєчасністю, адже у разі запізнення з виявленням особи, схильної до злочинних проявів, ризик скоєння злочину з боку такої особи різко підвищується, а сама суть індивідуальної профілактики як дії, спрямованої на попередження скоєння злочину, не буде дотримана;

– будь-які індивідуально-профілактичні дії мають відрізнятися циклічністю, тобто вплив на свідомість суб'єкта має або зменшуватися, або збільшуватися залежно від того, наскільки успішно на нього діє профілактика (подібне є цілком виправданим, адже індивідуальна профілактика не може здійснюватися стихійно та безсистемно; вона має бути тактично обґрунтованою) [7, с.132];

– дії з індивідуальної профілактики мають бути реальними, тобто їх втілення в життя має бути об'єктивно можливим, а не лише теоретичним;

– індивідуально-профілактичні дії мають бути побудовані на нормах чинного законодавства із дотриманням прав та інтересів особи [4].

Перелічені принципи, на яких має ґрунтуватися індивідуальна профілактика, є загальнотеоретичними. Іншими словами, профілактика будь-яких видів злочинів має базуватися на їх основі. Не є винятком і корупційна злочинність. Коли ми говоримо про індивідуальну профілактику особи, стосовно якої є обґрунтована підозра щодо можливого вчинення нею корупційного злочину, ми мусимо пам'ятати, що така профілактика має бути системною, своєчасною, реальною та законною, адже недотримання будь-якого з наведених принципів виключає досягнення загальної мети профілактичних дій у вигляді попередження скоєння злочину. Так, наприклад, якщо профілактичні дії не своєчасні, суб'єкт уже теоретично може скоїти злочин і для нього профілактика не є актуальною, а актуальним уже є розслідування його діяння; якщо профілактичні дії не законні, то відбувається викривлення засад демократії в нашій країні, де кожна особа вправі розраховувати на дотримання її прав, інтересів та основоположних свобод.

Загалом прийнято виокремлювати чотири види індивідуальної профілактики злочинності:

– рання профілактика (сутність цього виду індивідуально-профілактичних дій полягає в тому, що на ранніх етапах встановлюється негативний вплив, що чиниться на особу, виявляються джерела формування незаконної поведінки. Головна задача в цій ситуації – дати зрозуміти суб'єкту, стосовно якого проводиться профілактика, що його оточення формує з нього злочинця та подальший контакт з такими оточуючими може призвести до настання негативних наслідків у вигляді вчинення злочинного діяння);

– конкретна профілактика особи (у цьому разі ми маємо справу з особою, пове-

дінка якої вже реально свідчить про розвиток у неї антисуспільних поглядів та міркувань; тут найголовніше –спробувати стримати особу від подальшого розвитку злочинних поглядів та наставити на правильний шлях);

– профілактика стосовно осіб, які все ж таки вчинили злочинне діяння (за такого виду профілактичної діяльності маємо дві кардинально різні ситуації: у разі першої особа отримує реальний строк засудження і її виправленням займається установа, яка виконує покарання; у разі другої – особа не отримала кримінального покарання і їй роз'яснюється необхідність повернення на законослухняний шлях, аби не потрапити за грати наступного разу);

– профілактичні дії, спрямовані на запобігання повторного скоєння злочину (такий вид індивідуальної профілактики стосується осіб, які відбули покарання за злочинне діяння, тут найголовніше –допомогти такій особі повернутися до нормального життя із переосмисленим світосприйняттям) [9].

У контексті корупційної злочинності найбільш важким видом індивідуальної профілактики видається рання профілактика. Загалом рання профілактика більш характерна для неповнолітніх осіб, поведінка яких дає змогу дійти висновку щодо їх можливої подальшої криміналізації. Коли ми говоримо про корупційні злочини, то зазвичай суб'єктом таких злочинів постає повнолітня людини, яка до того ж тривалий час іде до займання певної посади. Діяти в такому разі за тією схемою, яка найчастіше використовується для ранньої профілактики, важко, адже у профілактичних діях стосовно неповнолітніх осіб доволі часто вплив на них відбувається, наприклад, через батьків, тобто із залученням третіх осіб.

Утім, зазначене не свідчить про те, що для корупційних злочинів неможлива рання індивідуальна профілактика. Можна побачити із зазначеного вище, що для ранньої профілактики важливо захистити особу від негативного впливу оточення, пояснити можливі ризики та зробити правильні настанови. На наш погляд, такі дії цілком реальні у профілактиці корупційних злочинів. Головне – вчасно встановити вплив на особу, яка обіймає посаду із підвищеним ризиком вчинення корупційного злочину. У разі встановлення зазначеного впливу з особою, на яку поширюється такий вплив, треба встановити контакт та роз'яснити необхідність діяльності лише в рамках закону, аби не страждати від можливих наслідків у вигляді настання кримінальної відповідальності. У разі послідовного та своєчасного антикорупційного впливу на таку особу є велика ймовірність формування в неї належного антизлочинного мислення.

Важливо, що на етапі ранньої профілактики корупційної злочинності особі, стосовно якої ведеться така профілактика, може знадобитися допомога уповноважених правоохоронних органів. Непоодинокі випадки, коли вищестояще керівництво вимагає від людини вчинення корупційної дії на благо так би мовити всієї організації. У такому разі особа, в якої профілактичні дії сформували гостру нетерпимість до подібних дій, має співпрацювати з відповідними органами кримінальної юстиції (як, наприклад, НАБУ чи Антикорупційна спеціалізована прокуратура), які можуть у процесі професійного виконання власних обов'язків розкрити цілу корупційну мережу.

Залучення суто антикорупційних органів кримінальної юстиції є цілком логічним, адже природно, що будь-яка профілактична діяльність є суб'єктною. До її виконання залучають суб'єктів зі спеціальними ресурсами та можливостями [3, с. 151].

Важливим питанням у контексті індивідуальної профілактики злочинності, в тому числі й корупційної, постає момент із методами, завдяки яким реалізовуються індивідуально-профілактичні дії. Очевидно, що індивідуальна профілактика – це довготривалий та поступовий процес, який пов'язаний із застосуванням всього інструментарію методів задля належного впливу на особу.

Кримінологічна теорія виокремлює такі методи індивідуальної профілактики злочинності: 1) метод переконання; 2) метод допомоги; 3) метод санкції (примусу) [9].

Метод переконання передбачає роз'яснення особі, стосовно якої необхідна профілактика, щодо неприпустимості злочинних поглядів на життя та сприяє формуванню позитивного світосприйняття. Зазначений метод вкрай актуальний під час ранньої профілактики, коли особа ще перебуває на певному розділенні: або йти злочинним шляхом, або утриматися від зазначеного шляху та йти доброчесною дорогою. Зазначений метод зазвичай реалізовується через проведення бесід та певних семінарів. У контексті корупційної злочинності зазначений метод індивідуальної профілактики є, напевно, одним із найбільш дієвих, адже сприяє початковому формуванню адекватної, професійної та добропорядної правосвідомості. До масиву форм, у яких може реалізовуватися зазначений метод, входять також круглі столи, видання наукових статей щодо неприпустимості вчинення корупційних дій та інша науково-дослідницька робота, видання локальних нормативно-пра-

вових актів, які передбачають певну правову етику для службовців певної галузі тощо. Так, наприклад, у рамках Державної митної служби України успішно функціонує Наказ зазначеного органу «Про затвердження положення про профілактику правопорушень, пов'язаних зі здійсненням службової діяльності працівниками митної служби України», який регламентує певні моменти щодо недопустимості вчинення корупційних злочинів або правопорушень представниками митної служби [8].

Метод переконання характеризується використанням різноманітних засобів психологічного впливу на підсвідомість особи. Головна задача – домогтися довіри з боку особи, стосовно якої здійснюється профілактика. За наявності довірительних стосунків особі буде значно простіше відкритися та поділитися всім, що її турбує, що своєю чергою буде сприяти дієвій допомозі та правильній настанові з боку особи чи органу, уповноваженого на проведення індивідуально-профілактичних дій.

Варто пам'ятати, що корупційні злочини вчинюються в специфічній обстановці, значно відмінній від скоєння більшості інших видів злочинів. Спочатку особа, яка ніколи не вдавалася до корупційних дій, значно хвилюється та сумнівається стосовно того, чи брати хабар, чи ні. Така особа перебуває на перепутті. Зазвичай корупційні пропозиції мають місце там, де вже є корупційне середовище, яке завдає планомірного тиску на нового члена свого середовища. Якщо своєчасно не допомогти такому суб'єкту, корупційне середовище проведе своє переконання та змусить вчинювати дії за прийнятим шаблоном. Як би це пафосно не звучало, але відбувається справжня боротьба за особистість. Ми або отримаємо ще одного корупціонера зі спотвореним усвідомленням життя в суспільстві, або завдяки вчасній індивідуальній профілактиці через метод переконання зможемо відстояти чесного громадянина та важливий елемент осередку громадянського суспільства.

Не менш важливим видається й метод надання допомоги. Зазначений метод відрізняється високою долею ефективності. Метод допомоги передбачає для особи, стосовно якої проводиться профілактика, поліпшення певних умов, за яких вона виконує свої професійні обов'язки. Йдеться про допомогу у працевлаштуванні, встановленні корисних контактів і т.д. У специфічних умовах корупційної злочинності цей метод найчастіше проявляється у допомозі, пов'язаній із безпосереднім робочим місцем. Якщо особа потрапила у корупційне середовище, заявила про це та не бажає розділяти загальні цілі та інтереси такого середовища, уповноважені на профілактику органи мають зробити все, аби перевести таку особу на іншу посаду чи на інше робоче місце, намагаючись не втратити у престижності роботи для особи, яка проявила активну позицію стосовно небажання стати членом корупційних схем. Допомога у працевлаштуванні можлива й для осіб, які відбули покарання за корупційний злочин.

Треба пам'ятати, що важливе завдання держави – допомогти особі, яка відбула покарання, повернутися до звичайного життя. Коли йдеться про особу, яка відбувала покарання за корупційний злочин, зазвичай відновити її на колишній посаді неможливо, адже судимість позначається на професійних можливостях такої особи. Втім, конче необхідно допомогти такій особі знайти роботу, аби не допустити можливого рецидиву. За статистикою люди, що хоч раз були за ґратами, обов'язково туди повертаються ще, як мінімум, на один раз у 39%.

Сучасні умови життя диктують свої правила. Нині важко говорити про можливість влаштування особи, що відбула покарання в місцях позбавлення волі, на роботу, адже таких можливостей у державі загалом вкрай мало. Можливим варіантом видається залучення певних фондів чи меценатів.

Що ж до методу примусу, то, напевно, зазначений метод є найбільш поширеним та популярним в українських реаліях. Зазначений метод є класичним батогом порівняно із вище відзначеними двома, які більш схожі на пряничні. Подібному є цілком логічне обґрунтування. На жаль, природа людини відрізняється тим, що їй куди більш доступно до розуміння, коли щось робиться в покарання, боязкість якого формує необхідну свідомість більш ефективно, аніж усі теоретичні обіцянки. Метод примусу конкретизується залежно від тієї галузі права, під яку підпадає діяння особи.

До головних заходів, що входять до методу примусу, належать:

– штраф (покликаний реалізувати матеріальне покарання стосовно особи, а також виступити запобіжним бар'єром для подальшої злочинної поведінки);

– застосування обмежень щодо обіймання певних посад для осіб, що були засуджені за певне злочинне діяння (у тому числі корупційну злочинність);

– адміністративний нагляд, затримання чи арешт.

Є необхідність відзначити, що в контексті корупційних злочинів метод примусу є малодієвим. Це пояснюється тим, що особа, яку викрили у корупційному злочині та відносно

якої застосували, наприклад, накладення штрафу, найчастіше не змінює загального сприйняття своїх дій. Вона лише доходить до думки, що наступного разу треба бути більш обережною.

Із усього переліченого вище можна зробити висновок, що загальні кримінологічні методи індивідуальної профілактики щодо корупційних злочинів не завжди є дієвими чи актуальними, що пояснюється специфікою корупційного діяння як такого. Очевидно лише те, що примус малоефективний у профілактиці корупційної злочинності, адже коли в особи вже сформувалося корупційне мислення, то жодна дія у вигляді санкції стосовно неї не призведе до бажаного результату. Корупційну злочинність можна перемогти лише початковим формуванням антикорупційної свідомості в громадян, для чого доволі дієвими можуть бути такі методи індивідуальної профілактики, як метод переконання та допомоги.

Не менш важливо й те, що індивідуальна профілактика, як кримінологічний засіб попередження злочинності, наразі має свій прояв лише в теоретичних наукових працях, доктринах чи локальних нормативних актах. Не погано було б закріпити такий кримінологічний засіб запобігання злочинності на загальнонаціональному рівні та видати спеціалізований закон, на що доречно вказує в свої роботах Н.В Лесько [6].

Висновки

Отже, підбиваючи підсумок всього дослідження, варто зазначити, що індивідуальна профілактика злочинності, в тому числі корупційної, є складним видом діяльності, адже така діяльність завжди пов'язана із конкретною людиною та з усіма їй властивими особливостями. Виходячи з цього, домогтися реального результату від індивідуально-профілактичних дій можливо за умови планомірного та системного використання всіх можливих засобів та методів профілактичної діяльності. Також варто пам'ятати, що в кожному окремому випадку результат може кардинально відрізнятися, адже вкрай багато чинників впливають на формування такого результату, головним з яких є ступінь криміналізації суб'єкта, стосовно якого вчиняються дії з профілактики. Втім, незважаючи на зазначене, індивідуальна профілактика корупційної злочинності є дієвим механізмом із запобігання поширення такого виду злочинності, який необхідно використовувати в державній антикорупційній політиці.

Список використаних джерел:

1. Бандурка О.М. Профілактика злочинності. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України.* 2014. № 1. С. 115–124. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vprc_2014_1_14.

2. Бурлаков В.Н. Криминогенная личность и индивидуальное предупреждение преступлений: проблемы моделирования. Санкт-Петербург : Санкт-Петербургская академия МВД России, 1998 г.

3. Голіна В.В. Кримінологічна профілактика злочинності: поняття, специфіка, структура, об'єкт запобіжного впливу. *Проблеми законності.* 2015. Вип. 130. С. 145–154. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pz_2015_130_19.

4. Криминология : учебник / Под общ. ред. А.И. Долговой. Москва : НОРМА-ИНФРА-М, 1999. 368 с.

5. Кримінологія : підручник / за заг. ред. Л.С. Сміяна, Ю.В. Нікітіна. МОН України. Київ, 2010. 495 с.

6. Лесько Н.В. Проблеми правового регулювання профілактики правопорушень в Україні. *Вісник* Національного університету «Львівська політехніка». *Юридичні науки.* 2014. № 807. С. 231–235. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2014_807_42.

7. Литвинов О.М. Тактика запобігання злочинам. *Право і Безпека.* 2011. № 1. С. 131–135. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2011_1_29.

8. Про затвердження положення про профілактику правопорушень, пов'язаних зі здійсненням службової діяльності працівниками митної служби України : Наказ Державної митної служби України від 24.05.2004 року № 380 / Державна митна служба України. Зареєстровано у Мін'юсті від 13.07.2004 року за № 875/9474.

9. Профілактика злочинів : підручник / О.М. Джужа, В.В. Василевич, О.Ф. Гіда та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О.М. Джужі. Київ : Атіка, 2011. 720 с.

10. Цимбал П.В., Кимлик Н.В., Ляшенко М.М. Попередження корупційних злочинів. *Науковий вісник Національного університету державної податкової служби України (економіка, право).* 2012. № 4. С. 211–216. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvnudpsu_2012_4_32.

The article is devoted to consideration the methods of individual prevention of corruption crimes.

Different scientific approaches to the definition of "individual prevention" are established in the article, and it is also noted that well-constructed prevention contributes to the increase of legal awareness of the population and proper legal education of young people, who from an early age understand that it is unacceptable to allow criminal actions.

The author explains the essence of the concept of "individual prevention" and notes all the main aspects related to it. It is noted that individual prevention of corruption crime is carried out in specific conditions of corruption environment.

In the article the attention is drawn to the fact that in the context of individual prevention of crime, including corruption, the question concerning the methods of individual preventive actions is very actual. At the present stage of criminological science development it is accepted to allocate such methods of individual-preventive actions, as a method of persuasion, a method of the help and a method of enforcement. In the article it is marked how much in specific conditions the listed methods are capable of struggle against corruption criminality.

As a result, it has been determined that individual crime prevention, including corruption prevention, is a complex type of activity, as this activity is always related to a specific person and characteristics of such a person. On this basis, it is possible to achieve real results from individual and preventive actions if all possible means and methods of preventive activity are used systematically.

Key words: individual prevention, corruption, methods, crime prevention, legal consciousness, impact.

УДК 343.3/.7+343.5/.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.56

Андрій Ополінський,
аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Університету державної фіскальної служби України

ТИПОЛОГІЯ ОСІБ, ЩО ВЧИНЯЮТЬ ЗЛОЧИНИ, ПОВ'ЯЗАНІ З ПРОТИПРАВНИМ ЗАВОЛОДІННЯМ МАЙНА У СФЕРІ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Кризові явища в сучасній ринковій економіці зумовили нарощування в суспільстві криміногенного потенціалу. Поляризація рівня життя, виникнення нових і діаметрально протилежних моральних цінностей і життєвих орієнтирів – все це зумовило виняткову складність кримінальної ситуації в Україні. У цих умовах особливого значення набувають питання, пов'язані зі зміцненням системи національної безпеки, зокрема і безпеки економічної, орієнтованої на забезпечення стабільного розвитку суспільства і держави, їх захищеності від кримінальних загроз.

Однією з відносно нових для української кримінологічної дійсності загроз виступає феномен протиправного заволодіння майном юридичних осіб, іменований у побуті рейдерством. Це економічне за своєю суттю і кримінальне за формою і змістом явище останніми роками отримало досить широке поширення в Україні. З 2014 року кількість рейдерських захоплень в Україні щороку зростала. Лише 2017–2018 роки показали дещо кращу динаміку. Згідно з даними компанії "Opendatabot" від початку 2019 року в Україні відбулося понад 200 рейдерських захоплень, проте найбільша їхня кількість сталася у 2017 році, коли зловмисники за рік незаконно заволоділи 724 підприємствами [1].

Отже, відбувається черговий для українських економічних відносин кримінальний перерозподіл власності. Кримінальна діяльність злочинних груп у різних формах заволодіння майном юридичних осіб (рейдерства) згідно з оцінками експертів приносить зловмисникам доходи, порівняні з бюджетом деяких суб'єктів господарювання України [2]. Цим завдаються величезні збитки промисловим підприємствам, установам, приватним організаціям і, зрештою, економічному прогресу України в цілому. Рейдерство називають економічною злочинністю, економічним бандитизмом, адже протиправні заволодіння можуть повністю знищити малий і середній бізнес, якщо таким злочинам не будуть протиставлені превентивні заходи законодавчого і правозастосовного характеру.

Ключові слова: рейдерське захоплення, злочинні організації, кримінальна відповідальність, підприємницька діяльність, протидія рейдерству.

Постановка проблеми. Сьогодні існує досить велика кількість факторів, які не дозволяють ефективно захищати інтереси господарюючих суб'єктів від протиправного заволодіння, про що наочно свідчить значна судова практика. Неефективність наявних механізмів захисту прав власників у разі протиправного заволодіння їхнім майном не тільки зводить нанівець можливість ефективного розвитку господарюючих суб'єктів незалежно від напрямів їх діяльності, але й не дозволяє гарантувати право власності, що серйозно дестабілізує господарський обіг. В результаті це негативно впливає на розвиток економіки в цілому і формування сприятливого інвестиційного клімату. Про реальну масштабність розповсюдження рейдерської активності свідчить створення в Україні Міжвідомчої комісії з питань протидії протиправному поглинанню та захопленню підприємств, що діє при Кабінеті Міністрів України. Члени Уряду України визнали, що в державі існують проблеми у галузі ведення бізнесу, зокрема незаконне захоплення підприємств – рейдерство [3].

У 2014 році питання протиправного заволодіння майном юридичних осіб (рейдерства) стало об'єктом уваги вищих державних органів. Уряд України одним з напрямів своєї діяльності у сфері забезпечення національної безпеки визначив здійснення комплексу заходів з протидії кримінальним захопленням майнових комплексів, що завдають значної шкоди економіці України і мають великий суспільний резонанс [4].

Проблеми застосування кримінально-правових засобів охорони відносин у сфері економіки в цілому і в сфері підприємництва зокрема висвітлені в монографічних, в тому числі дисертаційних, і інших дослідженнях

© А. Ополінський, 2019

таких вчених, як І. Богатирьов, О. Бурбело, З. Варналій, І. Вінокур, В. Вітлінський, Б. Грек, Н. Кричевський, А. Кірєєв, В. Мисливий, С. Молодецький, В. Філімонова. Аналіз наукової та спеціальної літератури виявляє очевидний дефіцит кримінологічних досліджень проблеми протиправного заволодіння майном юридичних осіб (рейдерства), хоча результати досліджень можуть становити інтерес як для кримінального, кримінально-процесуального, цивільного права, так і для інших галузей права. Викладене свідчить про необхідність проведення поглибленого наукового аналізу проблеми.

Метою дослідження є отримання нового кримінологічного знання про тенденції і закономірності розвитку рейдерства в Україні, розробка на основі цих знань заходів, спрямованих на оптимізацію попередження злочинів, пов'язаних з протиправним заволодінням майном підприємства, установи, організації. Об'єктом дослідження виступають суспільні відносини, що виникають з приводу вчинення злочинів, пов'язаних з протиправним заволодінням майном підприємства, установи, організації і їх запобіганням правоохоронними органами. Предметом дослідження є типологія осіб, які вчиняють рейдерські захоплення, стан і перспективи попереджувальної діяльності правоохоронних органів щодо протиправного заволодіння майном юридичних осіб (рейдерства).

Виклад основного матеріалу. У структурі економічної злочинності у вітчизняному просторі останніми роками значного поширення набуло незаконне привласнення чужого бізнесу, тобто рейдерство. Як відзначає З. Гбур, через практику рейдерських захоплень пройшла економіка майже всіх розвинених країн світу, страждають від неї і країни, що розвиваються, у тому числі й Україна. Чинним законодавством України не всі правовідносини, що виникають у процесі господарської діяльності, врегульовані належним чином. Це дає змогу деяким суб'єктам господарювання вчиняти протиправні дії – незаконно відбирати за допомогою шахрайських схем майно у власників, дестабілізувати нормальні ринкові взаємини і процес виробництва [5, с. 14].

У фаховій термінології Міністерства внутрішніх справ України рейдерство – це силове захоплення спірних підприємств, у тому числі й на виконання відповідних судових рішень на користь тих чи інших власників [6].

Фахівці Служби безпеки України рейдерство розуміють як протиправне захоплення акціонерних товариств (у тому числі й з державною часткою власності) сторонніми комерційними структурами через міноритарних акціонерів, котрі діють на їх користь.

У Постанові Кабінету Міністрів України «Про схвалення Декларації цілей та завдань бюджету на 2008 рік (Бюджетної декларації)» рейдерство визначене як відчуження державного майна та корпоративних прав поза процесами приватизації, протиправне захоплення підприємств [7]. Тобто термін «рейдерство» в загальноприйнятому розумінні означає протиправні дії, спрямовані на придбання і встановлення контролю над активами юридичної особи та/або підпорядкування і обмеження її діяльності всупереч волі власника під будь якою загрозою. Спроби встановити контроль можуть здійснюватися зацікавленими особами ззовні або зсередини підприємства. Як правило, цей поділ умовний і існує тільки на початковому етапі. Пізніше відбувається змішання позицій, тобто зовнішні агресори шукають (і, як правило, знаходять) джерела інформації та дієвих помічників всередині підприємства, а внутрішні агресори прагнуть посилити свої позиції та заручитися підтримкою ззовні. Рейдерство є важко доведеним й інтелектуальним видом злочинів, поширеним в різних країнах. У країнах з перехідною економікою незаконний переділ власності має системний характер і є значною загрозою.

Успіх протиправного заволодіння майном юридичних осіб багато в чому залежить від дій безлічі осіб, а також їх формальних і неформальних груп. Будь-яка особа або група осіб, що впливає на результат рейдерського проєкту, може називатися учасником проєкту незалежно від того, в чиїх інтересах (загарбника або жертви) діє даний агент. До числа основних учасників проєкту ми відносимо рейдерів і осіб, під контролем яких перебуває привабливий для агресора актив. Одразу хотілося б відзначити, що рейдер – найманий професіонал, який використовує, як правило, кримінальні методи заволодіння чужою власністю (приватною, державною), такі як підробка документів, фальсифікація судових рішень, знищення реєстру, тобто все, що дозволяє захопити контрольний пакет акцій, ліквідні активи, товари, немайнові активи підприємства. Також рейдери використовують такі способи, як розмивання пакетів акцій через нові емісії, розкрадання акцій, створення паралельних рад директорів, корупційність суддів, співробітників силових структур і чиновників, чорний PR. Мета рейдера – захопити ліквідні активи підприємства на замовлення загарбника для подальшої їх ліквідації або інвестування у інші проєкти.

Експерти поділяють рейдерів за характером використання незаконних і неринкових інструментів, захоплення власності, розрізняють їх за колективністю дій (одинаки, взаємопов'язані групи рейдерів – злочинні організації), за суб'єктами (приватне і державне рейдерство), за спрямованістю (інвестиційне та ліквідаційне), за технологіями (домінування силових інструментів або корпоративних технологій) [8].

Вивчивши типології рейдерів, ми хочемо запропонувати таку класифікацію.

Тип 1. Новий підприємницький клас (або рейдери-замовники). Це, як правило, люди, які отримали гарну освіту, які тямлять в юриспруденції, психології та, безумовно, сучасному законодавстві, а також добре знають про його недоліки. Це впевнені в собі і дуже цинічні люди, які прагнуть до досягнення своєї мети будь-якими шляхами. Вони володіють досить значним капіталом, тому що ті захоплення, які вони вже провели, дозволили їм нажити тисячі відсотків прибутку.

Тип 2. «Білі комірці» кримінального співтовариства. Це ті, хто «вижив» у 90-і роки. Вони абсолютно закриті і не прагнуть стати публічними. Ці рейдери хочуть володіти магазином (мережею магазинів, заводом, землею тощо), вони знають, що з цією власністю робити, у них завжди є покупці на ці активи. Люди цього типу зазвичай володіють механізмами впливу на судову і виконавчу владу, на правоохоронні органи. Часто це колишні співробітники правоохоронних органів.

Тип 3. Виконавці. Представники даного типу – молоді люди 23–30 років, які приїхали з провінції до великих міст, у яких немає ніякої власності, ніякого майна, ніяких перспектив і майже ніякої освіти. За 1500–3000 доларів (умовно), які вони отримають, вони палитимуть і будуть вбивати.

Тип 4. Виконавці-професіонали. Вони знають, як трансформувати абсолютно незаконні дії в квазізаконну форму. Це професійні рейдери, які епізодично виконують такі дії і знають, чим усе завершиться. Коли знадобиться судове рішення, що залежить від виконавчої влади, вони знають, які правоохоронні органи потрібно залучати, які можливі конфлікти інтересів. Це професіонали, які мають досвід.

Тип 5. Державні чиновники. Найпоширеніший в даний час тип рейдера – це державний чиновник. Експерти переконані, що вже давно сформувалося поняття державного рекету. Сьогодні абсолютно чітко можна говорити про державне рейдерство, тому що на чолі стоїть державний апарат, державні компанії, державні міністерства, агентства, дочірні структури агентств, які все підгортають під себе. Як додаткові учасники проєкту рейдерами або стороною, яка зазнає атаки, можуть бути залучені як окремі особи, так і їх групи – політики, представники суддівського корпусу, засобів масової інформації, різних державних служб і відомств тощо [9].

Основна ланка злочинного об'єднання – група юристів (адвокатів), що мають економічну спрямованість, досвід судової і слідчої практики, зв'язки в судових, виконавчих і правоохоронних органах. Дана група вивчає інформацію про об'єкт, інтерес до якого проявив замовник, виявляє порушення, допущені в ході акціонування (приватизації) поточної господарської діяльності, реєстрації емісій акцій, які можуть бути використані при здійсненні превентивного цивільно-правового та кримінально-правового переслідування власників та керівників захоплюваної юридичної особи. Визначаються слабкі місця майбутньої жертви і складається план дій зі здійснення захоплення юридичної особи. Розраховується бюджет, необхідний для планованих заходів, в який включаються витрати з оплати так званих послуг представників владних структур. З огляду на це група має чіткий поділ функцій, у ній є фахівці, що відповідають за взаємодію з судовими органами, прокуратурою, органами поліції, податковою службою. Окремо готується і здійснюється так звана PR-акція, тобто підготовка громадської думки шляхом висвітлення в засобах масової інформації ситуації навколо захоплюваного суб'єкта у вигідному для загарбників світлі. Для цього на постійній основі залучається відповідне агентство. Рейдерська операція завершується силовим захопленням юридичної особи, для чого залучається приватне охоронне підприємство. Діяльність даного підприємства оплачується з коштів замовника, але може контролюватися і підтримуватися через ліцензійно-дозвільні служби органів внутрішніх справ. Усі зазначені учасники подій залучаються тільки в той момент, коли настає стадія їх діяльності, тому за наявності доказів слідство має право кваліфікувати дані діяння як діяльність злочинного угруповання.

Як вже було зазначено, відмінною рисою такого явища, як протиправне заволодіння майном, є та обставина, що в ролі об'єкта заволодіння майном може виступати як суб'єкт господарської діяльності, який має певні фінансові труднощі і перебуває в кризовій ситуації, так і абсолютно успішний суб'єкт.

Визначальними в такому разі будуть такі фактори:

– наявність у юридичної особи-цілі ліквідних активів (майнового комплексу);

– наявність налагоджених виробничих, торгових процесів;

– наявність неврегульованих конфліктів серед засновників (учасників), акціонерів;

– зневага механізмів забезпечення інформаційної прозорості діяльності юридичної особи-цілі.

Згідно з оцінками фахівців основні витрати під час протиправного захоплення йдуть саме на підкуп суддів і представників правоохоронних органів.

У доповнення до наведеного слід вказати на деформацію судової системи і процесуального законодавства, в силу чого досить великою є ймовірність корумпованості суддів. Агресор використовує органи влади для досягнення таких цілей, як збір інформації стосовно юридичної особи-цілі, чинення тиску на менеджмент юридичної особи-цілі і її акціонерів, створення різних проблем для юридичної особи-цілі, спрямованих на ускладнення її нормальної економічної діяльності. Аналіз типових схем здійснення рейдерського захоплення показує, що державні органи відіграють надзвичайно важливу роль в їх реалізації.

Правоохоронні органи мають повноваження, що дозволяють здійснювати серйозний вплив на юридичних та фізичних осіб. Типовий приклад впливу на фізичну особу (власника) – незаконне застосування запобіжного заходу – арешту – відносно фізичної особи у кримінальній справі, порушеній проти інших осіб, на підставі рапортів чи інших сфабрикованих документів з метою обмежити можливості особи щодо захисту своїх майнових інтересів. Перебуваючи не на волі, фізична особа стає підконтрольною, а у рейдерів з'являється більше можливостей для проведення дій з дестабілізації діяльності компанії і перехоплення ініціативи та фактичного контролю над компанією. Типовий приклад впливу на юридичну особу в рамках розслідування кримінальної справи такий: фабрикуються підстави для проведення слідчих дій (обшуку, виїмки) з метою блокування і зупинки діяльності компанії шляхом вилучення, накладення арешту на кошти виробництва та порушення офіційного документообігу.

Ще одна причина рейдерства – корумпованість органів влади у сфері контролю державної реєстрації. Корупція в цих органах набула системного характеру та сприймається сьогодні вже просто як елемент суспільної реальності, як форма своєрідного суспільного договору. Негативний вплив має також недосконала система державних реєстрів (відкритість відомостей, що містяться в державних реєстрах, їх технічна недосконалість, відсутність надійного захисту входу, відсутність обміну даними між державним реєстратором і технічним адміністратором через надійні канали передачі даних). Такий побічний елемент демократії, як відкритість даних, негативно впливає на збереження нотаріальної таємниці, надає можливість через шахрайські дії процвітати рейдерству, оскільки в реєстрах містяться всі відомості щодо особи та майна, необхідні для підготовки фальшивих документів, на підставі яких відбуваються такі незаконні реєстраційні дії. На скасування цих дій потрібні роки судових процесів, у яких буде зовсім не просто довести недостовірність документів, що стали підставою для проведення реєстраційної дії [9].

У процесі рейдерського захоплення суд виконує функцію легалізації. Під легалізацією в цьому контексті розуміється отримання офіційних документів, які засвідчують право власності, тобто формальне визнання права власності, наприклад, отриманого за підробленими документами. У схемах протиправних захоплень можуть бути задіяні суди всіх інстанцій – арбітражні, світові, загальної юрисдикції, кримінальні, третейські.

Основні потреби рейдера і законного власника відносно дій державних органів принципово різняться. Це розрізнення має враховуватися при виробленні конкретних заходів (як законодавчих, так і правозастосовних) з протидії рейдерським захопленням. Через недостатність законодавчого закріплення інструментів захисту прав власності та гостру терміновість необхідності прийняття захисних заходів законні власники для порятунку свого майна змушені часто вдаватися до корупційних механізмів, щоб забезпечити роботу системи для свого захисту. Очевидно, що механізми захисту прав власності повинні бути чітко визначені законом. Крім того, висловлювана окремими експертами думка про те, що узаконення цих механізмів призведе до використання рейдерами їх під час захоплень, не має під собою підстав, адже механізми захисту прав власності мають своєю метою блокування і перехоплення ініціативи у рейдера, що суперечить сутності рейдерської діяльності.

Висновки

Попередження злочинів, пов'язаних з протиправним заволодінням майном юридичних осіб, передбачає, зокрема, декриміналізацію економічних відносин. Це вимагає постійної уваги і відповідального ставлення, починаючи з роботи над удосконаленням українського законодавства і закінчуючи моніторингом правозастосовної діяльності,

здійснення системи економічних, організаційних, правових, технічних, виховних та інших заходів, спрямованих на зниження дії обставин, що зумовлюють вчинення даних злочинів.

З огляду на системність попереджувальних заходів можна виділити низку заходів, спрямованих на вдосконалення державної політики з протидії протиправному заволодінню майном юридичних осіб (рейдерству).

Основні завдання включають в себе систему індивідуальних заходів впливу на криміногенні чинники, попередження злочинної поведінки потенційних порушників кримінального законодавства, попередження злочинів у сфері, пов'язаній з протиправним заволодінням майном юридичних осіб (рейдерством), а також попередження здійснення нових злочинів особами, які вже порушили відповідні правові приписи, встановлені кримінальним законодавством. Отже, боротьба з рейдерством – це комплексний захід, який має йти за такими основними напрямами:

– боротьба з корупцією в цілому (антикорупційне законодавство і спеціальні оперативні заходи);

– внесення поправок в цивільне і процесуальне законодавство. Вони повинні бути спрямовані на виключення більшості схем рейдерських захоплень;

– створення особливих антирейдерських структур, які б змогли ефективно протистояти незаконним захопленням. Ці структури повинні бути як державними, так і громадськими.

