4 2021 (302)

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

Редакційна колегія:

Бакалінська О.О.
Бобрик В.І.
Вавженчук С.Я.
Васильєва В.А.
Коструба А.В.
Крупчан О.Д.
Махінчук В.М.
Пацурія Н.Б.
Стефанчук М.О.
Федорченко Н.В.
Роберт Табашевський (Польща)

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Вікторія Борівська, Тетяна Міхайліна
Правовий режим вебсайту та його складників як об'єктів інтелектуальної власності 5

Жанна Васильєва-Шаламова, Марія Бабішена
Принцип конфіденційності в медіації: теоретичні проблеми забезпечення 10

Андрій Жук
Відновлення становища, яке існувало до порушення, як спосіб захисту корпоративних прав 16

Юрій Заіка, Олена Менделя
Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин 22

Ірина Коваль, Наталія Щербакова
Теоретико-правові аспекти захисту прав та інтересів позикодавців у кредитних зобов'язаннях 29

Володимир Кондратюк
Правовий статус суб'єктів споживчих банківських правовідносин 37

Олексій Кучеренко
Особливості визначення місця проживання дитини в разі розірвання шлюбу 43

Костянтин Пільков
Способи захисту права власності на землю та інше нерухоме майно: критика «книжного володіння» 47

Роман Пожоджук
Місце споживчих відносин у системі цивільного права 59

Яна Садикова
Кваліфікація позовної вимоги у цивільному процесі 66

Ліліана Сіщук
Підприємницькі юридичні особи в умовах рекодифікації цивільного законодавства України 74

Юлія Сусь
До питання про спадкування майна подружжя за наявності шлюбного договору 81

ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

Володимир Шемонаєв
Загальна аварія як система правових стандартів у забезпеченні безпеки міжнародного мореплавства……87

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Діна Зятіна
Удосконалення правового статусу відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб…… 93

Оксана Орлова
Правові засади функціонування суб'єктів природних монополій……99

Віталій Юдін
Регулювання господарських відносин в умовах цифровізації економіки……104

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ніна Гетьманцева, Ганна Митрицька
Природа та сутність індивідуально-договірного регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці……111

Ірина Козуб
Трудовий договір про дистанційну роботу в системі трудових договорів……118

АГРАРНЕ ПРАВО

Наталія Карпінська
Правова характеристика застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві……127

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олексій Дніпров
Взаємодія органів виконавчої влади та громадських інституцій: адміністративно-правовий аспект……138

Руслан Капран
Історіографія досліджень проблематики джерел адміністративного права……144

Ігор Ковбас, Іван Торончук, Павло Крайній
Особливості взаємодії органів публічного врядування з консультативно-дорадчими органами……151

Ірина Корчова
Доцільність запровадження особливого порядку провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки……157

Віктор Ладиченко, Ірина Кравцова
Теоретичні аспекти співвідношення вертикальних обмежень та принципу свободи договору……163

Ярослава Лакійчук
Адміністративно-правові гарантії реалізації прав учасників дорожнього руху…… 171

Віктор Лещинський
Ефективність здійснення судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування: функціональний підхід……178

Сергій Мельник
Правові засади запровадження стандартів Північноатлантичного альянсу у функціонування Збройних Сил України……183

Олексій Прокопенко, Микола Комзюк
Адміністративно-превентивні заходи забезпечення безпеки дорожнього руху Національною поліцією України……189

Володимир Репело
Адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби України……195

Олександр Юнін
Поняття громадського контролю над діяльністю Національної поліції України……200

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Юліанна Вітик
Принцип дотримання прав людини в діяльності Національної поліції України: стан наукового дослідження……205

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Євгенія Павліченко, Олег Стець, Роман Шелудяков
Методологічні засади компаративного аналізу в системі юридичних досліджень……210

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Олександр Біловол
Психологічне насильство як вид домашнього насильства……215

Олена Драган
Щодо кримінальної відповідальності за незаконне збагачення……222

Олена Олійник
Вплив принципів кримінального права на подолання прогалин у кримінальному законодавстві України……227

КРИМІНОЛОГІЯ

Віталій Плекан
Особливості та причини виникнення корупції в правоохоронних органах України……231

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Микола Остренко
Діючий порядок «реабілітації померлих» як елемент інституту реабілітації в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України……239

Олександр Розумовський
Зловживання процесуальними правами за чинним кримінальним процесуальним законодавством України……247

Андрій Ткачик
Система процесуальних дій, спрямованих на обмеження таємниці спілкування……253

КРИМІНАЛІСТИКА

Владислав Негребецький
Відеозапис під час слідчого експерименту……257

Олег Шкута
Методика розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування……262

Роксолана Юрків
Зміст, завдання і типові слідчі ситуації наступного та завершального етапів розслідування підкупу медичних працівників……267

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

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Євген Білоусов, Марина Кахнова
Застосування статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у практиці Європейського Суду з прав людини……**276**

Максим Логвиненко
Поняття та складники правової поведінки……**283**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
ISSN 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)
На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (Додаток 1) журнал внесений до переліку фахових видань категорії "Б" у галузі юридичних наук (081 "Право", 293 "Міжнародне право")

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

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (Протокол № 4 від 21.04.2021 року)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 22.04.2021. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 25,20. Обл.-вид. арк. 31,86.
Тираж – 255. Замовлення № 0421/130
Видавець: Видавничий дім «Гельветика»,
65101, м. Одеса, вул. Інглезі, 6/1
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2021.
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 347.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.01

Вікторія Борівська,
студентка IV курсу юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

Тетяна Міхайліна,
докт. юрид. наук, професор,
професор кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ВЕБСАЙТУ ТА ЙОГО СКЛАДНИКІВ ЯК ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Метою статті є аналіз та уточнення правового режиму вебсайту і його складових частин як об'єктів інтелектуальної власності.

В результаті дослідження визначено, що вебсайт виступає комплексним за структурою, окремим і самостійним об'єктом права інтелектуальної власності у сфері авторського права, оскільки під час створення потребує використання творчих здібностей людини та не має чітко визначеної структури, а саме може складатися з різних об'єктів права інтелектуальної власності, в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням, що, як наслідок, породжує оригінальність та унікальність кожного вебсайту. Зроблено висновок, що не можна ототожнювати комп'ютерну програму та вебсайт. Крім того, не можна вважати вебсайт лише сукупністю графічних, візуальних, літературних, та інших творів, оскільки це визначення не охоплює всю його сутність. Також варто відзначити, що саме невизначеність чіткої кількості структурних елементів у цьому об'єкті відіграє значну роль у творчому процесі створення останнього.

Аргументовано необхідність розширення законодавчого поняття «вебсайт», а саме вебсайт – це комплексний об'єкт авторського права, що являє собою сукупність апаратного й програмного забезпечення, доменного імені, вебдизайну, інформаційного наповнення (контенту) та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав тощо, які пов'язані між собою в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням. При цьому обумовленим є доповнення переліку об'єктів авторського права у ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» та переліку об'єктів права інтелектуальної власності у ст. 420 Цивільного кодексу України окремим пунктом «вебсайт».

Виявлено, що вебсайт є комплексним об'єктом права інтелектуальної власності, який складається з інших його об'єктів. Водночас відповідні елементи перебувають у спеціальному індивідуальному порядку щодо кожного вебсайту та своєю сукупністю визначають його оригінальність. Зазначено, що до структури вебсайту належать такі ключові елементи, як контент, апаратні та програмні засоби, вебсторінка, доменне ім'я та вебдизайн. Особливістю цих складових частин є те, що вони є різними за своєю правовою природою об'єктами права інтелектуальної власності.

Ключові слова: вебсайт, інтернет-сайт, правовий режим, об'єкт інтелектуальної власності, авторське право, суміжні права, охорона прав, інформаційне суспільство.

Постановка проблеми. Всесвітня інформаційна система загального доступу, або Інтернет, з моменту свого створення стала невід'ємною частиною сучасного світу. При цьому нині жодна людина не уявляє Інтернет без вебсайту, оскільки він є ключовим елементом Інтернету, за допомогою якого користувачі мають змогу отримувати доступ до інформації. Оскільки з кожним роком кількість вебсайтів та масив поширеної інформації збільшується, то закономірно виникає потреба створення механізму правового регулювання відносин, пов'язаних із вебсайтом та опублікованою на ньому інформацією.

Водночас науковці у своїх дослідженнях вказують на складну природу вебсайту та здебільшого відносять його до об'єктів права інтелектуальної власності. Однак у зв'язку з новизною такого явища, як вебсайт, у науковій доктрині ще не випрацьовувалось чітке поняття вебсайту, а також його місце в системі об'єктів права інтелектуальної власності, як і форми та способи ефективного захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

© В. Борівська, Т. Міхайліна, 2021

До поняття вебсайту, його структури та характеристик звертались такі науковці, як В.Б. Наумов, М.В. Гура, О.С. Фелечко, К.О. Зеров, Є.А. Булат, Н.В. Філик, В.Ю. Молодід, Ю.Е. Атаманова, Н.І. Майданик, А.В. Кирилюк, Ю.В. Маслюк, Л.Л. Тарасенко, А.О. Гордеюк, А.А. Клименко, В.О. Каландей. Таким чином, ґрунтовне наукове дослідження вебсайту, зокрема правового режиму його інформаційного наповнення, має стати поштовхом для продовження законодавцем процесу правового впорядкування аналізованих суспільних відносин та розроблення способів якісного захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет.

Метою статті є аналіз та уточнення правового режиму вебсайту та його складових частин як об'єктів інтелектуальної власності.

Виклад основного матеріалу. Вебсайт (інтернет-сайт) є одиницею віртуального простору, за допомогою якої можна зберігати різноманітну інформацію, маючи доступ для ознайомлення та обміну з будь-якої точки планети.

Безпосередньо вебсайт виник не так давно, а саме його було створено у 1990 р. фізиком Тімом Бернерс-Лі [1]; одразу з моменту його створення серед науковців з різних країн почали виникати дискусії щодо правової природи цього предмета дослідження. Серед українських дослідників це питання почало викликати значний інтерес уже на початку XXI століття. Так, В.Б. Наумов визначив вебсайт як системно впорядковану сукупність вебсторінок, що об'єднані гіперпосиланнями, при цьому кожна вебсторінка сайту має свою унікальну адресу в мережі Інтернет і є своєрідною програмою, написаною за допомогою команд мови HTML, що покликана керувати відображенням вебсторінки під час доступу до неї користувачів [2, с. 201]. Дещо подібним є визначення М.В. Гури, який розуміє вебсайт як логічно завершений елемент мережі Інтернет, який створений на основі технології гіперпосилань, розташований на сервері (host), має унікальну адресу (url), за якою до нього може отримати доступ будь-який користувач мережі Інтернет, а у своїй основі містить інтернет-сторінки, які мають графічний вигляд і можуть переглядатися за допомогою спеціальних програм (браузерів) [3, с. 35].

Водночас на законодавчому рівні вперше було визначено поняття «вебсайт» у спільному Наказі Державного комітету інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України та Державного комітету зв'язку та інформатизації України «Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного вебпорталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування вебсайтів органів виконавчої влади» від 25 листопада 2002 р. № 327/225, де зазначається, що вебсайт – це сукупність програмних та апаратних засобів з унікальною адресою у мережі Інтернет разом з інформаційними ресурсами, що перебувають у розпорядженні певного суб'єкта й забезпечують доступ юридичних та фізичних осіб до цих інформаційних ресурсів, а також інші інформаційні послуги через мережу Інтернет [4]. У цьому нормативно-правовому акті було надано визначення вебсайту як певного поєднання технічної та інформаційної складових частин.

При цьому на рівні закону відповідне поняття законодавці затвердили лише 26 квітня 2017 р. у новій редакції Закону України «Про авторське право і суміжні права» (Закон № 3792-XII), де зазначається, що вебсайт – це сукупність даних, електронної (цифрової) інформації, інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, пов'язаних між собою і структурованих у межах адреси вебсайту та (або) облікового запису власника цього вебсайту, доступ до яких здійснюється через адресу мережі Інтернет, що може складатися з доменного імені, записів про каталоги або виклики і (або) числової адреси за інтернет-протоколом [5]. З аналізу стає зрозумілим, що законодавець у новій редакції Закону розширив поняття вебсайту, зазначивши його як складний структурний об'єкт, що містить невизначену кількість елементів (причому не простих за своєю природою елементів, а окремих об'єктів права інтелектуальної власності), поєднаних між собою в особливому порядку. Також слід зазначити, що досі це визначення залишилося незмінним.