Актуальне значення в плані запобігання злочинам мають такі загальносоціальні заходи, як стабілізація політичної та економічної ситуації, забезпечення рівного правового захисту суб'єктів економічної діяльності тощо.

Список використаних джерел:

1. Щороку в Україні відбувається близько чотирьохсот рейдерських захоплень. *«Опендатабот»*. 24.06.2019 р. URL: https://opendatabot.ua/blog/336-raiders-2019 (дата звернення: 19.11.2019).

2. Бутенко Н.В. Розподіл продукції в умовах застосування синергетично-інституціональної концепції управління партнерськими відносинами. *Формування ринкових відносин в Україні*. 2016. № 2. С. 101–105. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/frvu_2016_2_26.

3. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 6 травня 2015 року «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/287/2015.

4. Економічна безпека підприємства в умовах рейдерських загроз : колективна монографія / О.А. Бурбело, С.К. Рамазанова, О.М. Заєць, Т.С. Гудіма, О.М. Кузьменко / за наук. ред. О.А. Бурбело, С.К. Рамазанова. Сєвєродонецьк : Вид-во СНУ ім. В. Даля, 2015. 285 с.

5. Гбур З.В. Сутність рейдерства та його вплив на формування економічної безпеки держави. *Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія «Державне управління»*. 2017. Вип. 2. С. 13–22.

6. Корпоративні конфлікти: кримінальні способи та методи встановлення контролю над підприємством : метод. рекомендації / Ущаповський В.Ф., Сахарова О.Б., Лопатін С.І. та ін. Київ : Державний науково-дослідний інститут МВС України, 2007. 63 с.

7. Про утворення Міжвідомчої комісії з питань захисту прав інвесторів, протидії незаконному поглинанню та захопленню підприємств : Постанова Кабінету Міністрів України від 21 лютого 2007 р. № 257. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257-2007- %D0%BF.

8. Ступницький В.В., Ступницька Н.І., Срібна Є.В. Політико-економічні аспекти вітчизняного рейдерства. Modern Directions Of Theoretical And Applied Researches '2013 SWorld 19–30 March 2013. URL: http://www.sworld.com.ua/index.php/ru/conference/the-content-of-conferences/archives-of-individual-conferences/march-2013.

9. Оніщук О. Обережно – рейдерство! Як захистити державні реєстри та майно? *Юридична газета online*. URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/oberezhno--reyderstvo-yak-zahistiti-derzhavni-reestri-ta-mayno.html (дата звернення: 19.11.2019).

The crises of the modern market economy have led to an increase in criminogenic potential in society. The polarization of the standard of living, the emergence of new, sometimes diametrically opposed moral values and life orientations – all this has led to the exceptional complexity of the criminal situation in Ukraine. In these circumstances, issues related to strengthening the national security system and, above all, the security of the economic, oriented towards the stable development of society and the state, their protection against criminal threats, are of particular importance.

One such relatively new threat to the Ukrainian criminological reality is the phenomenon of unlawful seizure of property of legal entities, named in the life of raiding. This economic, in its essence, and criminal in form and content phenomenon in recent years has become quite widespread in Ukraine. Since 2014, the number of raider hikes in Ukraine has increased every year and in 2017-2018 only showed slightly better dynamics. According to "Opendatabot", since the beginning of 2019, there have been more than 200 raider hijackings in Ukraine, with the largest number occurring in 2017, when 724 businesses were illegally taken over by malicious users in the year [1].

Thus, there is another for Ukrainian economic relations, criminal redistribution of property. Criminal activity of criminal groups in various forms of seizure of property of legal entities (raiding) according to experts' estimates brings them income compared to the budget of some economic entities of Ukraine [2]. This causes huge losses to industrial enterprises, institutions, private organizations and, as a result, to the economic progress of Ukraine as a whole. Random raiding is called economic crime or economic banditry, because unlawful seizures can completely destroy a small and medium-sized business if it is not opposed to preventive measures of legislative and enforcement nature.

Key words: raider capture, criminal organizations, criminal responsibility, business activity, counteraction to raiding.

УДК 343.985
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.57

Ярослав Олійник,
аспірант
ПВНЗ «Львівський університет бізнесу і права»

СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ, ЯКІ ВИНИКАЮТЬ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ПОГРОЗИ АБО НАСИЛЬСТВА ЩОДО ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ

Криміналісти під час своєї професійної діяльності давно звернули увагу, що злочинна діяльність, процес виникнення і зникнення інформації про неї і процес її розслідування мають ситуаційну природу. Підтвердженням цього є те, що вони здійснюються в конкретних умовах місця, часу дня і року, навколишнього середовища, а також у найрізноманітніших взаємозв'язках. У будь-якій сфері людської діяльності в процесі її відображення об'єктивно складається сукупність фактичних умов і обставин, які утворюють цілісну систему елементів – ситуацію.

Ситуаційний підхід все більше завойовує свої позиції у різних галузях юридичної науки і практичної діяльності, оскільки він дозволяє встановити зв'язок між різними розділами і вченнями науки та між науковими рекомендаціями і практичною діяльністю. Ситуаційний підхід під час розслідування кримінальних правопорушень дозволяє вирішувати як традиційні, так і нові криміналістичні завдання на принципово новій основі, адже в ході розслідування кримінального правопорушення слідчому доводиться мати справу з різними криміналістичними ситуаціями, які йому потрібно адекватно сприймати, правильно оцінювати, а за необхідності і грамотно вирішувати.

Під час досудового розслідування кримінальних правопорушень виникають умови, які зобов'язують слідчого до вибору напряму діяльності. Вибір необхідно здійснити для розуміння умов, що утворюють обстановку, у якій діє слідчий. Цей вибір дозволяє визначити завдання, які потрібно вирішити, обрати види процесуальних та організаційних дій, тактику і послідовність їх виконання для досягнення мети кримінального провадження.

Розробка системи методичних рекомендацій традиційно проводиться щодо конкретної слідчої ситуації або певної їх групи, тому важливим є окреслення типових слідчих ситуацій, які найчастіше виникають на момент ухвалення рішення про початок кримінального провадження або під час початкового та подальших етапів розслідування погрози чи насильства щодо захисника чи представника особи.

Ключові слова: конфліктна ситуація, криміналістика, кримінальне правопорушення, методика, сприятлива обстановка, типові умови.

Постановка проблеми. Під час розслідування конкретного кримінального правопорушення перед слідчим стоять два взаємопов'язані завдання: 1) розкрити кримінальне правопорушення, встановивши основні ознаки події, що відбулася; 2) розслідувати кримінальне правопорушення, тобто за допомогою процесуальних засобів і методів довести сутність установленої події для іншого суб'єкта пізнання (наприклад, суду). Однак оскільки на момент розслідування кримінальне правопорушення у реальній дійсності здебільшого не існує, то з метою його пізнання слідчий вибудовує інформаційну модель події, котра підлягає розслідуванню. Будь-яке кримінальне правопорушення, маючи ситуаційну природу, розвивається в просторі та у часі, а тому для успішної реконструкції всіх деталей злочинного діяння необхідно грамотно й адекватно відтворити всі його ситуації.

У криміналістичній науці відсутній єдиний підхід до розуміння поняття, суті, змісту, наповненості та видів слідчих ситуацій, про що тривають постійні суперечки у наукових колах серед криміналістів. Також питання визначення слідчих ситуацій, які виникають під час розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи, на даний час не досліджувались.

Провідні українські та російські учені в наукових працях досліджували поняття та класифікацію слідчої ситуації. Серед них – О. Баєв, О. Батюк, В. Бахін, Р. Бєлкін, О. Васильєв, С. Веліканов, І. Возгріна, Т. Волчецька, І. Герасимов, В. Гончаренко, Л. Драпкін, В. Журавель, Н. Клименко, О. Колесніченко, В. Коновалова, В. Лукашевич, Г. Матусовський, М. Салтевський, В. Шепітько та інші.

© Я. Олійник, 2019

Мета статті – визначення та аналіз типових слідчих ситуацій, які найчастіше виникають на момент ухвалення рішення про початок кримінального провадження та під час початкового й подальших етапів розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи.

Виклад основного матеріалу. У багатьох галузях наукового знання термін «ситуація» використовується в різних значеннях. В етимологічному аспекті ситуація – це сукупність обставин, становище, обстановка [1, с. 662]. У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» зазначено, що ситуація – це сукупність умов та обставин, що утворюють певне становище, викликають ті чи інші взаємини людей [2, с. 1127].

Т. Волчецька під ситуацією в загальнометодологічному значенні розуміє обстановку, становище, які склалися в результаті збігу будь-яких обставин, у прикладному аспекті – обстановку, яка оцінюється суб'єктом для прийняття рішення за її оптимальної трансформації, а з пізнавальних позицій – стан складових компонентів обстановки у конкретно визначений момент (зріз) часу [3, с. 45, 49]. М. Салтевський вказує, що слідча ситуація – це об'єктивна реальність, а також система, пізнана суб'єктом доказування на цей момент [4, с. 87].

У широкому та вузькому розумінні слідчу ситуацію пропонує розглядати В. Шепітько. У широкому розумінні слідча ситуація є сукупністю всіх умов, що ґрунтуються на розслідуванні та визначають його особливості. У вузькому (більш практично спрямованому) значенні слідча ситуація – це характеристика інформаційних даних, які є в розпорядженні слідства на конкретному етапі розслідування [5, с. 264–265]. В. Мозяков стверджує, що поняття слідчої ситуації здається простим і інтуїтивно абсолютно зрозумілим. Але саме навколо нього вже протягом кількох десятиліть триває гостра дискусія. Справа в тому, що це не просто теоретичне питання, на якому вчені відточують свою майстерність. Його рішення суттєво впливає на практику, оскільки впливає на організацію та оцінку всього розслідування [6, с. 426].

Ми погоджуємось із визначенням, яке запропонував О. Колесніченко: «Слідча ситуація – об'єктивно виникаюче в ході розслідування становище, що зумовлюється фактичними даними, які визначають напрям розслідування; при цьому вона визначається наявністю доказів на цьому етапі розслідування і конкретних завдань з їх перевірки і подальшого збирання» [7, с. 16].

Залежно від процесу досудового розслідування та з огляду на завдання слідчих ситуацій, їх динамічність пропонуємо систему слідчих ситуацій у провадженнях про погрозу або насильство щодо захисника чи представника особи стосовно основних етапів розслідування конкретизувати в такий спосіб:

1) слідчі ситуації, що виникають під час розгляду заяв і повідомлень про кримінальне правопорушення: а) наявність інформації про особу, що вчинила кримінальне правопорушення; б) відсутність інформації, що містить відомості про особу, що вчинила кримінальне правопорушення; в) відсутність інформації про факт учинення кримінального правопорушення;

2) слідчі ситуації, що виникають на початковому етапі провадження, який звершується ухваленням рішення про притягнення особи до кримінальної відповідальності (повідомленням про підозру): а) є інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення, окремі елементи обстановки кримінального правопорушення, місцезнаходження знарядь учинення кримінального правопорушення; б) є інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення, є суперечливі відомості про знаряддя і предмети злочинного посягання і окремі елементи обстановки його вчинення; в) у процесі розслідування іншого протиправного діяння виявлені і вилучені знаряддя його вчинення і предмети злочинного посягання, є орієнтовна інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення, але відсутня інформація про окремі елементи обстановки вчинення кримінального правопорушення; г) є достатні відомості про особу потерпілого і орієнтовна інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення (у низці випадків інформація про особу злочинця відома одразу), відсутня інформація про окремі елементи обстановки вчинення кримінального правопорушення;

3) слідчі ситуації, що виникають у процесі подальшого етапу розслідування кримінальних правопорушень, зокрема й повідомлення особі про підозру: а) підозрюваний повністю визнає свою вину (при цьому сприяє розслідуванню чи відмовляється давати з цього приводу свідчення); б) підозрюваний визнає свою вину частково у частині підозри; в) злочинець не визнає факт учинення протиправного діяння взагалі (дає повідомлення про алібі, вказує, що вчинив інше протиправне діяння, а не кримінальне правопорушення).

Пропонуємо детальніше розглянути визначену систематизацію слідчих ситуацій на етапі отримання та розгляду (перевірки) повідомлення про подію та початку прова-

дження щодо погрози або насильства щодо захисника чи представника особи.

1. Слідчі ситуації, що виникають під час розгляду заяв і повідомлень про погрозу або насильства щодо захисника чи представника особи. Згідно з Порядком ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, затвердженим Наказом МВС від 08.02.2019 р. № 100 вводяться такі поняття: «єдиний облік» – прийняття та реєстрація органами (підрозділами) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події; «прийняття та реєстрація заяв (повідомлень)» – отримання заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події та присвоєння їм порядкового номера уповноваженими службовими особами органів (підрозділів) поліції [8]. Наказом МВС України від 16.02.2018 р. № 111 «Про затвердження Інструкції з організації реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події та оперативного інформування в органах (підрозділах) Національної поліції України» серед основних завдань органів (підрозділів) поліції визначені такі: реагування на всі повідомлення про правопорушення або події, інформація про які отримана в будь-який спосіб, направлення на місця подій сил і засобів поліції, необхідних для захисту прав і свобод людини; оперативне інформування чергових служб вищого рівня, інших органів державної влади, підприємств, установ, організацій, до компетенції яких належить питання надання допомоги громадянам, які звернулись з відповідною заявою або повідомленням до органу (підрозділу) поліції про організацію обміну інформацією та взаємодії з іншими правоохоронними органами, органами державної влади та місцевого самоврядування, а також підприємствами, установами та організаціями всіх форм власності під час реагування на правопорушення або події тощо [9].

Такі ситуації трансформуються в слідчі ситуації початкового етапу розслідування внаслідок конкретизації використовуваних відомостей виконавцями процесуальних дій.

2. Слідчі ситуації, що виникають на початковому етапі провадження, який завершується ухваленням рішення про притягнення особи до кримінальної відповідальності (повідомленням про підозру). На початковому етапі розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи сформовані в період початку досудового слідства слідчі ситуації відрізняються недостатністю відомостей, які є у розпорядженні слідчого.

Відповідно до цього можна класифікувати слідчі ситуації початкового етапу розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи на основі таких інформаційних елементів: наявності або відсутності відомостей про особу злочинця; даних про матеріальні сліди кримінального правопорушення (предмети злочинного посягання, знаряддя вчинення кримінального правопорушення); відомостей про особу потерпілого і окремі елементи обстановки вчинення кримінального правопорушення. Слідчі ситуації, які були виявлені, можна класифікувати за мірою їх сприятливості чи несприятливості для розслідування.

Перша слідча ситуація: є інформація про особу, що вчинила погрозу або насильство щодо захисника чи представника особи, окремі елементи обстановки кримінального правопорушення, місцезнаходження знарядь учинення кримінального правопорушення.

Типовим алгоритмом дій у цій ситуації є допит підозрюваного, проведення організаційно-пошукових заходів для встановлення наявності кримінального провадження за фактом погрози або насильства, проведення за участю затриманого слідчого експерименту з метою відтворення обставин та обстановки вчинення погрози або насильства, встановлення місця зберігання предмета посягання та (чи) знарядь учинення кримінального правопорушення, проведення тимчасового доступу до речей та їх вилучення, пред'явлення предметів для впізнання, проведення за участю потерпілого слідчого експерименту, пред'явлення особи для впізнання (потерпілому нападника), призначення необхідних експертиз та одержання зразків для їх здійснення. Крім того, необхідно вжити заходів щодо встановлення очевидців нападу, їх виклику та допиту як свідків кримінального правопорушення.

Друга слідча ситуація: є інформація про особу, що вчинила злочин, є суперечливі відомості про знаряддя і предмети злочинного посягання і окремі елементи обстановки його вчинення.

Типовим алгоритмом дій у цій ситуації є допит підозрюваного, вжиття організаційно-пошукових заходів для встановлення наявності кримінального провадження за фактом погрози або насильства, проведення за участю затриманого слідчого експерименту з метою відтворення обставин і обстановки вчинення нападу, проведення обшуку в житлі підозрюваного з метою виявлення знарядь учинення кримінального правопорушення, пред'явлення предметів для впізнання, допит потерпілого, проведення за його

участю слідчого експерименту, пред'явлення особи для впізнання (потерпілому нападника) та предметів посягання, призначення необхідних експертиз.

Третя слідча ситуація: в процесі розслідування іншого протиправного діяння виявлені і вилучені знаряддя його вчинення і предмети злочинного посягання, є орієнтовна інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення, але відсутня інформація про окремі елементи обстановки вчинення кримінального правопорушення.

Типовим алгоритмом дій у цій ситуації є допит підозрюваного, у разі визнання вини – проведення за участю затриманого слідчого експерименту з метою відтворення обставин і обстановки вчинення погрози або насильства, встановлення особи потерпілого, його допит, проведення за його участю слідчого експерименту, пред'явлення особи для впізнання (потерпілому нападника) і предметів посягання, проведення НСРД (аудіо-, відеоконтроль особи, зняття інформації з телекомунікаційних систем, спостереження за особою, місцем чи (та) предметом), призначення необхідних експертиз.

Четверта слідча ситуація: є достатні відомості про особу потерпілого і орієнтовна інформація про особу, що вчинила кримінальне правопорушення (у низці випадків інформація про особу нападника відома одразу), відсутня інформація про окремі елементи обстановки вчинення кримінального правопорушення.

Типовим алгоритмом дій у цій ситуації є огляд місця події, допит потерпілого, призначення необхідних експертиз, проведення за участю потерпілого слідчого експерименту з метою відтворення обставин та обстановки вчинення погрози або насильства, вжиття заходів щодо пошуку та затримання нападників (орієнтування за ознаками зовнішності, проведення тимчасового доступу до документів (моніторинг телефонних дзвінків у місці вчинення кримінального правопорушення, проведення НСРД, тобто установлення місця знаходження радіоелектронного пристрою)), у разі їх затримання – проведення обшуку в житлі підозрюваного з метою виявлення знарядь вчинення кримінального правопорушення та предметів посягання, пред'явлення предметів для впізнання потерпілому, призначення необхідних експертиз.

Ускладнюється ситуація у разі, коли внаслідок насильства щодо захисника чи представника особи заподіяні тяжкі тілесні ушкодження, в результаті чого непритомного потерпілого доставлено до закладу охорони здоров'я, при цьому інших очевидців нападу не встановлено. Вихідною інформацію є лише дані щодо характеру тілесних ушкоджень на тілі потерпілого, сліди опору у вигляді пошкоджень одягу, сліди – відображення нападника (залишки шкіри, крові у піднігтьовому вмісті потерпілого) та наявність на місці події матеріальних слідів кримінального правопорушення – крові, взуття, можливо, знарядь учинення кримінального правопорушення, речей, залишених нападником, сліди пальців рук, волосся, крові злочинця тощо.

3. Слідчі ситуації, що виникають у процесі подальшого етапу розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи.

Здійснивши аналіз кримінальних проваджень, можна сказати, що слідчі ситуації подальшого етапу розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи часто визначає позиція підозрюваного, тому пропонуємо детальніше їх проаналізувати.

Перша ситуація створюється, коли підозрюваний повністю визнає свою вину, і передбачає вирішення таких завдань: встановлення обставин, що сприяли вчиненню кримінального правопорушення, та вжиття заходів щодо їх усунення; збір даних, які характеризують особу нападника; виявлення соціальних зв'язків злочинця; визначення ролі кожного зі співучасників (якщо такі були) і ступеня вини кожної особи, усунення протиріч у показаннях; оцінка та систематизація зібраних доказів; остаточне закріплення доказів, отриманих у ході розслідування; складання обвинувального акта.

Вирішити ці тактичні завдання можливо шляхом виконання таких слідчих і процесуальних дій: 1) затримання інших співучасників і підозрюваних (якщо кримінальне правопорушення учинене групою); 2) допит свідків щодо питань, які не були з'ясовані на початковому етапі розслідування; 3) слідчий експеримент з метою встановлення навичок і здібностей підозрюваного; 4) призначення експертиз; 5) скерування запитів про характеризуючі дані; 5) одночасний допит підозрюваного зі свідками, потерпілими, співучасниками кримінального правопорушення з метою усунення протиріч; 6) обшук для виявлення та вилучення предметів, які не були вилучені на початковому етапі й мають важливе доказове значення.

Друга слідча ситуація створюється, якщо підозрюваний визнає свою вину частково у частині підозри. Зауважимо, що часткове визнання вини може зумовлюватися спробою підозрюваного уникнути кримінальної відповідальності за більш тяжкі наслідки. Як правило, злочинці визнають свою вину у тій

частині підозри, що беззаперечно її доводить, де існують достовірні докази, які неможливо спростувати. В цілому алгоритм дій слідчого у разі виникнення вказаної слідчої ситуації складається з тих же заходів, як і у попередній.

Найбільші зусилля необхідно спрямовувати на отримання незаперечних доказів, що підтверджують вину особи, особливо в тій частині підозри, яку злочинець не визнає. Якщо злочинець не погоджується з тим, що кримінальне правопорушення вчинене у складі групи, слід вжити розшукових заходів, спрямованих на встановлення інших співучасників, з'ясувати роль кожного у вчиненні кримінального правопорушення такої категорії та взаємини між ними. Доцільно перевірити і версію, чи є тиск з боку інших співучасників на особу, яка заперечує їх участь у вчиненні погрози або насильства. Якщо злочинець не погоджується з тим, що була погроза або насильство, слід виконати слідчі (розшукові) дії, спрямовані на його підтвердження (фактор раптовості, заподіяння тілесних пошкоджень, що свідчать про наміри подолати опір чи взагалі створити умови щодо його неможливості, проведення слідчого експерименту із залученням судово-медичного експерта, після чого проведення експертизи та процесуальних дій задля вирішення питання про механізм учинення погрози або насильства, одночасний допит декількох осіб – підозрюваного та потерпілого, свідків тощо). У цій ситуації також важлива і перевірка алібі, яке підозрюваний висунув на свій захист.

У третій ситуації злочинець не визнає факт учинення протиправного діяння взагалі. Під час розслідування кримінальних правопорушень будь-якої категорії найбільш несприятливі ситуації, коли злочинець, бажаючи уникнути відповідальності, не визнає свою вину або взагалі відмовляється давати показання, спираючись на ст. 63 Конституції України [10]. Великих труднощів у зв'язку з цим зазнають і слідчі, які розслідують погрозу або насильство щодо захисника чи представника особи.

На жаль, у зазначених ситуаціях особою, яка проводить розслідування, здебільшого приймається рішення про зупинення або закриття провадження за різними підставами. Це зумовлено тим, що підозрюваний (обвинувачений), відмовляючись від давання показань і від участі у деяких слідчих діях (відтворення обстановки та обставин події тощо), з одного боку, обмежує доступ слідчого до різноманітних джерел інформації, а з іншого – приховує важливу (відому лише йому) інформацію і надає хибні відомості, намагаючись заплутати хід розслідування, тобто протидіє йому. Через це проведенням розшукових і слідчих дій не завжди можливо довести в повному обсязі вину нападника.

Висновки

Аналіз кожної слідчої ситуації, особливо її інформаційного змісту, допоможе слідчому визначити тактичні завдання та передбачити шляхи їх вирішення і на початковому, і на подальших етапах розслідування погрози або насильства щодо захисника чи представника особи. Окрім того, визначення типових слідчих ситуацій сприятиме розробці тактичних операцій, організації й проведенню слідчих (розшукових) дій.

Список використаних джерел:

1. Личко А.Е. Психопатии и акцентуации характера у подростков. Львов : Медицина, 1992. 208 с.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / голов. укладач В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. 1440 с.

3. Волчецкая Т.С. Криминалистическая ситуалогия : монография / под ред. проф. Н.П. Яблокова. Москва; Калинингр. ун-т. Калининград, 1997. 248 с.

4. Салтевський М.В. Криміналістика : підручник : у 2 ч. Ч. 2. Харків : Консум, 2001. 528 с.

5. Шепітько В.Ю. Криміналістика : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / за ред. В.Ю. Шепітька. 2-ге вид., переробл. І доп. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2004. 728 с.

6. Руководство для следователей / под общ. ред. В.В. Мозякова. Москів : Экзамен, 2005. 912 с.

7. Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений : текст лекции. Харьков, 1976. 28 с.

8. Про затвердження Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 08.02.2019 р. № 100. URL: http://zakon.rada.gov.ua.

9. Про затвердження Інструкції з організації реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події та оперативного інформування в органах (підрозділах) Національної поліції України : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 16.02.2018 р. № 111 URL: http://zakon.rada.gov.ua.

10. Конституція України : Закон України від 28 черв. 1996 р. №254к/96-ВР (редакція від 30 верес. 2016 р.). URL: zakon.rada.gov.ua.

Criminalists, during their professional activity, have long noticed that criminal activity, the process of emergence and disappearance of information about it and the process of its investigation are situational in nature. This is confirmed by the fact that they are carried out in the specific conditions of the place, time of day and year, environment, in a variety of relationships. In any sphere of human activity, in the process of its reflection from the outside, the set of factual conditions and circumstances that form a coherent system of elements - the situation, objectively forms.

The situational approach is increasingly gaining ground in the various fields of legal science and practice, as it allows the link between different sections and teachings of science, on the one hand, and between scientific advice and practice, on the other. The situational approach in the investigation of criminal offenses allows to solve both traditional and newly emerging forensic problems on a fundamentally new basis. After all, during the investigation of a criminal offense, the investigator has to deal with various forensic situations, which he needs to be adequately perceived, properly evaluated, and if necessary, properly addressed.

During the pre-trial investigation of criminal offenses, conditions arise which oblige the investigator to choose the direction of activity. To understand the conditions that shape the environment in which it operates, it is possible to determine the tasks that need to be solved, to choose the types of procedural and organizational actions, tactics and sequence of their execution in order to achieve the purpose of criminal proceedings.

The development of a system of guidelines has traditionally been carried out in relation to a particular investigative situation or a specific group of them. It is therefore important to outline the typical investigative situations that most often arise at the time of the decision to initiate criminal proceedings, during the initial and subsequent stages of an investigation into a threat or violence against a defender or representative.

Key words: conflict, criminalistics, criminal offense, method, favorable, typical.

УДК 343.982.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.58

Леся Тальянчук,
канд. юрид. наук,
завідувач сектору почеркознавчих досліджень,
технічного дослідження документів та обліку
Вінницького науково-дослідного експертно-криміналістичного центру
Міністерства внутрішніх справ України

ПІДРОБКА ДОКУМЕНТІВ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН: АНАЛІЗ ЕКСПЕРТНОЇ ПРАКТИКИ

Земельні відносини в історії українського суспільства завжди посідали особливе місце. Україна була і залишається великою аграрно-промисловою державою, що має потужній земельно-ресурсний потенціал. У Конституції України визначено право кожного громадянина на користування природними ресурсами (землями, лісами, водами тощо), а також гарантовано, що земля є основним національним багатством та перебуває під охороною держави. Ця норма є конституційною гарантією для створення необхідних умов зміцнення в Україні законності у сфері земельних відносин.

З часу проголошення незалежності в нашій державі вже проведено низку заходів щодо реформування земельних відносин, які продовжуються донині. Земельні відносини в Україні визначені як сукупність суспільних відносин, що стосуються володіння, користування та розпорядження землею. Земельна реформа, яка здійснюється в Україні з 1991 року, стала підґрунтям для змін у земельному законодавстві. Це супроводжувалося прийняттям нових нормативно-правових актів у сфері регулювання земельних відносин, а також внесенням істотних змін і доповнень до чинних. Основними завданнями державних органів є забезпечення у повному обсязі конституційного принципу щодо власності на землю, встановлення визначеного механізму користування таким ресурсом.

Однак чимало прийнятих змін до законодавства, що регулює земельні відносини, залишається застарілими, не відповідає вимогам сьогодення і Конституції України. Результатом такої недосконалості є збільшення кількості вчинення протиправних дій у сфері земельних відносин, розробка нових злочинних схем тощо.

Встановлення фактів підробки документів, що регулюють земельні відносини, також збільшується з кожним роком. Особлива увага правоохоронних та судових органів приділяється повному та об'єктивному розкриттю та розслідуванню кримінальних правопорушень, розгляду судових справ, в яких предметами зазіхання є документи, що стосуються землі. Експертна практика свідчить про використання різноманітних способів підробки таких документів.

Питання земельних відносин в Україні наразі є особливо актуальним та вимагає нового підходу до формування політики та механізму управління земельними ресурсами.

Ключові слова: договір оренди землі, додаткова угода до договору оренди землі, підроблений документ, спосіб підробки, повна та часткова підробка, судовий експерт.

Постановка проблеми. Аналіз експертної практики свідчить про збільшення фактів виявлення підроблених документів, що регулюють земельні відносини, щодо визнання їх недійсними. Згідно зі статистикою лише Вінницького науково-дослідного експертно-криміналістичного центру (далі – НДЕКЦ) МВС України на експертне дослідження надходять документи, що надають право користуватись та розпоряджатись землею. Об'єктами дослідження здебільшого є договори оренди землі, додаткові угоди до таких договорів, акти встановлення або погодження меж, акти прийому-передачі земельних ділянок тощо. Також ініціатори надають державні акти на земельні паї, сертифікати та інші документи. Так, наприклад, у 2012 році судовими експертами досліджувались 28 таких документів, у 2013 році – 34, у 2014 – 48, у 2015 – 76, 2016 – 85, у 2017 – 112, у 2018 – 120, за 9 місяців 2019 року на дослідження було надано 83 документи [1]. Збільшення надходження матеріалів, об'єктами яких є документи, що регулюють земельні відносини, також підтверджується і загально державною статистикою Державного експертного центру МВС України [2]. Використання підроблених документів залишається актуальним та проблемним для правоохоронних та судових органів, а також громадян.

За підроблення документів, печаток, штампів та бланків, їх збут, а також застосу-

© Л. Тальянчук, 2019

вання підроблених документів Кримінальним кодексом України передбачена відповідальність за статтею 358 [3, с. 125].

Підробка документів та використання їх є не лише самостійним злочином. Підробка документів виступає як спосіб вчинення більш важких кримінальних правопорушень. Наприклад, це службове недбальство, шахрайство, зловживання службовим становищем тощо [3].

Серед вчених, які досліджували документи та їх способи підробки, слід назвати Р.С. Бєлкіна, А.І. Вінберга, О.В. Воробей, А.А. Ейсмана, А.В. Іщенка [4], І.Ф. Крилова, О.Л. Кобилянського, В.С. Кузьмічова, В.К. Лисиченка, В.К. Орловського, В.М. Палія, Л.Л. Патик, О.О. Садченка, М.Я. Сегая, Н.П. Яблокова та багато інших. Але висвітлення способів підроблення документів, що регулюють земельні відносини, а особливо практичний досвід, на жаль, відсутні.

Метою статті є аналіз способів підробки документів, що регулюють земельні відносини, та пропозиції щодо вдосконалення захисту таких документів.

Виклад основного матеріалу. Підробку документів у юридичній літературі та практиці розуміють як протиправні діяння, що пов'язані з незаконним виготовленням документів, внесенням змін в документи і використанням цих документів [4, с. 67]. Підробленням Р.С. Бєлкін визначав несанкціоноване виготовлення документів шляхом повного відтворення справжніх або внесення до останніх будь-яких змін [5, с. 16].

У криміналістичній літературі [4; 5, 6; 7] виділяють два таких види підробки: повну (підлог) та часткову (підроблення).

Повна підробка документів передбачає їх виготовлення шляхом імітації справжніх [6, с. 13]. Повну підробку поділяють на такі види, як інтелектуальна та матеріальна [8, с. 27].

Інтелектуальна підробка характеризується тим, що у правильно складаному документі формально (наявність та відповідність усіх реквізитів) є завідомо неправдиві дані. Прикладом такого підроблення документів, що стосуються земельних відносин, є договори оренди землі чи державні акти, що видані на особу, якої не існує. Встановити такий вид підробки експертам за допомогою лише огляду цих документів чи виконання судової експертизи досить важко.

Матеріальний вид містить неправдиві дані у змісті документа, що встановлюються криміналістичним дослідженням. В експертній практиці найчастіше трапляються такі види повної підробки документів, що регулюють земельні відносини: із застосуванням спеціального обладнання (надруковані поліграфічним друком, наявні в них спеціальні елементи захисту тощо) та за допомогою копіювально-множильної техніки.

Такі документи повній підробці піддаються досить рідко. Наприклад, це можуть бути державні акти на земельні паї, тобто такі документи, що виготовляються на поліграфічних підприємствах і зразок їх бланка законодавчо визначений. У такому разі експерти шляхом порівняльного дослідження із аналогічним документом (зразком) встановлюють невідповідність наданого документа за розміром та товщиною паперу, щільністю, міцністю, гладкістю, чіткістю зображення малюнка захисної сітки, яскравістю її кольорів, наявністю спеціальних елементів захисту, способів друку тощо [9, с. 124].

Повне виготовлення підроблених документів, що регулюють земельні відносини, здійснюється здебільшого за допомогою копіювально-множильної техніки, тобто струменевого принтера [10]. Однак такий документ має відмінності за загальним виглядом, кольорами та відтінками, якістю відображення окремих деталей.

Інший вид підробки – це часткова підробка. Вона полягає у підроблені будь-яких реквізитів документа [7, с. 162]. Виокремимо види часткової підробки документів, що регулюють земельні відносини. Це підробка з використанням оригінальних частин та підробка зі ознаками внесення змін до них.

До першого підвиду підробки з використанням оригінальних частин розглядуваної групи документів відносять заміну сторінок та заміну фрагментів аркушів документів (аплікація).

До способів підробки документів із ознаками внесення змін належать такі, як підчистка, травлення та змивання тексту, закреслення текстів чи їх залиття, додрукування та дописки в текстах, відсутність відповідних відбитків печаток, підробка підписів, малювання чи домалювання відбитків печаток, нанесення відбитків печаток чи штампів за допомогою копіювально-множильної техніки.

Аналіз видів підроблення та висновків експертів у Вінницькому НДЕКЦ МВС дозволив встановити, що документи, які регулюють земельні відносини, переважно підробляються способом часткової підробки з використанням оригінальних частин документа або шляхом внесення змін до справжніх документів.

Так, у близько 90% висновків експертів надається відповідь щодо виконання підписів не тією особою, від імені якої він

значиться (підроблення підписів). Невідповідність відбитків печаток становить 2% випадків, підчистка з подальшим додрукуванням чи дописскою в текстах трапляється у 1,5%, закреслення текстів чи їх залиття – у 1%, травлення та змивання тексту – у 0,5 %, заміна сторінок документа – у 3%. Крім того, є випадки і повної підробки таких документів (2%) [1].

Відповідно до Закону України «Про оренду землі» договір оренди землі укладається письмово і за бажанням однієї із сторін може бути посвідчений нотаріально [11]. На практиці договори оренди між орендодавцями та орендарями нотаріально не посвідчуються, а укладаються у простій письмовій формі. Вже не перший рік хитрістю та оманою зловмисники здебільшого підроблять підписи від імені орендодавців у договорах оренди землі та документах, що до них відносяться (в актах прийому-передачі земельної ділянки від орендодавця орендарю, в актах визначення меж цієї земельної ділянки). Сьогодні доволі часто трапляється підробка підписів і в додаткових угодах до договорів оренди.

Завданням судової почеркознавчої експертизи є встановлення виконавця підпису. На жаль, експерти в ході порівняльного дослідження не завжди визначають саме виконавця запитуваного підпису, однак висновки щодо того, чи виконувала підпис особа, від імені якої він значиться, більшою мірою формулюють в категорично негативній формі (наприклад, «підписи в наданих документах виконані не орендодавцем, а іншою особою»).

Відбитки печатки в досліджуваних експертами документах, що регулюють земельні відносини, мають невідповідності та підробляються. Відбитки в цих документах наносять печатками інших установ або такими, що були раніше знищені, або ж нанесенням за допомогою копіювально-множильної техніки. При якісно наданому порівняльному матеріалі та відповідному уточненні обставин справи (провадження) експерти підтверджують підробку такого важливого реквізиту.

Підчистка – це один із способів зміни початкового змісту документа, за якого штрихи, знаки або слова видаляються механічними засобами (тертям гумки або з допомогою голки, леза тощо) [7, с. 77]. Основними ознаками підчистки, що трапляються в розглядуваних документах, є такі: розволокнення поверхневого шару паперу; втрата глянцю та кошлатість паперу; зменшення оптичної щільності паперу за рахунок видалення частини його поверхневого шару; пошкодження ліній захисної сітки; залишки штрихів первинних знаків; сліди розгладжування з метою маскування внесених змін тощо. Так, наприклад, у договорі оренди землі та в акті прийому-передачі земельної ділянки, що надані із Теплицького району, експертами криміналістичного центру були встановлені ознаки підчистки в цифрових позначеннях року реєстрації [12, с. 59–63]. Досить часто відомості в документах, що піддавались підчистці, дописуються або ж додруковуються.

Слід зауважити, що на практиці дописка та додрукування трапляються також і як самостійні види часткової підробки, в тому числі і в документах, що регулюють земельні відносини.

Дописскою називають спосіб зміни початкового змісту документа, за якого нові записи або окремі штрихи (елементи літер, цифр та інших позначок) вносять у вільні місця документа [7, с. 133]. Додрукуванням називають внесення змін в друковані тексти шляхом нанесення нових штрихів, букв, слів чи текстів на попередньо видалені тексти чи поверх них [13, с. 74].

Ці види підроблення характеризуються такими ознаками: відмінністю у відтінках барвників; нерівномірним розміщенням текстів відносно ліній рядка та інших текстів; різними способами нанесення друкованих штрихів; неоднаковим розміщенням та конфігурацією шрифтів; неоднаковими інтервалами між знаками. Як свідчить експертна практика, здебільшого ознаки таких способів підробки у документах, що регулюють земельні відносини, як підчистка, дописка, додрукування, виявляються в цифрових записах – в даті укладання договору, терміну його дії, у відсотках виплати за договором оренди тощо.

Ознаки травлення та змивання в таких документах виявляються рідко. У такі способи зловмисники змінюють початковий зміст документа шляхом дії на барвну речовину реквізитів хімічними реактивами з метою руйнування або знезабарвлення її (травлення) [14, с. 13] або видаляють речовини реквізитів з поверхні паперу за допомогою води, спирту, речовин комбінованої дії (мийних засобів тощо) та інших речовин і сумішей (змивання) [7, с. 133]. Такі підроблення значно псують документи, адже вони здебільшого виготовляються на неякісному папері. Утворені в результаті дії хімічних чи інших засобів плями жовтого та коричневого кольору, розпливи барвника у штрихах текстів та інших реквізитів призводять до суттєвого пошкодження та непридатності цих документів.

Експертним дослідженням документів, що стосуються землі, що були надані із Могилів-Подільського району, встановлене закреслення друкованих текстів із використанням коректора та дописування нових записів кульковою ручкою [15, с. 151–153].

Заміна сторінок можлива в документах, що мають декілька аркушів. Яскравим прикладом такого документа є договір оренди земельної ділянки, що складається із двох та більше аркушів, які з'єднанні між собою, або одного аркуша великого формату, що складений навпіл. Метою зміни сторінки є зміна інформації про його володільця, про термін оренди, про відсотки оплати орендодавцю тощо. Так, зловмисники замінюють першу сторінку документа, а решта сторінок із підписами, відбитками печаток залишається від попереднього відповідного документа. Ознаками такої підробки є наявність зайвих отворів на сторінках, відмінність за кольором та властивостями паперу, невідповідність малюнка захисної сітки (за наявності), відмінності за способом друку текстів на аркушах тощо.

Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що кількість способів підробки документів, що регулюють земельні відносини, достатньо велика. Документами, що найбільше підробляються, відповідно до експертної практики є договори оренди землі, адже вони погано захищені, а вимоги до їх оформлення є недосконалими. На нашу думку, для покращення роботи у боротьбі з використанням підроблених документів, зокрема договорів оренди, необхідно:

– законодавчо закріпити обов'язкове нотаріальне посвідчення договорів оренди землі;

– запровадити використання бланків договорів оренди землі та інших документів, що їх стосуються, із засобами технологічного, поліграфічного і фізико-хімічного захисту (на спеціальному папері, з поліграфічними способами друку, з наявними спеціальними засобами захисту);

– для підпису документів, що регулюють земельні відносини, застосовувати електронний підпис особи;

– внести в договір додатковий пункт щодо роз'яснення фахівцем в галузі земельного права орендодавцям їх прав і обов'язків, наслідків, які настають після підписання, із підтвердженням підписів орендодавців.

Висновки

Врахування наведених вище пропозицій надасть можливість зменшити кількість підроблених документів, що регулюють земельні відносини. Складений відповідно до вимог документ є запорукою реалізації законних прав та інтересів, захисту порушених прав. Можливо, у разі запровадження хоча б однієї із зазначених рекомендацій боротьба з використанням підроблених документів стане набагато ефективнішою.

Список використаних джерел:

1. Архів Вінницького НДЕКЦ МВС. Звітність Вінницького НДЕКЦ МВС (форма 1-ЕС) (2012-2018). Ф. 5. Т. 1.

2. Архів Державного НДЕКЦ МВС. Звітність ДНДЕКЦ МВС (форма 1-ЕС) (2012-2018). Ф. 5. Т. 1.

3. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 № 2341-II / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради.* 2001. № 25–26. С. 167.

4. Іщенко А.В. Поняття й система методів техніко-криміналістичного дослідження документів : навчальний посібник. Київ : ТОВ «Еліт Прінт», 2011. 97 с.

5. Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. Москва : Издательство «БЕК», 1997. 342 с.

6. Силкін О.С. Паспортний контроль : терміни та визначення понять. Київ : ЗАТ «ВІПОЛ». 2006, 26 с.

7. Воробей О.В., Мельников І.М., Волошин О.Г. Техніко-криміналістичне дослідження документів : навчальний посібник. Київ : Центр учбової літератури, 2008. 304 с.

8. Воробей О.В. Словник термінів техніко-криміналістичного дослідження документів. Київ : НАВСУ, 2005. 40 с.

9. Патик Л.Л. Криміналістичне дослідження підробленого паспорта громадянина України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 216 с.

10. Шляхов А.Р. Теория и практика криминалистической экспертизы. Москва : Юрид. лит. 1962. № 9–10.

11. Про оренду землі : Закон України від 06 жовтня 1998 р. № 161-XIV / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 1998. № 46–47. С. 280.

12. Архів Вінницького науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України. Висновок експерта від 13.04.2017. Т. 2. С. 59–63.

13. Шепітько В.Ю. Криміналістика : енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український). Харків : Право, 2001. 522 с.

14. Толкачев Ф.К. Исследование документов с вытравленными записями. Москва : ВНИИСЭ, 1981. Вып. 71.

15. Архів Вінницького науково-дослідного експертно-криміналістичного центру МВС України. Висновок експерта від 17.03.2017. Т. 3. С. 151–153.

Land relations in the history of Ukrainian society have always occupied a special place. Ukraine has been and remains a large agrarian-industrial state with a strong land-resource potential. In the Constitution of Ukraine specifies the right of every citizen to use natural resources (land, forests, waters, etc.), and also guarantees that the land is the main national wealth and is protected by the state. This provision constitutes a constitutional guarantee of the creation of the necessary conditions for strengthening the legitimacy of land relations in Ukraine.

Since the proclamation of independence in our country a number of measures have been taken to reform the land relations. Land relations in Ukraine are defined as a set of social relations relating to the possession, use and disposal of land. Land reform implemented in Ukraine in 1991, became the basis for the change of land legislation, which was accompanied by the adoption of new regulatory legal acts in the field of land relations regulation, as well as significant changes and additions to the existing ones. The main tasks of the state bodies are to ensure the full constitutional principle of land ownership, to establish a certain mechanism for the use of such a resource in Ukraine.

However, many adopted changes to the legislation regulating land relations remain obsolete, do not meet the requirements of the present and the Constitution of Ukraine. And as a result of such imperfections there is an increase in the number of committing unlawful actions in the field of land relations, the development of new criminal schemes.

The establishment of facts of forging documents regulating land relations is also increasing every year. The special attention of law enforcement and judicial bodies is paid to full and objective disclosure and investigation of criminal offenses, consideration of court cases in which the documents concerning the land are subject to encroachment. Expert practice testifies to the use of various ways of forging such documents.

At present, the issue of land relations in Ukraine is particularly relevant and requires a new approach to the formation of land management policies and mechanisms.

Key words: documents regulating land relations, lease of land, additional agreement to the lease of land, fake document, method of forgery, full and partial counterfeiting.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.59

Андрій Місяць,
канд. юрид. наук, заслужений юрист України,
адвокат, заступник голови
Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури,
член Науково-консультативної ради при Національній асоціації адвокатів України,
керуючий партнер АО «Адвокатська контора «Місяць та партнери»,
доцент кафедри права Хмельницького національного університету

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ АДВОКАТСЬКОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В СУДАХ У СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН: ВАРІАНТИ ВИРІШЕННЯ

Стаття присвячена питанням конституційних змін. Охарактеризовано проблеми адвокатського представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах у світлі конституційних змін, шляхи їх вирішення. З 2014 року в Україні здійснюється низка важливих та системних правових реформ, з огляду на що законодавство України суттєво змінюється. 02.06.2016 року до Основного Закону України внесено зміни, які набрали чинності 30.09.2016 року. Метою запропонованих змін стало вдосконалення конституційних основ правосуддя для практичної реалізації принципу верховенства права і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд справи незалежним і безстороннім судом. Дані зміни також відобразились на інституті представництва особи та органів державної влади в суді. Так, представництво органів державної влади в суді покладено виключно на прокуратуру та недержавний самоврядний інститут – адвокатуру. Термін застосування даних повноважень законодавець передбачив з 1 січня 2020 року.

Дане положення є дещо революційним, оскільки в європейських країнах відсутня практика суміщення державної служби з адвокатською діяльністю, та порушує принцип незалежності адвокатів. Тому сьогодні в Україні виникає необхідність у формуванні повноцінного інституту представництва у вигляді адвокатури, яка матиме можливість повною мірою представляти органи державної влади та органи місцевого самоврядування в суді. Після набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України щодо правосуддя» з 30.09.2016 року в державі почала діяти зовсім нова процедура зі здійснення представницьких повноважень у судах громадян України, органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно прокурорами або адвокатами буде здійснюватися з 1 січня 2020 року.

Слід зазначити, що органи державної влади, органи влади Автономної Республіки Крим або органи місцевого самоврядування своїми розпорядчими актами можуть створювати юридичні особи, які належатимуть до юридичних осіб публічного права. Вони є суб'єктами владних повноважень та забезпечують можливість функціонування органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування, але їх інтереси в судах вже будуть представляти не адвокати, а представники за довіреністю.

Процедура переходу на здійснення представництва адвокатурою державних органів у судах України була зовсім не готова та не адаптована до системи представництва, яка існує в європейських країнах. Фактично держава внесенням змін до Основного Закону України привела стандарти захисту в суді до тих, які діють у країнах Європи й інших розвинутих державах, але існує чимала кількість нормативно-правових актів, які потребують уточнень та доповнень шляхом внесення до них змін.

Ключові слова: представництво, представник, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, обсяг повноважень.

Постановка проблеми. У сучасних умовах конституційного й законодавчого реформування та модернізації в Україні проблеми представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування привертають все більшу увагу вітчизняних юристів-практиків та правознавців.

Так, відповідно до ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності

© А. Місяць, 2019

органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених Конституцією, та у порядку, визначеному законом.

Кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна.

Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних зазіхань [1].

Реалізація данного конституційного права відбувається через оскарження в суді дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень.

Саме тому питання представництва державних органів у зв'язку з конституційними змінами та у руслі вимог цивільного права України є досить актуальним. Варто було б дослідити його більш детально.

Статтю присвячено аналізу чинного законодавства та публікацій, в яких започатковано вирішення данної проблеми, а саме питанням адвокатської монополії в судах у контексті конституційних змін, виділенню не вирішених раніше частин загальної проблеми. На основі аналізу ми запропонуємо шляхи вирішення.

Мета статті – з'ясувати проблему представництва державних органів з 2020 року, його правові ознаки та види відповідно до законодавства, запропонувати свої варіанти вирішення данного питання, навести конкретні приклади впровадження та реалізації на практиці.

Виклад основного матеріалу. Про представництво може йтися як про певне універсальне поняття, властиве праву загалом, так і про поняття, яке має свої особливості в окремих галузях законодавства, адже воно є цивільно-правовою категорією.

Стаття 237 Цивільного кодексу України визначає поняття та підстави представництва:

1) представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє;

2) не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів;

3) представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства [2].

У ст. 238 ЦК України визначені правочини, які може вчиняти представник:

1) представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє;

2) представник не може вчиняти правочин, який відповідно до його змісту може бути вчинений лише особисто тією особою, яку він представляє;

3) представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є, за винятком комерційного представництва, а також щодо інших осіб, встановлених законом [2].

Статтею 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено, що адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги. Водночас цією ж статтею передбачено, що документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути такими:

1) договір про надання правової допомоги;

2) довіреність;

3) ордер;

4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [5].

Окрім цього, міститься посилання для з'ясування цього питання до відповідних процесуальних кодексів: «Повноваження адвоката як <...> представника в господарському, цивільному, адміністративному судочинстві <...> підтверджуються в порядку, встановленому законом» [8].

Що стосується проблемних питаннь адвокатського представництва в судах у контексті конституційних змін, то нововведенням стало запровадження адвокатської монополії Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 02.06.2016 № 1401-VIII (далі – Закон № 1401-VIII), що спричинило виникнення низки практичних запитань, серед яких юридичну спільноту цікавить те, до яких судових справ та з якого моменту застосовні нововведення, а також яким чином адвокатам-представникам підтверджувати свої повноваження. Інакше кажучи, що робити, щоб з представника в засіданні не перетворитись на вільного слухача, а ще краще – через процесуальну помилку взагалі не втратити право на задоволення матеріально-правових вимог? Відповідь на частину озвучених вище

питань слід шукати в Перехідних положеннях Конституції України, які зазнали змін і доповнень. Зокрема, законодавець, розуміючи всю радикальність нововведення, вирішив монополізацію запускати поступово, встановивши згідно з п. 11 ч. 161 розділу XV Конституції України такі відтермінування:

– у Верховному Суді та судах касаційної інстанції до 1 січня 2017 року;

– у судах апеляційної інстанції до 1 січня 2018 року;

– у судах першої інстанції до 1 січня 2019 року [4; 8].

При цьому для органів державної влади та органів місцевого самоврядування зроблено виняток, оскільки клієнтами адвокатів у судах вони в примусовому порядку можуть стати з 1 січня 2020 року.

Процедура переходу на здійснення представництва адвокатурою державних органів у судах України була зовсім не готова та не адаптована до системи представництва, яка існує в європейських країнах. Оскільки наша держава стоїть на шляху підписання Угоди про вступ до Європейського Союзу, Уряд держави і Парламент повинні були передбачити в нормативно-правових актах ті стандарти та критерії, якими керуються країни Європи у своєму законодавстві. Фактично держава внесенням змін до Основного Закону України привела стандарти захисту в суді до тих, які діють у країнах Європи й інших розвинутих державах, але існує чимала кількість нормативно-правових актів, які потребують замін та доповнень шляхом внесення до них змін.

Недосконалість правового регулювання щодо судового представництва органів державної влади через монополію адвокатури також існує в цивільних та господарських судах. Фактично держава силою закону конституційної норми сама ж і примусила свої органи влади застосовувати представництво інтересів у суді через інститут адвокатури. Монополія адвокатури в даному аспекті, що закріплена на конституційному рівні, не передбачена для жодної європейської держави. Монополія адвокатури Європейських держав у судах передбачена лише в процесуальних кодексах.

Також на рівні закону не передбачено того, як держслужбовці, що представлятимуть органи державної влади в судах, суміщатимуть свою роботу зі статусом адвоката. У такому разі на законодавчому рівні можливе ініціювання щодо надання можливості юристам органів державної влади права користуватися статусом адвоката, хоча такий варіант вирішення проблеми є досить революційним. Представник органу державної влади, який буде брати участь у судовому процесі, згідно з новою редакцією Основного Закону повинен буде отримувати адвокатське свідоцтво.

Слід зазначити, що в європейських країнах практики суміщення адвокатської діяльності з державною службою не існує. У Європейському суді з прав людини є відповідна практика з даного питання. Сумісництво в такому разі також не є можливим, оскільки порушує вимоги ст. 4 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо принципів незалежності адвокатів [9; 10].

Водночас Перехідні положення Конституції України містять застереження, за якими представництво в суді у провадженнях, розпочатих до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснюється за правилами, які діяли до набрання ним чинності (до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню) [4; 8].

Отже, відправною точкою для відліку монополізації є дата набрання чинності Законом № 1401-VIII, тобто 30.09.2016 р.

Розглянемо Державну прикордонну службу України (далі – ДПСУ), у якій до 1 січня 2020 року захист у судах законних інтересів здійснюється і буде здійснюватись начальниками цих органів або їхніми представниками, які діють у межах повноважень, наданих їм законодавством, та відповідно до Інструкції щодо організації захисту законних інтересів Державної прикордонної служби України в судах. Наразі у Державній прикордонній службі України сектор (група) правового забезпечення представляє у встановленому законом порядку інтереси регіонального управління (органу охорони державного кордону) в судах та інших органах під час розгляду правових питань та спорів (відповідно до наказу Адміністрації Державної прикордонної служби України від 15.08.2008 р. № 685) [6].

Питання представництва інтересів органу охорони державного кордону у суді має свої особливості, передбачені Інструкцією з організації захисту законних інтересів органів Державної прикордонної служби України в судах, затвердженою наказом Адміністрації ДПСУ від 4 квітня 2005 року № 250. Відповідно до цієї інструкції захист в судах законних інтересів органів ДПСУ здійснюється начальниками цих органів або їхніми представниками, які діють в межах повноважень, наданих їм законодавством.

Представниками можуть бути військовослужбовці чи представники органу Державної прикордонної служби України, а також за рішенням начальника цього органу

інші особи, визначені статтею 112 ЦПК України і статтею 28 Господарського процесуального кодексу України. У разі необхідності може призначатись декілька представників у справі. Ними можуть бути призначені особи, які мають юридичну освіту або є фахівцями в питаннях, що підлягають судовому розгляду.

У разі призначення представника повинен враховуватись досвід служби (роботи) цієї особи на посаді у відповідному органі Державної прикордонної служби України, знання ним вимог законів та інших НПА України з питань, що підлягають дослідженню в суді. Повноваження предтавника на ведення справ у судах визначаються виданою йому довіреністю, оформленою належним чином, на здійснення процесуальних дій від імені органу ДПСУ, до якого (або від якого) заявлено позов/скаргу. Довіреність може бути на ведення певної справи чи кількох справ за участю органу ДПСУ або на здійснення кількох процесуальних дій [6].

Така ж ситуація і у Державній фіскальній службі України, де представляє інтереси ДФС України посадова особа за довіреністю, а питання залучення адвоката чи прописаної інстукції щодо представництва з 2020 року наразі немає.

Варто згадати те, як створювались Регіональні центри безоплатної вторинної правової допомоги (далі – Центри БВПД), коли постало питання надання вторинної правової допомоги, а саме безоплатної правової допомоги, що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел. Згідно з чиним законодавством органи місцевого самоврядування можуть укладати з юридичними особами приватного права, які відповідно до свого статуту мають право надавати правову допомогу, договори про надання постійно або тимчасово первинної правової допомоги на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці [7].

Центри БВПД укладають контракти з адвокатами, включеними до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, для надання такої допомоги на постійній основі. Цю модель можна взяти за взірець і для адвокатського представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах з 2020 року. Такий процес потребує ресурсів, часу і якісного впровадження, але є необхідним кроком.

Доречно було б висловити суб'єктивну думку щодо недоцільності скасування адвокатської монополії в судах, адже юрист/юристка, який/яка пройшов(ла) стажування, далі здав(ла) кваліфікаційні іспити, отримав/отримала свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту щодо готовності самостійно здійснювати адвокатську діяльність з метою отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, отримав/отримала певний показник, що ця особа здійснила діяльність із формування і закріплення на практиці професійних знань, умінь і навичок, отриманих у результаті належної та необхідної теоретичної та практичної підготовки.

Зауважимо, що свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю є тим документом, який посвідчує якість освітнього та кваліфікаційного рівня юриста, який зможе гідно представляти інтереси органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах, маючи при цьому стаж та досвід. Отже, нині в Україні реалізація представницьких повноважень набуває важливого значення з огляду на прийняття змін до Основного Закону України та розгляд справ у судовому порядку лише через інститут адвокатури. Практика свідчить про ефективність реалізації представниками органів державної влади представницьких повноважень, спрямованих на захист держави. Лише протягом 2015 року до судів подано позовні вимоги органом державної влади (Міністерством оборони України) про стягнення 818 млн грн на користь держави [10]. Дані результати підтверджують, що представництво інтересів органів державної влади лише в особі Міністерства оборони України в судах має особливе значення і відіграє важливу роль в захисті інтересів держави та наповнення коштами державного бюджету.

Висновки

Отже, існує необхідність розвивати структурні підрозділи представництва державних органів у судах шляхом залучення до них інституту адвокатури та з огляду на те, що реальне поновлення законних інтересів органів державної влади можливе, як правило, лише в судовому порядку. Представництву необхідно приділяти посилену увагу.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР/ *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.

2. Цивільний кодекс України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 13.11.2019).

3. Цивільний процесуальний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 13.11.2019).

4. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 30.06.2016 р. № 1401-VIII. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010519 (дата звернення: 13.11.2019).

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17 (дата звернення: 13.11.2019).

6. Особливості діяльності юридичної служби в підрозділах ДПС України : навчальний посібник / С.І. Царенко, Р.О. Гаврік, О.М. Маценко, О.В. Томкевич, О.В. Дем'янова ; за ред. Ю.В. Білоусова. Хмельницький : Видавництво Національної академії Державної прикордонної служби України ім. Богдана Хмельницького, 2016. 268 с.

7. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17 (дата звернення: 13.11.2019).

8. Проблемні питання адвокатського представництва в судах у світлі конституційних змін. *Юрист & Закон : вебсайт*. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010519.

9. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 року №5076-VI / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради*. 2013. № 27. Ст. 282.

10. Топольніцький В.В. Деякі аспекти представництва органів державної влади в судових інстанціях. 2016. URL: http://pap.in.ua/3_2016/45.pdf.

The article deals with the issues of constitutional changes, describes the problems of the legal representation of the state and local self-government bodies in the courts in the light of the constitutional changes, ways of solving them. Since 2014, a number of important and systematic legal reforms have been implemented in Ukraine, and Ukraine's legislation is changing substantially. On June 2, 2016, the Fundamental Law of Ukraine was amended, which entered into force on September 30, 2016. The purpose of the proposed changes was to improve the constitutional foundations of justice for the practical implementation of the principle of the rule of law and to ensure every right to a fair trial by an independent and impartial tribunal. These changes were also reflected in the institute of representation of individuals and public authorities in the courts. Thus, the representation of state authorities in court is entrusted solely to the prosecutor's office and the non-state self-governing institute - the bar. The term of application of these powers has been set by the legislator since January 1, 2020.

This provision is somewhat revolutionary, since there is no practice in the European countries to combine public service with law and violates the principle of the independence of lawyers. That is why in Ukraine today there is a need to form a full-fledged institution of representation as a lawyer, which will be able to fully represent the state and local self-government bodies in court. After the entry into force of the Law of Ukraine "On Amendments to the Constitution of Ukraine on Justice", namely from September 30, 2016, a completely new procedure for exercising representative powers in the courts of citizens of Ukraine, state authorities and local self-government bodies. Representation of public authorities and local self-government bodies in courts will be exclusively by prosecutors or lawyers from January 1, 2020.

It should be noted that a state authority, an authority of the Autonomous Republic of Crimea, or a local government body may create legal entities relating to public law entities by its administrative acts. They are the authorities and provide for the functioning of the executive or local self-government bodies, but their interests will not be represented by lawyers, but by representatives by proxy, in the courts.

The procedure for switching to representation of state bodies in the courts of Ukraine was not at all ready and adapted to the representation system that exists in European countries. In fact, by introducing amendments to the Basic Law of Ukraine, the state has brought standards of protection in court to those existing in European countries and other developed countries, but there are a large number of legal acts that need to be replaced and amended by introducing them. changes.

Key words: representation, representative, state authorities, local self-government bodies, scope of authority.

УДК 347.965.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.60

Роман Начос,
студент магістратури факультету адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ СТАНДАРТІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ЩОДО АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню проблем впровадження практики Європейського суду з прав людини щодо стандартів адвокатської діяльності в Україні як джерела права. Аналізується стан дотримання вимог Європейського Суду з прав людини зі збереження адвокатської таємниці з боку судових та правоохоронних органів, викладених в аналітичному огляді рішень «Привілеї юридичної професії», які стосуються забезпечення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності при перехопленні повідомлень, підслуховуванні, таємному нагляді, прослуховуванні телефонних ліній юридичних компаній, таємному спостереженні з огляду на дані звіту Національної асоціації адвокатів України про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності за 2013–2018 роки. Також досліджується питання порушення вимог ЄСПЛ щодо обов'язкової участі уповноваженого спостерігача при проведенні процедури обшуку в приміщеннях адвокатських об'єднань, бюро та здійснення її суворо в об'ємі, необхідному для реалізації законної мети – попередження злочину. Автор приділяє увагу відповідності законодавчої ініціативи про внесення змін до статті 131-2 Конституції України в частині скасування запровадженої в 2016 році адвокатської монополії на представництво в суді до офіційної позиції Європейського Суду з прав людини, висвітленої в рішеннях справ «Загородній проти України» та «Молдавська проти України», про доцільність обмеження вільного вибору захисника, що звужує його до ліцензованого адвоката, з метою забезпечення інтересів правосуддя. На основі проведеного дослідження сформульовано висновки та пропозиції щодо підвищення ступеня відповідності правової системи України стандартам Європейського Суду з прав людини щодо адвокатської діяльності та забезпечення закріпленого в п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод права на справедливий суд.

Ключові слова: стандарти ЄСПЛ, перехоплення повідомлень, адвокатська таємниця, обшук, таємний нагляд, адвокатська монополія.

Постановка проблеми. Актуальність питання впровадження стандартів Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо адвокатської діяльності зумовлена неоціненною роллю даної інституції в сфері захисту прав людини в Україні. Діяльність ЄСПЛ спрямована на забезпечення неухильного дотримання і виконання норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) державами-учасницями.

З огляду на чисельні порушення прав людини з боку органів влади вбачається доцільним проаналізувати стан дотримання стандартів ЄСПЛ, який в своїх рішеннях приділяє значну увагу дотриманню мінімальних вимог щодо забезпечення прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності, невиконання яких призводить до порушення закріпленого в п. 1 ст. 6 Конвенції права на справедливий суд.

Проблеми впровадження стандартів ЄСПЛ щодо адвокатської діяльності були предметами наукових досліджень вітчизняних та зарубіжних авторів. Зокрема, ними займались такі вчені: О. Дроздов, О. Дроздова, Т. Дудаш, Я. Зейкан, Н. Бакаян, В. Касько, Б. Кодола, О. Кучинська, С. Оверчук, М. Погорецький, С. Савицька, Т.А. Іванцова, С. Шевчук, О. Яновська та інші.

Метою статті є аналіз стану впровадження стандартів Європейського Суду з прав людини щодо адвокатської діяльності в Україні, а також виявлення невідповідностей нормативного регулювання та правозастосування у даній сфері.

Виклад основного матеріалу. Ратифікувавши Європейську конвенцію з прав людини та прийнявши Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», Україна визнала юрисдикцію Суду з метою створення в схожих правовідносинах однорідної судової практики, узгодженої з європейською правовою системою, та зменшення кількості заяв до Європейського суду з прав людини.

© Р. Начос, 2019

Ст. 17 вищевказаного Закону встановлює, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права. Під практикою Суду Закон розуміє всі без винятку рішення Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини [1]. Практика Європейського суду з прав людини має пріоритет у застосуванні. Положення Конвенції, розтлумачені в практиці Європейського суду з прав людини, є мінімально необхідними стандартами в системі дотримання прав людини, які повинні бути захищені та гарантовані.

Європейський Суд з прав людини навів аналітичний огляд практики «Привілеї юридичної професії», в якому висвітлив рішення, положення яких слід застосовувати під час встановлення типових порушень прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності у справах про перехоплення повідомлень, прослуховування, таємний нагляд, прослуховування телефонних ліній юридичних компаній, таємне спостереження та проведення обшуку [2].

З приводу перехоплень повідомлень ЄСПЛ наводить рішення у справі «Лоран проти Франції» від 24 травня 2018 року, де встановлена наявність порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку з перехопленням офіцером поліції паперів, які адвокат-заявник передав своїм клієнтам, поки вони перебували у вестибюлі приміщення суду. Суд, зокрема, зазначив, що складений аркуш паперу, на якому адвокат написав повідомлення перед переданням його своїм клієнтам, був конфіденційним листуванням у значенні статті 8 Конвенції. Він також підкреслив, що зміст документів, перехоплених поліцейським, не має значення, оскільки незалежно від мети переписка між адвокатами та їх клієнтами стосувалась питань приватного та конфіденційного характеру. У цій справі заявник, будучи адвокатом, написав та передав ці папери своїм клієнтам в присутності начальника конвою, не намагаючись приховати свої дії. За відсутності будь-яких підозр про вчинення протиправного діяння перехоплення документів не може бути виправданим.

У звіті НААН про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні за 2013–2018 роки зазначається, що на практиці часто виникають ситуації під час відвідування слідчих ізоляторів, колоній, коли працівники цих установ не лише проводять огляд речей адвоката, а й перевіряють, які саме документи несе адвокат, а також те, чи мають вони стосунок до кримінального провадження, тобто у такий спосіб порушують адвокатську таємницю. Такі дії відбуваються і з боку конвою. Коли адвокат передає підзахисному документи, конвой намагається з'ясувати, що в цих документах написано.

Національна асоціація адвокатів України також вказує на те, що держава не забезпечує гарантій збереження адвокатської таємниці, оскільки правоохоронці з метою уникнення процедури обшуку вдаються до негласних слідчих дій для прослуховування розмов адвоката з клієнтом. У адвокатів виникають труднощі зі встановленням незаконності цих дій, оскільки у відповідь на звернення правоохоронні органи посилаються на положення КПК, відповідно до якого особа, права якої були тимчасово обмежені, має бути повідомлена про цей факт протягом дванадцяти місяців з дня припинення таких дій [3].

Стосовно подібних ситуацій ЄСПЛ наводить справу «Прутеану проти Румунії» від 3 лютого 2015 року, де встановлене порушення статті 8 Конвенції, оскільки втручання, на яке скаржився заявник, було непропорційним законній меті, яка переслідувалась, – встановити правду у зв'язку з кримінальним провадженням і запобігти беззаконню. Однак заявника було позбавлено ефективних засобів захисту, як того вимагає верховенство закону, і можливості обмежити вказане втручання. Суд, зокрема, нагадав, що перехоплення розмов між адвокатом та його клієнтом, безсумнівно, порушує професійну таємницю, що є основою довіри між адвокатом та його клієнтом.

Положення Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» зобов'язують адвоката подавати інформацію про вчинення злочинної діяльності щодо фінансування тероризму щодо свого клієнта, тобто розкривати адвокатську таємницю [4]. У цьому контексті варто вказати на позицію ЄСПЛ у справі «Мішо проти Франції» від 6 грудня 2012 року. За зверненням щодо невідповідності професійних правил, які зобов'язують адвокатів повідомляти орган фінансового контролю про кошти клієнтів, які, на їх думку, можуть бути отримані незаконним шляхом, наприклад, відмиванням, Європейський суд з прав людини констатував відсутність порушення Конвенції, оскільки професійна таємниця адвокатів не є абсолютною, а обов'язок повідомляти про підозру стосується лише діяльності, віддаленої від довіреної адвокатам місії захисту.

Як зазначає НААН, типовими порушеннями з боку правоохоронців під час проведення обшуку є такі: неповідомлення або

невчасне повідомлення Ради адвокатів регіону про проведення обшуку, що спричиняє несвоєчасне прибуття її представників; вихід за межі, визначені в ухвалі слідчого судді про дозвіл на проведення обшуку та вилучення речей та документів, дозвіл на вилучення яких судом не надавався; приховування від слідчого судді факту проведення обшуку саме у адвоката з метою уникнення судового контролю.

У справі «Робатін проти Австрії» ЄСПЛ вкотре зазначив, що виїмка та перевірка всіх даних не має виходити за межі того, що було б необхідним для досягнення законної мети, тобто попередження злочину. Суд вказав, що судові органи не змогли навести достатньої аргументації для проведення всеосяжного обшуку всіх електронних даних адвокатського бюро, які стосувались не лише відносин між заявником та потерпілими від його можливих злочинів, а й спілкування з іншими клієнтами.

Згідно з п.п. 62, 63 Рішення «Головань проти України» ЄСПЛ визначив таке: «Відповідні гарантії, такі як присутність та дієва участь незалежного спостерігача, завжди повинні бути доступними під час обшуку офісу адвоката для забезпечення того, щоб матеріал, який захищається адвокатською таємницею, не був вилучений. При цьому такий спостерігач повинен мати обов'язкову юридичну кваліфікацію, щоб фактично брати участь у процесі. Крім того, він також повинен бути зв'язаний адвокатською таємницею, щоб гарантувати захист конфіденційного матеріалу та прав третіх осіб. Нарешті, спостерігач повинен бути наділений необхідними повноваженнями, щоб бути спроможним запобігти під час аналізу процесу будь-якому можливому втручанню в адвокатську таємницю».

Практика участі незалежних спостерігачів (зокрема, членів Комітету захисту прав адвокатів) у складі Ради адвокатів Київської області свідчить про доволі часте ігнорування правоохоронними органами їхніх вимог про дотримання адвокатської таємниці та заяв про недопущення огляду і вилучення відповідних документів. Крім внесення зауважень та заперечень до протоколу обшуку, представник органу адвокатського самоврядування не наділений жодними іншими повноваженнями, в тому числі він не має права на оскарження неправомірних дій до слідчого судді [5].