Проте, проаналізувавши наведені поняття науковців та законодавця, розуміємо, що в них відсутня пряма вказівка на приналежність вебсайту до об'єктів права інтелектуальної власності, як і в інших НПА, а саме у ст. 8 вищезазначеного Закону та ст. 420 ЦКУ вебсайт до переліку об'єктів авторського права та переліку об'єктів права інтелектуальної власності не включений. При цьому до переліку об'єктів авторського права у ст. 8 Закону № 3792-XII включено «інші твори», тому виникає спір між науковцями щодо того, чи є вебсайт окремим об'єктом права інтелектуальної власності або він є просто носієм інформації, яка належить до об'єктів права інтелектуальної власності.

Оскільки вебсайт складається з різних вебсторінок, які перебувають у певному

порядку та є своєрідними програмами, індивідуального доменного імені, спільного дизайну й містить певну інформацію, то можна зробити висновок, що вебсайт утворює своєрідну нову та оригінальну «композицію» з поєднанням у собі невичерпної кількості елементів. З огляду на це стає чітко зрозумілою наявність творчого характеру. Аргументом до цього висновку слугує метод реалізації мети створення вебсайту, яка полягає в тому, що складові частини вебсайту спеціально підбираються та розташовуються у певній комбінації, з певним задумом, що є ознакою творчого характеру.

Більшість фахівців з інтелектуальної власності згодна з тим, що вебсайт – це об'єкт права інтелектуальної власності. Однак питання, до якого інституту цього права зазначений об'єкт належить, залишається відкритим. Як зазначає О.С. Фелечко у своєму дослідженні, «різні науковці відносять вебсайт до різновиду комп'ютерної програми; сукупності графічних, візуальних, літературних та інших творів, кожен з яких є самостійним об'єктом авторського права; складеного твору; бази даних; окремого файлу, який зчитує комп'ютерна програма» [6]. При цьому найпоширенішим варіантом є віднесення вебсайту саме до комп'ютерної програми.

Так, Держдепартамент інтелектуальної власності у Листі від 25 листопада 2004 р. № 16-14/5105 зазначив, що програмне забезпечення для вебсайту, програмні засоби вебсайту є комп'ютерними програмами, оскільки являють собою набір інструкцій у вигляді слів, цифр, кодів, схем, символів чи у будь-якому іншому вигляді, виражені у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять його у дію для досягнення певної мети або результату, а також охоплюються поняттям комп'ютерної програми, визначеним у ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Проте Міністерство юстиції України у Листі від 18 грудня 2006 р. № 19-5-537 зазначило, що «на законодавчому рівні чітко не встановлено, що вебсайти належать до комп'ютерних програм», а також порекомендувало за більш детальними роз'ясненнями звертатися до Держдепартаменту інтелектуальної власності як до державного органу, уповноваженого давати відповіді на такі запитання.

Водночас вихідним продуктом комп'ютерної програми є виконуваний код, що створюється за допомогою мов програмування. Розмітка гіперпосилань, хоч і є набором інструкцій, але не є мовою програмування; цей механізм застосовується лише задля відображення інформації [7, с. 49], тому комп'ютерну програму та вебсайт не можна ототожнювати.

Ще однією досить популярною позицією є визначення вебсайту як сукупності кількох об'єктів права інтелектуальної власності. Цей висновок науковці роблять на основі так званої зовнішньої сторони вебсайту, а саме змістовного та інформаційного його наповнення. Таким чином, не можна вважати вебсайт лише сукупністю графічних, візуальних, літературних та інших творів, оскільки це визначення не охоплює всю його сутність.

Так, можна погодитися з позицією Є.А. Булата про те, що правова природа вебсайту має комплексний характер з огляду на його технічну складову частину та графічне й інформаційне оформлення [8, с. 16]. Крім того, на думку Н.В. Філика та В.Ю. Молодіда, вебсайт через свою оригінальність та необхідність застосування розумових і творчих навичок під час його створення приречений стати об'єктом права інтелектуальної власності, а саме авторського права. Причому у зв'язку з доступністю інформації щодо навчання комп'ютерному програмуванню та вебдизайну допускається можливість створення цього об'єкта будь-якою особою, але переважно інтернет-сайт створюється на замовлення як службовий твір чи за договором створення об'єкта авторського права [9, с. 306]. З цією позицією у своїх дослідженнях погоджуються такі науковці, як Н.І. Майданик, Л.Л. Тарасенко, А.О. Гордеюк [10; 11; 12]. Таким чином, вебсайт виступає комплексним за структурою, окремим і самостійним об'єктом права інтелектуальної власності у сфері авторського права, оскільки під час створення потребує використання творчих здібностей людини та не має чітко визначеної структури, а саме може складатися з різних об'єктів права інтелектуальної власності, в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням, що, як наслідок, породжує оригінальність та унікальність кожного вебсайту, тобто, поєднуючи різнорідні за своїм характером об'єкти, вебсайт має ознаки, що не є сукупністю ознак його складових частин. При цьому додатковими ознаками приналежності до авторського права для вебсайту є те, що останній належить до творів мистецтва, науки, літератури, має об'єктивну форму вираження через своє програмне забезпечення й поширення в мережі Інтернет, а також є відтворюваним.

З огляду на вищезазначене виникає необхідність розширення законодавчого поняття вебсайту, а саме вебсайт – це комплексний об'єкт авторського права, що являє собою сукупність апаратного й програмного забез-

печення, доменного імені, вебдизайну, інформаційного наповнення (контенту) та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які пов'язані між собою в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням. При цьому обумовленим є доповнення переліку об'єктів авторського права у ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» та переліку об'єктів права інтелектуальної власності у ст. 420 Цивільного кодексу України окремим пунктом «вебсайт».

Отже, вебсайт є комплексним об'єктом права інтелектуальної власності, який складається з інших його об'єктів. Водночас відповідні елементи знаходяться у спеціальному індивідуальному порядку щодо кожного вебсайту та своєю сукупністю визначають його оригінальність. При цьому «сукупність інших об'єктів права інтелектуальної власності як елементів вебсайту» є досить широким та «розмитим» у своєму трактуванні визначенням, тому існують різні позиції науковців щодо питання переліку необхідної сукупності об'єктів права інтелектуальної власності для визначення вебсайту як окремого твору. Так, К.О. Зеров зазначає, що існують як обов'язкові елементи (контент вебсайту, структурний розв'язок), так і факультативні (дизайн, програмне забезпечення), визначаючи доменне ім'я як самостійний об'єкт, призначений для індивідуалізації учасників цивільного обігу в мережі Інтернет, пов'язаний із товарними знаками (торговельними марками), а не з інститутом авторського права [13, с. 29–30]. Проте Н.І. Майданик зазначає, що мінімальний набір елементів вебсайту передбачає дизайн, структурний розв'язок, програмне забезпечення, контент, доменне ім'я [10, с. 74].

Ю.Є. Атаманова вважає, що для досягнення формальної та змістовної єдності вебсайтом необхідна наявність таких його складових частин, як програмні та апаратні засоби (серверні програмні засоби; програмні засоби сайту); адреса в мережі Інтернет або доменне ім'я; інформаційне наповнення, яке охоплює текстову, графічну та аудіовізуальну інформацію [14, с. 8]. При цьому можна погодитися з позиціями Н.І. Майданика та Ю.Є. Атаманової, оскільки для нормальної «життєдіяльності» вебсайту потрібне власне унікальне ім'я (домен), він функціонує за допомогою засобів програмування, містить певну графіку й візуалізацію інформації, яка має бути придатна для використання користувачами Інтернету. Також подібною є позиція А.В. Кирилюк, яка визначає чотири складові частини вебсайту, такі як апаратна складова частина, програмні засоби, вебсторінка сайту, що має унікальну адресу, та контент [15, с. 14].

Враховуючи вищенаведені необхідні складові частини вебсайту, можемо дійти висновку, що саме поєднання апаратного та програмного забезпечення, доменного імені, вебдизайну й контенту становить вебсайт. Водночас у цьому абзаці наведені лише необхідні елементи, а їхня наявність не виключає інших необов'язкових складових частин (облікові записи користувачів вебсайту, велика кількість вебсторінок). Також варто відзначити, що саме невизначеність чіткої кількості структурних елементів у цьому об'єкті відіграє значну роль у творчому процесі створення останнього. Крім того, слід пам'ятати, що структурні елементи вебсайту окремо мають також непросту характеристику, а саме всі вони, як і вебсайт, підлягають охороні як об'єкти права інтелектуальної власності.

Висновки

В результаті дослідження визначено, що вебсайт виступає комплексним за структурою, окремим і самостійним об'єктом права інтелектуальної власності у сфері авторського права, оскільки під час створення потребує використання творчих здібностей людини та не має чітко визначеної структури, а саме може складатися з різних об'єктів права інтелектуальної власності в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням, що, як наслідок, породжує оригінальність та унікальність кожного вебсайту.

На підставі вищезазначеного аргументовано необхідність розширення законодавчого поняття вебсайту, а саме вебсайт – це комплексний об'єкт авторського права, що являє собою сукупність апаратного й програмного забезпечення, доменного імені, вебдизайну, інформаційного наповнення (контенту) та інших об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, які пов'язані між собою в різних комбінаціях та з особливим їх впорядкуванням. При цьому обумовленим є доповнення переліку об'єктів авторського права у ст. 8 Закону України «Про авторське право та суміжні права» та переліку об'єктів права інтелектуальної власності у ст. 420 Цивільного кодексу України окремим пунктом «вебсайт».

Водночас виявлено, що до структури вебсайту належать такі ключові елементи, як контент, апаратні та програмні засоби, вебсторінка, доменне ім'я та вебдизайн. Особливістю цих складових частин є те, що вони є різними за своєю правовою природою об'єктами права інтелектуальної власності.

Список використаних джерел:

1. Історія створення першого в світі сайту. *Web Building*. URL: https://webbuilding.com.ua/ukr/articles/istoriya-stvorennya-pershogo-saytu (дата звернення: 08.06.2019).

2. Наумов В.Б. Право и Интернет: очерки теории и практики. Москва : Книжный дом «Университет», 2002. 201 с.

3. Гура М.В. Право інтелектуальної власності в Інтернеті. Правова охорона інтернет-сайту в Україні. *Український юрист*. 2004. № 10 (22). С. 34–35.

4. Про затвердження Порядку інформаційного наповнення та технічного забезпечення Єдиного вебпорталу органів виконавчої влади та Порядку функціонування вебсайтів органів виконавчої влади : Наказ Державного комітету інформаційної політики, телебачення та радіомовлення України та Державного комітету зв'язку та інформатизації України від 25 листопада 2002 р. № 327/225. *Офіційний вісник України*. 2003. № 2. Ст. 154.

5. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64 (із змінами).

6. Фелечко О.С. Вебсайт: від поняття до створення та функціонування. *ІТ-право: проблеми і перспективи розвитку в Україні (друга міжнародна щорічна конференція)*. URL: http://aphd.ua/publication-363 (дата звернення: 17.11.2019).

7. Зеров К.О. Особливості захисту прав на твори, розміщені в мережі Інтернет : монографія. Київ : Інтерсервіс, 2018. 220 с.

8. Булат Є.А. До питання правової охорони вебсайту. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2015. № 13 (2). С. 16–17.

9. Філик Н.В., Молодід В.Ю. Інтернет-сайт як особливий об'єкт авторсько-правового захисту. *Держава і право. Серія: Юридичні і політичні науки*. 2011. № 54. С. 305–310.

10. Майданик Н.І. Web-сайт в мережі Інтернет як особливий об'єкт авторського права. *Юридична Україна: Правовий часопис*. 2008. № 12. С. 73–80.

11. Тарасенко Л.Л. Інтернет-сайт як об'єкт права інтелектуальної власності. *Юридичний холдинг*. URL: http://yurholding.com/news/118-nternet-sayt-yak-obyekt-prava-ntelektualnoyi-vlasnost.html (дата звернення: 13.02.2020).

12. Гордеюк А.О. Проблема вдосконалення правового регулювання вебсайтів і доменних імен в умовах інформатизації суспільства. *Гуманітарний часопис*. 2019. № 2. С. 73–83.

13. Зеров К.О. Вебсайт як непоіменований об'єкт авторського права. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету*. 2013. № 6 (3). С. 28-30.