Також з огляду на включення до порядку денного Верховної Ради України законопроєкту № 1013 від 29.08.2019 «Про внесення змін до Конституції України», який має на меті скасувати запроваджену в 2016 році так звану адвокатську монополію, та визначення його Президентом України як невідкладного вбачається доцільним проаналізувати практику ЄСПЛ з даного питання.

У справі «Загородній проти України» заявник скаржився на те, що національні органи незаконно відмовили йому у праві вільного вибору захисника, оскільки той мав повну вищу юридичну освіту та власну юридичну фірму, але не мав свідоцтва про зайняття адвокатською діяльністю. Отже, судовий розгляд у його справі був несправедливим на порушення пункту 1 та підпункту «с» пункту 3 статті 6 Конвенції, у якому закріплене право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або використовувати правову допомогу захисника, обраного ним на власний розсуд. У своєму рішенні ЄСПЛ пов'язав наявність порушення права заявника на вільний вибір захисника зі зволіканням державних органів щодо деталізації в процесуальному законодавстві питання участі фахівців у галузі права на вільний вибір захисника, що призвело до порушення принципу юридичної визначеності. Водночас у п. 52 рішення Суд вказав, що право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом не є абсолютним, проте воно становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду. Особа, проти якої висунуті кримінальні обвинувачення, яка не бажає захищатись особисто, повинна бути в змозі скористатись юридичною допомогою за власним вибором. Проте це останнє право також не може вважатись абсолютним. Отже, національні суди можуть не прийняти вибір особи, коли існують відповідні та достатні підстави вважати, що того вимагають інтереси правосуддя [6].

У справі «Молдавська проти України» Суд відхилив скаргу заявниці, яка посилалась на те, що її представнику не було дозволено подавати касаційну скаргу з питань права і що таке обмеження не можна було передбачити під час спроби подати таку скаргу. Вона також стверджувала, що існує виняток з правила щодо представництва ліцензованим адвокатом, якщо справа була малозначною, але законодавство на момент оскарження не вказало, які справи слід вважати малозначними. Вона посилалася на пункт 1 статті 6 Конвенції, який передбачає таке: «Вирішуючи свої цивільні права та обов'язки <...> кожен має право на справедливий <...> розгляд справи <...> судом <...>».

У своєму рішенні Суд вказав: «Вимога про те, щоб апелянт був представлений кваліфікованим адвокатом перед судом касаційної інстанції, як, наприклад, вимога, що

застосовується в даній справі, не може розглядатися як така, що суперечить статті 6. Ця вимога чітко сумісна з особливостями статусу Верховного Суду як вищого суду, що розглядає апеляційні питання. Це загальна риса правових систем у низці держав-членів Ради Європи. Навіть більш широке обмеження вільного вибору захисника, що звужує його до ліцензованого адвоката перед усіма судами, саме собою не може підняти питання за статтею 6 Конвенції, оскільки для забезпечення ефективного захисту особи можуть вимагатися конкретні юридичні кваліфікації. Однак таке обмеження права заявника повинне мати достатню підставу у внутрішньому законодавстві, щоб уникнути свавілля» [7].

З огляду на вказану позицію ми погоджуємося з таким твердженням О. Дроздової: «Запровадження Україною конституційних обмежень щодо представництва осіб у суді повністю узгоджується із статтею 6 («Право на справедливий суд») Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а скасування норми про здійснення виключно адвокатом (який має професійні права, обов'язки, гарантії діяльності та несе відповідальність) представництва іншої особи в суді може вплинути на обсяг дотримання гарантованого державою права кожного на професійну правничу допомогу» [8].

Висновки

Отже, фактичне втілення стандартів Європейського Суду з прав людини щодо адвокатської діяльності потребує не лише декларативного визнання його практики як джерела права, а й значного опрацювання як на рівні нормативного регулювання, так і в правозастосовній сфері.

На нашу думку, першочерговим кроком в ситуації, що склалась, має бути деталізація дискреційних повноважень правоохоронних органів з проведення негласних слідчих дій, зокрема щодо адвокатів, а також суворіший контроль з боку слідчих суддів за процедурою обшуку в приміщеннях адвокатських об'єднань та бюро. Значним кроком в даній сфері також стане поява офіційних перекладів остаточних рішень, оскільки судові органи, попри обов'язок застосовувати практику Європейського суду, часто не мають можливості ознайомитись зі змістом таких рішень. Також вбачається, що законодавець повинен врахувати позицію ЄСПЛ щодо доцільності існування адвокатської монополії на представництво в суді.

Список використаних джерел:

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15/stru.
2. Legal professional privilege. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Legal_professional_privilege_ENG.pdf.
3. Звіт НААН про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf.
4. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-18/print.
5. Островська М. Практика ЄСПЛ в контексті обшуків у адвокатів URL: https://radako.com.ua/news/praktika-iespl-v-kontekstiobshukiv-u-advokativ.
6. Загородній проти України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/974_739.
7. Молдавська проти України. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/b7ba50237b9eda679ab7_file.pdf.
8. Дроздова О. Скасування адвокатської монополії та право на правничу допомогу: чи зважить КС на зв'язок конституційних норм? URL: https://zib.com.ua/ua/139068-skasuvannya_advokatskoi_monopolii_ta_pravo_na_pravnichu_dopo.html.

The article is devoted to the study of problems of implementation of the practice of the European Court of Human Rights on the standards of advocacy in Ukraine as a source of law. The state of observance of the requirements of the European Court of Human Rights for the protection of the lawyer's secret is analyzed by the judicial and law enforcement authorities, outlined in the analytical review of the Decisions of the Legal Profession concerning the protection of the rights of lawyers and guarantees of advocacy in intercepting communications, trespassing listening to the telephone lines of law firms, secret surveillance based on the data of the report of the National Bar Association of Ukraine on the violation of the rights of lawyers and ha attorney's fees for 2013–2018. The issue of violations of the ECtHR's requirements for the obligatory participation of an authorized observer in conducting the search procedure in the premises of a law firm, a bureau and strictly carrying it out to the extent necessary for the legitimate purpose of crime prevention is also being investigated. The author draws attention to the conformity of the legislative initiative to amend Article 131-2 of the Constitution of Ukraine regarding

the abolition of the lawyer's monopoly on representation in court in 2016, to the official position of the European Court of Human Rights, enshrined in the rulings of "Country against Ukraine" and "Moldavska v. Ukraine" on the expediency of restricting the free choice of defense counsel, which narrows it down to a licensed lawyer, in order to secure the interests of justice. On the basis of the conducted research, conclusions and proposals on enhancing the degree of conformity of the legal system of Ukraine with the standards of the European Court of Human Rights on advocacy and securing the right to a fair trial enshrined in paragraph 1 of Article 6 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms were formulated.

Key words: ECtHR standards, message interception, lawyer's secrecy, search, secret surveillance, lawyer's monopoly.

УДК 341(4-672ЄС):325.54
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.61

Валентина Алгаш,
студентка V курсу Інституту прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Анна Піттель,
студентка V курсу Інституту прокуратури та кримінальної юстиції Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

СУЧАСНА МІГРАЦІЙНА КРИЗА ЯК ВИКЛИК ДЛЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

Стаття присвячена дослідженню показників міграційних потоків у Європі впродовж останніх років, а також питанням сучасної міграційної проблеми, що існує в країнах ЄС. Авторами проведено аналіз наукових досліджень з даної теми. Проаналізовано проблеми інтеграції біженців у європейську спільноту, а також визначено структуру та кількість іммігрантів з огляду на статистичні дані. Авторами розглянуто дії та позиції лідерів держав-учасниць Європейського Союзу щодо міграційної політики та вирішення проблеми масового напливу мігрантів. У роботі досліджено головні тенденції міграційної політики ЄС натепер. Розкрито перспективу динаміки міграції як складного і багатоаспектного феномена, спрогнозовано її подальший розвиток як нестабільного соціального явища. Виявлено асоціальні складники міграційних процесів у Європейському Союзі та їх негативний вплив на соціокультурні зміни. У статті проаналізовано основні зміни в характері міграційних переміщень населення за межі своїх держав з метою працевлаштування, визначено тенденції щодо регіонального, поселенського розподілу трудових мігрантів. Зосереджено увагу на бажанні керівних держав-членів ЄС обмежити стихійний приплив нелегальних мігрантів із тих країн, що перебувають на етапі розвитку, оскільки це створює численні соціальні, політичні, економічні, а також культурно-релігійні проблеми для країн ЄС. Адже і сама Європейська спільнота потерпає від труднощів та політичних протиріч, пов'язаних з розбіжностями в рівнях економічного розвитку. Авторами статті сформульовано висновки щодо напрямів подолання цієї проблеми, а саме встановлено необхідність одноманітного підходу до врегулювання процесів імміграції. Наголошено також на значному позитивному потенціалі міграції для розвитку приймаючих держав, умовою використання якого є адекватна міграційна політика як на національному, так і на міжнародному рівнях. Адже серед політичних пріоритетів на першому місті має стояти забезпечення легального та впорядкованого міграційного процесу та захисту прав мігрантів.

Ключові слова: міграція, міграційна політика, Європейський Союз, біженці, мігранти, міграційна криза.

Постановка проблеми. Світова міграція як соціальне явище є сьогодні складним та мультиаспектним явищем. Керівництво європейських держав виявилося неготовим конструктивно та оперативно вирішувати проблеми, пов'язані з глобальними міграційними процесами. Це призвело до міграційної кризи 2015 року, яка залишилась одним із найважливіших викликів для європейців до сьогодні. За результатами опитувань громадської думки Eurobarometer, що здійснюється під егідою Європейської Комісії, імміграція залишається головною проблемою на рівні Європейського Союзу. Проблема вже не в надмірній кількості мігрантів і шукачів притулку, як було до недавнього часу, а в тому, що в Євросоюзі немає одностайності щодо того, як їх приймати та розподіляти. Зі скороченням кількості прибуваючих мігрантів до Європи зменшується і співпраця та розподіл відповідальності всередині ЄС. Крім того, країни ЄС не можуть домовитися про спільну політику щодо мігрантів та біженців загалом. Усередині Євросоюзу формуються окремі блоки з протилежними інтересами, що підриває загальний дух Європейського Союзу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання міграційних процесів стало предметом дискусій як серед політичної еліти держав-учасниць Європейського Союзу, так і серед значної кількості вітчизняних вчених-правників. Дослідженням усіх аспектів міграційної політики та протидії нелегальній міграції на різних рівнях займаються як іноземні, так і українські дослідники, серед яких О. Чуприна, Г. Луцишин, О. Малиновська, Н. Пак, Р. Кермач, А. Солодько, С. Каслс,

© В. Алгаш, А. Піттель, 2019

Т. Клінченко, О. Відлер, О. Грішнова, В. Кривенко, Д. Вейсбродт та інші.

Мета статті. Головною метою роботи є дослідження проблеми сучасної міграційної кризи у країнах ЄС, розгляд основних причин її виникнення та загроз, які сьогодні та у близькій перспективі постануть перед Європейським Союзом, а також пошук можливих способів їх попередження та мінімізації.

Виклад основного матеріалу. Міграція – це переміщення населення з постійного місця проживання, пов'язане з перетином певних меж (державних кордонів). Вона має стихійний характер і декілька видів. Міграція існувала завжди. Сьогодні її офіційною стороною є трудова міграція населення. Проте найбільш масовою та небезпечнішою є нелегальна міграція до країн Європейського Союзу, що останніми роками зросла в десятки разів.

Нелегальна міграція стала стійким і масштабним явищем, що впливає на соціально-економічні та політичні процеси у багатьох країнах сучасного світу. За даними Міжнародної організації з міграції (МОМ), нині по всьому світу налічується 244 мільйони міжнародних мігрантів (або 3,3% світового населення). Натепер міжнародне переселення досягає рекордних висот, число внутрішньо переміщених осіб перевищує 40 мільйонів чоловік, а число біженців становить більше 22 мільйонів чоловік [16]. Через брак консенсусу між урядами країн-учасниць ЄС у багатьох країнах зростає популярність праворадикальних партій, які рішуче виступають проти мігрантів. Відсутність солідарності задля прийняття спільних правил вирішення проблем із розселенням великого потоку мігрантів призводить до нерівномірного навантаження на міграційні служби окремих країн Європи. Як наслідок, масовий наплив мігрантів загрожує існуванню Шенгенської угоди, а протиріччя між країнами ЄС щодо розселення мігрантів поглиблюють розкол в ЄС.

Європейська міграційна криза 2015 року – це явище, що стало гуманітарною катастрофою, яка викликана масовим напливом мігрантів з країн Близького Сходу та Африки до Європи. Окремі вчені та аналітики навіть порівнюють ситуацію, що склалася, з періодом Другої світової війни [1, с. 271]. Є два погляди на цю проблему: Німеччина, Франція, Італія та скандинавські країни розглядають міграційну кризу як випробування європейських цінностей і єдності, а Угорщина, Польща, Словаччина, Чехія і балтійські держави вбачають у біженцях загрозу безпеці і благополуччю [9].

Дана криза є комплексною: по-перше, це криза гуманітарна, бо позначилася загибеллю тисяч людей; по-друге, це криза управління і кордоном, і наданням притулку; по-третє, за висловом президента Європарламенту Мартіна Шульца, це криза солідарності, оскільки віднайти спільне для ЄС рішення щодо врегулювання проблеми біженців, яке б дало змогу більш рівномірно розподілити навантаження на окремі країни, виявилося вкрай складно [8, с. 162].

Причин виникнення та існування досліджуваного явища є досить багато, серед яких можна виділити:

– відсутність у значної кількості громадян можливостей для працевлаштування у себе на батьківщині;

– економічна нестабільність, що спостерігається на території значної кількості країн Близького Сходу;

– значне зубожіння та високий ризик померти від голоду в себе на батьківщині;

– соціальна несправедливість, яка панує в східних країнах;

– бажання отримати гідну освіту, яку можна здобути в країнах Європи;

– природні катаклізми, що загрожують здоров'ю та життю і які спостерігаються на території багатьох східних країн;

– висока ймовірність опинитися в епіцентрі воєнних дій [10, с. 30].

Остання причина є найбільш актуальною сьогодні, адже на Близькому Сході постійно виникають нові збройні заворушення, внаслідок чого страждають тисячі людей, в основному мирне населення. Це є свідченням того, що мешканці східних територій вирішують долати значну відстань не від хорошого життя, а, навпаки, з великим бажанням зберегти життя своє і своїх близьких.

Поряд із зазначеними варто наголосити ще й на такій гуманітарній проблемі. Мігранти досить часто перепливають Середземне море цілими сім'ями, з новонародженими дітьми, вагітними жінками, особами похилого віку. Тисячі людей так і не досягають берегів омріяної Європи. Більшість із них відпливають від берегів своєї батьківщини на переповнених ненадійних суднах і човнах. Відповідно до даних Міжнародної організації з міграції, в 2017 році понад 3 тисячі осіб потонули або зникли безвісти під час спроби перетнути Середземне море. За останні чотири роки кількість загиблих становить понад 20 тисяч. Проте біженців це не зупиняє, і вони щораз новими та новими «партіями» долають небезпечні відстані морем [5]. Тому гуманітарний аспект проблеми міграційних потоків яскраво свідчить про те, що ці тенденції є небезпечними для

тисяч людей, які наважуються таким чином змінити своє життя.

За даними ООН, країни, з яких походить більша частина шукачів притулку, не змінюються з 2014 року: це Сирія, Афганістан, Сомалі, Південний Судан, Судан, Демократична Республіка Конго, Центральноафриканська Республіка, М'янма та Еритрея. Основні країни походження є більш-менш неоднаковими: 41% мігрантів родом із Сирії, 27% – з Афганістану, 16% – з Іраку, а потім Ірану, Пакистану, Нігерії, Гамбії, Гвінеї, Марокко та Сенегалу [13].

Протягом 3 років поспіль показники прибуття неухильно падають, а нинішній рівень становить лише 10% від тієї кількості, коли вони були на піку у 2015 році. У 2018 році виявлено близько 150 000 через зовнішні кордони ЄС нерегулярних переїздів [15]. Але той факт, що кількість нерегулярних прибуттів зменшилася, не є гарантією на майбутнє, враховуючи ймовірне продовження міграційного тиску.

Міграційна криза стала серйозним викликом фундаментальним здобуткам Євросоюзу, передусім зоні вільного пересування (до тимчасового відновлення контролю на внутрішніх кордонах ЄС вдавалися Австрія, Бельгія, Данія, Німеччина, Норвегія, Словенія, Угорщина, Швеція). В умовах кризи активізувалися крайні політичні сили (наприклад, у Франції кандидат від ультраправого Народного фронту Марін Ле Пен під час президентських виборів 2017 р. вийшла у другий тур, де за неї проголосували 33,9% виборців), спостерігалася радикалізація настроїв частини населення (в 2015 р. у Німеччині було зафіксовано 747 нападів на житла прибулих, у тому числі 222 – із завданням тілесних ушкоджень [11]). Імміграція, за даними Євробарометра, перетворилася на найбільш болючу проблему для європейців, залишивши позаду економічні труднощі та безробіття [14].

Масові хвилі міграції стали дестабілізуючим фактором у межах спільної внутрішньої політики ЄС та політики міграції у декількох аспектах. Цілком очевидно, що багато держав-членів ЄС не були готові до масштабної міграційної кризи і, як наслідок, відчули негативні впливи цього процесу у таких важливих системах соціального реагування на надзвичайні ситуації, як житло, освіта та охорона здоров'я. Внаслідок неконтрольованого потоку біженців держави змушені спрямовувати фінансові та програмні пріоритети соціальної інтеграції на тимчасове утримання мігрантів з можливим скороченням соціальних гарантій для громадян європейського резидентства через брак коштів у бюджеті країни. Додаткові витрати на задоволення соціальних потреб біженців, як цього вимагали в Німеччині й Австрії, можуть спричинити значний «політичний люфт» або навіть жорстку реакцію, як це сталося між місцевими політиками в м. Кельн. Водночас міграційні потоки сприяють стрімкому зростанню діяльності громадянського суспільства Європи, яке надає життєво важливого значення задоволенню базових потреб біженців, таких як одяг чи надання першої медичної допомоги [2, с. 30].

Міграційна криза, попри свої зовнішньополітичні передумови, значно впливає на внутрішнє функціонування ЄС. Так, вона вперше поставила під сумнів єдність європейських країн та дієвість Шенгенських угод – одного з наріжних каменів європейської інтеграції, що забезпечує свободу пересування в межах ЄС, особливо для тих країн, які стали частиною транзитного маршруту потоку шукачів притулку з Близького Сходу.

Уже сьогодні на теренах ЄС існує практика відновлення контролю на внутрішніх кордонах через небезпеку міграційної кризи. Відповідне право закріплене у ст. 23 Шенгенського Кодексу (Schengen Borders Code). До прикладу, Німеччина відновлювала контроль на сухопутному кордоні з Австрією на період від 11 лютого до 11 травня 2017 р.; Австрія – зі Словенією та Угорщиною. Франція своєю чергою через постійну терористичну загрозу відновила контроль на всіх внутрішніх кордонах на період з 27 лютого до 15 липня 2017 р. [12].

У контексті міграційної кризи європейські праворадикальні політичні сили наголошують на необхідності впровадження рішучих заходів, спрямованих на обмеження міграційних потоків. Небувале зростання міграції вже сьогодні змушує низку держав ЄС виділяти значні кошти для оперативного реагування та облаштування спеціальних пунктів прийому біженців і забезпечення необхідною гуманітарною допомогою (харчування та медичне обслуговування) [4, с. 22].

Збереження динаміки напливу біженців та подальша ескалація міграційної кризи у найближчій перспективі може стати причиною ще більшого зростання економічних видатків через необхідність фінансування соціальної політики ЄС, яке проводиться з бюджетів країн-членів ЄС, і, як наслідок, тягар міграційної кризи лягає на громадян-платників податків, які проживають у межах Європейського Союзу. Що більше, збільшення кількості біженців може спричинити додатковий тиск на ринок праці у європейських країнах та ще більшою мірою посилити проблему безробіття в Європі [6]. Вочевидь, такий хід подій буде аж ніяк не на користь громадян ЄС, і це, своєю чергою, стає причиною загострення міжетніч-

них протистоянь та погіршення ставлення до іноземних мігрантів.

Проблема з нелегальними мігрантами та біженцями загострює внутрішньополітичну конфліктність, зокрема, активізуються націоналістичні організації, які заявляють про те, що Європа і так вже втратила більшу частину своїх національних традицій і нинішня ситуація призведе до ще більшого розмивання ідентичності європейських націй [7, с. 44]. Недосконала політика інтеграції емігрантського населення у європейське суспільство призводить до загострення взаємин між корінним населенням європейських держав та іммігрантами, зростання антиіммігрантських настроїв та масових протестів європейців проти міграційної політики національних урядів.

Підхід ЄС до питання міграції був і є євроцентричним. ЄС демонструє свої слабкі сторони, що полягають у відсутності реального союзу між державами-членами, і насамперед відсутність співпраці між ними дає зрозуміти, що ЄС ще не можна вважати інтегрованим політичним союзом. У цьому питанні ЄС виявляється неефективним і роз'єднаним, протиставляючи держави-члени одна одній і розпалюючи націоналістичні та антимусульманські настрої. Вони розглядають феномен міграції як певну загрозу для боротьби, замість того, щоб протидіяти їй [13].

За такої ситуації подолання міграційної кризи, забезпечення захисту біженців та надання допомоги державам-членам, які найбільше потерпали від припливу мігрантів, перетворюється чи не на ключове для ЄС питання. Відносини всередині країн Союзу у зв'язку з міграційною кризою погіршуються, уряди країн все більше віддаляються від лінії А. Меркель, яка пропонує політику «відкритих дверей» для біженців, тому мігрантів стає дедалі більше [3, с. 140]. Варто зазначити нерівномірний розподіл біженців між країнами, що, з одного боку, вказує на виважене рішення Єврокомісії щодо кожної країни окремо, з іншого – створює ще більшу диспропорцію між державами. Між країнами ЄС немає взаємодії, а це ще більше перешкоджає контролю кризи.

На нашу думку, все це незабаром може привести до розколу ЄС. Адже є проблеми, які загрожують цілісності ЄС: безкінечний потік мігрантів, прийняття нових членів до Союзу, війна на сході України та санкції проти РФ, витрати на утримання мігрантів, економічна нестабільність певних країн – членів ЄС, разюче розходження думок щодо міграційної політики та зобов'язань країн перед Союзом, референдум у Великобританії про участь у ЄС, усе це ще більше «підігрівається» неоднозначним ставленням до всіх цих питань громадян в межах кожної окремої країни.

ЄС слід підійти до вирішення більш конструктивно та не відгороджуватись від проблем, а допомогти розв'язати причини переселення мігрантів. Ситуація, що склалася, має шляхи вирішення, незважаючи на її масштаби. Практика показує, що врегулювання міграційної кризи у країнах ЄС повинно відбуватись комплексно, міграційна політика європейських держав має враховувати усі важливі суспільно-політичні, культурні та етнічні цінності. Європейським країнам слід об'єднатися, звернути увагу на власні проблеми та думки населення країн, які проти доволі привітної політики заохочення біженців.

Відзначаючи успіхи в подоланні міграційної кризи, 12-й голова Єврокомісії Жан-Клод Юнкер водночас підкреслював, що міграція залишатиметься викликом для майбутніх поколінь європейців на довгі роки [8, с. 168]. Тому Європа має підготувати відповідні інструменти для справедливого і відповідального регулювання міграційних процесів, належної відповіді на можливі кризи. За його словами, настав час перейти від пропозицій до законів, а від законів – до практики.

Висновки

Підсумовуючи, слід зазначити, що міграційні тенденції біженців на сучасному етапі розвитку суспільства є невтішними для Європейського Союзу. Щоразу більша кількість біженців перетинає європейські кордони у пошуках кращого життя, що стало загрожувати безпеці та стабільності європейських країн та спричинило кризові явища в європейському середовищі. Процес подолання «міграційної кризи» в ЄС є досить важким та довготривалим, зважаючи на непримиренні позиції держав-членів, але він є реальним, варто лише знайти спільну позицію та, що найголовніше, встановити чітку та довгострокову стратегію. Вона повинна передбачати чіткі дії європейців на рік, два, три, п'ять, десять років для того, щоб керівництво могло прогнозувати тенденції міграційних потоків на коротко-, середньо- та довгострокову перспективу і приймати відповідні рішення.

Отже, міграційна політика міцно посідає своє місце у фокусі європейської інтеграції. Однак зважаючи не те, що ключові питання в цій сфері все ще залишаються у компетенції національних урядів, спільна міграційна політика й надалі буде складним процесом узгоджень та компромісів.

Список використаних джерел:

1. Бурова К.А. Міграційна політика Європейського Союзу: проблеми сьогодення. URL : http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11251/1/Burova__268-273.pdf
2. Гоган Е. Море лиха. Світ у 2017. С. 30.
3. Гребіник Я. Політична реакція країн ЄС на міграційну кризу. Теорія та методика навчання суспільних дисциплін : науково-педагогічний журнал. 2018. № 1(6). С. 139–142.
4. Дорош Л., Івасечкок О. Особливості функціонування та виклики розвитку ЄС у близькій перспективі (2017–2018 рр. *Humanitarian vision*. 2017. Vol. 3. Num. 1. С. 19–24.
5. Европейский Союз в борьбе с нелегальной иммиграцией: новые тенденции. URL: http://www.alleuropa.ru/index2.php (дата звернення: 08.11.2019).
6. Кермач Р. Проблема біженців в ЄС: довгострокові наслідки нового виклику / Фонд «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. URL: http://dif.org.ua/article/problema-bizhentsivv-es-dovgostrokovi-naslidki-novogo-vikliku (дата звернення: 08.11.2019).
7. Луцишин Г. Міграційна криза в ЄС: проблема безпеки зовнішніх кордонів та загострення міжетнічних. *Humanitarian vision*. 2015. Vol. 1. Num. 2. С. 41-46.
8. Малиновська О.А. Міграційна політика: глобальний контекст та українські реалії : монографія. Київ : НІСД, 2018. 472 с.
9. Міграційна криза загрожує розколом Євросоюзу. URL: http://forbes.net.ua/ua/nation/1401504-migracijna-krizazagrozhue-rozkolom-evrosoyuzu (дата звернення: 03.11.2019).
10. Пак Н. Неконтрольована міграція як загроза безпеці країн Європейського Союзу. *Вісник КНУ імені Тараса Шевченка*. 2016. С. 30–32.
11. Crepeau F. Facilitating Mobility and Fostering Diversity: Getting EU Migration Governance to Respect the Human Rights of Migrants. URL: https://www.ceps.eu/publications/facilitating-mobility-and-fostering-diversity-getting-eu-migration-governancerespect (дата звернення: 03.11.2019).
12. Member States' notifications of the temporary reintroduction of border control at internal borders pursuant to Article 25 et seq. of the Schengen Borders Code / European Commission. URL: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf (дата звернення: 10.11.2019).
13. Scalia G. European migrant crisis, last measures of the EU policy on migration. URL: http://mediterraneanaffairs.com/european-migrant-crisis-last-measures-of-the-eu-policy-on-migration/ (дата звернення: 08.11.2019).
14. Spring 2015 Standard Eurobarometer: Citizens see immigration as top challenge for EU to tackle. URL: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5451_en.htm (дата звернення: 03.11.2019).
15. The European Agenda on Migration: EU needs to sustain progress made over the past 4 years / European Commission. 2019. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1496 (дата звернення: 08.11.2019).
16. The International Organization for Migration. URL : http://www.iom.int/ (дата звернення: 08.11.2019).

This article is devoted to the study of migration flows in Europe over the last years, as well as to the current migration problems that exist in EU countries. The authors analyze the scientific research on this topic. The problems of integration of refugees into the European community are analyzed, as well as the structure and number of immigrants are analyzed in the light of statistics. The authors examine the actions and positions of the leaders of the EU Member States on migration policy and addressing the mass influx of migrants. The paper examines the main trends in EU migration policy to date. The perspective of the dynamics of migration as a complex and multidimensional phenomenon is revealed, its further development as an unstable social phenomenon is predicted. The asocial components of migration processes in the European Union have been identified and their negative impact on socio-cultural changes under the influence of the latter. The article analyzes the main changes in the nature of migration movements of the population outside the borders of their countries for the purpose of employment, identifies trends in the regional, settlement distribution of labor migrants. The focus is on the desire of the leading EU Member States to limit the natural influx of undocumented migrants from developing countries, as this creates numerous social, political, economic and cultural-religious problems for EU countries. The European Community itself suffers from difficulties and political contradictions related to differences in levels of economic development. The authors of the article formulated conclusions on the directions of overcoming this problem, namely, the necessity of a uniform approach to the regulation of immigration processes was established. It also emphasized the significant positive potential of migration for the development of host countries, the condition of which is the use of adequate migration policy at both national and international levels. Political priorities in the first place should include ensuring a legal and orderly migration process and protecting the rights of migrants.

Key words: migration, migration policy, the European Union, refugees, migrants, migration crisis.

УДК 341.174
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.62

Таїсія Боднарук,
студентка V курсу
Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЕФЕКТИВНІСТЬ ІНСТИТУТУ ГРОМАДЯНСЬКОЇ ІНІЦІАТИВИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

Ця стаття присвячена питанню існування інституту громадянської ініціативи в Європейському Союзі, його ролі та місця у законодавчому процесі. Автором з'ясовано, що спроможність реалізації громадянської ініціативи значною мірою розширює політичні права громадян ЄС через визнання права кожного із них на участь у демократичному житті Союзу.

З'ясовано, що діяльність інституту громадянської ініціативи регулюється установчими договорами ЄС та Регламентом № 211/2011 про громадянську ініціативу. Розглянуто положення Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу. Було взято до уваги Регламент № 211/2011 про громадянську ініціативу в частині регулювання питання щодо мінімальної кількості держав-членів, із яких мають походити громадяни – ініціатори законодавчих пропозицій.

У роботі також висвітлено деякі аспекти механізму та юридичні наслідки європейської громадянської ініціативи. Деталізовано головні етапи реалізації громадянської ініціативи. У статті розглянута монопольна можливість Комісії на право законодавчої ініціативи. Здійснено аналіз ефективності реалізації громадянської ініціативи в межах Європейського Союзу, виявлено недоліки та надано пропозиції щодо вдосконалення існуючого механізму. Значна увага приділяється аналізу наявної вже практики реалізації інституту громадянської ініціативи, дослідженню результатів розгляду Європейською Комісією перших трьох ініціатив, які вдало пройшли всі стадії процедури.

У висновку зазначено, що інститут громадянської ініціативи спрямований не лише на сприяння інститутам ЄС знаходитися ближче до громадян, але й на примноження відчуття транснаціональної ідентичності, єдності країн-членів ЄС. Проте, якщо детально дослідити дане питання, можна дійти висновку, що ініціатива громадян реалізовується через Комісію, яка не має обов'язку розробляти законодавчу пропозицію у відповідь на громадянську ініціативу. У чинному Регламенті закладена доволі складна і тривала процедура здійснення громадянської ініціативи, а тому слід звернути увагу на розроблення нового порядку з метою полегшення доступу організаторів та прихильників Європейської громадянської ініціативи до реалізації їхнього права.

Ключові слова: громадянське суспільство, громадянська ініціатива, Лісабонський договір, демократія, Європейський Союз.

Постановка проблеми. Сучасне громадянське суспільство є ефективним рушієм змін, основою для побудови реальної демократії. У свою чергу, необхідність розвитку механізмів демократії зумовлена метою кращого врахування інтересів кожного члена суспільства. Разом із тим ефективне управління можливе лише за умови забезпечення дійсного доступу населення до участі у процесі законотворення та забезпечення збалансованого поєднання механізмів як прямої, так і непрямої демократії. У зв'язку з наведеним питання ефективності реалізації права громадян на участь у законодавчому процесі не втрачає своєї важливості, а перешкоди, що існують на цьому шляху, потребують аналізу та усунення.

Аналіз досліджень і публікацій. Проблемі інституту громадянської ініціативи в українській науці міжнародного права присвячено незначну кількість робіт. Так, окремі питання механізму реалізації інституту громадянського суспільства у Європейському Союзі висвітлено у роботах Т.М. Анакіної, В.І. Муравйова, О.М. Поліванової, О.Я. Трагнюк, Х.С. Якименко. Серед зарубіжних науковців слід відзначити Т. Костакопулу, К. Ленаертса, юридичну природу та наслідки реалізації права на європейську громадянську ініціативну (далі – ЄГІ) вивчають такі європейські науковці, як С. Алоізіо, Г. Грімальді, М. Елфер, Б. Кауфманн, У. Мореллі та інші.

Метою дослідження є з'ясування правової природи та ролі ЄГІ у системі інститутів Європейського Союзу (далі – ЄС), визна-

© Т. Боднарук, 2019

чення механізму функціонування ЄГІ та його недоліків. У статті також висвітлюються перешкоди на шляху ефективної реалізації громадянських ініціатив на основі аналізу наявної практики.

Виклад основного матеріалу. Сучасне демократичне суспільство передбачає різноманітні правові інструменти демократії. Серед них чільне місце займають, зокрема, й громадянські ініціативи. Щодо ЄС, то слід сказати, що в установчих договорах Європейських співтовариств, які започаткували процес інтеграції, інститут загальноєвропейської громадянської ініціативи не отримав нормативного закріплення, оскільки основна увага була звернена на економічну сферу.

Офіційне запровадження інституту загальноєвропейської громадянської ініціативи відбулося внаслідок набрання чинності новою редакцією Договору про Європейський Союз (далі – ДЄС), що означало перенесення інтеграції на політичну сферу. Стаття 11 ДЄС присвячена забезпеченню зв'язку ЄС із громадянським суспільством, де у ч. 4 зазначається: «Щонайменше один мільйон громадян, які є громадянами значної кількості держав-членів, можуть запропонувати Європейській Комісії в межах її повноважень висунути будь-яку належну пропозицію з питань, щодо яких, на їхню думку, слід ухвалити правовий акт Союзу на виконання Договорів». Положення щодо ЄГІ знайшли також своє відображення у ч. 1 ст. 24 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС), де йдеться про те, що реалізація інституту громадянської ініціативи регулюється за допомогою регламентів, ухвалених Європарламентом та Радою ЄС, в яких, поміж інших питань, повинна визначатися мінімальна кількість держав-членів, із яких мають походити такі громадяни.

Процедура реалізації громадянської ініціативи детально не була прописана в тексті Лісабонського договору, а тому потребувала конкретизації в окремому документі. Так, після тривалих переговорів 16 лютого 2011 р. Європейським Парламентом та Радою ЄС було остаточно ухвалено проект постанови, яка містить основні засади та процедуру механізму громадянської ініціативи. Був прийнятий Регламент № 211/2011 про громадянську ініціативу, який набрав чинності 1 квітня 2011 року. У цьому документі конкретизовано, що «значною кількістю» є чверть держав-членів, що на сьогодні становить 7 країн.

Слід зазначити, що європейська громадянська ініціатива може стосуватись будь-якої сфери політики ЄС, в якій Європейська Комісія має право на законодавчу ініціативу, наприклад охорони навколишнього природного середовища, сільського господарства, транспорту та інших.

Інститут громадянської ініціативи в Союзі розглядається як один із типів партиципаторної демократії, що ґрунтується на принципах представницької демократії, на яких засновано ЄС і які є цінностями Союзу, дотримання чого, у свою чергу, є умовою «sine qua non» членства у ЄС [1, с. 90]. Дійсно, даний інститут покликаний сприяти посиленню захисту прав та інтересів громадян держав-членів, посилити політико-правовий зв'язок між Союзом та громадянами.

Процедура подання громадської ініціативи складається із 7 етапів. Проаналізуємо найбільш важливі моменти. Так, для того щоб почати процес висування громадянської ініціативи, громадяни повинні сформувати «громадський комітет», що складається щонайменше із 7 громадян ЄС, які проживають, принаймні, у 7 різних державах-членах. Члени громадського комітету повинні бути громадянами ЄС у віці, що дає їм право голосувати на виборах до Європейського парламенту (18 років, за винятком Австрії, де віковий ценз становить16 років). Уже тут натепер існують пропозиції щодо внесення змін та встановлення загального права участі у ЄГІ з 16 років, адже це дасть змогу висловити думку більшій частині населення і дозволить скоріше зібрати мільйон підписів.

Далі відбувається реєстрація пропонованої ЄГІ на веб-сторінці Європейської Комісії. Якщо планується збір підписів у мережі Інтернет, то здійснюється також сертифікація онлайнової системи збирання підписів. Така система має відповідати технічним і безпековим вимогам. Із цього приводу відкритим залишається питання захисту персональних даних осіб, які беруть участь у підтриманні ініціативи. Вчені наголошують на необхідності забезпечення ефективних механізмів протидії використанню цих даних в незаконних цілях.

Загалом, можливість реалізації права громадянської ініціативи в ЄС залежатиме від того, наскільки правильно будуть сформульовані передусім самі пропозиції та наскільки ретельно будуть дотримані процедури їх просування.

Слід сказати, що досить велика кількість потенційних пропозицій, які висуваються організаторами, прямо чи опосередковано стосуються внесення поправок до Установчих договорів. Однак Європейська комісія попереджає, що вона не реєструватиме ініціативу громадян ЄС, яка передбачатиме внесення змін і доповнень до актів первин-

ного права [1, с. 93]. Проте чинний Регламент із громадянської ініціативи щодо цього питання не містить чітких положень, що може привести до виникнення спорів у майбутньому в Суді ЄС.

Фактично можливість реалізації «громадянської ініціативи» суттєво розширює політичні права громадян ЄС через визнання права кожного з них на участь у демократичному житті Союзу. З іншого боку, складна і довготривала наявна процедура ЄГІ та можливість її не підтримання з боку Європейської Комісії зводить нанівець саму мету існування даного інституту. До того ж Єврокомісія не зобов'язана створювати закон на основі кожної громадянської ініціативи, проте у разі відмови вона повинна представити точне та вичерпне обґрунтування свого негативного рішення.

Незважаючи на різноманітні застереження, які містяться в установчих договорах, загалом Комісія спроможна здійснювати майже монопольне право законодавчої ініціативи. Єврокомісія, акумулюючи власні ініціативи та всі інші пропозиції, що походять від інших суб'єктів законодавчої ініціативи, готує проекти законодавчих актів, спрямовані на виконання цілей установчих договорів, тим самим Комісія виступає одним із головних двигунів європейського інтеграційного процесу [2, с. 109].

Так, з усіх ініціатив з боку ЄГІ лише незначна частина пройшла всі етапи та була розглянута Європейською Комісією. Першою ЄГІ, яка успішно пройшла всі етапи процедури й отримала відповідь Комісії, стала ініціатива «Вода і санітарна гігієна є правом людини! Вода є суспільним благом, а не товаром!», зареєстрована 10 травня 2012 р. Метою ЄГІ було спонукати Комісію до розроблення законодавчої пропозиції щодо імплементації визнаного ООН права людини на воду та санітарну гігієну, забезпечення всіх водою і санітарною гігієною як основоположними суспільними послугами [3, с. 34].

Крім зазначеної ініціативи, Комісія надала відповідь організаторам ще декількох ЄГІ: «Один з нас», предметом якої є забезпечення правового захисту гідності, права на життя і цілісності особистості кожної людини, починаючи від її зачаття, у сферах компетенції ЄС, в яких такий захист має особливе значення, та «Зупинимо вівісекцію», спрямовану на поетапне припинення в ЄС експериментів над тваринами в наукових цілях. Проте й вони не стали досить успішними. Адже у першому випадку Комісія вказала, що положення законодавства ЄС чітко і недвозначно закріплюють право на людську гідність, право на життя і право на цілісність особистості. Тоді як з приводу другої Комісія чітко зазначила, що чинна директива є незамінним інструментом захисту тварин, що використовуються для наукових цілей, каталізатором розробки та освоєння альтернативних підходів, а тому Комісія не має наміру скасовувати цю директиву.

Інша ЄГІ була подана до Єврокомісії 10 червня 2017 року та має назву «Заборонимо гліфосат та захистимо людей і навколишнє середовище від токсичних пестицидів», яка зібрала трохи більше 1 млн. підписів. Проте Комісія вважає, що наукові та правові підстави для заборони гліфосату відсутні, а тому вона не має наміру розробляти законодавчу пропозицію з цього приводу. Водночас вона має намір посилити заходи щодо зниження ризику використання пестицидів та очікує від держав-членів підтримки та вдосконалення нормативної бази. Тепер законодавчі пропозиції будуть подані до Європейського Парламенту та держав-членів для прийняття. Комісія прагне, щоб ця пропозиція була прийнята ще в поточному законодавчому періоді для швидкої її реалізації.

У зв'язку з вищенаведеним питання удосконалення механізму реалізації ЄГІ залишається відкритим, громадянам має бути забезпечено дійсно реальне право на участь у законодавчому процесі.

Висновки

Як бачимо, інститут ЄГІ відіграє важливу роль у реалізації права громадян бути почутими. Він покликаний не тільки допомогти інститутам ЄС стати ближчими до громадян, але й посилити почуття транснаціональної ідентичності, єдності країн-членів ЄС. Однак, як видно, ініціатива громадян реалізовується через Комісію, яка, у свою чергу, не зобов'язана розробляти законодавчу пропозицію у відповідь на громадянську ініціативу. У чинному Регламенті наявна досить складна і тривала процедура ЄГІ, а тому можливим кроком є розробка нового порядку, для того щоб зробити Європейську громадянську ініціативу більш доступною, менш обтяжливою і легшою для організаторів та прихильників. Можливо, зовсім скоро саме громадянське суспільство в ЄС стане активним учасником законодавчого процесу.

Список використаних джерел:

1. Трагнюк О.Я. Деякі правові засоби подолання дефіциту демократії в Європейському Союзі (на прикладі інституту громадянської ініціативи в ЄС). *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2011. Вип. 22. С. 86–95.

2. Станкевич О.І. Право законодавчої ініціативи в Європейському Союзі. *Європейська інтеграція в контексті сучасної геополітики* : зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 24 травня 2016 р. Харків, 2016. С. 106–110.

3. Рудік О.М. Механізм громадянської ініціативи в Європейському Союзі: процедура та досвід практичної реалізації. *Аспекти публічного управління*. 2015. № 7-8. С. 31–37. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aplup_2015_7-8_6 (дата звернення: 19.11.2019).

4. Regulation (EU) No 211/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on the Citizen's Initiative. Official Journal of the European Union. L. 65. 11/03/2011. P. 1–22.

5. Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative «Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity!». Brussels, 19.03.2014 COM(2014) 177 final. URL: https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/EN/1-2014-177-EN-F1-1.Pdf

6. Legislative Proposal One of US. URL: https://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/successful/details/2012/000005 (дата звернення: 19.11.2019).

This article is devoted to the question of the existence of a civil initiative institute in the European Union, its role and place in the legislative process. The author finds that the ability to carry out a citizens' initiative greatly extends the political rights of EU citizens by recognizing the right of each of them to participate in the democratic life of the Union.

It has been found that the activities of the Civic Initiative Institute are governed by the founding Treaties of the EU and the Citizens' Initiative Regulation 211/2011. The provisions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union are considered. Regulation No 211/2011 on the citizens' initiative has been taken into account as regards the regulation of the minimum number of Member States from which citizens who initiate legislative proposals should come.

The paper also outlines some aspects of the mechanism and the legal implications of the European Citizens' Initiative. The main stages of the implementation of the civic initiative are detailed. The article deals with the monopoly power of the Commission on the right of legislative initiative. The effectiveness of the implementation of the citizens' initiative within the European Union has been analyzed, shortcomings have been identified and proposals have been made to improve the existing mechanism. Much attention is paid to the analysis of the existing practice of implementing the Institute for Citizens' Initiative, to the study of the results of consideration by the European Commission of the first three initiatives, which have successfully passed all stages of the procedure.

In conclusion, the Civic Initiative Institute aims not only to help EU institutions be closer to citizens, but also to enhance the sense of transnational identity, unity of EU Member States. However, if we examine this in detail, we can conclude that the citizens 'initiative is being implemented through the Commission, which is not obliged to draft a legislative proposal in response to the citizens' initiative. The current Regulation lays down a rather complicated and lengthy procedure for the implementation of a citizens 'initiative, and therefore it is necessary to pay attention to the development of a new order in order to facilitate the access of organizers and supporters of the European Citizens' Initiative to the exercise of their rights.

Key words: civil society, civil initiative, Lisbon Treaty, democracy, European Union.

УДК 341.225.5:061.1ЄС
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.63

Лідія Бражнікова,
студентка V курсу господарсько-правового факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ОСНОВНІ НАПРЯМИ СПІВРОБІТНИЦТВА ЄС ІЗ НАТО: ПИТАННЯ МОРСЬКОЇ БЕЗПЕКИ

Стаття присвячена синергетичній співпраці між Північноатлантичним Альянсом і Європейським союзом. Морське співробітництво між Європейським Союзом і Північноатлантичним Альянсом має вагоме значення для узгодженого реагування на різноманітні середземноморські проблеми, включаючи терористичні загрози, затяжні конфлікти на Близькому Сході та у Північній Африці й надзвичайні ситуації з біженцями. Досліджено та проаналізовано питання транснаціонального характеру, а саме нинішні загрози в морській галузі, які включають у себе проблеми тероризму, піратство, незаконну міграцію, торгівлю людьми та наркотиками.

Відносини між двома силами Брюсселя були постійною дискусією по всьому світу з кінця Холодної війни. Оскільки порядок денний обох сил дедалі більше перетинається, заклики до більшого співробітництва стають все більш нагальними. У статті надається інформація щодо здійснення військових, миротворчих і рятувальних операцій Північноатлантичного договору у партнерстві з Європейським Союзом з моменту їх інституційної співпраці. Операція Європейського Союзу «Софія» розміщена в Південно-Центральному Середземномор'ї, тоді як операція Північноатлантичного Альянсу «Елайд Протектор» діє у всьому Середземноморському басейні. Північноатлантичний договір також розпочав нову діяльність в Егейському морі ще у 2016 році. На тактичному рівні ці операції значною мірою досягли успіху в підвищенні ситуаційної обізнаності в Середземномор'ї; обмеженні діяльності контрабандистів та зброї у відкритому морі; моніторингу міграційних мереж і певною мірою наданні допомоги мігрантам. Однак вони також стикаються зі стратегічними викликами, мають відносно низький стримуючий ефект та обмежений ступінь міжінституційної співпраці.

Розглянуто головні документи у сфері безпеки на морі та їх вплив на відносини. Проаналізовано можливості оновлення Морської стратегії Альянсу 2011 року. Постійно змінюється операційне середовище, тому залишається важливим спостерігати за стратегічними змінами в морській сфері, які будуть формувати майбутнє середовище морської безпеки. З погляду Альянсу, вдосконалення Морської стратегії має зосередитись на визначенні наявних, а також потенційних загроз; посиленні трансформаційних заходів зі створення потенціалу та сил, що здатні забезпечити захист операцій та місій із забезпечення морської безпеки; пріоритетності стримування та колективної оборони.

Ключові слова: піратство, транснаціональні відносини, співпраця, Берлін плюс, Морська стратегія, морські операції.

Постановка проблеми. Вважається, що розвиток взаємовідносин ЄС та НАТО бере свій початок з 1954 року, коли французька Національна асамблея відмовилась ратифікувати Договір про створення Європейського оборонного співтовариства. На той час Європейському Союзу вкрай необхідно було заручитись підтримкою Альянсу. Зважаючи на те, що більшість держав світу мають вихід до моря, Альянсом в 1954 році була розроблена перша окрема Морська стратегія, що передбачала радіус готовності відповідати на однакові конфлікти: тероризм, піратство, поширення зброї масового знищення. З огляду на те, що такі загрози мають транснаціональний характер і не можуть вирішуватись в односторонньому порядку, вони дають можливість для поглиблення відносин НАТО з ЄС. Тому за 27 років була розроблена нова Морська стратегія, яка включала боротьбу з поточними загрозами, зокрема незаконною торгівлею людьми і наркотиками.

У 2018 році ЄС переглянув План дій, що реалізує Стратегію морської безпеки ЄС, і закликав активізувати співпрацю між ЄС та НАТО. Він ставиться до НАТО як до природного партнера для співпраці в ряді заходів, пов'язаних з морською безпекою. Переглянутий план дій також сприяє реалізації Глобальної стратегії ЄС та ролі ЄС як глобального постачальника морської безпеки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на актуальність дослідження, у вітчизняній юридичній науці питанню міжнародно-правового співробітництва в боротьбі з питань морської безпеки приділяється недостатньо уваги. Для аналізу сучасних відносин ЄС і НАТО доцільно

© Л. Бражнікова, 2019

розглянути аналітичні роботи і документи, створені відповідними сторонами. Таким чином, увагу приділено аналізу праць вітчизняних та зарубіжних науковців. Зокрема, опрацьовано наукові роботи Т.В. Брежнєвої, М.З. Кулика, А.О. Кориневича, В.М. Дробіта, А. Умлауфової, Лорд Йоплінга, Кармен Гебхарда та Саймона Дж. Джоліон Ховорта, Алексі Каяндера, Марії Елени Аргано, Стеффано Маркуцці та інші. Практично розглядалося таке питання на інформаційних електронних сайтах: NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION та European Union EXTERMAL ACTION.

Мета статті – окреслити розвиток відносин ЄС та НАТО, їх здатність ефективно вирішувати світові проблеми, зокрема, у сфері морської безпеки; зробити аналіз та визначення засобів протидії піратству, міграції, тероризму, а також ознайомити з досвідом роботи із забезпечення безпеки на морі; проаналізувати стратегічні документи у сфері морської безпеки.

Виклад основного матеріалу. Перше питання: чому відносини ЄС – НАТО такі важливі? Членство. Від цього походять цінності, загрози і виклики, а також компетенції. З 1954 року Альянс та ЄС були взаємозалежними, коли об'єдналися для підтримання миру в Європі, сприяння стабільності на континенті та за його межами. Так, одна сторона дбала про безпеку та оборону, інша – допомагала розвивати економіку. Це й посилювало основу спільних цінностей. По-друге, у сучасних умовах, з безпрецедентними викликами, які виникають з Півдня та Сходу, співробітництво між Європейським Союзом та Організацією Північноатлантичного договору (НАТО) є надзвичайно важливим, а саме є невід'ємним підґрунтям роботи Європейського Союзу. Як частина реалізації Глобальної стратегії ЄС, така співпраця спрямована на зміцнення європейської безпеки та оборони, а також сприяння розподілу трансатлантичного навантаження.

Інституційна співпраця між НАТО і ЄС триває більше десяти років та охоплює широке коло питань, включаючи: управління кризами, розвиток потенціалу, нарощування потенціалу та безпеку на морі. На початку розвитку інституційних відносин, що триває більше десяти років, поставало питання: як об'єднати зусилля, коли в 1993 році за Маастрихтським договором Євросоюз має на меті розробити спільну політику та з 2001 року Ніццький договір дозволяв ЄС створювати політично-військові структури. Таким чином, основою для об'єднаної праці вважають 2002 рік, коли обидві сторони підписали декларацію про європейську політику безпеки і оборони, в якій відносини між НАТО і ЄС визначені як стратегічне партнерство [1].

Незабаром відбулися домовленості «Берлін плюс» 2003 року, що забезпечили основу для практичного співробітництва на місцях. Такі домовленості доволі складні, вони забезпечували основу для надання Альянсом підтримки операціям, які очолював ЄС та в яких НАТО не бере участі. Саме цей момент означав, що вперше були вироблені конкретні шляхи співпраці і це було успіхом. Однак створені таким чином можливості нечасто використовувалися. Так, наприклад, операції «Конкордія» в Північній Македонії (2003 рік) та «Алтея» у Боснії та Герцеговині (2004 рік) – це єдині дві місії під керівництвом ЄС, які використовували угоди «Берлін плюс». Примітно, що вперше були застосовані такі угоди в рамках операції «Конкордія», яка була першою миротворчою операцією в історії. Але, як зазначив Яап Хооп Схеффер, «відносини між НАТО і ЄС ще не перейшли до 21 сторіччя» [2]. Зазначалося, що розроблені механізми застаріли майже одразу після їх прийняття.

Вже у 2004 році, після розширення ЄС, виявилися декілька складних політичних бар'єрів для тіснішої співпраці з НАТО. Перешкодами були питання обміну інформацією, а також приєднання Кіпру до складу ЄС. Так з 2004 по 2014 рік відбувалася повільна еволюція, під час якої відбулося більше десяти неофіційних зустрічей ЄС – НАТО на рівні міністрів закордонних справ і послів.

У період між 2007 і 2012 роками понад 40 % із зареєстрованих у світі випадків піратства мали місце у водах біля узбережжя Сомалі [3, с. 2]. З огляду на те, що Аденська затока є стратегічною перешкодою, на прохання Генерального секретаря ООН були здійснені міжнародні операції для запобігання актам піратства в морі [4, с. 8]. Мали місце такі операції, як: «Елайд Провайдер», «Аталанта», «Елайд Протектор» та «Океанський щит». Зокрема, під час цих операцій відбувалася ротація Постійних військово-морських груп у регіоні, яка дала змогу безперервно підтримувати потужну присутність НАТО в Аденській затоці і навколо Африканського рогу, демонструючи рішуче прагнення Альянсу розв'язати цю проблему. За період цих операцій вдалося припинити численні напади та роззброїти піратів із метою запобігання їхній подальшій злочинній діяльності. Для забезпечення проходу через ці небезпечні води було екскортовано майже 30 суден [5, с. 18]. Щодо операції «Океанський щит», то загалом вона отримала розширений ман-

дат, який передбачає більш жорсткі правила застосування сили, а також нові завдання з надання допомоги, що дозволяють використовувати регіональний потенціал.

На цьому етапі розроблялися надійні рамки співробітництва, що забезпечували ефективний обмін інформацією та координацію морських операцій. Спільне усунення конфліктів стало одним із найважливіших механізмів зміцнення співробітництва НАТО з ЄС на тактичному і оперативному рівнях. Приймається Морська стратегія Альянсу, яка визначає параметри й пріоритетні напрями морської діяльності НАТО. Вона є фундаментальним документом для формування сил, можливостей, підтримання готовності й планування в морському середовищі безпеки. Саме імплементація цієї стратегії включала посилення координації між Альянсом та ЄС у морській сфері. У 2014 році була прийнята стратегія морської безпеки ЄС, яка забезпечувала політику і стратегічну структуру для ефективного та всебічного вирішення завдань морської безпеки через використання всіх відповідних інструментів на міжнародному та національному рівнях [6, с. 1, 4, 8].

Зростаюча складність та поєднання проблем безпеки, що стояли перед євроатлантичним простором починаючи з 2014 року, посилила імпульс для розвитку співробітництва між НАТО та ЄС. По-перше, перед Європою постали нові загрози і виклики зі сходу і півдня, а жодна країна не мала усього набору інструментів для подолання проблем. По-друге, Європейський Союз заклав засади спільної оборони, побудувавши два стовпа оборони – Постійну структурну співпрацю і Фонд європейської оборони [3]. Третім стовпом європейської оборони стало саме співробітництво ЄС – НАТО, що підкреслив зв'язок між ними. Перша арена співробітництва виникла завдяки зростаючому потоку біженців та мігрантів через Середземноморське та Егейське моря, що дало новий поштовх для посилення координаційних зусиль НАТО та ЄС.

Неможливо не зазначити операцію 2015 року «Софія» під керівництвом ЄС, яка полягала у визначенні, захопленні та утилізації суден, які використовуються або підозрюються у використанні контрабандистами та торговцями людьми. Ця операція також спрямована на запобігання втраті людей у морі, і станом на вересень 2015 року вона сприяла врятуванню близько 1500 життів у морі [4, с .13]. Також разом із нею в Середземному морі з метою подолання міграційної кризи відбувалася й операція «Активні зусилля» під керівництвом НАТО.

У 2016 році було визначено два додаткові завдання: підготовка лівійської берегової охорони та військово-морського флоту, а також виконання ембарго ООН на озброєння у відкритому морі біля берегів Лівії [4, с. 13]. Як бачимо, започатковані й здійснювані морські операції є досить ефективним інструментом підтримання безпеки на морі, що підтверджується розширенням масштабів операцій. Цього ж року на прохання Німеччини, Греції та Туреччини міністри оборони НАТО домовилися надавати допомогу, співпрацюючи з ЄС і його агентством з управління кордонами «Фронтекс», у вирішенні проблеми щодо сильнішої кризи мігрантів. Агентство відповідальне саме за координацію діяльності національних прикордонних служб та забезпечує надійність кордонів країн-членів ЄС з іншими країнами. За цей час було проведено моніторинг незаконних міграцій в міжнародних, а також територіальних водах Греції і Туреччини. Зазначається, що влада цих країн діяла тільки у своїх територіальних водах, але НАТО інформувало їх про дії, що відбуваються на територія обох держав, у режимі реального часу в Європі. За словами Єнса Столтенберга, це прекрасний приклад співпраці між НАТО і ЄС для вирішення спільних завдань, коли потрібен дуже короткий час для прийняття рішень і вжиття заходів [4, с. 11].

НАТО і ЄС продовжують стикатися з труднощами в плані координації своїх зусиль у сферах спостереження і розвідки (ISR). Ця проблема була висвітлена в доповіді Підкомітету з майбутніми можливостям безпеки і оборони НАТО і майбутньої ролі військово-морської сили в 2016 році, в якому окреслювалися відповідні ролі НАТО і ЄС в координації безпеки на морі, операції, підкреслювалися значні прогалини в координації морського нагляду між НАТО і ЄС [4, с. 6]. Як видається, збір і обмін розвідданими залишалися одними з головних перешкод на шляху до більш ефективного співробітництва між НАТО і ЄС в Середземному і Егейському морях.

У липні 2016 року ЄС і НАТО підписали Спільну декларацію у Варшаві, оновлену в липні 2018 року, з метою надати нового імпульсу і нового змісту стратегічному партнерству ЄС – НАТО. Спільна декларація визначила сім конкретних напрямів, у яких слід зміцнювати співробітництво між ними, включаючи оперативне співробітництво на морі. ЄС і НАТО взяли на себе зобов'язання щодо співпраці у сфері безпеки на морі, включаючи вивчення можливостей для взаємної матеріально-технічної підтримки та обміну інформацією, і закликали повною мірою

використати механізм спільного інформування та усунення конфліктів. Відповідно до Спільної декларації, ЄС і НАТО спільно організували у 2017 році семінар із боротьби з піратством в Індійському океані та із взаємодії в Середземномор'ї [7, с. 2]. Отже, як бачимо, докладається чимало зусиль для стримування та боротьби з піратством і забезпечення морської безпеки.

Нині співробітництво ЄС – НАТО посилюється. Загалом, угодою ЄС – НАТО охоплюється взаємна матеріально-технічна підтримка з точки зору: 1) берегових споруд; 2) потенціалу ролі двох на плаву одного; 3) поповнення запасів у морі [7, с. 2]. Співробітники ЄС і НАТО продовжують вивчати можливості поліпшення координації, взаємодоповнюваності і співробітництва в Середземномор'ї, як зазначається у брошурі «Factsheet: EU-NATO cooperation on Maritime Security» за новітній час.

Таким чином, операції, що відбуваються під проводом НАТО з ЄС або в кооперації з іншими країнами, поставили перед Альянсом завдання, вирішення яких покладається на його Морську стратегію, яка насамперед забезпечить свободу та безпеку всіх його членів політичними та військовими засобами, підтримає демократичні цінності, забезпечить права людини та верховенство права, а також сприяє миру і стабільності в усьому євроатлантичному регіоні [8, с. 39].

Звернемо увагу на 2019 рік. У листопаді у Брюсселі генеральний секретар НАТО Єнс Столтенберг заявив, що «Європа потребує такої оборони, як НАТО, при цьому Європейський Союз не може за жодних умов бути альтернативою для трансатлантичного Союзу». Багато хто вважає, що існують суперечки між Європейським Союзом та трансатлантичним союзом. Але все ж таки стверджується, що необхідно здійснювати більше дій не в якості заміни ЄС для НАТО, а для того, щоб зміцнити опору. Зокрема, у Берліні підтримують такий підхід, і зазначається, що сила НАТО полягає у тому, що, незважаючи на відмінності у поглядах, союзники завжди знаходять шлях, щоб поєднати зусилля для захисту один одного. Більш того, трансатлантичний зв'язок необхідно посилювати.

Сьогодні співпраця між ЄС та НАТО є загальноприйнятою нормою і щоденною практикою, а також вона продовжує здійснюватися на керівних принципах: відкритості, прозорості і дзеркальності, з повною повагою до належності прийняття рішень і процедур без шкоди для специфіки оборонної політики і політики у сфері забезпечення будь-якої держави-члена. Зокрема, ЄС – НАТО аналізують можливості розширення координації, взаємодоповнюваності і співпраці в морській сфері. Організації регулярно обмінюються пропозиціями на засіданнях щодо обміну інформацією та усунення конфліктних ситуацій в Середземномор'ї – головному майданчику для обміну інформацією і координації зусиль.

Висновки

Отже, як вже зазначалося, з моменту прийняття першої Морської стратегії Альянсу пройшло майже сорок років, а актуальність питання морської безпеки у відносинах ЄС з НАТО тільки зростає. Як бачимо, міжнародні сили докладають доволі багато зусиль для боротьби зі злочинністю на морі. Доказами цього є значні військово-морські операції в районах найбільшого ризику. Вкрай ефективним є те, що всі міжнародні сили залучені до співпраці, обмінюються інформацією, яка значно покращує й узгоджує їх роботу. Можна стверджувати, що натепер до боротьби з морським тероризмом залучений весь світ. Хоча питання подальшого вдосконалення заходів у рамках операцій, як і вироблення загального підходу до боротьби з тероризмом, зокрема піратством, все ще стоїть на порядку денному. Так, прийняття нової Морської стратегії НАТО має стати вагомим кроком у просуванні у цьому напрямі.

Зокрема, Морська стратегія 2011 року надає тільки стратегічний контекст, не вказуючи конкретно, з якими загрозами морській безпеці мають справу, а також вона не містить заходів для їх подолання. Сьогодні виклики та загрози на морській території набувають нового формату. Інформаційні засоби мають безперервно покращуватись для розуміння морських сфер, що становлять особливий інтерес. Також Морська стратегія потребує оновлення щодо стримування та колективної оборони. Таким чином, оновлення стратегії повинно забезпечити захист інтересів Альянсу у морській сфері, включаючи сучасні загрози та виклики, а також створення потенціалів морських сил. Вона повинна бути зосереджена на визначенні політики та можливостей для забезпечення захисту.

Список використаних джерел:

1. NATO, Relations with the EU. NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION : веб-сайт. URL: http://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49217.htm (дата звернення: 12.08.2019).

2. Зміцнення відносин між НАТО і ЄС. *NATO REVIEW* : *веб-сайт*. URL: https://www.nato.int/docu/review/uk/articles/2019/07/16/zmtsnennya-

vdnosin-myo-nato-s/index.html (дата звернення: 16.09.2019).

3. Carmen Gebhard, Simon John Smith, The two faces of EU-NATO cooperation: Counter-piracy operations off the Somali coast. Cooperation and Conflict. 2014. С. 107–127. URL: https://www.researchgate.net/publication/270609942_The_two_faces_of_EU-NATO_cooperation_Counter-piracy_operations_off_the_Somali_coast (дата звернення: 26.09.2019).

4. Anna Umlaufová, NATO – EU Maritime Cooperation, 2016. С. 1–20. URL: http://www.amo.cz/wp-content/uploads/2016/11/NATO_cooperation_final.pdf (дата звернення: 23.10.2019).

5. Брежнєва Т. В. Операції проти піратів: шлях до нової морської стратегії НАТО. *Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили. Серія «Політологія»*. 2011. Т. 155. Вип. 143. С. 14–22. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npchdupol_2011_155_143_5 (дата звернення: 12.11.2019).

6. Брежнєва Т.В. Посилення морської складової безпеки НАТО в рамках реалізації Морської стратегії Альянсу : аналітична записка. URL: http://dp.niss.gov.ua/public/File/docs/NATO_Maritime_security-site.pdf (дата звернення: 12.11.2019).

7. NATO, Factsheet: EU-NATO cooperation on Maritime Security. 2019. С. 2. URL: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/factsheet_-_eu-nato_maritime_cooperation.pdf (дата звернення: 23.10.2019).

8. Національна безпека і оборона : журнал / ред. рада: Л. Шангіна (гол.) та ін. 2010. № 4 (115). 72 с. URL: http://razumkov.org.ua/uploads/journal/ukr/NSD115_2010_ukr.pdf (дата звернення: 10.11.2019).

The article is devoted synergistic cooperation between North Atlantic Treaty Organization and the European Union. EU-NATO maritime cooperation is essential to a coordinated response to a variety of Mediterranean issues, including terrorist threats, the protracted conflicts in the Middle East and North Africa, and the refugee emergency. Transnational issues, such as the current maritime threats, which include terrorism, piracy, illegal migration, trafficking in human beings and drugs, have been researched and analyzed.

The relationship between the two forces of Brussels, there has been a well-known debate around the world since the end of the Cold War. As the agendas of the two organisations increasingly overlap, these calls for greater cooperation have become ever more strident and urgent. This article provides information on the implementation of the military, peacekeeping and rescue operations in cooperation with North Atlantic Treaty Organization since their European Union institutional cooperation. The Europian Union's Operation «Sophia» is deployed in the Southern-Central Mediterranean, whilst NATO's Operation Sea Guardian operates in the whole Mediterranean basin. NATO also launched a new activity in the Aegean in 2016. At a tactical level, these operations have by and large been successful in enhancing situational awareness in the Mediterranean; constraining the activity of human and arms smugglers on the high seas; monitoring migration networks; and to a degree in providing assistance to migrants. However, they also face strategic challenges, including the failure to dismantle the smugglers' networks, their relatively low deterrent effect, and a limited degree of inter-institutional cooperation.

The main documents in the field of safety at sea and their influence on relations are considered. Possibilities for updating NATO Maritime Strategy 2011 have been analyzed. Constantly changing operating environment, therefore remains an important strategic observe changes in sea area that will shape the future environment of maritime safety. According to the views of the Alliance Marine improvement strategies should focus on identifying existing and potential threats; strengthening transitional measures to build capacity and forces that are capable of providing protection missions and operations to ensure maritime safety; priorities for deterrence and collective defense.

Key words: piracy, transnational relations, cooperation, Berlin plus, maritime strategy, maritime operations.

УДК 341.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.64

Ірина Загребельна,
студентка
Інституту прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВИЗНАЧЕННЯ «ЄВРОПЕЙСЬКОЇ» КРАЇНИ В УМОВАХ ГЕОГРАФІЧНОГО КРИТЕРІЮ ЧЛЕНСТВА В ЄС

Стаття присвячена визначенню поняття європейської країни, що є складником географічного критерію в умовах вступу до Європейського Союзу. За визнанням сучасних європейських дослідників, тенденція розширення ЄС актуалізує саме проблему формування європейської ідентичності, поняття якої відображає вплив розширення на розвиток відчуття єдності та солідарності в межах ЄС. Питання «європейської» країни в межах Європи є також питанням про те, чи є це складником європейської ідентичності, що об'єднує держави і які трансформаційні зміни відбуваються в процесі вступу нових країн до ЄС. Європейський Союз прийнято розглядати як відкриту організацію.

Однак відкритий характер зовсім не означає, що ЄС не передбачає існування граничних меж свого розширення. Із цілісності Європейського Союзу як системи закономірно випливає існування кордонів. Аналіз законодавства об'єднання і практики його застосування, висловлювання його керівників і представників національних урядів держав-членів дає підстави стверджувати, що Союз якщо і не визначив остаточні межі свого розширення, то принаймні усвідомлює їх існування. Умови стосовно вступу до Європейського Союзу знайшли своє відображення в Копенгагенських критеріях, однак до того моменту, як постало питання про прийняття країн Центральної і Східної Європи, вони змістовно були визначені інакше. Договір про ЄСВС (ст. 98), Договір про ЄЕС (ст. 237) і Договір про Євроатом (ст. 205)[2] містили фактично дублюючі норми, в яких зазначалося, що будь-яка європейська держава може подати заяву про приєднання до установчих договорів. Але наявні натепер спірні питання щодо ненадання Туреччині членства в ЄС, 3% території якої знаходяться в Європі, розпалює гостру ворожнечу з моменту вступу до ЄС Кіпру, територія якої фактично розділена на дві частини – Турецьку Республіку Північного Кіпру, визнану тільки Туреччиною, та Республіку Кіпр, яка уже визнана всім світом. Тому європейська ідентичність, яка виникла на фоні багатьох чинників, може вирішити та обґрунтувати цю проблему.

Ключові слова: географічний критерій, європейська країна, Європа, Європейський Союз, європейська ідентичність.

Постановка проблеми. Інтеграційні процеси в Європі поставили на порядок денний проблему формування європейської ідентичності як важливого складника інтеграції окремих країн до європейської спільноти. Так, під географічним критерієм розуміють ідентифікацію Європи з певною географічною одиницею. Питання географічної локалізації Європи виявляється досить проблематичним, оскільки Європа, окрім Європейського Союзу, представлена у СОТ, ООН, НАТО. Крім цього, Європа не є статичною географічною величиною, адже її географічні кордони, на відміну, наприклад, від Африки чи обох Америк, окреслені не зовсім чітко. Разом із тим це питання виникло в практиці Європейського Союзу поступово. Так, до 2004 року дискусії навколо географічного критерію членства в ЄС не були актуальними, оскільки держави-члени цілком підпадали під визначення «європейська держава» саме з точки зору відповідності вимогам географічного критерію. Суттєвим є той факт, що в практиці ЄС вже були на той час випадки відмови у вступі до Спільноти саме у зв'язку з невідповідністю географічного критерію. Тому постає питання: «Яку саме країну слід вважати «європейською»?

Аналіз основних досліджень і публікацій. Проблематиці просторових меж Європи присвячені дослідження вітчизняних та зарубіжних вчених. Серед дослідників, які приділяють особливу увагу зазначеним питанням, варто відзначити М.М. Гнатовського, С.М. Ратушного, І.В. Яков'юка, У. М. Ільницьку, О. Гнатюк, З. Баумана, М. Фуше, Ю. Хабермаса, Б. Коппитерс, М. Емерсон та інших.