14. Атаманова Ю.Е. Захист прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет: світовий досвід та вітчизняні перспективи. *Право та інновації*. 2014. № 3. С. 7–14.

15. Кирилюк А.В. Сайт та його наповнення (контент) як об'єкт правовідносин. *Дискусії щодо методики викладання та самонавчання: від римського приватного права до сучасності; від курсової роботи до дисертації. Забезпечення оригінальності творів: невирішені питання* : матеріали відкритого міжкафедрального семінару (Одеса, 23 травня 2016 р.). Одеса : Фенікс, 2016. С. 13–17.

Victoriia Borivska, Tetiana Mikhailina. Legal regime of the website and its components as objects of intellectual property

The purpose of the scientific article is to analyze and clarify the legal regime of the website and its components as objects of intellectual property.

As a result of the study, it is determined that the Website is a complex structure, a separate and independent object of intellectual property rights in the field of copyright, since it requires the use of creative abilities of a person and does not have a clearly defined structure. So, it can consist of various objects of intellectual property rights, in various combinations and with a special ordering, which, as a result, generates the originality and uniqueness of each website. It is concluded that it is impossible to identify a computer program and a website. In addition, a website cannot be considered only a collection of graphic, visual, literary, and other works, since this definition does not cover its entire essence. It is also worth noting that it is the uncertainty of a clear number of structural elements in a given object plays a significant role in the creative process of creating the latter.

The necessity of expanding the legislative concept of a "website" is argued, namely: a website is a complex object of copyright, which is a set of hardware and software, domain name, web design, information content and other objects of copyright and (or) related rights, etc., which are related in various combinations and with their special ordering. At the same time, the additions of the list of objects of copyright in art. 8 of the law of Ukraine "On copyright and related rights" and the list of objects of intellectual property rights in art. 420 of the Civil Code of Ukraine as a separate item "website" are proposed.

It is revealed that the website is a complex object of intellectual property rights, which consists of its other objects. At the same time, the relevant elements are located in a special individual order for each website and their totality determines its originality. It is noted that the structure of the website includes such key elements as: content, hardware and software, web page, domain name and web design. The peculiarity of these components is that they are objects of intellectual property rights that differ in their legal nature.

Key words: website, Internet site, legal regime, intellectual property object, copyright, related rights, rights protection, information society.

УДК 347.91
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.02

Жанна Васильєва-Шаламова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Марія Бабішена,
магістрантка кафедри цивільного процесу
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРИНЦИП КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ В МЕДІАЦІЇ: ТЕОРЕТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Статтю присвячено дослідженню принципів інституту медіації, зокрема принципу конфіденційності медіації як одного з основоположних принципів цього інституту. У статті здійснено аналіз публікацій та напрацювань вітчизняних науковців і юристів-практиків стосовно дослідження та імплементації інституту медіації у світі та в Україні, зокрема, під час вирішення цивільно-правових спорів.

Проаналізовано деякі підходи до класифікації принципів медіації. Визначено, що як на теоретичному, так і на законодавчому рівнях нині не сформовано єдиного підходу до визначення принципів медіації. Водночас з'ясовано, що більшість науковців погоджується з необхідністю дотримання принципу конфіденційності медіації.

Шляхом аналізу напрацювань у сфері законодавчої регламентації інституту медіації в Україні, а саме проєкту Закону України «Про медіацію» від 19 травня 2020 року № 3504 (який нині прийнято у першому читанні), здійснено висвітлення можливих проблем забезпечення дотримання принципу конфіденційності медіації у разі звернення сторін медіації до суду задля вирішення цивільно-правового спору в судовому порядку.

Визначено неузгодженість деяких положень проєкту Закону України «Про медіацію» від 19 травня 2020 року № 3504 з положеннями чинного цивільного процесуального законодавства України.

За результатами відповідного аналізу чинного законодавства України та законодавчої ініціативи у сфері медіації сформульовано висновки та пропозиції щодо удосконалення наявного проєкту Закону України «Про медіацію» задля запобігання виникнення правових колізій.

Запропоновано здійснити внесення змін до чинного законодавства та проєкту Закону України «Про медіацію» шляхом визначення випадку необхідності однієї зі сторін медіації надати суду відомості стосовно факту проведення медіації як заходу досудового врегулювання спору як іще одного винятку з необхідності застосування принципу конфіденційності.

Також запропоновано розширити перелік прав учасників справи, регламентованих положеннями статті 43 Цивільного процесуального кодексу України, задля збереження інформації, що віднесена до конфіденційної у зв'язку з участю цих осіб у медіації.

Ключові слова: альтернативне вирішення спорів, медіація, конфіденційна інформація, принцип конфіденційності медіації, досудове врегулювання спору, цивільний процес.

Постановка проблеми. Вирішення приватноправових спорів у досудовому або позасудовому порядку зумовлює необхідність належного врегулювання процедури та засадничих принципів застосування альтернативних способів (форм) врегулювання спорів. Одним із таких альтернативних способів вирішення спорів, що нині набуває популярності в Україні, є медіація – добровільна, позасудова, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів. Врегулювання медіації на законодавчому рівні нині в Україні перебуває в процесі розроблення й потребує покращення та узгодження з чинним законодавством задля недопущення виникнення правових колізій.

Дослідженням питань, пов'язаних зі становленням та розвитком медіації як одного з інститутів альтернативних способів (форм) врегулювання спорів, займалися, зокрема, такі вчені, як Н.Л. Бондаренко-

© Ж. Васильєва-Шаламова, М. Бабішена, 2021

Зелінська, А.Г. Бортнікова, О.С. Можайкіна, Н.А. Мазаракі, Г.О. Огренчук, Ю.Д. Притика, Л.Д. Романадзе, О.М. Спектор. Незважаючи на кількість наукових праць, присвячених безпосередньо принципам медіації та правовому статусу медіатора, деякі питання залишаються недостатньо дослідженими та потребують ґрунтовного вивчення.

Метою статті є аналіз наявних підходів до визначення та класифікації принципів медіації, а також визначення актуальних теоретичних і практичних проблем забезпечення дотримання одного з фундаментальних принципів медіації під час вирішення цивільно-правових спорів, а саме принципу конфіденційності.

Виклад основного матеріалу. Медіація (від лат. "mediare" – «бути посередником») – це переговори сторін за участю третьої особи, а саме медіатора, який, здійснюючи загальне керівництво процедурою, допомагає сторонам налагодити комунікацію між собою та самостійно досягти максимально ефективних домовленостей зі спірних питань, однак не має повноважень на вирішення спору.

Медіації як певній процедурі притаманні ознаки, серед яких слід виділити такі:

– наявність нейтральної третьої особи – медіатора, який сприяє налагодженню комунікації між сторонами;

– вирішення спору та напрацювання угоди безпосередньо сторонами, а не медіатором;

– відсутність жорсткої правової регламентації процедури, змагальності та обов'язкового рішення;

– наявність медіаційної угоди та, як правило, неможливість примусового її виконання без звернення до компетентних органів [1, с. 90].

Визначальною характеристикою медіації як альтернативного способу вирішення спорів є те, що така процедура є виключно добровільною, а порядок і правила її проведення регулюються, переважно, саме договором між учасниками медіації та можуть відрізнятися в кожному окремому випадку.

Водночас процедура проведення медіації не є виключно диспозитивною, адже загалом процес медіації, як і будь-який інший процес, має свої правила, хоча він не такий формалізований, як судовий процес. Він складається з низки послідовних етапів, через які сторони повинні поступово проходити, щоб домогтися позитивного результату й укласти угоду. Кожен етап має власну мету й завдання [2, с. 96]. При цьому існують певні принципи, керівні ідеї медіації, що мають бути враховані учасниками такої процедури.

Визначення принципів медіації має як теоретичне, так і практичне значення. Так, перш за все визначення принципів є невід'ємною складовою частиною характеристики медіації як правового інституту. Правове регулювання медіації без законодавчого встановлення принципів її застосування неможливе [3, с. 96].

У зв'язку з цим багато праць вітчизняних науковців присвячено саме дослідженню принципів медіації, їх класифікації та характеристиці.

Ю.Д. Притика зазначає, що традиційно принципи права поділяються на загальноправові, міжгалузеві та галузеві, і така класифікаційна закономірність, вочевидь, притаманна також медіації, тому він пропонує умовно виділити загальноправові принципи медіації, міжгалузеві принципи медіації та конкретно правові принципи медіації. При цьому до базових принципів медіації, які найбільш поширені у законодавстві про медіацію зарубіжних країн і визначені в основних рамкових міжнародних документах, науковець відносить добровільність, рівність сторін, нейтральність медіатора, конфіденційність [4, с. 88, 91].

О.С. Можайкіна стверджує, що наукові дослідження й світова практика дають підстави визначити, що до принципів медіації в цивільно-правових відносинах належать принцип власної відповідальності, добровільності, конфіденційності, нейтральності (безпристрасності), незалежності, відкритості результату, поінформованості, а також структурованості та гнучкості медіаційного процесу [5, с. 56].

При цьому авторка акцентує увагу на принципі відкритості результату, який полягає в тому, що сторони приймають рішення, які є реальними для виконання обома сторонами конфлікту, вимірюваними в часі й просторі [5, с. 57].

Однак визначення такого принципу, як «відкритість» результату, є дещо дискусійним. Враховуючи надану характеристику, маємо визначити цей принцип не як принцип відкритості, а як принцип реальності або ефективності результату, адже йдеться саме про реальність виконання досягнутих сторонами медіації домовленостей, а не про відкритість інформації щодо досягнутого сторонами результату. Так, результат медіації її учасниками може бути віднесено до конфіденційної інформації, що не підлягає розголошенню, що тоді суперечитиме принципу «відкритості результату».

Враховуючи вищенаведені визначення, та здійснивши аналіз напрацювань науковців щодо класифікації принципів медіації,

доходимо висновку, що принцип конфіденційності їх більшістю визначається як обов'язковий базовий принцип медіації.

Звернемо увагу на те, що Директивою 2008/52/ЄС щодо окремих аспектів медіації в цивільних та комерційних справах (*Directive of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*) як один з основоположних принципів медіації регламентовано принцип конфіденційності.

Принцип конфіденційності передбачає, що будь-яка інформація, отримана на всіх етапах процесу медіації або пов'язана з нею, не підлягає розголошенню, зокрема пропозиції одній зі сторін про застосування процедури медіації, відомості про готовність сторін до участі в проведенні процедури, факт того, що медіація буде проведена або вже відбулась. Конфіденційною є інформація щодо думок, пропозицій або визнань, висловлених у ході проведення процедури медіації; готовності однієї зі сторін прийняти пропозицію іншої сторони про врегулювання спору. Будь-які відомості, доведені конфіденційно медіатору однією зі сторін, не повинні доводитися ними до відома іншої сторони. Будь-які записи, зроблені в процесі медіації, мають бути знищені, а зміст медіаційної угоди може бути розкритий тільки у випадках, встановлених законом, зокрема, задля її виконання [6, с. 124–125].

Як зазначає Н.А. Мазаракі, у медіації конфіденційність дає медіатору можливість в умовах початкової недовіри вибудовувати ефективне спілкування між сторонами спору та між стороною спору й медіатором, адже без гарантій конфіденційності очікувати на відверту розмову сторін не видається можливим. І в приватних, і в комерційних спорах гарантії нерозголошення інформації, яку розкривають сторони спору у процесі медіації, виступають саме тим чинником, який має сприяти популярності та ефективності медіації. Для досягнення цієї мети законодавство має чітко встановлювати обсяг інформації, яка не підлягає розголошенню, а також виняткові підстави відступу від принципу конфіденційності медіації, порядок притягнення до відповідальності осіб, які розголосили інформацію, що охороняється законом [7, с. 30–31].

Враховуючи думку авторів, можемо констатувати, що саме принцип конфіденційності медіації відрізняє її від судової процедури врегулювання спору.

При цьому в окремих наукових дослідженнях пропонується здійснювати диференціацію принципу конфіденційності на окремі складові частини, такі як конфіденційність від суду, конфіденційність від третіх осіб та конфіденційність від іншої сторони медіації.

Також пропонується поділ конфіденційності у медіації на процедурну та предметну (змістовну).

Процедурна конфіденційність передбачає нерозголошення медіатором, сторонами та іншими учасниками медіації інформації щодо самої участі в цьому процесі, а предметна (змістовна) – нерозголошення медіатором, сторонами та іншими учасниками медіації інформації, яка стала відомою під час переговорів [1, с. 90].