© І. Загребельна, 2019

Метою статті є з'ясування особливостей визначення європейських кордонів, їх просторових меж, а також можливості трансформаційних змін географічного критерію в критерій так званої «європейської ідентичності».

Виклад основного матеріалу. Географічний критерій членства в ЄС закріплений у Договорі про Європейський Союз, який підписаний у Маастрихті в 1992 році. Так, у статті 49 Договору про ЄС зазначено, що «будь-яка європейська держава, яка поважає цінності Європейського Союзу, та віддана їх поширенню, може подати заявку на набуття членства у Союзі» [1, с. 5]. Таким чином, даний Договір визначає два основоположні критерії членства, а саме: географічний (європейська держава) та політичний (повага до цінностей Спільноти).

Презюмується, що членом ЄС може бути лише та держава, яка географічно розташована на території Європи. Виникає питання: а яка ж саме держава буде вважатися «європейською»? Сьогодні не існує жодних нормативних приписів, які б встановлювали, за яким саме принципом відносити ту чи іншу державу до європейської, включаючи документи щодо визначення меж Європи як такої.

М. Фуше у своїй роботі «Європейська республіка: історичні і географічні контури» зазначає, що термін «Європа», який він характеризує як «топонім з хитливими значеннєвими границями», поєднує елементи географічного, історичного і культурного характеру, які разом сприяють створенню європейської ідентичності. Спільний досвід взаємодії європейців, близькість їхніх ідей та цінностей неможливо звести до простої формули і залишити предметом перегляду кожного наступного покоління. Відповідно, неможливо і недоцільно встановлювати зараз кордони Європейського Союзу, контури якого будуть створені з часом. Як наслідок, «Європа», про яку говорять сучасні європейські політики і інтелектуали, – це не якась «єдність», що завжди існувала, а скоріше «рух до єдності», що не так давно розпочався і головною характеристикою якого є «паралельність траєкторій, яка не передбачає ідентичності форм, методів і результатів» [2, с. 48].

Д. Замятін відзначає відкритість самого образу Європи, який невідворотно «повзе» на Схід і «зсувається» у Євразію. Східний кордон ЄС, за визнанням дослідників, багато в чому визначається не за географічними, а за політичними та ідеологічними ознаками. Звідси – можливість існування Європи «від Атлантики до Уралу»; «від Бреста до Баку», «від Бреста до Бреста», «від найзахіднішої точки Португалії Карбо де Рока до Камчатки» тощо [3, с. 66].

Вирішуючи питання, яку країну слід називати європейською, слід зазначити, що кордони Європи формально не визначені, зокрема на сході. Так, у 2010 році за результатами ландшафтно-історико-географічної експедиції російського географічного товариства східну межу між Європою та Азією було уточнено через недоведеність висновків Татищева на місцевості у сучасних реаліях. Тому можна провести східні кордони континенту по Уральському хребту, річці Урал, Босфору і Дарданеллам. Виходячи з цієї логіки, не можна вважати європейськими державами, наприклад, Вірменію, Азербайджан і Грузію. Однак географічні кордони континенту не завжди збігаються з кордонами, які проводять або бажають провести політики. Загальновизнаним (та обґрунтованим з геологічної точки зору в контексті панівної теорії тектоніки плит) південним кордоном Європи з Азією є Кумо-Маницька западина, проте у низці країн кордоном між Європою та Азією вважаються південні передгір'я Великого Кавказького хребта.

Найбільш детально концепція незавершеності Європи розроблена Зиґмунтом Бауманом у праці «Європа: незакінчена пригода». Бауман стверджує, що географічна Європа ніколи не мала усталених меж і сумнівним є те, що коли-небудь вони будуть встановлені. Кожну межу Європи завжди можна буде поставити як виклик, який слід подолати. А отже, Бауман розрізняє «сутність Європи» та «реально існуючу Європу». Сучасність характеризується тим, що сутність Європи втрачається, а тому з'являється потреба відродження «європейської пригоди». Остання втілюється в образі Європи, яка споглядає за власні межі, критично ставиться до себе, має відчуття власної місії, прагне вийти за власні територіальні кордони. Для того, щоб був здійсненний справжній проект Європи, потрібне усвідомлення того, що «європейська ідентичність» – це «ідентичність, яка завжди ще не готова» і постійно формується й вдосконалюється.

Цікавими в цьому сенсі є міркування О. Гнатюк стосовно географічної локалізації Центру Європи. Мабуть, кожний народ, пише дослідниця, що прагне довести свою належність до Європи, десь на своїй території має географічну точку, яку вважає за центр Європи. Так, у Литві твердять, що центр Європи лежить на відстані приблизно тридцяти кілометрів від Вільнюса; у Словаччині він міститься на вершині пагорба Крагуле (самозрозуміло, у центральній

Словаччині); в Польщі одні вважають, що центр Європи треба шукати поблизу Лодзі, а інші – що в Суховолі, а жителі польської Галичини запевняють, що той центр – у Кракові [4, с. 359].

Ще більше проблем із визначенням територіальних меж Європи породжує практика надання членства в ОБСЄ, до складу якої входять такі вочевидь не європейські держави, як Азербайджан, Вірменія, Грузія, Казахстан, Канада, Киргизстан, Сполучені Штати Америки, Таджикистан, Туреччина, Туркменія та Узбекистан .

Наявну розбіжність у поглядах між Європейським Союзом, з одного боку, і Радою Європи і ОБСЄ – з другого, західні аналітики пояснюють таким. Прагнення Ради Європи і ОБСЄ (які значно більшою мірою враховують інтереси США на Кавказі) інтегрувати Вірменію, Азербайджан і Грузію в єдиний європейський і євроатлантичний простір відповідно до найвищих правових і політичних стандартів було первісно значно менш відповідальним, таким, що не враховує реального стану речей, аніж позиція Європейського Союзу, який, дотримуючись принципу політичного реалізму, виступає за запровадження різних рівнів європейської інтеграції [5, с. 170]. Таким чином, з трьох вказаних міждержавних організацій найбільш «європейською» організацією за своїм складом слід визнати Європейський Союз.

Більш жорсткий підхід ЄС до питання надання членства в організації можна, скоріше, пояснити тим, що Союз хоче бачити своїми членами не будь-яку державу, яка територіально належить до Європи в її географічному розумінні, а лише державу, що належить до європейської цивілізації, а отже, дотримується в повному обсязі базових цінностей об'єднання. Разом і тим слід зазначити, що в державах – членах ЄС існують прибічники концепції розгляду Союзу як універсальної організації, яка є носієм і охоронцем європейських цінностей, але межі розширення якої можуть і повинні мати тактичний характер [6, с. 476].

Особливо цікавою є ситуація, коли у 2004 р. до Європейського Союзу вступили ще десять держав: Польща, Угорщина, Чеська Республіка, Словаччина, Словенія, Кіпр, Мальта, Естонія, Литва, Латвія. В умовах визначення саме «європейської» країни питання щодо Кіпру та Мальти, географічне розташування яких не зовсім збігається з «кордонами» Європи, знайшло своє відображення в аргументації Європейської Комісії. Стосовно права Кіпру на членство в ЄС вона зазначає: «Географічне розташування Кіпру, глибинні зв'язки, які протягом двох тисяч років розташовували острів біля самого джерела європейської культури й цивілізації, потужність європейського впливу, що проявляється в цінностях, які поділяються народом Кіпру, та в реаліях культурного, економічного, політичного і соціального життя його громадян, чисельність його контактів будь-якого виду зі Співтовариством – усе це надає Кіпру, поза всяким сумнівом, його європейську ідентичність і характер, а також підтверджує його покликання належати до Співтовариства».

Тобто в цьому випадку перевага була надана політичним, економічним та соціально-культурним особливостям держави, а не географічному розташуванню. Науковці пов'язують цей етап з появою так званої «європейської ідентичності», який трансформувався і включає в себе як географічний критерій, так і лінгвістичний, історичний та культурний критерії. Отже, європейський континент не стільки географічна одиниця, скільки інтелектуальний конструкт, політичний та ідеологічний проект, який, за визнанням О. Гнатюк, «може означати абсолютно все і нічого».

Висновок

З наукового погляду питання саме встановлення чітких кордонів Європи є досі не завершеним. Адже визначення саме східних кордонів залишається спірним для багатьох вчених. Щодо тлумачення географічного критерію членства в ЄС, то, як свідчить практика, відбуваються трансформаційні зміни цього поняття. Це створює підстави для формулювання положення про те, що принциповою позицією для ЄС є умова «європейської ідентичності», що свідчить про тісні культурологічні, політичні, соціальні та економічні взаємозв'язки держави з історією та цивілізаційними цінностями континентальної Європи. Тому, яка саме країна є «європейською», буде тлумачитись зовсім в іншому напрямі, не беручи до уваги лише її географічне розташування.

Список використаних джерел:

1. Основи права Європейського Союзу: нормативні матеріали / М.В. Буроменський, Т.М. Анакіна, Т.В. Комарова та ін.; за заг. ред. М.В. Буроменського. Харків : Право, 2015. С. 33.

2. Фуше М. Европейская республика. Исторические и географические контуры. Эссе. Москва : Международные отношения 1999. С. 25–38, 48, 112.

3. Європейська інтеграція / пер. з нім. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 394 с.

4. Гнатюк О. Прощання з імперією. Українські дискусії про ідентичність / авторизований переклад з польської. Київ : Критика, 2005. 528 с.

5. Европеизация и разрешение конфликтов: конкретные исследования европейской периферии / Б. Коппитерс, М. Емерсон, М. Хёйссен и др./ пер. с англ. / комм. Н. Попеску, Г. Нодиа. Москва : Весь мир, 2005. С. 224.

6. Правові основи інтеграції до ЄС: загальнотеоретичний аналіз : монографія. Харків : Право, 2013. 760 с.

The article is devoted to defining the concept of the European country, which is a component of the geographical criterion in the conditions of accession to the European Union. According to modern European researchers, the tendency of the EU enlargement actualizes the problem of formation of European identity, the concept of which reflects the impact of enlargement on the development of a sense of unity and solidarity within the EU. The question of the "European" country within Europe is also a question of whether it is a component of the European identity that unites them and what transformational changes are taking place in the process of accession of new countries to the EU. The European Union is considered to be an open organization.

However, being open-minded does not mean that the EU does not foresee the limits of its enlargement. The integrity of the European Union as a system naturally implies the existence of borders. An analysis of the law of the association and the practice of its application, the statements of its heads and representatives of the national governments of the Member States, suggests that, if it has not defined the final limits of its enlargement, it is at least aware of their existence. The conditions for accession to the European Union were reflected in the Copenhagen criteria, but by the time the question of acceptance of the countries of Central and Eastern Europe had arisen, they had been defined differently. The ECSC Treaty (Article 98), the EEC Treaty (Article 237) and the Euratom Treaty (Article 205)[2] contained virtually duplicate rules, which stated that any European country could apply for accession to the founding treaties . But the current controversial issues of non-Turkey's EU membership, 3% of which are in Europe, have sparked a heated feud since the accession to the EU of Cyprus, whose territory is actually divided into two parts – the Turkish Republic of Northern Cyprus and recognized only by Turkey and Northern Cyprus. Republic of Cyprus, which is already recognized by the whole world. Therefore, the European identity that has emerged from many factors can solve and justify this problem.

Key words: geographical criterion, European country, Europe, European Union, European identity.

УДК 061.1ЄС
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.65

Вікторія Клинчук,
аспірантка кафедри адміністративного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ СПІВПРАЦІ НЕЗАЛЕЖНИХ РЕГУЛЯТОРНИХ ОРГАНІВ У СФЕРІ ЗАЛІЗНИЧНОГО ТРАНСПОРТУ ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ ЄС

У цій статті досліджено організаційно-правові засади співробітництва незалежних регуляторних органів у сфері залізничного транспорту держав – членів ЄС. Автором здійснено аналіз роботи Групи незалежних регуляторів у сфері транспорту (Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail)). Також досліджено організаційну структуру, цілі, функції та завдання IRG-Rail.

У статті наведено перелік документів, на підставі яких функціонує IRG-Rail. Також здійснено аналіз діяльності робочих груп, які функціонують у межах IRG-Rail, а саме: доступ до інфраструктури; доступ до сервісних послуг; збори; плата за послуги; законодавчі пропозиції; моніторинг ринку.

Автор зазначає, що робоча група з доступу до інфраструктури у своїй роботі зосереджується на дослідженні та аналізі всіх аспектів доступу до залізничної інфраструктури. Також автор звертає увагу на те, що робоча група з доступу до сервісних послуг працює над забезпеченням прозорого доступу до сервісних споруд та послуг, пов'язаних із залізничним транспортом.

У статті зазначено, що основна мета діяльності робочої групи зі зборів полягає у розробленні загального розуміння принципів тарифікації в європейському залізничному секторі. Що ж стосується робочої групи, яка працює у сфері плати за послуги, то її діяльність пов'язана з оглядом загальних європейських практик тарифікації послуг у сфері залізничного транспорту.

Також автор зазначає, що робоча група із законодавчих пропозицій розглядає запропоновані законодавчі акти, які стосуються питань лібералізації та вдосконалення структури європейського ринку залізничного транспорту. А що стосується робочої групи з моніторингу ринку, то основна мета діяльності цієї робочої групи полягає у посиленні ролі національного моніторингу шляхом обміну досвідом та розширення знань про європейський ринок залізничного транспорту.

Автор сподівається, що регулятор у сфері транспорту в Україні буде створений та у майбутньому він також приєднається до роботи IRG-Rail.

Ключові слова: сфера транспорту, незалежний регулятор, залізничний сектор, IRG-Rail, робочі групи.

Постановка проблеми. У Європейському Союзі (далі – ЄС) важливу роль відіграє державне регулювання у сфері залізничного транспорту. Відповідно до правових вимог ЄС у державах – членах ЄС повинні бути створені незалежні регуляторні органи, що будуть здійснювати державне регулювання у сфері транспорту. Кожна держава – член ЄС пішла власним шляхом формування таких незалежних регуляторів. У деяких державах – членах ЄС були створені регулятори, які здійснюють державне регулювання виключно у сфері транспорту (Королівство Бельгія, Чеська Республіка, Республіка Угорщина, Італійська Республіка та інші), інші держави – члени ЄС пішли шляхом створення органів, які здійснюють державне регулювання не лише у сфері транспорту, а й у інших сферах, що належать до природних монополій (Федеративна Республіка Німеччина, Республіка Естонія, Королівство Іспанія, Республіка Хорватія та інші).

За для створення єдиного, стабільного та конкурентоспроможного ринку у сфері залізничного транспорту незалежні регулятори почали обмінюватися своїм досвідом, така міжнародна співпраця призвела до створення Групи незалежних регуляторів у сфері транспорту (Independent Regulators' Group – Rail (далі – IRG-Rail)). IRG-Rail – це добровільна платформа для співпраці, обміну інформацією та практикою між національними регуляторами у сфері залізничного транспорту у Європі. Вважаємо, що дослідження адміністративно-правового статусу IRG-Rail має бути корисним

© В. Клинчук, 2019

для нашої держави. У 2015 р. Міністерством інфраструктури України було розроблено проект Закону України «Про державне регулювання у сфері транспорту», яким було передбачено утворення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту. Сподіваємося, що регулятор у сфері транспорту в Україні буде створений та у майбутньому він також приєднається до роботи IRG-Rail.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню співпраці між регуляторними органами у сфері транспорту приділяли увагу, зокрема, Ю. Крозет, С. Наш, Дж. Престон. Проте організаційно-правові засади співробітництва незалежних регуляторних органів у сфері залізничного транспорту держав – членів ЄС ще не були предметом спеціального наукового дослідження.

Потребують спеціального дослідження організаційно-правові засади співробітництва незалежних регуляторних органів у сфері залізничного транспорту держав – членів ЄС.

Мета статті. Стаття спрямована на висвітлення організаційно-правових засад співробітництва незалежних регуляторних органів у сфері залізничного транспорту держав – членів ЄС у межах групи незалежних регуляторних органів у сфері залізничного транспорту IRG-Rail.

Досягненню поставленої мети має сприяти вирішення таких завдань:

1) проаналізувати організаційну структуру IRG-Rail;

2) висвітлити основні цілі та функції IRG-Rail;

3) охарактеризувати основні завдання IRG-Rail.

Виклад основного матеріалу. Варто почати з того, що в червні 2011 р. було створено IRG-Rail. До складу цієї організації входять незалежні регуляторні органи, що здійснюють державне регулювання у сфері транспорту, з 31 країни.

9 червня 2011 р. пятнадцять незалежних транспортних регуляторів підписали Меморандум про порозуміння. У цьому документі йшлося про створення IRG-Rail як міжнародної платформи для співпраці незалежних регуляторів у сфері залізничного транспорту, а також визначено її основну мету діяльності, цілі та функції. Мета діяльності IRG-Rail полягає у створенні сприятливих умов для функціонування єдиного, конкурентоспроможного внутрішнього ринку залізничного транспорту в Європі [1].

Окрім Меморандуму про порозуміння, діяльність IRG-Rail регулюється також Меморандумом про співпрацю. У цьому документі йдеться про умови співпраці членів IRG-Rail.

Варто зауважити, що IRG-Rail очолює Голова, який має заступника. Цікавим є той факт, що Голова перебуває на цій посаді лише один рік і попередньо він має пропрацювати на посаді заступника.

Кожного року Пленум Асамблеї призначає особу, яка буде виконувати обов'язки заступника голови, а в майбутньому буде Головою IRG-Rail. Особа, яка може претендувати на посаду заступника Голови, повинна бути керівником регуляторного органу у сфері транспорту (тобто головою, членом правління, президентом, віце-президентом). Голова IRG-Rail або його заступник має право скликати чергові або позачергові (на вимогу щонайменше чверті від усіх членів) пленарні збори. Також слід зауважити, що Голова обов'язково розробляє і подає проект річної робочої програми Пленуму Асамблеї на затвердження [2].

12 травня 2017 р. члени IRG-Rail прийняли Стратегію на період з 2017 р. до 2020 р. [3]. Цей документ висвітлює основні питання діяльності регуляторних органів у сфері транспорту на найближчі роки та встановлює чітку стратегію для вирішення проблем, що виникають у залізничному секторі.

Відповідно до цієї Стратегії у 2019 р. планувалося завершити лібералізацію внутрішніх залізничних ринків країн Європи. Однак виконати умови Стратегії на практиці виявилося не зовсім легко.

Також у Стратегії йдеться про те, що регулятори у сфері транспорту повинні тісно співпрацювати з метою напрацювання спільних підходів та вироблення єдиних принципів у своїй роботі [3].

Стратегія визначає основні завдання, які стоять перед регуляторними органами у сфері залізничного транспорту, серед яких:

– вільна конкуренція на ринку залізничного транспорту;

– регулювання транскордонних питань;

– розроблення нових інструментів та методів регулювання.

Вільна конкуренція на ринку залізничного транспорту забезпечить створення єдиного європейського ринку у сфері залізничного транспорту та сприятиме зростанню добробуту населення загалом. Завдяки регулюванню транскордонних питань ми можемо говорити про напрацювання та вироблення єдиних правил та принципів у діяльності регуляторів у сфері транспорту. Розроблення нових інструментів та методів регулювання є необхідною вимогою для подальшого всебічного розвитку сфери залізничного транспорту.

Повертаючись до діяльності IRG-Rail, варто зауважити, що на пленарних засіданнях IRG-Rail повинні бути присутні всі члени. На цих засіданнях проходить обговорення діяльності IRG-Rail та приймаються рішення стосовно таких питань, як:

– затвердження документів;

– прийняття нових членів та виключення членів;

– прийняття рішень, які спрямовані на досягнення цілей IRG-Rail;

– затвердження будь-яких змін до Меморандуму про взаєморозуміння;

– створення робочих груп та призначення голів таких груп тощо [4].

Звичайні пленарні збори скликаються Головою або заступником Голови не рідше одного разу на рік. Пленарні збори можуть скликатися і частіше у разі необхідності. Будь-яке позачергове засідання скликається Головою на вимогу щонайменше чверті його членів. Усі члени мають право голосувати на пленарному засіданні. Кожен член має один голос. Кворум складає дві третини членів [4].

Як вже було зазначено, у межах діяльності IRG-Rail можуть створюватися робочі групи. Такі групи складаються з представників членів IRG-Rail, і обов'язково має бути призначений голова групи. Голова робочої групи координує її діяльність.

Робочі групи звітують та подають на пленарне засідання IRG-Rail проекти документів для затвердження.

Нині функціонують такі робочі групи:

– доступ до інфраструктури;

– доступ до сервісних послуг;

– збори;

– плата за послуги;

– законодавчі пропозиції;

– моніторинг ринку [5].

Робоча група з доступу до інфраструктури у своїй роботі зосереджується на дослідженні та аналізі всіх аспектів доступу до залізничної інфраструктури. Це стосується виявлення ринкових бар'єрів, обмежень доступу, заохочення конкуренції, захист прав споживачів та покращення експлуатаційних характеристик залізниць.

Діяльність цієї робочої групи безпосередньо стосується імплементації норм, які встановлені Регламентом (ЄС) № 913/2010 Європейського Парламенту та Ради від 22 вересня 2010 р. стосовно європейської залізничної мережі для конкурентоспроможних вантажних перевезень [6].

Варто зазначити, що співпраця регуляторних органів у сфері залізничного транспорту з питань доступу до транспортної інфраструктури спрямована на створення загальних передумов для розвитку конкуренції на всіх залізничних ринках та розроблення спільних підходів для вирішення всіх питань, що стосуються залізничного коридору. Встановлення гармонічних та недискримінаційних правил співробітництва та координації між зацікавленими сторонами відіграють важливу роль у цьому питанні.

Робоча група з доступу до сервісних послуг працює над забезпеченням прозорого доступу до сервісних споруд та послуг, пов'язаних із залізничним транспортом. Діяльність цієї робочої групи має вирішальне значення для досягнення чесної та ефективної конкуренції на залізничному ринку та для надання більш якісних послуг у сфері залізничного транспорту.

Також варто зазначити, що діяльність цієї робочої групи стосується імплементації норм, які встановлені Директивою 2012/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 26 червня 2013 р. Зазначена директива визначає основні правила доступу до об'єктів обслуговування та дає можливість Європейській Комісії вжити заходи з визначення деталей процедури та критеріїв, яких слід дотримуватися [7].

Робоча група досліджує наявні засоби доступу до сервісних послуг, включаючи додаткові та допоміжні послуги, враховуючи національні відмінності у цьому питанні між членами IRG-Rail. Така робота проводиться з метою вироблення загального розуміння засобів обслуговування та недискримінаційних умов доступу до цих засобів.

Наступна робоча група, яка утворена в межах діяльності IRG-Rail, займається питанням зборів. Так, Директива 2001/14/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу від 26 лютого 2001 р. про розподіл потужностей залізничної інфраструктури та стягнення плати за використання залізничної інфраструктури вимагає від регуляторних органів забезпечити усунення дискримінації на залізничному ринку.

Основна мета діяльності цієї робочої групи IRG-Rail полягає у розробленні загального розуміння принципів тарифікації в європейському залізничному секторі та визначенні рекомендацій, які повинні базуватися на нормах європейського законодавства, та обов'язково з урахуванням національної практики членів IRG-Rail.

Діяльність наступної робочої групи пов'язана з оглядом загальних європейських практик тарифікації послуг у сфері залізничного транспорту. На основі норм Директиви 2012/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу щодо принципів тарифікації та вироблення спільної позиції щодо понять, пов'язаних зі стягнен-

ням плати за послуги, робоча група вирішує питання, що стосується оплати послуг у сфері залізничного транспорту [7].

Наступна робоча група працює над питаннями, що стосуються законодавчих пропозицій на рівні ЄС. Робоча група із законодавчих пропозицій розглядає запропоновані законодавчі акти, які стосуються питань лібералізації та вдосконалення структури європейського ринку залізничного транспорту [8].

Зокрема, ця робоча група у своїй діяльності:

– уважно стежить за поточною політикою та перемовинами щодо законодавства ЄС;

– аналізує процес імплементації директив ЄС на національному ринку залізниць;

– готує та подає законодавчі пропозиції Голові IRG-Rail.

Наступна робоча група займається моніторингом ринку. Слід зауважити, що моніторинг ринку залізниць є важливим інструментом у діяльності регуляторних органів у сфері залізничного транспорту. Це пов'язано з тим, що регуляторні органи за допомогою моніторингу можуть оцінити функціонування ринку в цілому і, якщо потрібно, стимулювати учасників ринку до вдосконалення своєї діяльності.

Варто зауважити, що основна мета діяльності цієї робочої групи полягає у посиленні ролі національного моніторингу шляхом обміну досвідом та розширення знань про європейський ринок залізничного транспорту. Саме тому IRG-Rail розробила керівні принципи для регулятивних органів у сфері транспорту, які проводять діяльність з моніторингу ринку. Ці принципи включають набір загальних показників та визначень. Регуляторні органи у сфері транспорту, які входять до IRG-Rail, використовують цей перелік принципів під час здійснення національних моніторингів ринків у сфері залізничного транспорту [9].

Робоча група з моніторингу ринку виконує такі завдання, як:

– збір та аналіз даних національних моніторингів залізничних ринків;

– публікація щорічного звіту про моніторинг ринку IRG-Rail [9].

Учасники цієї робочої групи прагнуть гармонізувати підходи до здійснення моніторингу внутрішнього ринку та розробити вибіркові запитання для опитування користувачів транспортних послуг.

Також учасники цієї робочої групи стежать за виконанням статті 15 Директиви 2012/34/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європейського Союзу, яка стосується здійснення моніторингу ринку залізничного транспорту [7].

Висновки

Підсумовуючи вищевикладене, варто зазначити, що співпраця незалежних регуляторних органів у сфері транспорту в межах IRG-Rail має надзвичайно важливе значення для розвитку залізничної сфери транспорту у Європі. Діяльність IRG-Rail спрямована на створення та розвиток єдиних стандартів щодо здійснення державного регулювання у сфері залізничного транспорту, а також на захист прав споживачів.

IRG-Rail прагне зробити ринок у сфері залізничного транспорту більш прозорим, полегшити до нього доступ і забезпечити реальне конкурентне середовище. Також слід зазначити, що під час обміну досвідом між членами IRG-Rail напрацьовуються підходити до вирішення спірних питань, що виникають у процесі здійснення державного регулювання у сфері транспорту.

Перспективи подальших досліджень. Проведені попередні дослідження показали, що існує об'єктивна необхідність подальшого вивчення форм співпраці між національними регуляторами, що здійснюють державне регулювання у сфері транспорту.

Список використаних джерел:

1. Independent Regulators' Group – Rail. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/general-information/1,About-the-IRG-Rail.html (дата звернення: 02.11.2019).

2. Independent Regulators' Group – Rail. Chairmanship. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/chairmanship/71,Chairmanship.html (дата звернення: 12.11.2019).

3. IRG-Rail's strategy 2017-2020. URL: file:///C:/Users/%D0%9F%D0%9A/Downloads/IRG-Rail_-_Strategy_Document_2017-2020.pdf (дата звернення: 02.11.2019).

4. Independent Regulators' Group – Rail. Plenary Assembly. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/plenary-assembly/6,Plenary-Assembly.html (дата звернення: 07.11.2019).

5. Independent Regulators' Group – Rail. Working Groups. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/working-groups/7,Working-Groups.html (дата звернення: 02.11.2019).

6. Regulation (EU) № 913/2010 of the European Parliament and of the Council of 22 September 2010 concerning a European rail network for competitive freight. URL: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:276:0022:0032:EN:PDF (дата звернення: 02.10.2019).

7. Directive 2012/34/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area. URL: https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/34/oj (дата звернення: 02.11.2019).

8. Emerging Legislative Proposals. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/working-groups/emerging-legislative-pr/87,Emerging-Legislative-Proposals-in-the-Railway-Sector-Working-Group.html (дата звернення: 02.11.2019).

9. Independent Regulators' Group – Rail. Market Monitoring Working Group. URL: https://www.irg-rail.eu/irg/about-irg-rail/working-groups/market-monitoring/88,Market-Monitoring-Working-Group.html (дата звернення: 12.11.2019).

This article explores the organizational and legal foundations of cooperation between independent regulatory bodies in the field of rail transport in EU Member States. The author analyzed the work of the Independent Regulators Group in the field of transport. The article states that IRG-Rail is the „Independent Regulators' Group – Rail", a network currently comprising independent rail Regulatory Bodies from 31 European countries. Furthermore, on 9 June 2011 fifteen independent rail Regulatory Bodies signed the "Memorandum of Understanding" for the establishment of the Independent Regulators' Group-Rail. They have voluntarily formed the group to facilitate cooperation in their common interests for the promotion of the internal railways market.

The article states that the overall aim of the Independent Regulators' Group – Rail is to facilitate the creation of a single, competitive, efficient and sustainable internal railways market in Europe. The IRG-Rail acts as a platform for cooperation, information exchange and sharing of best practice between national railway regulators in order to face current and future regulatory challenges in railways and to promote a consistent application of the European regulatory framework.

The author also examines the work of the working groups IRG-Rail. IRG-Rail has such working groups: access; access to service facilities; charges; charges for service facilities; emerging legislative proposals; market monitoring.

The article states that the cooperation of independent regulatory authorities in the field of transport within IRG-Rail is extremely important for the development of rail transport in Europe. IRG-Rail activities are aimed at creating and developing uniform standards for the implementation of state regulation in the field of rail transport, as well as for the protection of consumer rights.

The author hopes that a regulator in the field of transport in Ukraine will be created and in the future it will also join IRG-Rail.

Key words: transport, independent regulator, railway sector, IRG-Rail, working groups.

УДК 341.171
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.66

Орина Курило,
студентка Інституту прокуратури та кримінальної юстиції
Харківського національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ІНТЕГРАЦІЯ ТУРЕЧЧИНИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті аналізується довгий шлях вступу Туреччини до Європейського Союзу: передумови такого вступу, наявність можливості інтеграції з боку держави, можливість прийняття з боку Європейського Союзу, перешкоди, що ставали на заваді цьому процесу. Автор зазначає, що питання є дискусійним та обговорюваним серед науковців. Для розуміння вектора руху Туреччини та характеру вимог, що ставляться до неї, визначено критерії, що ставляться перед державами, які прагнуть набути членства у Європейському Союзі. Ці критерії було досліджено під призмою еволюції політичних відносин Туреччини та Європейського Союзу. Детально розглянуто основні етапи – від початку встановлення партнерських відносин з Європейським економічним співтовариством до актуального стану співпраці між Туреччиною і Європейським Союзом. Таке дослідження ситуації дає змогу найбільш обґрунтовано робити висновки щодо таких партнерських відносин, спираючись безпосередньо на динаміку їхніх взаємин за певний проміжок часу. Автором виокремлено чинники, що стоять на заваді набуття повноцінного членства, як саме ці чинники вплинули на процес інтеграції та яким чином зумовлюють уповільнення вступу до ЄС. Зокрема, у статті розкриваються політичні компоненти, що стоять на заваді вступу Туреччини до Європейського Союзу. До таких автором віднесено проблеми з визнанням Республіки Кіпр, як одну з найактуальніших та вагомих, нестабільність демократичних інститутів у державі, а саме спроба державного перевороту та розгін демонстрацій. Також було окреслено релігійний аспект, що відіграє значну роль у питання прийняття Туреччини до Європейського Союзу. Релігія є не останнім фактором, що впливає на прийняття рішення про членство Туреччини. Проаналізовано актуальну ситуацію щодо вступу Туреччини до ЄС: досить чітку позицію додержання курсу на інтеграцію з боку Туреччини та не зовсім визначену – Європейського Союзу. Автор доходить висновку, що хоча Туреччина й подолала довгий шлях та здійснила багато кроків назустріч до членства у ЄС, це не допомогло отримати гарантії такої співпраці від Європейського Союзу. Такий приклад слугує доказом – релігійний плюралізм ЄС не знайшов свого практичного відображення. Окрім того, доводить, що шлях держави до інтеграції є дуже складним та не чітко визначеним.

Ключові слова: вступ до Європейського Союзу, Туреччина, політичні перешкоди, релігійне питання.

Постановка проблеми. Натепер процедура вступу до Європейського Союзу видається чіткою та регламентованою. Процес вступу складається із декількох етапів, зокрема: консультативного (оціночного) етапу, етапу переговорів, підписання та ратифікації договору про приєднання. Однак досвід Туреччини свідчить про те, що виконання вимог для вступу не гарантує досягнення фінальної стадії – набуття статусу повноцінного члена Європейського Союзу.

Публікації. Це питання і досі залишається предметом дискусій та обговорень не лише на політичних майданчиках, але і у колах науковців. Ця тема була предметом досліджень Г.С. Єрмакової, О.О. Чубрикової, Н.І. Мхитарян та інших науковців.

Мета статті. Метою цього дослідження є встановлення відповідності Туреччини критеріям, що висуваються до країн, що претендують на вступ до Європейського Союзу; дослідження етапів побудови співпраці та взаємного партнерства між Туреччиною та Європейським Союзом; виокремлення перешкод, що не дають змогу Туреччині стати повноцінним членом об'єднання нині.

Основний матеріал. Договором про Європейський Союз (ДЄС) прямо передбачено лише два критерії членства в Союзі. Так, держава, що претендує на членство, має бути європейською (географічний критерій) та поважати і дотримуватися цінностей, на яких ґрунтується ЄС (політичний критерій).

© О. Курило, 2019

Згідно зі ст. 49 Європейська Рада може розширювати або додавати нові умови членства. Так, на зібраннях Європейської ради у 90-х рр. були сформульовані додаткові критерії членства з метою відібрання більш «гідних» претендентів на вступ до Союзу, відповідність яким має свідчити про здатність держави виконувати обов'язки держави – члена Союзу. Йдеться насамперед про так звані «Копенгагенські критерії членства», що були ухвалені Європейською Радою в Копенгагені в червні 1993 р. для держав-кандидатів з Центральної та Східної Європи:

– стабільність інституцій, що гарантують демократію, верховенство права, права людини та повагу і захист меншин (політичний критерій);

– наявність діючої ринкової економіки, а також здатність протистояти конкурентному тиску й ринковим силам у межах ЄС (економічний критерій);

– спроможність взяти зобов'язання щодо членства, включаючи відданість цілям політичного, економічного та валютного союзу (правовий критерій).

Членство вимагає, щоб держави-кандидати добилися стабільності інститутів, що гарантують демократію, верховенство закону, права людини, повагу і захист меншин, наявність функціонуючої ринкової економіки, а також здатність справлятися з конкурентним тиском ринкової економіки в рамках Союзу.

На перший погляд видається, що процедура вступу є зрозумілою та чіткою, однак слід враховувати політичні та економічні реалії. Яскравим прикладом того, яким непередбачуваним та невизначеним може бути процес вступу до Європейського співтовариства, є досвід Туреччини.

Отже, вперше Туреччина подала заяву на асоційоване членство до Європейського економічного співтовариства – попередника Євросоюзу – ще 31 липня 1959 року урядом. У 1961 і 1962 рр. при уряді заява про асоційоване членство подавалася повторно. Під час переговорів сторони обговорили умови Договору асоціації і у вересні 1963 р. він був підписаний (набрав чинності 1 грудня 1964 р.). Договір визначав цілі асоціації, форму взаємодії між учасниками і основні етапи інтегрування Туреччини в ЄЕС [2].