Звертаємо увагу на те, що намагання законодавця визначити керівні принципи медіації є дещо звуженими порівняно з визнаними підходами у юридичній науці.

Зокрема, положення Проекту Закону України від 19 травня 2020 року «Про медіацію» № 3504 (який нині прийнято у першому читанні) (далі – Проєкт) передбачають, що медіація проводиться за взаємною згодою сторін медіації з урахуванням принципів добровільності, конфіденційності, незалежності та нейтральності медіатора, неупередженості медіатора, самовизначення та рівності прав сторін медіації [8].

Принцип конфіденційності, на проблемах регламентації якого буде найбільше зосереджено увагу у статті, детальніше регламентовано у статті 5 Проєкту, у якій визначено таке.

1) «Медіатор та інші учасники медіації дотримуються принципу конфіденційності, якщо інше не встановлено законом, а також тоді, коли сторони медіації домовилися у письмовій формі про інше.

Принцип конфіденційності не застосовується, коли розкриття інформації необхідне для запобігання заподіянню шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи або вчиненню кримінального правопорушення.

2) Конфіденційною є вся інформація, що стосується медіації, зокрема про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, факти та обставини, що стали відомі під час медіації, висловлені судження та пропозиції сторін медіації щодо врегулювання конфлікту (спору), зміст угоди за результатами медіації.

3) Жодна зі сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації.

Коли медіатор отримав від однієї із сторін інформацію, що стосується медіації, він може розкрити таку інформацію іншій сто-

роні тільки за згодою сторони, яка надала таку інформацію.

4) Особи, зазначені у частині третій цієї статті, за розголошення інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації несуть відповідальність, передбачену законом або договором про проведення медіації» [8].

Таким чином, у Проєкті застосоване єдине, цілісне розуміння конфіденційності медіації без його розподілу на складові частини, що дає змогу визначенню принципу конфіденційності комплексно охопити всі аспекти медіації, адже конфіденційною, за Проєктом, визначається вся інформація, що стосується медіації.

При цьому, на нашу думку, стаття 5 Проєкту, дещо не узгоджується зі статтею 175 Цивільного процесуального кодексу України [9] щодо надання інформації до суду у випадках, передбачених законом, що підтверджує вжиття заходів досудового врегулювання спору.

Зокрема, пунктом 6 частини 3 статті 175 ЦПК України встановлено, що позовна заява повинна містити, зокрема, відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору, якщо такі проводилися, зокрема, якщо законом визначено обов'язковий досудовий порядок урегулювання спору, а пунктом 3 статті 5 Проєкту передбачено, що «жодна із сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформацію, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації. Коли медіатор отримав від однієї із сторін інформацію, що стосується медіації, він може розкрити таку інформацію іншій стороні тільки за згодою сторони, яка надала таку інформацію».

Отже, постає питання про те, чи можуть дії сторони, що звертається до суду, зазначаючи, що було вжито всіх заходів досудового врегулювання спору, посилатись на «медіаційну процедуру» або називати її.

При цьому слід звернути увагу на те, що на рівні законодавства не визначено чіткий вичерпний перелік того, які заходи вважаються заходами досудового врегулювання спору.

Стаття 16 ЦПК України, що окреслює основні положення досудового врегулювання спору, визначає, що сторони вживають заходів для досудового врегулювання спору за домовленістю між собою або тоді, коли такі заходи є обов'язковими згідно із законом. Особи, які порушили права й законні інтереси інших осіб, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення претензії чи позову.

Водночас з урахуванням положення частини 3 статті 2 Проєкту медіація може проводитися як до звернення до суду, третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу, так і під час судового, третейського чи арбітражного провадження або під час виконання рішення суду, третейського суду чи міжнародного комерційного арбітражу.

Таким чином, коли за результатами проведення медіації сторони не досягли домовленостей та не вирішили спір, а одна зі сторін має намір звернутись до суду з позовною заявою, у неї виникає імперативний обов'язок зазначити у своїй позовній заяві відомості про вжиття заходу досудового врегулювання спору (в цьому разі таким заходом є звернення до медіатора).

Дискусійним залишається питання щодо того, чи поширюється у цьому разі на відомості у позовній заяві принцип конфіденційності медіації (зокрема, якщо сторони погодили, що конфіденційною є вся інформація, що стосується медіації, в тому числі про пропозицію та готовність учасників конфлікту (спору) до участі у медіації, а також сам факт проведення медіації), адже в такому разі імперативний припис закону суперечить положенням укладеного між сторонами договору.

Якщо інша сторона не дасть письмової згоди на розголошення такої інформації, то особа (позивач) фактично може потрапити у ситуацію, коли зазначити відомості про вжиття заходів досудового врегулювання спору вона не може внаслідок положень договору (угоди) про медіацію, але й захистити свої права без розкриття такої інформації суду ефективно не має можливості, адже з огляду на положення статті 185 ЦПК України суддя, встановивши, що позовну заяву подано без додержання вимог, викладених у статтях 175 і 177 ЦПК України, протягом п'яти днів з дня надходження до суду позовної заяви постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху, а якщо позивач не усунув недоліки позовної заяви у строк, установлений судом, то заява вважається неподаною і повертається позивачеві.

Можливим також видається виникнення суперечностей та практичних проблем дотримання принципу конфіденційності медіації вже безпосередньо на стадії розгляду відповідного спору в суді.

Так, як уже зазначалось, відповідно до положень Проєкту, пропонується допускати виключення із застосування принципу конфіденційності медіації, коли розкриття інформації необхідне для запобігання заподіянню шкоди фізичному чи психічному здоров'ю особи або вчиненню кримінального

правопорушення. У всіх інших випадках жодна зі сторін медіації, медіатор, інші учасники медіації, а також організація, що забезпечує проведення медіації, не мають права розголошувати інформацію, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації, якщо сторони не домовились про інше.

Слід зауважити, що положення пункту 4 та пункту 5 частини 2 статті 43 ЦПК України передбачає, що учасники справи, окрім іншого, зобов'язані подавати усі наявні у них докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази та надавати суду повні й достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні [9].

Постає питання про те, чи може учасник справи надати суду повні й достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні, якщо такі пояснення міститимуть інформацію щодо проведеної медіації.

Фактично так особа опиняється поміж «двох вогнів»: або надати суду повні й достовірні пояснення та понести відповідальність, передбачену законом або договором про проведення медіації за розголошення інформації, що стосується медіації, без письмової згоди сторін медіації, або відмовитись надавати такі пояснення, і, як це передбачено положеннями частини 3 статті 43 ЦПК України, суд застосує до такого учасника справи заходів процесуального примусу, що передбачені ЦПК України.

Пропонуємо передбачити в положеннях статті 43 ЦПК України можливість учаснику справи відмовитись надавати пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні, з посиланням на те, що такі пояснення міститимуть відомості, які віднесені до конфіденційної інформації внаслідок проведення медіації, або передбачити можливість звільнення особи від відповідальності за розголошення конфіденційної інформації щодо медіації, коли таке розголошення було викликане необхідністю виконання свого обов'язку як учасника справи. Проте в такому разі постає питання щодо того, яким чином здійснювати підтвердження того, що відповідні відомості віднесені до конфіденційної інформації, якщо надання договору про медіацію (угоди про проведення медіації) суду фактично передбачає розголошення основних відомостей про проведену медіацію, її учасників і предмет спору.

Висновки

Підбиваючи підсумки проведеного дослідження, зазначаємо про доцільність врегулювання вищезазначених проблемних питань забезпечення дотримання принципу конфіденційності медіації на законодавчому рівні, передбачивши, що принцип конфіденційності не застосовується також за необхідності однієї зі сторін медіації надати суду відомості стосовно факту проведення медіації як заходу досудового врегулювання спору. При цьому слід визначити, які саме відомості можуть бути надані суду (наприклад, про факт проведення медіації, учасників медіації, часу проведення медіації та предмет спору), або обмежитись лише можливістю надати суду інформацію, що між сторонами було здійснено спробу врегулювати спір у досудовому порядку шляхом медіації, з посиланням на те, що інша інформація щодо медіації (зокрема, результат медіації) визначена сторонами як конфіденційна.

Отже, дослідження інституту медіації та розроблення теоретичних засад її правового регулювання задля використання медіації у вирішенні цивільно-правових спорів є актуальним та перспективним напрямом, а співпраця законодавця з науковцями та практикуючими медіаторами матиме виключно позитивні наслідки й сприятиме врахуванню практичних аспектів проведення медіації і подальшій належній регламентації такого альтернативного способу врегулювання спорів.

Список використаних джерел:

1. Білик Т.В., Гаврилюк Р.М., Городиський І.О. та ін. Медіація у професійній діяльності юриста : підручник / за ред. Н.М. Крестовської, Л.О. Романадзе. Одеса : Екологія, 2019. 456 с.

2. Ясиновський І.Г. Характеристика моделей медіації в розвинутих країнах. *Наукові праці Національного авіаційного університету. Серія «Юридичний вісник»*. 2014. № 4. С. 94–98.

3. Огренчук Г.О. Правове регулювання застосування медіації при вирішенні цивільно-правових спорів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Київ, 2016.

4. Притика Ю.Д. Зміст та класифікація принципів медіації. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2010. № 10. С. 86–92.

5. Можайкіна О.С. Поняття та зміст основних принципів медіації в цивільно-правових відносинах. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 5. URL: http://apnl.dnu.in.ua/5_2017/15.pdf.

6. Вступ до альтернативного вирішення спорів : навчальний посібник / Г.В. Анікіна, Ю.В. Білоусов, Н.Л. Бондаренко-Зелінська та ін. ; за ред. У. Хелльманна. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2017. 234 с.

7. Мазаракі Н.А. Зміст принципу конфіденційності медіації. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2017. Вип. 6 (21). Т. 1. С. 30–33.

8. Про медіацію : Проєкт Закону від 19 травня 2020 року № 3504. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 20.02.2021).

9. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 20.02.2021).

Zhanna Vasylieva-Shalamova, Maria Babishena. Confidence principle in mediation: theoretical problems of support

The article is devoted to the study of the principles of mediation, in particular the principle of confidentiality of mediation, as one of the fundamental principles of this institution. In the article, the publications of national scholars and legal practitioners on the study and implementation of mediation in the world and in Ukraine, in particular, in the field of resolving civil disputes, were analyzed.

Some approaches to the classification of mediation principles were analyzed. It has been found that at the theoretical as well as at the legislative level, there is currently no unified approach to defining the principles of mediation. At the same time, it has been found that the majority of scholars agree on the necessity of the abidance of the principle of confidentiality of mediation.

By analyzing the developments in the field of legal regulation of the institute of mediation in Ukraine, namely, the draft Law of Ukraine "On Mediation" of 19.05.2020 No. 3504 (which is currently adopted in the first reading), possible problems of ensuring the principle of confidentiality of mediation in case of an appeal of the parties to mediation to resolve a civil dispute in court were covered.

The inconsistency of some provisions of the draft Law of Ukraine "On Mediation" of 19.05.2020 No. 3504 with the provisions of the current civil procedural legislation of Ukraine has been determined.

Based on the results of the relevant analysis of the current legislation of Ukraine and of the legislative initiative in the field of mediation, conclusions and proposals were formulated to improve the existing draft Law of Ukraine "On Mediation" in order to avoid possible legal collisions.

The amendments to the current legislation and the draft Law of Ukraine "On Mediation" by determining the need for one of the parties to mediation to provide the court with information on the fact of mediation as a measure of pre-trial settlement of the dispute, as another exception to the need to apply the principle of confidentiality, were proposed.

Also, in order to preserve the information classified as confidential in connection with the participation in mediation, expand the rights of the parties to the case, regulated by the provisions of Article 43 of the Civil Procedure Code of Ukraine, and is proposed.

Key words: alternative dispute resolution, mediation, confidential information, principle of confidentiality in mediation, pre-trial dispute resolution, civil proceedings.

УДК 347.122
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.03

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

ВІДНОВЛЕННЯ СТАНОВИЩА, ЯКЕ ІСНУВАЛО ДО ПОРУШЕННЯ, ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ

У статті акцентовано увагу на можливості застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, як способу захисту в корпоративній сфері. Встановлено, що відновлення становища, яке існувало до порушення, у системі захисту корпоративних прав є універсальним способом захисту, який має у цій сфері особливі, притаманні лише їй прояви.