Договором визначалися 3 основні етапи вступу Туреччини до ЄС.

Перший етап передбачав надання пільг у вигляді тарифних контингентів для низки важливих сільськогосподарських товарів турецького експорту. Зустрічні преференції Туреччина ЄЕС не надавала. Крім того, країні надавалися кредити для будівництва інфраструктурних об'єктів.

Другий етап передбачав поетапні процеси зниження мита і податків, на імпорт з Європи планувалось ввести знижки і відміну мита у двох напрямах: на товари, що не виробляються в Туреччині, і на товари, що виробляються в країні. У цей період Туреччина мала повністю адаптуватися до сільськогосподарської політики ЄЕС, що, своєю чергою, мало поступово зняти обмеження на експорт промислових товарів, які виробляються в Туреччині.

На третьому етапі планувалося завершити створення Митного союзу (Туреччина мусила повністю лібералізувати імпорт промислових товарів ЄЕС до кінця 1995 р.), виробити й прийняти регламент міграції турецької робочої сили й капіталу. Передбачалося, що з 1995 р. Туреччина стане повноправним членом Європейського співтовариства [3].

Заявку про повне членство в ЄЕС Туреччина подала у 1987 р., проте статус кандидата в члени ЄС отримала лише у 2000 р. на саміті в Гельсінкі. У жовтні 2004 р. Європейська Комісія прийняла рішення про відповідність Туреччини Копенгагенським політичним критеріям. Адже після 2002 р. вона суттєво реформувала Конституцію і законодавство: надала свободу всім етнічним меншинам, заборонила смертну кару, зменшила роль військових в уряді, посилила покарання за використання тортур. 17 грудня 2004 р. на зустрічі в Брюсселі глави держав і урядів ЄС прийняли рішення про початок переговорів щодо вступу Туреччини до ЄС. Офіційно переговори розпочалися 3 жовтня 2005 року.

Натепер Туреччина досі не є повноправним членом Європейського Союзу. Відносини Туреччина – ЄС є предметом широкого обговорення у міжнародних експертних та наукових колах. Аналіз наявних робіт доводить, що дослідники здебільшого розглядають актуальний стан стосунків Туреччини та ЄС, роблячи акцент на прогнозах щодо ймовірності вступу Туреччини до Євросоюзу. Детально викладаються хід переговорного процесу та реалізація реформ, а також культурно-релігійні й політичні причини, що стоять на заваді просування Туреччини до ЄС. Аналізуючи фактичні обставини, чинники та перешкоди можна розділити на дві групи: політичні та релігійні.

Так, політичні перешкоди вступу до ЄС для Туреччини зводяться до декількох ключових моментів.

Перш за все слід звернути увагу на проблему визнання Республіки Кіпр.

До Туреччини ставиться вимога офіційно визнати Кіпр, який фактично розподілений на дві частини – Турецьку Рес-

публіку Північного Кіпру, визнану тільки Туреччиною, та Республіку Кіпр, яка уже визнана всім світом і є повноправним членом ЄС. Незважаючи на це, офіційна Анкара не хоче її визнавати та не виконує положення Анкарського протоколу 2005 р. до Угоди про асоціацію з ЄЕС 1963 р., яким передбачається відкриття морських та повітряних портів для суден, зареєстрованих у Республіці Кіпр [4, ст. 46].

Іншим компонентом політичного чинника є звинувачення зі сторони Європейського Союзу у нестабільності демократичних інституцій в аспекті гарантування та захисту прав і свобод людини. Значного напруження у відносини Туреччини з ЄС додав розгін масових демонстрацій проти реконструкції площі Таксім у Стамбулі влітку 2013 року. Реагуючи на події, 13 червня Європейський парламент прийняв резолюцію, в якій у жорсткій формі дав оцінку подіям у країні, зокрема, небажанню правлячої сили зрозуміти мотиви, які штовхнули частину суспільства виступити з протестом. У відповідь Анкара заявила, що резолюція є упередженою і неприйнятною. Зазначена ситуація спричинила відкладення започаткування діалогу щодо чергової переговорної глави до оприлюднення Доповіді про прогрес Туреччини на шляху приєднання до ЄС у жовтні. Відкриття глави відбулося 5 листопада 2013 року [5, ст. 46].

Похитнула впевненість у стабільній політичній ситуації і спроба державного перевороту у 2016 році. Група військових спробувала захопити владу в країні та усунути президента Реджепа Таїпа Ердоґана. Однак водночас і реакція Європейського Союзу була вичікувальною. Представники країн-членів ЄС не висловили свою позицію щодо подій, а звернулись з офіційними заявами уже після завершення подій, зокрема й після підтримки Ердоґана Сполученими Штатами Америки.

Нині політичні аспекти використовуються Європейським Союзом як інструмент дипломатичних маніпуляцій та засіб збереження повного одностороннього контролю над процесом вступу Туреччини до Європейського співтовариства.

Не менш важливим виступає і релігійний аспект. Серед країн ЄС є побоювання посилення ісламських тенденцій після прийняття Туреччини до цієї організації. Саме релігія, виступаючи об'єднуючим елементом європейських країн, формувала систему світоглядних і цивілізаційних цінностей, а церква та її вчення закладали підґрунтя морально-етичного виховання людини та громадянина нової об'єднаної Європи. Незважаючи на це, офіційного статусу в євроінтеграційних процесах в ЄС релігія не мала через секуляризаційні тенденції. Натомість церква продовжувала вважатися однією з рушійних сил на шляху до об'єднання Європи.

Посилення уваги до релігії в країнах ЄС та майбутніх членів спільноти зумовлене насамперед процесом формування нової європейської ідентичності. І поряд з універсальними демократичними цінностями саме християнська спадщина притаманна більшості народів Європи, часто є визначальною цивілізаційною рисою європейців [6].

Навіть незважаючи на те, що Туреччина ніколи не вважалась ортодоксальною ісламською державою, вплив цієї релігії на процеси правового регулювання, формування правосвідомості та встановлення системи національних цінностей є величезним. Політика релігійного плюралізму ЄС та толерантності щодо віросповідань об'єктивують можливість збереження такого впливу ісламського фактора на суспільні процеси в Туреччині, але з погляду існування чітких, визначених на нормативно-правовому рівні стандартів і критеріїв вступу до ЄС антагонізм ісламського та християнського віровчення є об'єктивною проблемою на шляху вступу Туреччини до ЄС [7, ст. 13].

Висновки

Аналізуючи стан речей, нині між Європейським Союзом та Туреччиною сформовані тісні економічні взаємини, однак дипломатичні відносини стали доволі напруженими та холодними. Туреччина офіційно продовжує підтримувати курс на повноцінне членство у Європейському Союзі, закономірно вимагаючи того ж від ЄС. Однак представники країн-членів не виявляють послідовної та єдиної позиції щодо прийняття Туреччини до співтовариства.

Таким чином, шлях вступу Туреччини до складу Європейського Союзу становить уже понад півсторіччя та є прикладом того, що законодавчі реформи та послідовне впровадження стандартів правового регулювання та політичних механізмів Європейського Союзу не є абсолютною гарантією вступу до європейського співтовариства. Незважаючи на задекларований плюралізм віросповідання, релігія залишається не останнім фактором у ході набуття Туреччиною повноправного членства. Приклад Туреччини свідчить про те, що Європейський Союз завжди залишає за собою право зробити крок назад, попри взаємні угоди та домовленості.

Список використаних джерел:

1. Договір про Європейський Союз. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/994_029.
2. Establishing an Association between the European Economic Community and Turkey. URL: http://www.deltur.cec.eu.int/kitap/e-ankara.rtf.
3. Мхитарян Н.І. Шлях Туреччини до Євросоюзу у контексті євроінтеграційних прагнень України. URL: http://www.deltur.cec.eu.int/english/DECISION_No11.doc.
4. Чубрикова О.О. Євроінтеграційна мета в концепції сучасної зовнішньої політики Туреччини: переосмислення руху до Європейського Союзу в 50 ту річницю підписання Угоди про асоціацію / Зовнішня політика і дипломатія: традиції, тренди, досвід. 2013. Вип. 20. С. 44–51 URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvdau_2013_20(1)_8.pdf.
5. Чубрикова О.О. Євроінтеграційна мета в концепції сучасної зовнішньої політики Туреччини: переосмислення руху до ЄС в 50-ту річницю підписання Угоди про асоціацію. *Науковий вісник Дипломатичної академії України при МЗС України*. Вип. 20. С. 44–51.
6. Релігія та створення нової Європи. URL: https://dt.ua/SOCIETY/religiya_ta_stvorennya_novoyi_evropi.html.
7. Єрмакова Г.С. Релігійний фактор і питання інтеграції Туреччини в ЄС: організаційно-правовий і теоретико-методологічний аспекти. *Держава та регіони*. 2018. № 3. С. 11–15.

The article analyzes the long path of Turkey's accession to the European Union: the prerequisites for such accession, the possibility of integration by the state, the possibility of acceptance by the European Union, obstacles that impeded this process. The author notes that the issue is debatable and debated among scholars. In order to understand the vector of Turkey's movement and the nature of its requirements, it defines the criteria that are placed on the states aspiring to become a member of the European Union. These criteria have been examined in the light of the evolution of political relations between Turkey and the European Union. The main stages are discussed in detail – from the beginning of establishing partnerships with the European Economic Community to the current state of cooperation between Turkey and the European Union. Such a study of the situation makes it possible to make the most reasonable conclusions about these partnerships, based directly on the dynamics of their relationships over a period of time. The author identifies the factors hampering the acquisition of full membership, how these factors have influenced the integration process and how they delay the accession to the EU. In particular, the article reveals the political components that hinder Turkey's accession to the European Union. Such authors include problems with the recognition of the Republic of Cyprus as one of the most relevant and significant instability of democratic institutions in the country, namely: the coup attempt and the crackdown on demonstrations. It also outlined the religious aspect that plays a significant role in Turkey's accession to the European Union. Religion is not the last factor influencing Turkey's membership decision. The current situation regarding Turkey's accession to the EU is analyzed: a fairly clear position on Turkey's integration course, and not quite defined – the European Union. It concludes that, although Turkey has come a long way and taken many steps towards EU membership, it has not helped to secure such cooperation from the European Union. This example is proof that the EU's religious pluralism has not been reflected in practice. In addition, it proves that the state's path to integration is very complicated and not clearly defined.

Key words: accession to the European Union, Turkey, political obstacles, religious issue.

УДК 347.611
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.67

Сергій Онуфрієнко,
студент юридичного факультету
Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара

УКЛАДАННЯ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ ПРИ МІЖНАЦІОНАЛЬНИХ ШЛЮБАХ: НАЦІОНАЛЬНИЙ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

У статті висвітлюються особливості укладення шлюбних договорів між громадянами України та інших держав, договір між якими складається на території України. Розглянуто проблеми правового регулювання шлюбних договорів у міжнародному сімейному праві. Досліджено підходи вітчизняних та зарубіжних науковців щодо сутнісних характеристик шлюбних договорів. Під час проведення наукового дослідження враховано досвід європейських країн щодо визнання дійсності шлюбних договорів. У роботі здійснено ознайомлення з вимогами до порядку укладення шлюбного договору за кордоном, до яких можна віднести письмову форму укладення договору та присутність обох сторін (подружжя, наречених). Встановлено, що у багатьох країнах існують шлюбні договори (контракти) та дошлюбні угоди між представниками сімейних відносин. У роботі простежуються принципи, на яких базуються шлюбні договори у різних країнах (наприклад, у Франції, Швейцарії, Нідерландах, Італії, Сполучених Штатах Америки, Англії, Швеції, Норвегії, Данії, Німеччині, Литовській Республіці). Вагоме місце займає дослідження майнових та немайнових прав й обов'язків, які можуть бути прописані у шлюбному договорі (контракті). Встановлено коло суб'єктів, між якими можливе та заборонене укладення шлюбного договору, та вік, з якого можливо укладати договір. Розглянуто правові режими майна подружжя та умови їх дійсності. Проведено аналіз процедури укладення шлюбу та шлюбного договору між громадянами України та Франції; України та Німеччини. Виявлено особливості, якими наділені шлюбні договори (контракти) з іноземними громадянами у разі підписання на території України, та правові наслідки порушення вимог до шлюбних договорів (контрактів). Здійснено аналіз найбільш розповсюджених питань, які визначаються шлюбним договором (контрактом), до яких належать такі: режим подружнього майна, його поділ; утримання одного з подружжя та спадкові питання. На підставі проведеного дослідження запропоновано практичні рекомендації щодо процедури укладення та змісту шлюбних договорів.

Ключові слова: шлюб, шлюбний договір, дошлюбні угоди, умови укладання шлюбних договорів, майнові права подружжя, автономія волі.

Постановка проблеми. Відносини між подружжям не мають меж, у тому числі й окреслених кордонами державного рівня. Укладення шлюбу між громадянами різних країн має свої особливості, які зумовлені низкою факторів. До цих факторів можна віднести такі: місце розташування країн, державний устрій, політичну направленість держав, їх участь у міжнародних організаціях, наявність спільних міжнародно-правових договорів про співпрацю, правове регулювання майнових та немайнових відносин між подружжям, менталітет населення тощо.

Актуальність досліджуваної теми зумовлена наявністю різного законодавчого регулювання укладення шлюбних відносин та шлюбних договорів між громадянами іноземних держав.

Наведені питання були предметом наукового дослідження представників різних галузей юридичної науки, зокрема М.В. Антопольської, Т.В. Боднара, В.С. Гопанчука, А.Б. Гриняка, А.С. Догерта, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, В.Я. Калакури, В.І. Кисіля, Л.В. Липеця, О.В. Михальнюка, О.С. Олійник, З.В. Романовської, Г.С. Фединяк, Л.С. Фединяк, С.Я. Фурси тощо.

Одним із ґрунтовних досліджень шлюбних договорів між представниками різних держав є дисертаційна робота О.С. Олійник «Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем» (2009 р.) [1], яку присвячено дослідженню чинників, тенденцій і закономірностей становлення та розвитку інституту шлюбного договору на території України та у країнах романо-германської та англо-американської правових сімей.

До останніх наукових розробок щодо дослідження шлюбних договорів слід віднести працю Л.П. Радченко «Шлюбний договір в іноземних правопорядках: окремі

© С. Онуфрієнко, 2019

засади правового регулювання» (2017 р.) [2]. У статті розглядаються умови і вимоги, необхідні для укладення шлюбного договору за законодавством окремих зарубіжних держав, дається визначення специфіки й регламентації майнових прав і обов'язків подружжя в іноземних правопорядках [2, с. 38].

Порівняльні аспекти договірного регулювання відносин між подружжям розглядались у вітчизняних та зарубіжних працях, проте порівняльно-правове дослідження шлюбного договору за законодавством України і законодавством інших держав потребує більш ґрунтовного дослідження, у тому числі й визначення процедури укладення шлюбних відносин за участю іноземних елементів.

Метою статті є аналіз укладення шлюбних договорів між громадянами України та іноземними громадянами.

Виклад основного матеріалу. З огляду на проєвропейський напрям розвитку держави Україна стала частиною міжнародних інтеграційних процесів. Законодавством багатьох європейських країн передбачена правова регламентація шлюбних договорів.

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

а) договір укладається письмово;

б) договір укладається в присутності обох сторін (подружжя, наречених);

в) у деяких країнах є особливості, пов'язані з реєстрацією шлюбного договору [2, с. 39].

Так, наприклад, в американському праві наявний інститут дошлюбних угод осіб, що одружуються. Вважається, що такі угоди повинні будуватися на принципах розумності й справедливості, а їхнім змістом може бути регулювання як майнових відносин, так і відносин, що пов'язані з вихованням і утриманням дітей. Коли особи, одружуючись, не укладають шлюбного договору, їхні майнові відносини підпорядковуються приписам закону, тобто встановлюється легальний правовий режим майна подружжя.

Виділяють легальний режим майна подружжя трьох таких видів: режим спільності подружнього майна (наприклад, у Франції, Швейцарії, Нідерландах, Італії, у восьми штатах США), режим роздільності (наприклад, в Англії, більшості штатів США, Федеральній Республіці Німеччина (ФРН)), режим відкладеної спільності (наприклад, у Швеції, Норвегії, Данії). Проте слід наголосити, що в Німеччині застосовується термін «режим спільності майна подружжя», хоча він має умовний характер, оскільки подружжя й у шлюбі зберігає кожен у власності своє майно. Так, у § 1363 (1) Німецького Цивільного уложення є положення, що до відносин подружжя застосовується режим спільності майна, нажитого кожним із подружжя під час шлюбу, якщо в шлюбному договорі вони не домовилися про інше [2, с. 39].

Заслуговує на увагу регламентація шлюбного договору у Литовській Республіці. У статті 3.101 Цивільного кодексу Литовської Республіки 2000 року передбачено, що шлюбний контракт визначає майнові права й обов'язки у період шлюбу, а також у разі розлучення або роздільного проживання [3, с. 82].

Французький цивільний кодекс (далі – ФЦК) містить легальну дефініцію шлюбного договору, згідно з якою шлюбним договором є укладений у нотаріальній формі договір, який визначає режим майнових відносин подружжя, а якщо його не укладено, то встановлюється законна спільна власність на майно подружжя, яка розповсюджується на їхнє дошлюбне майно і набуте у шлюбі рухоме майно. У доктрині французького права шлюб розуміється як укладений у встановленій законом формі цивільний договір, який об'єднує осіб для спільного життя та надання взаємної підтримки [4, с. 86].

У Франції шлюбний договір визнається чинним за умови перебування у шлюбі, з огляду на що потребує уваги процедура укладення шлюбу між громадянами України та Франції на території України.

Важливим аспектом є порядок укладення шлюбного договору. ФЦК встановлює різний шлюбний вік. Для чоловіків – 18 років, для жінок – 15 років (ст. 144 ФЦК). До того ж особи цього віку визнаються неповнолітніми, оскільки повноліття у Франції настає з 21 року. Тому шлюб неповнолітніх осіб можливий тільки за згодою батьків або інших визначених законодавством осіб. Крім того, на сьогодні у Франції дозволені одностатеві шлюби, проте особи, які мають близькі родинні зв'язки, є свояками або особами, шлюб між якими забороняється французьким законодавством, не можуть бути суб'єктами шлюбного договору [4, с. 86].

Потребують уваги і приписи статті 63 Цивільного кодексу Франції, у якій визначено, що перед укладенням шлюбу службовець цивільного стану має скласти оголошення та повісити його на двері спільного будинку. Відповідно до статті 169 Цивільного кодексу складання такого офіційного оголошення є обов'язковим для кожного/-ної громадянина/-нки Франції, за винятком окремих випадків. Крім того, кожен/-на громадянин/-нка Франції, що бажає укласти

шлюб за кордоном, має заздалегідь отримати Свідоцтво про можливість укладення шлюбу (certificat de capacit mariage /CCAM), видане французьким консульством. Таке Свідоцтво видається після опублікування офіційного оголошення. Порушення описаної вище процедури призведе до неможливості включення шлюбу до французького реєстру актів цивільного стану та вимагатиме врегулювання/узаконення. Укладення шлюбу між громадянином/-нкою Франції та іноземцем/-мкою відбувається в українських органах влади.

Таким чином, при укладанні шлюбу між громадянином України та Франції на території України існують імперативні приписи, порушення яких може призвести до визнання незаконності шлюбу, а також і шлюбного договору. До них належать такі: офіційне оголошення; Свідоцтво про можливість укладення шлюбу, видане французьким консульством; подання необхідних документів, засвідчених апостилем Міністерства юстиції України, з належним перекладом; медичне свідоцтво про відсутність вагітності нареченої [5, с. 1–2].

Водночас законодавець у ФЦК закріпив свободу шлюбного договору. Статтею 1387 ФЦК надається подружжю право домовлятися про правовий режим подружнього життя, якщо такі домовленості не суперечать добрим звичаям. Наприклад, подружжя може заявити у звичайному порядку, що воно бажає підпорядкувати свій шлюб одному з режимів, передбачених ФЦК [4, с. 86].

Французький законодавець наполягає на обов'язковій участі нотаріуса в укладенні шлюбного договору, підписанні сторонами договору в присутності нотаріуса і одночасному посвідченні підписів сторін [4, с. 87].

У міжнаціональних шлюбах у деяких випадках навіть рекомендується укладення шлюбного договору. До таких країн належить і Федеративна Республіка Німеччина. Для різних національностей застосовується законодавство країни проживання, проте сторони можуть обрати право, що підлягає застосуванню до відносин [6, ст. 5].

Як правило, в шлюбних договорах регулюються відносини між подружжям стосовно режиму подружнього майна, поділу майна після розлучення, урегулювання права на отримання пенсії та умов утримання. Майнові правовідносини подружжя можуть бути врегульовані у шлюбному договорі, правовою підставою чому є § 1408 Німецького цивільного кодексу.

До найбільш розповсюджених питань, що визначаються шлюбним договором, належать такі: режим подружнього майна (§ 1363 і положення наступних статей Німецького цивільного кодексу (майно, набуте подружжям у шлюбі, поділ майна, майнова спільність)); вирівнювання пенсійних виплат, утримання після розлучення та вирівнювання частки спадщини (§ 2276 абз. 2 Німецького цивільного кодексу).

Шлюбний договір в Україні актуальний особливо при укладенні двосторонніх шлюбів з німецькими та українськими учасниками, проте він повинен бути нотаріально засвідчений відповідно до вимог німецького законодавства. Якщо шлюбний контракт був укладений за кордоном, достатньо, щоб він відповідав формі, встановленій на місці укладення договору. В Україні, як і в Німеччині, нотаріальне засвідчення є обов'язковим, отже, шлюбний договір, укладений українським нотаріусом, відповідає німецьким юридичним вимогам, якщо він був укладений відповідно до встановленої форми в Україні. Саме на це треба звернути увагу під час укладення шлюбного договору.

Шлюбний договір може бути укладений німцем в Україні в тому разі, якщо під час підписання був присутній кваліфікований перекладач з українським дипломом, а зміст договору був перекладений іноземному партнерові. Тільки якщо всі ці вимоги виконані, шлюбний договір є формально укладеним в Україні і діє також на території Німеччини.

Доцільним є укладення шлюбного договору в Україні, якщо існує право власності на нерухомість або ділова участь на підприємстві. Операції з нерухомістю, тобто купівля та продаж, повинні бути укладені лише за згодою іншого з подружжя, а шлюбний договір може замінити згоду.

З правового погляду шлюбний договір не повинен суперечити німецькому законодавству, аби його було визнано дійсним в Німеччині. Це означає, що контракт не буде дійсним, якщо він відповідає нормам, несумісним з принципами німецької правової системи. Тому необхідно звернути увагу на те, що договір повинен повністю відповідати німецьким нормам. На практиці українські шлюбні договори мають дуже подібний зміст стосовно поділу майна, виключення зі спільного майна, набутого за час шлюбу, або видозмінення правил стосовно майна, набутого у шлюбі. При реєстрації шлюбу або при громадянському шлюбі, що триває більше 5 років, автоматично виникає спільність майна, набутого за роки шлюбу. Продаж нерухомості або компанії є неможливим без згоди іншого з подружжя. Для цього також укладаються шлюбні договори. Якщо в шлюбному договорі зазначається розділ майна, він замінює згоду одного

з подружжя і надається, наприклад, при покупці нерухомості.

Здебільшого шлюбні договори (контракти) підлягають договірній свободі, проте, щоб шлюбний договір був чинним у Німеччині, він не повинен порушувати німецькі правові норми. Свобода договору обмежується, якщо договір порушує юридичну заборону, є аморальним або діє на шкоду третім особам (наприклад, дітям).

Договір не повинен суперечити сенсу та основній ідеї шлюбу. Умови розлучення, за яких можна розірвати шлюб, регулюються законом, тому у шлюбному договорі не можна зазначити умови, які призведуть до його розірвання.

Шлюбний договір буде вважатися аморальним, якщо економічно сильна сторона в однобічному порядку утискає іншого з подружжя (у разі хвороби, старості, вагітності чи відсутності коштів). Крім того, сторони не можуть відмовитися від догляду за дитиною, оскільки дитина має право на утримання. Таким чином, одностороння відмова від опіки над дитиною у шлюбному контракті є неможливою.

Шлюбний договір може бути укладений в Україні до або у шлюбі. Якщо шлюбний договір було укладено до шлюбу, повинна бути принаймні подана заява про реєстрацію шлюбу у відділення РАЦСу. Під час нотаріального посвідчення шлюбного договору нотаріусу потрібно надати Свідоцтво про реєстрацію шлюбу. В іншому разі шлюбний договір підлягає оскарженню, оскільки не є офіційно зареєстрованим, навіть якщо нотаріус його засвідчує. Це правило діє і для визнання шлюбних договорів у Німеччині, адже у разі невідповідності цій умові він також може підлягати оскарженню в Німеччині [7].

Висновки

Порушення процедури укладення шлюбу (за прикладом Франції) може стати приводом для визнання шлюбного договору недійсним. Це може порушити права суб'єктів сімейного права, зокрема представників України.

Невід'ємною умовою для чинності шлюбного договору (за прикладом Німеччини) є відповідність до норм німецького законодавства. Шлюбний договір повинен не порушувати юридичних заборон, не бути аморальним, не діяти на шкоду третім особам. Шлюбний договір може бути укладений в Україні до або у шлюбі, в іншому разі шлюбний договір підлягає оскарженню, оскільки не є офіційно зареєстрованим, навіть якщо його засвідчено нотаріально.

Шлюбний договір у відносинах подружжя з іноземним елементом дає можливість для такої колізійної прив'язки, як автономія волі сторін, або здатності сторін за власною волею встановлювати зобов'язання (воля творить право). При цьому вибір права, яке підлягає застосуванню, повинен бути зумовлений наявністю тісного зв'язку вибраного права із відповідними правовідносинами у державах [1, с. 15].

Позитивним моментом запровадження шлюбного договору у законодавстві України є можливість в подружжя реалізувати прагнення індивідуалізації правового регулювання майнових відносин, закріпивши відповідні положення у шлюбному договорі [1, с. 4].

Можливість укладення шлюбного договору між представниками різних держав дозволяє подружжю внести корективи у свої сімейні відносини, ґрунтуючись на принципі автономії волі та виборі найбільш сприятливих варіантів.

Список використаних джерел:

1. Олійник О.С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем : автореф. дис ... канд. юрид. Наук : 12.00.03. Київ : Б.в., 2009. 20 с.

2. Радченко Л.П. Шлюбний договір в іноземних правопорядках: окремі засади правового регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. Том 9. 2017. С. 38–41. URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/9/8.pdf.

3. Бажанова В.О. Шлюбний договір в Україні та інших країнах світу. *Порівняльне аналітичне право*. Вип. № 2. 2015. С. 81–83. URL: http://www.pap.in.ua/2_2015/24.pdf.

4. Хобор Р.Б. Шлюбний договір як регулятор майнових відносин подружжя за законодавством Франції. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2015. Вип. 3. С. 86–89. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pjuv_2015_3_18.

5. Шлюб в Україні між громадянином/-нкою Франції та громадянином/-нкою України. Стаття Посольства Франції в Україні. URL: https://ua.ambafrance.org/spip/pdf/mariage-versionencoursukr2015.

6. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV (у редакції від 20.10.2019 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/2709-15.

7. Шлюбний договір. Ahrens and Schwarz : Сайт. URL: https://ahrens.kiev.ua/шлюбний-договір-міжнаціональний-шлюб-Україна-Німеччина-410-ua.html.

The article highlights the peculiarities of entering into marriage contracts between citizens of Ukraine and other countries, the agreement between which is made on the territory of Ukraine. The problems of legal regulation of marriage contracts in international family law are considered. The approaches of domestic and foreign scientists to the essential characteristics of marriage contracts are investigated. The research takes into account the experience of European countries in recognizing the validity of marriage contracts. The paper introduces the requirements to the procedure for concluding a marriage contract abroad, which may include: a written contract and the presence of both parties (spouses / brides). It has been established that in many countries there are marriage contracts (contracts) and pre-nuptial agreements between family members. The work traces the principles on which marriage contracts are based in different countries (for example, in France, Switzerland, the Netherlands, Italy, the United States of America, England, Sweden, Norway, Denmark, Germany, the Republic of Lithuania). An important place is the study of property and non-property rights and responsibilities that can be spelled out in a marriage contract (contract). The range of subjects between whom is possible and the marriage contract and the age from which it is possible to conclude a contract in different countries are established. The legal regimes of property of spouses and conditions of their validity are considered. An analysis of the procedure of marriage and marriage contract between citizens of Ukraine and France; Ukraine and Germany. The peculiarities of marriage contracts (contracts) with foreign nationals when signing on the territory of Ukraine and the legal consequences of violation of requirements for marriage contracts (contracts) have been revealed. The analysis of the most common issues that determine the marriage contract (contract), which include: the regime of matrimonial property, its division; maintenance of one of the spouses and hereditary issues. On the basis of the conducted research, practical recommendations on the procedure of entering into and content of marriage contracts were offered.

Key words: marriage, marriage contract, premarital agreements, terms of marriage contracts, property rights of spouses, autonomy of will.

УДК 341.48
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.68

Сергій Ращупкін,
аспірант Національної академії внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ ОБМЕЖЕННЯ ЩОДО ОДЕРЖАННЯ ПОДАРУНКІВ У КРАЇНАХ ЗАХІДНОЇ ЄВРОПИ

У статті здійснено спробу розглянути особливості правового регулювання порядку одержання подарунків публічними посадовими особами в деяких країнах Західної Європи. Зокрема, висвітлено ключові особливості, що характеризують притягнення до відповідальності за порушення заборон та обмежень щодо одержання подарунків. Наголошено, що важливим при визначенні того, дозволеним чи забороненим є подарунок для публічних службовців, є встановлення факту того, чи наданий такий подарунок з метою примусити здійснити певні дії державним службовцем в межах реалізації власних службових повноважень. Визначено, що в Швеції заборонено приймати подарунки у вигляді грошей, щорічних членських карток, безкоштовних пропусків, знижок на придбання. Важливими під час встановлення дозволу на отримання подарунку є докази заняття політичної посади, використання власних службових повноважень з метою задоволення інтересів третіх осіб, за що отримуються ті чи інші подарунки. У разі виникнення сумніву посадовець повинен проконсультуватися з Генеральним директором з адміністративних справ. З'ясовано, що Бельгійське законодавство не встановлює обов'язкових порогових значень щодо надання чи отримання подарунків як виявів гостинності. Варто зазначити, що звичайні ділові розваги, такі як випадкові ділові сніданки, обіди та вечері тощо, пов'язані з бізнесом, є загальноприйнятними, якщо відсутній корумпований намір отримати щось натомість від державного службовця. Зроблено висновок, що більшості країн Західної Європи варто зробити такі висновки щодо порядку правового регулювання одержання подарунків для державних службовців: 1) порядок регулювання подарунків у країнах Західної Європи регламентується саме зводами етичних правил та відповідними кодексами поведінки державних службовців; 2) подарунки, одержані державними службовцями, не мають в більшості країн вартісного розміру в тому разі, якщо вони не становлять загрози впливу на упередженість діяльності державних службовців; 3) подарунки належать до корупційних ризиків вчинення злочинів.

Ключові слова: заборони та обмеження, подарунок, хабар, етичні правила, кодекс поведінки державних службовців.

Постановка проблеми. Порушення встановлених законом обмежень та заборон щодо одержання подарунків посадовими особами в Україні регулюються нормами Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) (ст. 172-5) та Законом України «Про запобігання корупції» (ст. 23).

Порушення норми ст. 172-5 КУпАП передбачає недотримання антикорупційних вимог, заборон та обмежень, що встановлюються до уповноважених осіб для виконання функцій органів державної влади та самоврядування. Так, наприклад, статистика НАЗК за 2019 рік щодо виявлення адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією, серед народних депутатів України свідчить про те, що за порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів було складено 29 протоколів, за порушення обмежень щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності – 7 протоколів, а за порушення встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків – 1 протокол [1].

Наведена диспропорція може свідчити про таке: 1) недосконалість законодавчої норми; 2) латентність вчинення цього виду діяння; 3) неефективність роботи спеціально уповноважених суб'єктів у сфері протидії корупції; 4) недосконалість механізму притягнення до адміністративної відповідальності за порушення положень, передбачених ст. 172-5 КУпАП. З огляду на це ми здійснили спробу у цій статті розглянути особливості функціонування правил регулювання прийняття подарунків та інших подяк державними службовцями в різних країнах Західної Європи.

Проблемами вивчення порушень встановлених законом обмежень щодо одержання подарунків в різних правових контекстах займалися такі вчені: О.А. Банчук, А. Гайдук, В.О. Глушков, Ю.В. Грошевий, Р. Гре-

© С. Ращупкін, 2019

чанюк, О. Дудоров, З. Загиней, Д. Йосифович, М. Камлик, В. Луцик, М. Мельник, С. Рогульський, С. Рівчаченко, В. Сташис, О. Ткаченко, А. Титко, І. Шруб, М. Хавронюк, І. Яцків та інші.

Мета статті полягає у системному аналізі зарубіжного досвіду у сфері регулювання порядку одержання подарунків**.**

Виклад основного матеріалу. Спочатку ми розглянемо країни романо-германської правової сім'ї. Так, на відміну від України у *Франції* одержання подарунка належить до диспозиції кримінально караного діяння та є предметом корупційного злочину, а вартість подарунка повинна становити не більше 35 французьких франків [2]. Цікавим є виняток, що існує у французькій системі боротьби з корупцією. Зокрема, якщо вартість подарунка більша, то особа може прийняти такий подарунок за умови, якщо вона віддарить натомість подарунок на аналогічну або більшу суму, ніж той, який отриманий.

Кодекс управління державною службою у *Великобританії* (розділ 4.1.3) стверджує про неупередженість та доброчесність стосовно подарунків. Основна думка полягає в тому, що державні службовці у своїй роботі повинні зосередити свою увагу на виконанні службових обов'язків, а будь-яке втручання та зовнішній вплив на прийняття рішень є неприйнятними [3].

Державним службовцям *Великобританії* заборонено приймати подарунки чи отримувати інші пільги від будь-кого. Це може стати загрозою для виконання повноважень державного службовця.

Подарунки державних службовців підлягають декларуванню як такі, що можуть призвести до виникнення конфлікту інтересів. Членам парламенту дозволяється приймати подарунки, пільги чи гостинність, якщо сума вартості не перевищує 140 фунтів стерлінгів. Усі подарунки підлягають декларуванню, за винятком тих, які дарує сам державний службовець [4].

Розділ 20 німецького Закону «Про державну службу» передбачає певні вказівки щодо цього питання. Зокрема, публічним службовцям дозволено приймати подарунки вартістю не більше 25 доларів, але заборонено приймати подарунки вищої цінності (наприклад, спортивні квитки), розкішні подарунки та подарунки в грошовому еквіваленті [5].

Розглянемо обмеження, що стосуються витрат на гостинність (подарунки, подорожі, харчування, розваги). Кримінальний кодекс *Німеччини* не встановлює кількісних чи якісних обмежень на витрати на гостинність. Однак німецькі суди забороняють навіть невеликі подарунки, якщо такі можуть вплинути на хід прийняття рішень публічними службовцями [6].