Зроблено висновок, що втрата корпоративного контролю є протиправним позбавленням учасника юридичної особи корпоративного типу належної (належних) йому частки (акцій) у статутному капіталі товариства, внаслідок чого він втрачає можливість здійснювати вплив на діяльність корпорації. В цьому разі потерпілий прагне ефективно та найбільш повно відновити свої порушені права, у зв'язку з чим застосовує ті способи захисту, що спрямовані на відновлення права на частку у статутному капіталі товариства. Обґрунтовано недоцільність ототожнення відновлення корпоративного контролю та відновлення становища, яке існувало до порушення, з огляду на те, що відновлення корпоративного контролю є комплексним спеціальним способом захисту, що спрямований на повернення учаснику юридичної особи корпоративного типу можливості своїми рішеннями впливати на діяльність останньої шляхом відновлення права власності на протиправно відібрані від нього корпоративні права. Відновлення становища, яке існувало до порушення, у процесі відновлення корпоративного контролю не є ефективним способом захисту у разі незаконного позбавлення особи корпоративних прав, проте його застосування є доцільним щодо ліквідації негативних наслідків, спричинених таким позбавленням, зокрема, стосовно скасування реєстраційних дій, пов'язаних із протиправним переоформленням права власності на корпоративні права.

Окремо в межах статті зроблено висновок, що переведення на особу прав та обов'язків покупця не є спеціальним різновидом відновлення становища, яке існувало до порушення, з огляду на різний механізм відновлення порушеного права. Переведення на особу прав та обов'язків покупця частки (акцій) у статутному капіталі юридичної особи корпоративного типу у своїй правозахисній здатності обмежується тільки поверненням учаснику корпорації протиправно відібраної можливості перш за все придбати частку, що відчужується іншим учасником, однак ліквідувати негативні наслідки порушення такого переважного права, пов'язані, зокрема, зі скасуванням неправомірних реєстраційних дій, за допомогою переведення на особу прав і обов'язків покупця неможливо. Натомість ефективним у цьому контексті способом захисту є відновлення становища, яке існувало до порушення. При цьому для відновлення порушених переважних прав на купівлю частки у статутному капіталі корпорації та усунення усіх спричинених цим негативних правових наслідків найбільш доцільним є одночасне застосування вищезазначених способів захисту.

Ключові слова: суб'єктивне право, відновлення становища, що існувало до порушення, способи захисту, корпоративне правовідношення, корпоративне управління, втрата корпоративного контролю, переведення прав та обов'язків покупця.

Постановка проблеми. Дослідження та встановлення особливостей застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, у сфері захисту корпоративних прав обумовлені динамічними темпами розвитку вітчизняної економіки на основі ринкової моделі, що є передумовою значного розширення сфери діяльності юридичних осіб корпоративного типу та зростання кількості випадків порушень корпоративних прав, що потребують належного та ефективного захисту.

Загалом питанню систематизації та класифікації способів захисту корпоративних прав присвячено чимало наукових праць, однак єдиної позиції щодо цього сьогодні не склалось. Так, наприклад, Н.І. Костова поділяє способи захисту, які застосовуються

© А. Жук, 2021

в корпоративному праві, на дві категорії, а саме універсальні, які застосовуються для захисту цивільних прав (відшкодування шкоди, припинення правовідношення, відновлення становища, яке існувало до порушення тощо), та спеціальні, які застосовуються у корпоративних відносинах [1, с. 166]. І.М. Галіян, досліджуючи специфіку захисту корпоративних прав учасників господарських товариств, обґрунтовує доцільність класифікації спеціальних способів захисту корпоративних прав за критерієм об'єкта захисту на способи захисту, що випливають з участі в управлінні товариством; способи захисту, що випливають з неправомірного припинення участі в товаристві; способи захисту прав на придбання (відчуження) частки у статутному (складеному) капіталі (акцій); способи захисту, що застосовуються у разі неправомірного припинення корпоративних прав [2, с. 24].

Як вбачається, наведені класифікації способів захисту корпоративних прав відповідають усталеним у доктрині підходам до поділу способів захисту цивільних прав загалом. При цьому вибір способів захисту буде залежати від природи корпоративних прав шляхом визнання права або відмови від визнання права, відновлення становища, яке існувало до порушення, припинення дій, що порушують корпоративні права, поновлення правового статусу, примусового виконання обов'язку, примусового припинення правовідносин незалежно від того, що ми отримали оновлену позицію законодавця щодо можливості вибору способу захисту судовою інституцією [3, с. 176].

Метою статті є розгляд застосування відновлення становища, яке існувало до порушення, як способу захисту в корпоративній сфері.

Виклад основного матеріалу. Відновлення становища, яке існувало до порушення, у системі захисту корпоративних прав є універсальним способом захисту, який має у цій сфері особливі, притаманні лише їй прояви. І.О. Назімов щодо цього зазначає, що порушення права учасника корпорації на частку в корпорації служить підставою для використання способів захисту, спрямованих на відновлення його становища як учасника корпорації. До таких способів захисту дослідник відносить реституцію, визнання права на незаконно втрачену частку участі в корпорації, відновлення корпоративного контролю, переведення на себе прав та обов'язків покупця у разі порушення права переважної купівлі частки в корпорації [4, с. 38].

З огляду на те, що автор є прихильником позиції щодо сприйняття відновлення становища, яке існувало до порушення, не як способу захисту, а як його загальної мети, зазначений підхід не викликає подиву. Водночас у ході дослідження нами неодноразового обґрунтовувалась позиція щодо самостійного та універсального характеру цього способу захисту суб'єктивних прав та необхідність сприйняття його саме як способу захисту, з огляду на що ми не поділяємо думку про розуміння реституції та визнання права на частку як проявів відновлення становища, яке існувало до порушення. Проте правова природа відновлення корпоративного контролю як спеціального способу захисту корпоративних прав викликає чималий інтерес, адже у юридичній літературі неодноразово наголошується на його схожості з відновленням становища, яке існувало до порушення, з урахуванням чого вважаємо за доцільне встановити їх співвідношення.

Корпоративний контроль за своєю природою є доволі абстрактною категорією з конкретним змістом, який полягає в тому, що учасники юридичних осіб корпоративного типу, володіючи корпоративними правами, мають можливість впливати на діяльність корпорації шляхом безперешкодної реалізації цих прав, тобто фактично підґрунтям для здійснення корпоративного контролю є передбачена ч. 1 ст. 167 ГК України правомочність щодо управління корпорацією, що входить до змісту корпоративних прав. На думку І.А. Селіванової, недосконалість чинного законодавства й правозастосовчої практики робить можливим загарбання корпоративного контролю за допомогою легальних або напівлегальних методів, що спричиняють позбавлення власника корпоративних прав або істотно обмежують можливість їх реалізації [5, с. 36].

Як зазначається щодо цього в юридичній літературі, втрата корпоративного контролю можлива або в результаті недобросовісних дій органів управління господарських товариств чи учасників товариства, або в результаті неправомірних дій третіх осіб. Судова практика розкриває різні способи втрати корпоративного контролю. Так, у результаті реорганізації господарського товариства акціонер (учасник) може виявитися власником меншої кількості акцій (часток) або власником акцій (часток) їх меншої номінальної вартості чи взагалі перестати бути власником будь-яких акцій (часток). Наприклад, втрачені в результаті неправомірних дій акції (частки) можуть перестати існувати в юридичному сенсі («розмиті» шляхом збільшення статутного капіталу

й перерозподілу, в результаті конвертації акцій у частки або акцій однієї особи в акції іншої особи) [6].

Отже, втрата корпоративного контролю є протиправним позбавленням учасника юридичної особи корпоративного типу належної (належних) йому частки (акцій) у статутному капіталі товариства, внаслідок чого він втрачає можливість здійснювати вплив на діяльність корпорації, тобто передумовою втрати корпоративного контролю є позбавлення особи права власності на частку (акції) або зменшення їх розміру таким чином, щоб унеможливити прийняття особою принципово важливих рішень у межах діяльності корпорації, наприклад, щодо формування її органів управління, внесення змін до установчих документів. Вбачається, що втрата корпоративного контролю має протиправний характер, адже позбавлення особи корпоративних прав у цьому разі відбувається без її безпосереднього волевиявлення і, як правило, таємно. При цьому особа, що вчинила низку неправомірних дій, внаслідок яких потерпілий втратив належну йому частку в корпорації, отримує можливість здійснювати правомочності з незаконно набутих корпоративних прав. Цілком очевидно, що в цьому разі потерпілий прагне ефективно та найбільш повно відновити свої порушені права, у зв'язку з чим застосовує ті способи захисту, що спрямовані на відновлення права на частку у статутному капіталі товариства.

Отже, залежно від конкретних обставин і причин, які спричинили втрату частки у статутному капіталі товариства, корпоративні права такої особи можуть бути відновлені за допомогою застосування різних способів захисту, а саме шляхом подання позову про визнання права власності на частку; шляхом подання позову про оскарження рішення загальних зборів учасників товариства про виключення учасника у зв'язку з несплатою частки; шляхом подання позову про відновлення корпоративного контролю над товариством [7].

Якщо перші два способи захисту знаходять своє відображення у чинному законодавстві України, то такий спосіб захисту, як відновлення корпоративного контролю, у жодному з нормативно-правових актів не закріплено, з огляду на що викликає чималий інтерес. Річ у тім, що в юридичній літературі під відновленням корпоративного контролю розуміють спосіб захисту, передбачений п. 4 ч. 2 ст. 16 ЦК України, а саме відновлення становища, яке існувало до порушення.

Так, у сфері корпоративних відносин реалізація цього способу захисту прав може виражатися у вигляді присудження позивачеві відповідної частки у статутному капіталі господарського товариства з огляду на те, що він має право на таку участь у господарському товаристві, яке він мав би під час дотримання вимог чинного законодавства. Викладена позиція може бути застосована до ситуацій, коли після втрати особою частки в статутному капіталі відбувається збільшення статутного капіталу, укладаються угоди з частками, зрештою, стає складно визначити, на чию користь перейшла втрачена частка. Фактично зміна розміру статутного капіталу та співвідношення часток учасників приводить до того, що спірна частка у статутному капіталі товариства, що раніше належала позивачеві, перестає існувати в первинному вигляді, у зв'язку з чим застосування реституції шляхом повернення частки є неможливим. Безперечно, потерпілий міг би стягнути компенсацію вартості такої частки, але, як відомо, цінність частки здебільшого полягає не в її дійсній вартості, а у володінні корпоративними правами, бізнес-можливостях та інших благах. У такій ситуації, як зазначається в юридичній літературі, належним способом захисту є відновлення корпоративного контролю у вигляді повернення такого стану правовідносин, який існував би за відсутності порушення прав особи, частка якої вибула, тобто позивачу має бути повернута частка, ідентична втраченій, у відсотковому співвідношенні [7].

На наш погляд, правильність такої позиції викликає сумніви з декількох причин. По-перше, як уже неодноразово зауважувалось, застосування відновлення становища, яке існувало до порушення права, є можливим за умови, якщо суб'єктивне право не припиняє свого існування після порушення і може бути реально відновлене шляхом усунення негативних наслідків правопорушення. Цей висновок знаходить своє відображення в узагальненнях вищих судових інстанцій. Оскільки втрата корпоративного контролю є наслідком позбавлення особи певного обсягу корпоративних прав, тобто право власності на ці права у їх носія припиняється, очевидно, що відновити його шляхом лише відновлення становища, яке існувало до порушення, не вдасться, що відображено в одній із судових справ, що розглядалася господарським судом Запорізької області (справа № 908/922/17) [8].

Із матеріалів цієї справи вбачається, що позовні вимоги про поновлення корпоративного контролю включали кілька самостійних способів захисту порушених корпоративних прав, зокрема визнання протиправними рішення загальних зборів,

визнання права власності, а також відновлення становища, яке існувало до порушення (скасування записів у державному реєстрі, поновлення державної реєстрації випуску акцій), що не викликає подиву, адже корпоративні права, які опосередковують виникнення в особи корпоративного контролю у межах діяльності юридичної особи корпоративного типу, є особливими об'єктами цивільного права, обіг яких супроводжується вчиненням цілої низки додаткових дій, зокрема у сфері державної реєстрації. Саме тому, на нашу думку, у разі протиправного позбавлення особи належній їй частки чи акцій у статутному капіталі корпорації одного способу захисту недостатньо для того, щоби повноцінно відновити порушені корпоративні права, адже разом із необхідністю повернення їх особі шляхом застосування віндикації чи визнання права власності на корпоративні права виникає потреба ліквідації негативних наслідків порушення, наприклад, щодо скасування змін до установчих документів та державної реєстрації змін стосовно складу учасників, вчинених внаслідок протиправного переоформлення права власності на корпоративні права.