Подарунки низької цінності або запрошення в ресторан середнього рівня, як правило, соціально прийнятні. Щоб визначити соціальну прийнятність, слід врахувати конкретні обставини справи та умови.

Зокрема, суд розглядає вигоду, особисту інформацію діючої особи, фінансову цінність послуги та ділові відносини між дарувальником та особою обдаровуваного. У суспільстві Німеччини існує думка про те, що надання пільг та подарунків, які надаються працівникам чи державним службовцям, є соціально неприйнятним. Подарунки та подорожі, які депутати отримують як гості у зв'язку зі своїми мандатами, повинні бути задекларовані та передані Президенту Бундестагу, якщо вартість перевищує 200 євро. Члени Бундестагу можуть подати заявку на подарунок, якщо вони заплатять суму, еквівалентну їх вартості [7].

Подарунки державним службовцям заборонено приймати незалежно від їх вартості. Якщо вони повинні отримати подарунок, державні службовці негайно повідомляють про це керівника їх офісу та заявляють про отримання подарунка.

Для державних службовців *Норвегії* існують спеціальні правила регулювання отримання подарунків. Зокрема, Кодекс поведінки державних службовців забороняє приймати подарунок. Про це також свідчать положення розділу 276-а Норвезького кримінального кодексу. Розділ 20 забороняє державним службовцям отримувати подарунки, пільги чи інші послуги, які даруються з метою вплинути на прийняття рішень чи вчинення дій чи бездіяльності за рахунок використання службових повноважень державними службовцями [8].

У Норвегії етичні вказівки містять заборону депутатам отримувати виплату або приймати будь-який подарунок, винагороду чи компенсацію. Подарунки належать до категорії етичних заборон та норм, що належать до етичних кодексів та кодексів правил поведінки для державних службовців.

Подарунки чи інші фінансові вигоди на суму понад 2 000 норвезьких крон (245 євро) повинні реєструватися [9]. Розділ 276-b і с Кримінального кодексу Норвегії про корупцію, грубу корупцію та торгівлю впливом забороняє прийняття неналежних переваг, спрямованих на вплив когось у зв'язку з його повноваженнями [10].

Як бачимо, заборони та обмеження щодо одержання подарунків державними

службовцями регламентуються виключно кодексами поведінки державних службовців, водночас такі країни, як Данія, Швеція, Нідерланди та Фінляндія, перебуваючи на лідерських позиціях у боротьбі з корупцією, не мають уніфікованих актів щодо поведінки державних службовців. Тому можна зробити висновок про те, що важливим є аспект саме ментальності, рівня правосвідомості та правової культури населення тієї чи іншої країни. Не завжди правові санкції та нормативне регулювання забезпечує високий рівень протидії корупції.

Відповідно до шведського законодавства обмеження, що застосовуються до витрат на подарунки як вияву гостинності, в Кримінальному Кодексі не мають кількісних чи якісних обмежень. У Швеції, незважаючи на вартісну ціну подарунку, заборонено приймати такого роду вдячність посадовим особам, оскільки тут важлива роль належить суспільній відповідальності за виконання ними службових повноважень [11].

У *Нідерландах* хабарництво державних службовців регулюється Голландським кримінальним кодексом. Статті 177 «Активне хабарництво, підкуп державних службовців» та 363 «Пасивне хабарництво» регламентують, що відповідальність несуть чиновники, які підкуповуються [12].

Одержання подарунків за законодавством *Нідерландів* охоплюється нормами кримінального права. Так, публічний хабар передбачає будь-який грошовий або негрошовий подарунок, обіцянку (навіть якщо вона не була здійснена) або виконання службових обов'язків на користь третіх осіб, які пропонують подарунки. Ці дії можуть виконуватися прямо чи опосередковано / через посередника, під час виконання ними своїх публічних обов'язків, що суперечить встановленим законом вимогам.

Крім того, антикорупційні положення Нідерландів не вимагають, щоб державна *посадова особа особисто отримувала хабарі, що породжує відповідальність за посередництво, а також не потребують встановлення причинно-наслідкових зв'язків між конкретною винагородою та конкретним виконанням чи невиконанням дій або прийняттям рішень, достатньо лише встановлення факту отримання хабара (подарунка).*

Зверніть увагу, що внутрішні кодекси поведінки, на які зазвичай покликаються державні службовці, вимагають виконання таких дій: попереднього затвердження їхніх повноважень перед прийняттям будь-яких пропозицій щодо гостинності; заборони приймати подарунки вартістю понад 50 євро; заборони приймати подарунки за домашньою адресою; заборони особистого використання переваг, одержаних від їх функцій.

Особливості одержання подарунків за кордоном мають низку ознак, які сконсолідували так:

– відсутність вартісного вираження для подарунка. При прийнятті подарунка державними службовцями до уваги береться лише правовий статус службовця;

– немає необхідності встановлювати причинно-наслідкові зв'язки між фактом дарування подарунка та виконанням посадовцями власних службових повноважень;

– будь-який подарунок вважається забороненим для державного службовця у зв'язку з обійманням державної посади;

– правове регулювання порядку одержання подарунків державними службовцями в більшості країн Західної Європи належить до сфери Кодексу правил поведінки державних службовців та етичних правил поведінки.

Кримінальний кодекс Іспанії не встановлює ні кількісних, ні якісних обмежень для подарунків [13].

Прецедентна практика встановила два критерії для визначення того, чи належить подарунок до категорії неправомірної вигоди:

– визначення того, чи пропонований подарунок є соціально прийнятним;

– визначення того, чи отриманий подарунок, прийнятий як вияв гостинності, може вплинути на безпосереднє виконання державними службовцями власних службових повноважень.

На відміну від судової практики Нідерландів в Іспанії обов'язковим є встановлення причинного зв'язку між одержанням подарунка та посадою державного службовця. Тобто причиною отримання такого подарунка повинен бути статус чи повноваження державного службовця особи, яка отримує подарунок.

Слід зазначити, що у судовій практиці *Франції* відсутні обмеження вартісного розміру, немає мінімальних сум, відсутні офіційні рішення, які встановлюють, коли або за яких обставин акт гостинності може вважатися хабарем.

Будь-яка перевага, надана з корумпованим наміром, вважається хабарем згідно з французьким законодавством. Навіть невелика виплата може вважатися хабарем, якщо обставини виявляють неналежний намір. Також неодноразове дарування подарунків невеликої цінності може вказувати на корумпований намір.

Важливим при визначенні того, дозволений чи заборонений подарунок для публічних службовців, є встановлення факту того,

чи наданий такий подарунок з метою примусити здійснити певні дії державним службовцем в межах реалізації власних службових повноважень.

У судовій практиці *Франції* вважається, що будь-яка вигода, надана з корумпованим наміром державному службовцю, є хабарництвом, а будь-який подарунок, наданий державному службовцю, також може свідчити про корумпований намір та зараховуватися до хабарництва.

Бельгійське законодавство не встановлює обов'язкових порогових значень щодо надання чи отримання подарунків як виявів гостинності. Варто зазначити, що звичайні ділові розваги, такі як випадкові ділові сніданки, обіди та вечері тощо, пов'язані з бізнесом, є загальноприйнятними, якщо відсутній корумпований намір отримати щось натомість від державного службовця. Проте екстравагантні розваги та дорогі подарунки і пропозиції можуть породжувати презумпцію хабарництва.

Подарунки, які мають скромну цінність, за умови, якщо такі подарунки є вираженням ввічливості, не є такими, що впливають на об'єктивність та неупередженість державного службовця.

Заборони щодо одержання подарунку в Бельгії існують в межах вартісних витрат, що сукупно становлять розмір від 30 до 50 євро для одного державного службовця. Оплачувані сніданки, обіди та вечері можуть бути допустимими, якщо не перевищують суму 40 євро на один місяць.

Швеція як одна з країн з найнижчими показниками рівня корупції відповідно до відомостей "Transperensy International" поруч з Данією, Фінляндією та Норвегією має своєрідну систему етичних норм заборон та обмежень щодо одержання подарунків. Так, подарунки на суму понад 300–400 шведських крон (приблизно 30–40 євро) уже є недопустимими. Подарунки, від яких не можна відмовитися, які прийняті в якості простої форми вдячності, повинні бути оголошені Управлінню з адміністративних справ, Генеральному директору з правових питань та Генеральному директору з адміністративних справ залежно від місця роботи одержувача. Ці подарунки стають власністю держави, оскільки вони подаровані в ході офіційних зустрічей [14].

Заборонено приймати подарунки у вигляді грошей, щорічних членських карток, безкоштовних пропусків, знижок на придбання товарів та послуг.

Важливими при встановленні дозволу на отримання подарунку є докази заняття політичної посади, використання власних службових повноважень з метою задоволення інтересів третіх осіб, за що отримуються ті чи інші подарунки. У разі виникнення сумніву політичний посадовець повинен проконсультуватися з Генеральним директором з адміністративних справ.

У *Данії* державні службовці не мають права давати, вимагати чи отримувати прямо чи опосередковано будь-який подарунок чи іншу вигоду, яка може вплинути на виконання службових функцій, виконання обов'язку чи прийняття управлінського рішення.

Етичні правила поведінки свідчать про те, що будь-які подарунки, які можуть вплинути на неупередженість публічних службовців при реалізації ними своїх функцій, є недопустимими.

Спеціальний механізм повернення подарунків має певний порядок. Службовець повинен:

– відмовитись від невиправданої переваги;

– визначити особу, яка зробила пропозицію;

– якщо подарунок не можна повернути відправнику, службовець має зберігати його до моменту передачі уповноваженим особам;

– за можливості залучити свідків, таких як колеги, які працюють поруч;

– повідомити про подарунок свого начальника.

У *Словаччині* державні службовці не мають права отримувати або вимагати подарунки, оскільки вони сприяють виникненню конфлікту інтересів.

Окремі статті містять вказівки щодо подарунків та інших переваг. Державний службовець не може приймати жодних подарунків, пільг або інших вигод, які можна вважати винагородою за працю, яка є його обов'язком. Дозволені подарунки повинні відповідати розміру незначної цінності, тобто не мають впливу на прийняття рішень [15].

У *Румунії* система дарування подарунків регулюється Кодексом про конфлікт інтересів. Державний службовець, маючи відповідні службові повноваження, використовує їх задля задоволення власних потреб або потреб членів сім'ї чи родини, а також друзів, створюючи при цьому умови виникнення конфлікту інтересів.

Румунський деонтологічний кодекс не дозволяє державному службовцю приймати безпосередньо або опосередковано подарунки чи послуги з метою виконання / невиконання / затягування виконання власних повноважень, прийняття певних рішень чи вчинення певних дій [16].

В Австрії усі форми пільг та особистих переваг, зокрема й подарунки, подорожі та розваги, підпадають під категорію хабарництва, якщо такі подарунки надані у зв'язку з виконанням чи невиконанням вимог особи дарувальника. Загалом невеликі подарунки та інші подарунки, що не впливають на виконання власних повноважень, – це обмін послугами, він прийнятний і не вважається хабарем. З 2013 року переваги, які не вважаються хабарами, визначаються саме так (§ 305, пункт 4): 1) вигода, яка є законно дозволеною або наданою на офіційному заході, який відвідує посадова особа, є об'єктивно виправданою; 2) отримання пільги задля благодійних цілей, які не мають безпосереднього відношення до виконання державними службовцями власних повноважень; 3) подарунки, які надані як вияви гостинності.

Висновки

За результатами аналізу законодавства більшості країн Західної Європи варто зробити такі висновки щодо порядку правового регулювання одержання подарунків державними службовцями: 1) порядок регулювання подарунків країнах західної Європи регламентується саме зводами етичних правил та відповідними кодексами поведінки державних службовців; 2) подарунки, одержані державними службовцями, не мають в більшості країн вартісного розміру в тому випадку, якщо вони не становлять загрози впливу на упередженість діяльності державних службовців; 3) подарунки належать до корупційних ризиків вчинення злочинів.

Список використаних джерел:

1. НАЗК перевірило всіх народних депутатів VIII скликання на дотримання вимог законодавства щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів. *Офіційний сайт НАЗК*. URL: https://nazk.gov.ua/uk/novyny/nazk-perevirylo-vsih-narodnyh-deputativ-viii-sklykannya-na-dotrymannya-vymog-zakonodavstva-shhodo-zapobigannya-ta-vregulyuvannya-konfliktu-interesiv/.

2. Eric Lasry, Sara Koski and Clotilde Guyot-Rechard (Baker McKenzie France). *Anti-Corruption in France*. URL: https://globalcompliancenews.com/anti-corruption/handbook/anti-corruption-in-france/.

3. Acceptance of gifts, benefits and hospitality. URL: https://www.gov.uk/government/publications/acceptance-of-gifts-benefits-and-hospitality.

4. Gifts & hospitality. Global Anti-Bribery Guidance Best practice for companies in the UK and overseas. URL: https://www.antibriberyguidance.org/guidance/9-gifts-hospitality/guidance.

5. Funk T. (2014). Germany's Foreign Anti-Corruption Efforts: Second-Tier No More. URL: file:///C:/Users/1/Downloads/GermanAnti-CorruptionArticle.pdf.

6. German criminal code. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/.

7. Anti-Corruption in Germany Global Compliance News. URL: https://globalcompliancenews.com/anti-corruption/handbook/anti-corruption-in-germany.

8. B nsing S, Langsted LB. "Undue" gifts for public employees: An administrative and criminal law analyses. I Breaking new ground: Dedicated to Finn Kj rsdam. 1. udg. Aalborg Universitetsforlag. 2014. s. 180–203.

9. Fourth evaluation round.Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors Compliance report Norway. URL: https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/diverse/greco-eval-iv-rep-2013-10e-final-norway-public.pdf.

10. Criminal code of the Kingdom of Norway. URL: https://www.legislationline.org/documents/id/8909.

11. Mattias Hedwall and Olof K nig. Domestic bribery (private to public). URL: https://globalcompliancenews.com/anti-corruption/anti-corruption-in-sweden/.

12. Anti-Corruption in the Netherlands URL: https://globalcompliance news.com/anti-corruption/anti-corruption-in-the-netherlands/.

13. Criminal Code of Spain. URL: https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf.

14. Sweden. Ministry for Foreign Affairs. 2012. Gifts: Chapter 38 of the diplomatic guide for information on gifts. URL: http://www.government.se/sb/d/16264/a/196754.

15. Code of Ethics for Civil Servants (Slovakia). URL: http://europam.eu/data/mechanisms/COI/COI%20Laws/Slovakia/Slovakia_Code%20of%20Ethics%20for%20Civil%20Servants_2002.pdf.

16. Code of Conduct for the Civil Servants. URL: http://rai-see.org/wp-content/uploads/2015/08/Law-no-7_2004-Code-of-Conduct-for-the-Civil-Servants.pdf.

The article attempts to consider the peculiarities of legal regulation of the order of receiving gifts by public officials in some countries of Western Europe. Specifically highlighted key features that characterize liability for violation of prohibitions and restrictions on receiving gifts. It is emphasized that it is important to determine whether or not a gift for a public servant is determined by the fact or fact that it is given in order to compel a civil servant to perform certain actions within the exercise of his or her own powers. It has been determined that in Sweden it is forbidden to accept gifts in the form of money, annual membership cards, free passes, discounts on purchases. Important in establishing a permit to receive a gift is evidence of political office, the use of their own authority to satisfy the interests of third parties, for which they receive certain gifts. In case of doubt, the political official should consult with the Director-General for Administrative

Affairs. It has been established that the Belgian legislation does not set mandatory thresholds for the provision or receipt of gifts as hospitality. It should be noted that ordinary business entertainment, such as casual business breakfasts, lunches and dinners and other business-related entertainment, are generally accepted if there is no corrupt intention to obtain something from a public servant, has a business purpose, and the costs are reasonable. It is concluded that most Western European countries should draw the following conclusions regarding the procedure for the legal regulation of gifts for civil servants: 1) the procedure for regulating gifts in the countries of Western Europe is governed precisely by codes of ethics and relevant codes of conduct for public servants; 2) gifts received by civil servants are not of value in most countries, unless they pose a threat to the bias of civil servants; 3) gifts are related to corruption risks of committing corruption crimes.

Key words: prohibitions and restrictions, gift, bribe, ethical rules, code of conduct for civil servants.

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2019.12.69

Юлія Сидорчук,
канд. юрид. наук, адвокат

АНАЛІЗ МЕХАНІЗМІВ ЗАХИСТУ ПРАВА НА ВІЛЬНІ ВИБОРИ

У статті проаналізовано механізми захисту права громадян України на вільні вибори. Розглянуто спеціальні закони – Закон України «Про вибори Президента України», Закон України «Про вибори народних депутатів України», Закон України «Про місцеві вибори». У вказаних вище законах зазначені однакові суб'єкти виборчого процесу, тобто виборці, Центральна виборча комісія, виборчі комісії, партія, що висунула кандидата, офіційний спостерігач від партії, а також залежно від того, які це вибори, кандидат у президенти, у народні або місцеві депутати, на міського, селищного, сільського голову. Порівнявши поняття виборця у кожному з вказаних законів, ми визначили, що виборець – це громадянин України, якому на день виборів виповнилося 18 років.

Доведено, що захистити свої права виборець може за допомогою звернення до відповідних органів та/або до суду. З метою захисту своїх прав кандидат у депутати, на міського, селищного або сільського голову, спостерігач можуть: 1) звернутися із скаргою до виборчої комісії, тобто до спеціального колегіального органу, який уповноважений організовувати підготовку та проведення виборів депутатів і забезпечувати додержання та однакове застосування законодавства України про вибори депутатів; 2) звернутися до суду. Окрему увагу у статті приділено можливості виборцю перевірити інформацію про своє включення до Державного реєстру виборців та зазначено, що потрібно робити, якщо виборцю не надійшло повідомлення про вибори і якщо виборець відсутній у вказаному реєстрі. У статті наведені приклади найчастіших порушень під час виборчого процесу та статистичні дані, зокрема й кількість зафіксованих заяв та повідомлень, які надходять до правоохоронних органів, щодо порушення виборчого процесу та прав виборців. Наголошується, що випадків порушення прав можна буде уникнути, якщо громадяни будуть більш свідомими і прийматимуть активну участь у виборчому процесі. Зазначено про необхідність підвищення правової культури та правосвідомості громадян. Реалізація свого права на волевиявлення залежить виключно від кожної людини, тому ми всі маємо самі захищати фундаментальне конституційне право на вільне волевиявлення.

Ключові слова: вибори, виборчий процес, виборець, право на вільні вибори, право голосувати, захист права на вільні вибори, шляхи захисту права на вільні вибори.

Постановка проблеми. Рівень розвитку демократичного суспільства багато в чому залежить від можливості вільного волевиявлення. Згідно зі статтею 69 Конституції України народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії [4]. У ч. 1 ст. 71 Основного Закону нашої держави чітко закріплено: «Виборцям гарантується вільне волевиявлення» [4]. Під час виборчого процесу виникає питання про те, чи можуть суб'єкти виборчого процесу захистити свої права та як захистити свої права у разі їх порушення під час виборів.

Автор, досліджуючи і осмислюючи цю проблему, опирався на праці таких вітчизняних і зарубіжних вчених і дослідників, як З. Бортновська, К. Грасхоф, М.С. Грушевський, М.П. Драгоманов, Б.І. Чичерін, Е.Е. Понтович, Г.Х. Шахназаров, Н.П. Фаберов, В.В. Копєйчиков, М.І. Козюбра, М.І. Малишко, Є.В. Назаренко, Н.Р. Нижник, В.Ф. Опришко, М.П. Орзіх, В.Ф. Погорілко, А.О. Селіванов, М.І. Ставнійчук, О.Ф. Фрицький, Ю.С. Шемшученко, В.В. Цвєтков, Л.П. Юзьков, В.Д. Яворський.

Мета статті – аналіз механізмів захисту права громадян України на вільні вибори, виокремлення теоретичних та практичних аспектів процесу такого захисту.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до статті 70 Конституції України право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними [4]. Крім Основного Закону нашої держави, право на вільні вибори закріплене й у низці міжнародно-правових документів.

У статті 25 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 19 жовтня 1973 р. № 2148-VIII) ідеться про таке: «*Кожний гро-*

© Ю. Сидорчук, 2019

мадянин без будь-якої дискримінації та без необґрунтованих обмежень повинен мати право й можливість брати участь у веденні державних справ як безпосередньо, так і через посередництво вільно обраних представників, а також голосувати та бути обраним на справжніх періодичних виборах, які проводяться на основі загального та рівного виборчого права при таємному голосуванні і забезпечують свободу волевиявлення виборців» [5].

Згідно зі статтею 3 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, яка ратифікована Верховною Радою України у Законі від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР («Право на вільні вибори»), закріплюються зобов'язання держав проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу [6].

Необхідно зазначити, що вибори в Україні регулюються спеціальними законами – «Про вибори Президента України» [1], «Про вибори народних депутатів України» [2], «Про місцеві вибори» [3]. Але за всі роки з моменту незалежності та дотепер Парламент не спромігся прийняти виборчий кодекс України, який би врегулював усі суперечливі моменти.

Проаналізувавши зазначені закони, можна зробити висновок, що виборчий процес складається з певних частин. У ньому задіяна значна кількість осіб, починаючи від працівників виборчих комісій, офіційних спостерігачів, кандидатів та їх представників. Права кожної з цих осіб можуть бути порушені під час виборчого процесу. Безумовно, головною особою для всіх є виборець, саме за його голосом ведеться полювання з моменту, коли починають говорити про вибори, і до початку так званої виборчої кампанії відповідно до вимог законодавства.

Уникнути порушення виборчих прав можна шляхом володіння необхідними знаннями та інформацією.

У даній статті пропоную розглянути деякі теоретичні та практичні аспекти механізмів захисту права на вільні вибори через аналіз зазначених вище спеціальних законів.

Спочатку потрібно дати визначення поняттям «виборець» та «суб'єкт виборчого процесу». У ч. 1 ст. 2 Закону України «Про вибори народних депутатів України» зазначено: *«Право голосу на виборах депутатів мають громадяни України, яким на день голосування виповнилося вісімнадцять років. Громадяни України, які мають право голосу, є виборцями»* [2]. У 8 абз. ч. 1 ст. 3 ЗУ «Про місцеві вибори» зазначено: *«Громадяни України, які мають право голосу на відповідних місцевих виборах, є виборцями»* [3]. У ч. 1 ст. 2 ЗУ «Про вибори Президента України» зазначено, що право голосу на виборах Президента України мають громадяни України, яким на день виборів виповнилося вісімнадцять років [1]. Отже, виборець – це громадянин України, якому на день виборів виповнилося 18 років.

Також у вказаних вище законах зазначені однакові суб'єкти виборчого процесу – виборець, Центральна виборча комісія, виборчі комісії, партія, що висунула кандидата, офіційний спостерігач від партії, а також залежно від того, які це вибори, бути кандидат у президенти, у народні або місцеві депутати, на міського, селищного, сільського голову.

Щоб визначити, як виборцям захистити свої права, потрібно спочатку визначити, які види прав виборців можуть бути порушені. Це право голосувати на відповідних виборах, право на участь у роботі виборчих комісій як їх членів, у проведенні передвиборної агітації, здійсненні спостереження за проведенням виборів та в інших заходах, пов'язаних з організацією та проведенням виборів, право бути обраним, право на таємне голосування.

Захистити свої права виборець може за допомогою звернення до відповідних органів та/або до суду. Залежно від того, яке саме право було порушене, потрібно обирати, що робити. На сайті Центральної виборчої комісії за ось цим посиланням можна дізнатися багато інформації: https://www.cvk.gov.ua/. Переконатися у цьому можна, зайшовши до кабінету виборця. Тут можна дізнатися, як голосувати внутрішньо переміщеним особам і виборцям, виборча адреса яких відноситься до тимчасово окупованої території України, як проголосувати не за зареєстрованим місцем проживання, де можна ознайомитися з переліком виборчих дільниць тощо. Зазвичай за декілька днів до проведення виборів виборцю має надійти запрошення, у якому зазначено дату проведення виборів та куди потрібно з'явитися, щоб проголосувати. Трапляються випадки, коли повідомлення не надходять, тому варто перевірити, чи є особа у списку виборця. Зробити це не так складно, потрібно скористатися цим посиланням: https://www.drv.gov.ua/ords/svc/f?p=111:LOGIN. Це посилання на сторінку сервісів Державного реєстру виборців з такими розділами: «Перевірка включення», «Пошук дільниці», «Мої вибори», «Відкриті дані», «Зворотний зв'язок». У розділі **«Перевірка включення»** можна перевірити інформацію про своє включення до Державного реєстру виборців. Потрібно зазначити іден-

тифікаційні персональні дані та виборчу адресу (зареєстроване місце проживання).

Зверніть увагу, що, якщо виборця немає у списку для голосування, необхідно звернутися до відділу ведення Державного реєстру виборців та написати заяву на внесення до списків. Проте зробити це потрібно не пізніше ніж за п'ять днів до дня проведення виборів.

Найчастіше виборці звертаються з адміністративним позовом до суду у разі, якщо не знаходять себе у списку виборців або потрібно виключити зі списку виборців себе або інших осіб. Це право має кожен, хто має право голосу на відповідних виборах або референдумі. Процедура звернення передбачена Кодексом адміністративного судочинства України. Адміністративні справи щодо уточнення списку виборців розглядає місцевий загальний суд як адміністративний суд за місцезнаходженням відповідної комісії.

Судовий збір за подання позовної заяви про уточнення списку виборців подається без сплати судового збору.

Тепер розглянемо те, як можуть захистити свої права інші суб'єкти виборчого процесу. З метою захисту своїх прав кандидат у депутати, на міського, селищного або сільського голову, спостерігач можуть: 1) звернутися із скаргою до виборчої комісії, тобто до спеціального колегіального органу, який уповноважений організовувати підготовку та проведення виборів депутатів і забезпечувати додержання та однакове застосування законодавства України про вибори депутатів; 2) звернутися до суду.

У XII розділі ЗУ «Про вибори Президента України» закріплена процедура оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів виборчого процесу, відповідальність за порушення виборчого законодавства. Ст. 91 визначає таке: *«Суб'єктом звернення із скаргою до виборчої комісії у випадках, передбачених цим Законом, може бути кандидат на пост Президента України, партія – суб'єкт виборчого процесу – в особі її керівника чи іншої особи, уповноваженої рішенням центрального керівного органу партії, офіційний спостерігач – суб'єкт виборчого процесу, а також виборець, виборчі права або охоронювані законом інтереси якого щодо участі у виборчому процесі порушено рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта оскарження. Від імені кандидата на пост Президента України суб'єктом звернення із скаргою може бути також його уповноважений представник у Центральній виборчій комісії, довірена особа у відповідному виборчому окрузі»* [1]. Окремо варто звернути увагу, що у статті зазначено і про право звернення із скаргою виборцем. У ст. 92 зазначеного Закону визначено, що скарги, що стосуються підготовки і проведення виборів Президента України, можуть бути подані на рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій та/або їх членів, дій кандидатів на пост Президента України, їх довірених осіб, партій – суб'єктів виборчого процесу [1]. У ст. 99 ЗУ «Про вибори Президента України» закріплений такий порядок оскарження рішень у судовому порядку *«1. Рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій, членів цих комісій, органів виконавчої влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації, кандидатів на пост Президента України, їхніх довірених осіб, партій – суб'єктів виборчого процесу, їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів, що порушують законодавство про вибори, можуть бути оскаржені до суду в порядку, визначеному Кодексом адміністративного судочинства України»* [1].

XIII розділ ЗУ «Про місцеві вибори» присвячений оскарженню рішень, дій чи бездіяльності, що стосуються місцевих виборів, відповідальності за порушення законодавства про місцеві вибори. Так, ст. 94 вказаного Закону передбачено: *«1. Кандидат, його довірена особа, місцева організація політичної партії, кандидати від якої зареєстровані на відповідних місцевих виборах, її представник в територіальній виборчій комісії або уповноважена особа, офіційний спостерігач, виборча комісія, утворена відповідно до цього Закону, а також виборець, виборчі права або охоронювані законом інтереси якого щодо участі у виборчому процесі порушено рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта оскарження, може звернутися до виборчої комісії зі скаргою, що стосується виборчого процесу, з урахуванням особливостей, визначених цією статтею та статтями 95–98 цього Закону. Від імені кандидата скарга може бути подана також його довіреною особою. Суб'єкт виборчого процесу може звернутися до суду в порядку, встановленому Кодексом адміністративного судочинства України»* [3].

У розділі XIII Закону України «Про вибори народних депутатів України» визначений порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності, що стосується процесу виборів депутатів, відповідальності за порушення виборчого законодавства. У ч. 1 ст. 108 передбачено таке: *«1. Кандидат у депутати, зареєстрований у встановленому Законом порядку, партія – суб'єкт виборчого процесу – в особі її керівника, представника партії у Централь-*

ній виборчій комісії, уповноваженої особи партії чи іншої особи, уповноваженої рішенням центрального керівного органу партії, довірена особа кандидата у депутати, офіційний спостерігач, виборча комісія, утворена відповідно до цього Закону, виборець, чиї особисті виборчі права або охоронювані законом інтереси щодо участі у виборчому процесі, у тому числі на участь у роботі виборчої комісії чи на здійснення спостереження, порушено рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта оскарження, може звернутися до виборчої комісії зі скаргою, що стосується виборчого процесу, з урахуванням особливостей, визначених цією статтею та статтями 109–113 цього Закону». У ч. 1 ст. 108 передбачено, що рішення, дії чи бездіяльність виборчих комісій, членів цих комісій, органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, засобів масової інформації, інформаційних агентств, підприємств, установ, організацій, їхніх посадових та службових осіб, творчих працівників засобів масової інформації та інформаційних агентств, кандидатів, їхніх довірених осіб, партій, їхніх посадових осіб та уповноважених осіб, офіційних спостерігачів, що порушують законодавство про вибори, можуть бути оскаржені до суду в порядку, визначеному Кодексом адміністративного судочинства України [2].

Громадським контролем під час виборів займається одна з провідних неурядових всеукраїнських громадських організацій «Громадянська мережа «Опора». Наведемо приклад проведення виборів народних депутатів України в липні 2019 року. Протягом травня – липня 2019 року спостерігачі «Опори» виявили 2 147 інцидентів із ознаками порушення законодавства, 83% з яких стосувалися порушення правил ведення передвиборної агітації і, як правило, не передбачали кримінальної відповідальності. Проте 202 інциденти стосувалися підкупу виборців, порушення законодавства членами виборчих комісій (93 випадки), зловживання адміністративними ресурсами (44 випадки), кримінального втручання у виборчий процес (перешкоджання діяльності кандидатів і партій) (17 випадків), порушення прав журналістів та спостерігачів (7 випадків). За результатами опрацювання виявлених інцидентів громадська організація направила 882 звернення до Національної поліції України.

З початку виборчого процесу станом на 18.07.2019 року Національна поліція України розпочала 273 кримінальних провадження, пов'язаних з виборчим процесом. З цих проваджень 202 розслідування стосувалися злочинів проти виборчих прав громадян (статті 157–160 Кримінального кодексу України), 71 провадження – інших незаконних дій під час виборчого процесу [7].

Згідно з даними Національної поліції України 21 липня 2019 року, тобто в день проведення виборів народних депутатів України, поліцейські зареєстрували 2105 заяв і повідомлень, пов'язаних із проведенням позачергових виборів. Ці факти пов'язані з такими порушеннями: незаконною агітацією – 504; підкупом виборців – 74; перешкоджанням здійсненню виборчого права – 67; конфліктами – 46; фотографуванням бюлетенів – 38; пошкодженням бюлетенів – 31; повідомленнями про замінування – 26. 71 повідомлення внесено до ЄРДР. 9 справ зафіксовано за статтею 160 – «Підкуп виборців», 8 повідомлень – «Завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян», 7 – «Перешкоджання здійсненню виборчого права», 7 – «Фальсифікація виборчих документів» [8].

Зазначена статистика свідчить про наявні порушення виборчого процесу. З метою уникнення вказаних вище порушень потрібно підвищувати правову культуру та правосвідомість громадян, проводити виховну та роз'яснювальну роботу серед населення.

Висновки

Підсумовуючи викладене, ми дійшли висновку, що на рівні законодавства визначено шляхи захисту прав громадянами своїх виборчих прав. Порушень прав під час виборів можна буде уникнути, якщо громадяни будуть більш свідомими і прийматимуть актину участь у виборчому процесі. Реалізація свого права на волевиявлення залежить виключно від кожної людини, тому ми всі маємо самі захищати фундаментальне конституційне право на вільне волевиявлення. З метою захисту своїх прав учасники виборчого процесу мають право звертатися до суду, до органів, установ та організацій.

Список використаних джерел:

1. Про вибори Президента України : Закон України від 05.03.1999 року № 474-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/474-14/.

2. Про вибори народних депутатів України : Закон України від 17.11.2011 року № 4061-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/4061-17.

3. Про місцеві вибори : Закон України від 14.07.2015 року № 595-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/595-19.

4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

5. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права ООН від 16.12.1966 р., ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19 жовтня 1973 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/995_043.

6. Протокол Перший до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Офіційний вісник України*. 2006. № 32. с. 453.

7. Офіційні дані Всеукраїнської громадської організації «Громадянська мережа «Опора». URL: https://www.oporaua.org/report/vybory/parlamentski-vybory/parlamentski-vybory-2019/19028-zvit-za-rezultatami-sposterezhennia-opori-na-pozachergovikh-viborakh-narodnikh-deputativ-ukrayini-21-lipnia-2019-roku-tendentsiyi-lipnia-ta-poperedni-visnovki-kampaniyi.

8. МВС: системних порушень на виборах не було. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/news-mvs-systemnykh-porushen-na-vyborah-ne-bulo/30067801.html.

In the article are analyzed the mechanisms of protection of the right of citizens of Ukraine to free elections. Special laws have been considered: the Law of Ukraine "On the Election of the President of Ukraine", the Law of Ukraine "On the Election of People's Deputies of Ukraine", and the Law of Ukraine "On Local Elections". The above laws specify the same subjects of the election process, the voter, the Central Election Commission, election commissions, the party that nominated the candidate, the official observer of the party, and depending on which election, it may be a presidential candidate, people's or local deputies, on the mayor, town, village mayor. In the article are comparing the concept of a voter in each of these laws, it is determined that the voter is a citizen of Ukraine, who turned 18 on election day. It is proved that the voter can protect his rights in the following ways: appealing to the relevant authorities and / or to court. In order to protect their rights, a candidate for mayor, city, town or village mayor may: 1) file a complaint with an election commission, that is, a special collegial body authorized to organize the preparation and conduct of elections of deputies and to ensure the observance and uniform application of legislation Ukraine on the election of deputies; 2) to go to court. Particular attention is paid to the possibility of the voter to check the information about his / her inclusion in the State Register of Voters and states what should be done if the voter has not received the election notification and if the voter is absent from the specified register. The article provides examples of the most frequent violations during the election process and provides statistics, including the number of recorded statements and reports to law enforcement agencies regarding election violations and voter rights. The necessity of raising the legal culture and the awareness of the citizens was pointed out. The exercise of our right to expression of expression depends solely on each individual, so we must protect the fundamental constitutional right to free expression.

Key words: elections, electoral process, voter, right to free elections, right to vote, protection of the right to free elections, ways to protect the right to free elections.

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.