Щодо доцільності застосування такого способу захисту, як відновлення корпоративного контролю, в приватноправовій доктрині поширеною є думка про те, що з таким позовом необхідно звертатися лише в тих випадках, коли порушене право не може бути захищене жодним іншим способом, передбаченим, а іноді і запропонованим законодавством, оскільки інакше буде відбуватися невиправдане розмивання меж між різними способами захисту порушених прав, необґрунтовані заміна й підміна однієї вимоги іншою, що є особливо небезпечним [9, с. 75].

Отже, доходимо висновку про неможливість ототожнення відновлення корпоративного контролю та відновлення становища, яке існувало до порушення, з огляду на те, що відновлення корпоративного контролю є комплексним спеціальним способом захисту, що спрямований на повернення учаснику юридичної особи корпоративного типу можливості своїми рішеннями впливати на діяльність останньої шляхом відновлення права власності на протиправно відібрані від нього корпоративні права. На нашу думку, це може бути досягнуто насамперед шляхом пред'явлення вимоги про підтвердження наявності корпоративних правовідносини між позивачем та корпорацією задля факту належності позивачеві корпоративних прав, які були втрачені ним внаслідок неправомірних дій третіх осіб поза його волею. Відновлення становища, яке існувало до порушення, у процесі відновлення корпоративного контролю не є ефективним способом захисту у разі незаконного позбавлення особи корпоративних прав, проте його застосування є доцільним щодо ліквідації негативних наслідків, спричинених таким позбавленням, зокрема, стосовно скасування реєстраційних дій, пов'язаних із протиправним переоформленням права власності на корпоративні права.

Ще одним передбаченим цивільним законодавством способом захисту, спрямованим на відновлення становища, яке існувало до порушення прав учасників корпорацій, є переведення на себе прав та обов'язків покупця у разі порушення права переважної купівлі частки в юридичній особі корпоративного типу [10, с. 45]. Щодо цього слід зазначити, що під час захисту корпоративних прав переведення прав та обов'язків покупця як спосіб захисту застосовується тоді, коли було допущено порушення права учасника (акціонера) товариства на переважне право купівлі частки (акцій) за їх відчуження іншим учасником (акціонером) третій особі. Переведення прав та обов'язків покупця є не тільки найбільш ефективним, але й практично єдиним способом захисту порушеного переважного права [11, с. 21].

І.О. Назімов стверджує, що такий спеціальний спосіб, як переведення на особу, чиє переважне право на купівлю частки у корпорації порушене, прав та обов'язків покупця спрямований саме на відновлення становища, яке існувало до порушення права, обґрунтовуючи це тим, що, по-перше, його застосування веде до отримання потерпілими того, на що вони обґрунтовано розраховували, вступаючи в юридичну особу: організаційно-правові форми юридичних осіб корпоративного типу припускають збереження постійного складу учасників або принаймні контрольовану його зміну. Отже, на думку дослідника, придбання частки в такій корпорації третьою особою без відома інших учасників грубо порушує їх права. По-друге, є підстави вважати, що застосування цього способу захисту може привести до відновлення порушеного права в натурі [10, с. 45].

Вважаємо, що із зазначеним важко не погодитись, адже юридична особа корпоративного типу є не лише об'єднанням майна, але й союзом осіб, які домовляються про здійснення певної суспільно корисної діяльності від імені корпорації та спільне досягнення визначених ними цілей, з огляду на що можна говорити про наявність особливих взаємовідносин між учасниками кор-

порації зі значною часткою фідуціарності. Це, як правило, передбачає незмінність їх складу або специфічний ускладнений порядок відчуження належних учасникам часток із наданням переваги їх купівлі іншим учасникам корпорації для унеможливлення виникнення корпоративних прав у третіх осіб, які зі значною часткою ймовірності матимуть власні корпоративні інтереси, що може призвести до виникнення корпоративних конфліктів, тому значення правового закріплення такого спеціального способу захисту корпоративних прав, як переведення на особу прав та обов'язків покупця частки (акцій), важко переоцінити.

Для того щоб відповісти на питання про те, чи є цей спосіб захисту спеціальним різновидом відновлення становища, яке існувало до порушення, необхідно провести порівняльний аналіз їх правової природи, у тому числі підстав та наслідків застосування.

Перш за все відзначимо можливість віднесення переведення прав та обов'язків покупця частки (акцій) до відновлювальних способів захисту прав з огляду на те, що основною метою його застосування є відновлення безперешкодної реалізації переважного права учасника корпорації на купівлю частки (акцій), що споріднює його з відновленням становища, яке існувало до порушення.

Підставою застосування переведення на особу прав та обов'язків покупця є порушення його переважного права на купівлю частки (акцій) у статутному капіталі юридичної особи корпоративного типу, що знаходить свій прояв, зокрема, у неповідомленні учасником корпорації про свій намір продати належну йому частку інших учасників, що приводить до відчуження корпоративних прав третім особам в обхід реалізації іншими учасниками корпорації належного їм переважного права на купівлю відчужуваної частки. З цього робимо висновок про те, що підстави для застосування й переведення на особу прав та обов'язків покупця і відновлення становища, яке існувало до порушення, також є доволі схожими, що може свідчити на користь їх однакової правової природи.

Водночас, на нашу думку, ключовим у питанні співвідношення цих способів захисту є правові наслідки їх застосування, що доцільно продемонструвати на прикладі судової справи, що розглядалася Господарським судом Херсонської області (№ 923/177/18) [12]. Як вбачається з аналізу матеріалів цієї справи, для захисту порушеного переважного права позивача на купівлю частки у статутному капіталі ТОВ було застосовано спеціальний спосіб захисту, а саме переведення на особу прав і обов'язків покупця, завдяки чому відбулось повноцінне відновлення можливості позивача першочергово придбати відчужувану частку у статутному капіталі. Водночас використано інший спосіб захисту прав, а саме відновлення становища, яке існувало до порушення, правовим результатом чого стало усунення негативних наслідків, спричинених порушенням переважного права, зокрема, щодо скасування реєстраційних записів, що були вчинені після протиправного відчуження частки третій особі.

Висновки

Отже, можна зробити висновок про те, що переведення на особу прав та обов'язків покупця й відновлення становища, яке існувало до порушення, справді є доволі схожими за своєю природою способами захисту цивільних прав з огляду на належність їх до групи відновлювальних способів захисту; схожі підстави їх застосуванням, якими є порушення суб'єктивних цивільних прав.

Водночас, на нашу думку, є усі підстави для висновку про те, що переведення на особу прав та обов'язків покупця не є спеціальним різновидом відновлення становища, яке існувало до порушення, з огляду на різний механізм відновлення порушеного права. Переведення на особу прав та обов'язків покупця частки (акцій) у статутному капіталі юридичної особи корпоративного типу у своїй правозахисній здатності обмежується виключно поверненням учаснику корпорації протиправно відібраної можливості першочергово придбати частку, що відчужується іншим учасником, однак ліквідувати негативні наслідки порушення такого переважного права, пов'язані, зокрема, зі скасуванням неправомірних реєстраційних дій, за допомогою переведення на особу прав та обов'язків покупця неможливо. Натомість ефективним у цьому контексті способом захисту є відновлення становища, яке існувало до порушення. При цьому, на нашу думку, для відновлення порушених переважних прав на купівлю частки у статутному капіталі корпорації та усунення усіх спричинених цим негативних правових наслідків найбільш доцільним вбачається одночасне застосування вищезазначених способів захисту.

Список використаних джерел:

1. Костова Н.І. Захист прав засновників акціонерного товариства. *Митна справа.* 2013. № 6 (2.2). С. 166.

2. Галіян І.М. Захист корпоративних прав учасників господарських товариств: цивільно-

правові аспекти : дис. ... докт. філософ. наук : спец. 081 «Право». Київ, 2020. С. 24.

3. Бігняк О.В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2018. С. 176.

4. Назимов И.А. Восстановление положения, существовавшего до нарушения прав участников юридических лиц корпоративного типа : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 Екатеринбург, 2014. С. 38.

5. Селиванова И.В. Правовые аспекты поглощения компаний в Украине. *Юридичний радник*. 2006. № 3. С. 36.

6. Мишин Ю.А. Утрата и восстановление корпоративного контроля на примере одного спора (спор акционеров ПАО «Восточный экспресс-банк»). *Молодой ученый*. 2020. № 3 (293). С. 206–209. URL: https://moluch.ru/archive/293/66394 (дата звернення: 22.02.2021).

7. Михальчук Ю.С. Восстановление корпоративного контроля при утрате доли в уставном капитале ООО (ч. I). 2015. URL: https://zakon.ru/blog/2015/9/17/vosstanovlenie_korporativnogo_kontrolya_pri_utrate_doli_v_ustavnom_kapitale_ooo_chast_i_0 (дата звернення: 23.02.2021).

8. Рішення Господарського суду Запорізької області у справі від 18 жовтня 2017 р. № 908/922/17 URL: https://www.zakon-i-normativ.info/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=5&id=95370&menu=96006 (дата звернення: 23.02.2021).

9. Тутынина В.В. Восстановление положения, существовавшего до нарушения права, как способ защиты гражданских прав : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; Московская академия экономики и права. Москва, 2016. С. 75.

10. Назимов И.А. Восстановление положения, существовавшего до нарушения прав участников юридических лиц корпоративного типа : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 Екатеринбург, 2014. С. 45.

11. Смирнов Г.В. Особливості переведення прав та обов'язків покупця як спосіб захисту порушеного переважного права в корпоративних відносинах. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 7. С. 21.

12. Рішення Господарського суду Херсонської області у справі від 15 серпня 2018 р. № 923/177/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76507216 (дата звернення: 23.02.2021).

Andrii Zhuk. Renewal of the situation which existed before a violation as a way of protecting corporate rights

The article focuses on the possibility of using the restoration of the situation that existed before the violation, as a method of protection in the corporate sphere. It is established that the restoration of the situation that existed before the violation in the system of corporate rights protection is a universal method of protection, which has special manifestations in this area.

It is concluded that the loss of corporate control is an illegal deprivation of a participant of a corporation of his share in the authorized capital of the company, as a result of which he loses the ability to influence the activity of corporation. In this case, the victim seeks to effectively and most fully restore his violated rights, and therefore uses those means of protection aimed at restoring the right to share in the authorized capital of the company. The inexpediency of identifying the restoration of corporate control and the restoration of the situation that existed before the violation is substantiated, given that the restoration of corporate control is a comprehensive special method of protection aimed at returning the participant of a corporate entity to influence the activities of the latter by restoring the right of ownership of corporate rights illegally taken from him. Restoration of the situation that existed before the violation in the process of restoring corporate control is not an effective way to protect in case of illegal deprivation of corporate rights, but its use is appropriate to eliminate the negative consequences of such deprivation, in particular, the cancellation of registration actions related to the illegal re-registration of ownership of corporate rights.

Separately, the article concludes that the transfer of the rights and obligations of the buyer is not a special kind of restoration of the situation that existed before the violation, given the different mechanism of restoration of the violated right. The transfer to a person of the rights and obligations of the buyer of a share (shares) in the authorized capital of a legal entity of a corporate type is limited exclusively to the return to a member of the corporation unlawfully deprived the opportunity to priority purchase of a share that alienated by another member, but the elimination of the negative consequences of the violations of such predominant rights related in particular to the cancellation of the registration of illegal actions by the person transferring the rights and duties of the buyer are not possible. Instead, an effective remedy in this context is to restore the situation that existed before the violation. At the same time, in order to restore the violated predominant rights to purchase a share in the authorized capital of the corporation and to eliminate all the negative legal consequences caused by it, the synchronized application of the above methods of protection is considered most appropriate.

Key words: subjective right, restoration of the situation that existed before the violation, methods of protection, corporate legal relationship, corporate governance, loss of corporate control, transfer of rights and obligations of the buyer.

УДК 347.4:368
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.04

Юрій Заіка,
докт. юрид. наук, професор,
в. о. завідувача відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

Олена Менделя,
молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

СТРАХОВИЙ ВИПАДОК ЯК ЕЛЕМЕНТ МЕХАНІЗМУ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХОВИХ ВІДНОСИН

Стаття присвячена дослідженню особливостей договору страхування відповідальності закладів охорони здоров'я і медичного працівника, професійній діяльності яких притаманний високий ризик потенційної можливості заподіяння шкоди пацієнту.

Обґрунтовано необхідність широкого запровадження такого виду обов'язкового страхування відповідальності, що стане належним способом захисту майнових і немайнових прав та інтересів пацієнтів.

Встановлено, що ризик є специфічною ознакою професійної медичної діяльності, яка безпосередньо пов'язана з можливістю заподіяння шкоди здоров'ю пацієнта або спричинення його смерті. Запропоновано розглядати лікарську (медичну) помилку як прояв страхового ризику в договорах страхування відповідальності закладів охорони здоров'я та медичних працівників. Лікарська (медична) помилка кваліфікується як ненавмисне заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта під час виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків за умови адекватного (необхідного та достатнього) використання професійних знань та навичок у кожному конкретному випадку.

Особливу увагу приділено поняттям страхового випадку та страхового ризику за цим договором.

Розглянуто перелік подій, які можуть вважатися страховим випадком за цим різновидом договору страхування відповідальності, зокрема смерть пацієнта, інвалідність, тривалий розлад здоров'я або тимчасова втрата працездатності, необхідність додаткового лікування, незаплановане медичне втручання чи медикаментозне забезпечення внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків медичним персоналом закладу.

Визначено обставини, які можуть стати підставою для відмови у виплаті страхової суми за цим видом страхування, зокрема протиправні дії страхувальника; подання страхувальником завідомо неправдивих відомостей про стан здоров'я пацієнта; невиконання пацієнтом рекомендацій лікаря чи порушення режиму лікування; перебування лікаря в алкогольному стані, що призвело до настання події, яка має ознаки страхової; несвоєчасне повідомлення страхувальником відомостей про настання страхового випадку, що унеможливлює встановлення вини медичного закладу; створення перешкод у проведенні страхового розслідування.

Ключові слова: страхування відповідальності, правовий механізм, страховий ризик, страховий випадок, склад страхового випадку, медична помилка, відповідальність медичного закладу.

Постановка проблеми. Професійна діяльність медичних закладів як суб'єктів галузі у сфері охорони здоров'я безпосередньо пов'язана з життям і здоров'ям людини та характеризується потенційною можливістю заподіяння збитків клієнтам (пацієнтам) внаслідок надання медичних послуг неналежної якості. У зв'язку з цим на особливу увагу заслуговує проблематика визначення особливостей страхового випадку під час страхування відповідальності медичних закладів. Від розуміння сутності та структури страхового випадку та чіткості його визначення в тому чи іншому договорі страхування залежить, зрештою, можливість реалізації прав та обов'язків страховика й страхувальника (вигодонабувача).

© Ю. Заіка, О. Менделя, 2021

Розвиток ринкових відносин, нові виклики часу, пов'язані з COVID-19, вимагають створення органічної системи професійної відповідальності медичних працівників, яка б відповідала інтересам суспільства і повною мірою захищала права пацієнтів. Відсутність широкого практичного застосування інституту страхування професійної відповідальності медичних закладів вимагає проведення детального аналізу особливостей страхового випадку в цій сфері страхової діяльності, що зумовило проведення наукового дослідження.

У вітчизняному праві певну увагу проблемам страхування приділяли М.М. Великанова, О.Д. Заруба, Г.А. Ільченко, Л.Л. Кінащук, Р.А. Майданик, Н.В. Міловська, В.М. Никифорак, Н.Б. Пацурія.

Проте сьогодні залишаються певні прогалини у правовому регулюванні такого виду страхування, як страхування цивільної відповідальності, а щодо страхування відповідальності медичних закладів та медичних працівників за заподіяну ними пацієнтам шкоду, то ця проблематика взагалі залишилася поза увагою дослідників.

Метою статті є з'ясування поняття та особливостей страхового випадку під час страхування відповідальності медичних закладів за заподіяну пацієнту шкоду.

Виклад основного матеріалу. Сфера договірних відносин зі страхування сьогодні є досить динамічною, що зумовлює важливість її правового регулювання. В.В. Луць зазначає, що ефективність договірного регулювання цивільних відносин обумовлена чітким визначенням та взаємодією елементів механізму договірного регулювання цивільних відносин, насамперед юридичних фактів як підстав виникнення цих правовідносин [5, с. 52]. Щодо юридичних фактів у механізмі правового регулювання страхових правовідносин, то під ними у юридичній літературі пропонується розуміти, зокрема, конкретні життєві обставини, які з огляду на норми права слугують підставою появи та функціонування страхових правовідносин [9, с. 65].

Механізм правового регулювання у цивілістиці традиційно розглядають як систему юридичних засобів, за допомогою яких суспільні відносини упорядковуються. Один із перших вітчизняних дослідників механізму правового регулювання договірних відносин С.О. Погрібний як його елементи розглядає норми права, що регулюють цивільні відносини; юридичний факт, тобто права й обов'язки, що існують у цивільних правовідносинах, які виникли на його підставі, реалізація цих прав та виконання обов'язків, а за необхідності захист порушеного права чи інтересу [14, с. 43].

Право пацієнта на отримання своєчасної, висококваліфікованої і якісної медичної допомоги та медичних послуг, питання захисту його прав та інтересів безпосередньо пов'язані з проблемою страхування професійної відповідальності медичних працівників та медичного закладу за неналежне виконання своїх обов'язків і заподіяння шкоди. Виникнення прав та обов'язків за договором страхування пов'язане з таким елементом механізму правового регулювання страхових правовідносин, як страховий випадок, який за своєю правовою природою являє собою юридичний факт. Для визначення особливостей страхового випадку під час страхування відповідальності медичних закладів необхідно провести детальний аналіз самого явища (страхового випадку), визначити його складові елементи (структуру) та зіставити отриманий результат зі специфікою страхування відповідальності медичних закладів.

Легальне визначення поняття страхового випадку міститься у ст. 8 Закону України «Про страхування». Законодавець визначає це поняття як подію, передбачену договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику, застрахованій або іншій третій особі [15]. У доктрині страхового права під страховим випадком розуміють «дію або подію, яка запускає в хід механізм страхування» [17, с. 399]. Таким чином, під страховим випадком розуміється визначена у договорі чи законі подія, за настання якої страховик повинен виконати свої зобов'язання щодо проведення страхових виплат страхувальнику чи вигоданабувачу.

Страховий випадок як обов'язковий елемент установлення права страхувальника (вигодонабувача) на отримання страхової суми за укладеним договором страхування є істотною умовою будь-якого договору страхування. З огляду на те, що чинним законодавством не передбачені страхові випадки, що можуть бути підставою для виплати страхових сум вигодонабувачеві під час страхування відповідальності медичних закладів, конкретизація останніх проводиться за допомогою договору страхування. Страховий випадок як підстава пред'явлення вимоги страхувальника до страховика щодо виплати страхового відшкодування має бути чітко конкретизований у самому договорі страхування. Подією в широкому значенні цього слова є конкретні обставини життя, виник-

нення та існування яких непідвладне волі людини. Страхова подія характеризується ймовірністю настання та соціально-правовою обумовленістю. Непередбачуваність настання тих чи інших подій та бажання мінімізувати негативні фінансові наслідки, до яких приводить їх виникнення, визначає перший елемент структури страхового випадку, а саме ризик.

У доктрині цивільного права під ризиком розуміють універсальну категорію, що має такі об'єктивно-суб'єктивні ознаки, як результат (наслідок дії, події); ймовірний характер настання такого результату (наслідку), невизначеність; усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності, що є суб'єктивним сприйняттям ризику, вибір варіанта поведінки у конкретній ситуації як альтернативність [1, с. 126].

Щодо поняття страхового ризику, то у літературі традиційно виокремлюють дві істотні ознаки страхового ризику. Страховий ризик не повинен бути неминучим і нездійсненним. Якщо настання тієї чи іншої події абсолютно виключено, то ризику не існує. Якщо ж подія, передбачена договором, має обов'язково відбутися, то в цьому разі укладання договору страхування буде суперечити його правовій природі [4, с. 91]. Узагальнюючи наукові позиції щодо поняття й правової природи страхового ризику, можемо зробити висновок, що під останнім у доктрині страхового права розуміється складний юридичний склад, що включає такі конститутивні елементи, як настання події, на випадок якої проводиться страхування; заподіяння шкоди застрахованій особі; причинно-наслідковий зв'язок між подією, яка настала, і заподіяною шкодою. Назвемо також відсутність підстав розглядати подію, яка настала, не як страхову.

Ризик являє собою ймовірність настання негативних наслідків у майбутньому, при цьому небезпека настання таких наслідків має реальний характер. Варто зазначити, що притаманний ризику негативний контекст, що відповідає історично встановленій меті страхування як виду діяльності, пов'язаної з відшкодуванням збитків за рахунок накопичувального фонду, в умовах сьогодення не має масштабного характеру. Нині можна виділити безризикові види страхування, яким не властиве спричинення шкоди страхувальникові (вигодонабувачеві). Так, страхування на випадок досягнення особою певного віку не є чимось негативним, але на практиці застосовується в страховій діяльності. Страхування відповідальності характеризується наявністю реального ризику спричинення збитків третій особі (вигодонабувачеві) у зв'язку зі здійсненням професійної діяльності, тому ризик є обов'язковим елементом страхового випадку під час страхування відповідальності медичних закладів.

Предметом договору страхування відповідальності виступає особлива послуга, яку страховик надає страхувальнику і яка полягає в прийнятті на страхування ризику в межах страхової суми. Послуга у страхуванні характеризується як із кількісної, так і з якісної сторін, при цьому кількісна сторона – це страхова сума, а якісна характеристика предмета договору страхування – це страховий ризик [12, с. 6].

Окрім особливостей організму, хибних дій лікаря, перенесених захворювань в анамнезі, на несприятливий перебіг лікування впливають такі небезпечні чинники, як наявність необхідного медичного (в тому числі, діагностичного) обладнання, якість медичних препаратів, самолікування, невчасна госпіталізація, лікування непрофільним лікарем. Все це підтверджують ризиковість медичної практики як сфери діяльності, необхідність запровадження обов'язкового страхування відповідальності медичних закладів, медичних працівників та встановлення на законодавчому рівні порядку визначення розмірів страхових сум і страхових виплат.

В цьому разі ризик є специфічною ознакою професійної медичної діяльності, що безпосередньо пов'язана з життям та здоров'ям пацієнта і проявляється в потенційній можливості спричинити останньому шкоду. Статтею 6 Основ законодавства України про охорону здоров'я передбачено, що кожний громадянин України має право на охорону здоров'я, що передбачає, зокрема, кваліфіковану медичну та реабілітаційну допомогу, включаючи вільний вибір лікаря та фахівця з реабілітації, вибір методів лікування та реабілітації відповідно до рекомендацій лікаря та фахівця з реабілітації, вибір закладу охорони здоров'я [13].

Право особи на кваліфіковану медичну допомогу кореспондується з обов'язком медичних працівників, закладів охорони здоров'я виконувати свої професійні обов'язки на відповідному рівні. В Україні досить поширеними є випадки допущення медичними працівниками лікарських (медичних) помилок, що є проявом ризику як елементу страхового випадку. Наявність таких помилок вкрай негативно впливає як на самих пацієнтів, так і на медичних працівників, що припустилися помилки. Як зазначає А.В. Малюков, проблема захисту

прав пацієнта на якісне надання медичних послуг безпосередньо пов'язана з проблемою страхування професійної відповідальності лікаря [6, с. 4].

Перелік небезпек як обставин реальної дійсності, які можуть загрожувати пацієнту, має бути вичерпним чином визначений у договорі страхування чи у правилах страхування у вигляді конкретних страхових випадків і не повинен підлягати розширеному тлумаченню. Настання обставин, визначених у такому переліку, а йдеться перш за все про шкоду, заподіяну здоров'ю пацієнта, понесені ним невиправдані матеріальні витрати, зумовлені неналежним наданням медичної допомоги чи медичних послуг, має бути безпосередньо пов'язано з винними діями надавачів таких послуг (допомоги).

Лікарські помилки – проблема міждержавна. Так, згідно зі звітом Інституту медицини відділу охорони здоров'я Національної Академії США, лише за рік медичні помилки призводять до 44–98 тис. випадків смерті пацієнтів у лікарнях США, яким можна було б запобігти. Ці приголомшливі цифри є свідченням тієї фізичної та емоційної шкоди, яка заподіюється пацієнтам внаслідок таких помилок [20, с. 11].

Незважаючи на достатню поширеність лікарських помилок під час медичного обслуговування пацієнтів, у вітчизняному законодавстві відсутнє визначення цього поняття. Більш того, серед правників немає єдиної думки про природу лікарської (медичної) помилки. Термін «лікарська помилка» ввів у науковий обіг видатний вітчизняний хірург М.І. Пирогов, який визначив її як хибні висновки й дії лікаря під час установлення діагнозу захворювання, визначення тактики й методики його лікування [10, с. 37].

З часом ця дефініція зазнавала змін та уточнень. Варто зазначити, що для юридичної кваліфікації дій лікаря, який припустився помилки під час виконання своїх професійних обов'язків, важливу роль відіграє внутрішнє ставлення останнього до свого діяння та тих наслідків, до яких привели його дії або бездіяльність. В цьому контексті уявляється більш послідовним розуміння лікарської помилки як добросовісної помилки лікаря під час виконання ним професійних обов'язків. При цьому головною відмінністю помилки від інших дефектів лікарської діяльності є виключення умисних злочинних дій, а саме недбалості, халатності, невігластва [2, с. 110]. Проте лікарська помилка може бути наслідком не лише низької кваліфікації медичного працівника, але й особливостей організму пацієнта, збігу обставин, відсутності необхідної матеріально-технічної бази, зокрема сучасного медичного обладнання, лікарських засобів та інструментів.

Проблема медичних помилок викликає стурбованість у всьому світі. Так, лікарі нью-йоркського госпіталю зазначають, що сьогодні медичні помилки через постійний потік хворих із COVID-19 зустрічаються набагато частіше, ніж це можна уявити [19]. З огляду на вищезазначене можна дійти висновку, що лікарською (медичною) помилкою є ненавмисне заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта під час виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків за умови адекватного (необхідного та достатнього) застосування професійних знань та навичок у кожному конкретному випадку.

Другим елементом страхового випадку є наслідки. Предметом договору страхування відповідальності медичних закладів є майновий інтерес страхувальника, пов'язаний із відшкодуванням шкоди, завданої життю чи здоров'ю потерпілої особи (вигодонабувача).

Вітчизняний законодавець розмежовує підстави відшкодування шкоди, завданої життю або здоров'ю потерпілої особи на договірні та позадоговірні (деліктні). Так, відшкодування шкоди в позадоговірних (деліктних) відносинах здійснюється на засадах ст. 1195 ЦК України, відповідно до якої фізична або юридична особа, яка завдала шкоди каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я фізичній особі, зобов'язана відшкодувати потерпілому збиток (дохід), втрачений ним внаслідок втрати чи зменшення професійної або загальної працездатності, а також відшкодувати додаткові витрати, викликані необхідністю посиленого харчування, санаторно-курортного лікування, придбання ліків, протезування, стороннього догляду тощо [18].

Водночас відшкодування шкоди, завданої особистим немайновим правам фізичної особи в договірних відносинах, здійснюється на підставі ст. 1166 ЦК України. В цьому разі майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала [18].

Особливістю шкоди, яка завдана здоров'ю, є те, що вона не може бути відшкодована у натурі та оцінена в грошовому еквіваленті, тому об'єктом відшкодування буде не зазначена шкода, а лише майнові втрати, яких зазнала фізична особа внаслідок її заподіяння [11, с. 943].

Варто зазначити, що шкода, яка потенційно може бути завдана потерпілій особі під час медичного обслуговування, не зводиться лише до порушень функцій організму, а може також проявлятися у вигляді втрачених можливостей, душевних страждань, що стали наслідком такого порушення.

ЦК України визначає страхове відшкодування як страхову виплату, яка здійснюється страховиком у межах страхової суми за договорами майнового страхування й страхування відповідальності за настання страхового випадку. Водночас страхове відшкодування не може перевищувати розміру прямого збитку, якого зазнав страхувальник. Непрямі збитки вважаються застрахованими, якщо це передбачено договором страхування [18].

Реальні збитки – це витрати, яких особа зазнала внаслідок знищення або пошкодження речі, а також витрати, які особа зробила або має зробити, аби відновити своє порушене право. Упущена вигода – це доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якщо б її право не було порушене.

Моральна шкода не належить ні до реальних збитків, ні до упущеної вигоди. Проте страхова компанія відшкодовує її на тих самих умовах, що й упущену вигоду: лише якщо такий обов'язок передбачає договір страхування [7, с. 35].

Причинно-наслідковий зв'язок як третій елемент структури страхового випадку покликаний установити логічну послідовність і залежність негативних наслідків та можливої лікарської (медичної) помилки як реалізованого ризику. Причинно-наслідковий зв'язок між протиправним діянням та завданою шкодою, як правило, має складний характер, що зумовлене специфікою завданої шкоди. При цьому необхідно доводити наявність причинно-наслідкового зв'язку не лише між протиправним діянням та ушкодженням здоров'я, але й між цими ушкодженнями здоров'я та завданими майновими втратами. Так, Г.А. Миронова слушно зазначає, що іноді відмова пацієнта від застосування до нього методу лікування не означає відмову від лікування взагалі, отже, не звільняє лікаря від обов'язку запропонувати інші методи, прийнятні для пацієнта [8, с. 127].

Представляє практичний інтерес також тип причинно-наслідкового зв'язку, а саме прямий чи непрямий (опосередкований). Якщо негативні наслідки є очевидним результатом реалізованого ризику, то встановлення причинного зв'язку не становитиме труднощів. Проте на практиці доволі часто виникають випадки, коли в результаті проведеного лікування пацієнту завдано шкоди здоров'ю, проте такі негативні наслідки є результатом безпосередньо інших подій. Прямий (безпосередній) причинний зв'язок наявний тоді, коли в ланцюзі подій, які послідовно розвиваються між протиправною поведінкою особи й збитками, не існує будь-яких обставин, що мають значення цивільно-правової відповідальності. У тих випадках, коли між протиправною поведінкою особи й збитками присутні обставини, яким цивільний закон надає значення у вирішенні питання про відповідальність (протиправна поведінка інших осіб, дія непереборної сили тощо), наявний непрямий (опосередкований) причинний зв'язок. При цьому непрямі причини не є умовою виникнення зобов'язання для заподіювача шкоди, оскільки вони не створюють правовий зв'язок між діями заподіювача шкоди та шкідливим наслідком, тому для визначення суб'єкта відповідальності юридичне значення має лише прямий правовий зв'язок [3, с. 70].

Так, по одній із справ було встановлено відсутність причинно-наслідкового зв'язку проведеного лікарем-травматологом лікування з ушкодженням здоров'я пацієнта, яке призвело до встановлення третьої групи інвалідності. Позивачка, яка в результаті перелому руки та подальших ускладнень під час її лікування (неправильне зростання кісток, гниття та зниження рухливості кінцівки) отримала інвалідність, позивалася про стягнення моральної шкоди за страждання, яких вона зазнала. В судовому засіданні було з'ясовано, що в дитинстві позивачка перенесла інфекційний артрит, тому існує вірогідність впливу перенесеного в дитинстві захворювання на результати лікування, зокрема на перебіг післятравматичних дегенеративно-дистрофічних змін у фалангах та суглобах кисті. Таким чином, суд установив відсутність причинно-наслідкового зв'язку між діями лікаря та негативними наслідками, що були після проведеного лікування (судове рішення) [16].

Окреслюючи особливості страхового випадку під час страхування відповідальності медичного закладу за заподіяну шкоду, маємо визначити обставини, які, незважаючи на певні ознаки страхового випадку, такими не є. Йдеться про підстави відмови у страхових виплатах. Такими обставинами, які звільняють страховика від обов'язку по виплаті страхової суми, можуть бути протиправні дії страхувальника, перебування лікаря під час виконання професійних обов'язків у стані алкогольного сп'яніння, подання страхувальником завідомо неправдивих відомостей про стан здоров'я пацієнта, якщо ці дії чи

бездіяльність спричинили настання страхового випадку, а також відмова пацієнта від госпіталізації чи медичного втручання за показаннями, невиконання вимог лікаря, порушення режиму лікування; несвоєчасне повідомлення страхувальником відомостей про настання страхового випадку, що унеможливлює встановлення вини медичного закладу; створення перешкод у проведенні страхового розслідування.

Висновки

Страхування відповідальності медичних закладів характеризується певними особливостями, перш за все специфічним складом страхового випадку, що пов'язаний головним чином із проявом ризику у вигляді лікарської (медичної) помилки. Це зумовлює неоднозначне трактування хибних дій медичного працівника, в результаті яких було завдано шкоду здоров'ю або життю пацієнта, та нагальну потребу визначення цього поняття на законодавчому рівні.

Як страховий випадок повинні розглядатися смерть пацієнта, інвалідність, тривалий розлад здоров'я або тимчасова втрата працездатності, необхідність додаткового лікування, незаплановане медичне втручання чи медикаментозне забезпечення внаслідок неналежного виконання професійних обов'язків медичним персоналом закладу охорони здоров'я.

Наявність затвердженого переліку страхових випадків, що можуть бути підставою для виплати страхових сум за укладеним договором страхування відповідальності медичних закладів, сприятиме належному правовому регулюванню взаємовідносин пацієнта із закладом охорони здоров'я, стане певною гарантією захисту майнових і немайнових прав пацієнта та інтересів медичного закладу й лікаря.

Список використаних джерел:

1. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 378 с.

2. Варданян Г.Д., Аветисян Г.А., Джаноян Г.Дж. и др. Врачебные ошибки: современное состояние проблемы. *Медицинская наука Армении НАН*. 2019. № 4. С. 105–120.

3. Гринько С.Д. Причинно-наслідковий зв'язок як об'єктивна умова виникнення деліктних зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2010. № 2. С. 66–78.

4. Заіка Ю.О., Пилипенко С.А. Страхове право : посібник. Київ : НАВС, 2012. 256 с.

5. Луць В.В. Договір як юридичний факт – регулятор цивільних відносин. *Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин* : збірник наукових праць / за ред. А.Б. Гриняка, О.О. Кота, М.Д. Пленюк. Київ : НДІ ПрПіП ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 52–72.

6. Малюков А.В. Страхование профессиональной ответственности врачей как форма социальной защиты : автореф. дисс. ... канд. мед. наук. Волгоград, 2009. 27 с.

7. Менделя О.О. Як застрахувати професійну відповідальність. *Управління закладом охорони здоров'я*. 2018. № 7. С. 34–37.

8. Миронова Г.А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації : монографія. Київ : НДІ ПрПіП ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. 200 с.

9. Міловська Н.В. Договірні зобов'язання зі страхування: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ ПрПіП ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019. 488 с.

10. Мостовенко О.В. Поняття, ознаки та класифікація лікарських помилок. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 37–40.

11. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О.В. Дзери (кер. авт. кол.), Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця. 5-те вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2013. Т. II. 1120 с.

12. Никифорак В.М. Договір страхування відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 16 с.

13. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text (дата звернення: 15.03.2021).

14. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія. Київ : Правова єдність, 2009. 304 с.

15. Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 15.03.2021).

16. Рішення Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 6 серпня 2014 р. Справа № 182/3493/13-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/40706843.

17. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Договірне право: академічний курс. Львів : ПАІС, 2020. 464 с.

18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 15.03.2021).

19. A Doctor Confronts Medical Errors – And Flaws In The System That Create Mistakes. June 30, 2020. URL: https://www.npr.org/sections/health-shots/2020/06/30/885186438/a-doctor-confronts-medical-errors-and-flaws-in-the-system-that-create-mistakes.

20. Chong S.-A. When doctors make mistakes. *Caesbook ASIA*. 2014. Vol. 22. Issue 2. P. 10–11.

Yurii Zaika, Olena Mendelia. Insured event as an element of the mechanism of civil legal regulation of insurance relations

The article is devoted to the study of the peculiarities of the contract of liability insurance of health care institutions and medical workers, whose professional activities are characterized by a high risk of potential harm to the patient.

There is a justified need for the widespread introduction of this type of compulsory liability insurance, which will be an appropriate way to protect the property and non-property rights and interests of patients.

Risk has been found to be a specific feature of professional medical practice that is directly related to the possibility of harm to the patient's health or death. It is proposed to consider medical (medical) error as a manifestation of insurance risk in liability insurance contracts of health care institutions and health professionals. Medical (medical) error is classified as unintentional harm to the life or health of a patient during the performance of his / her professional duties, provided that the professional knowledge and skills are adequately (necessary and sufficient) used in each case.

Particular attention is paid to the concept of insured event and insurance risk under this agreement.

The list of events that can be considered an insured event under this type of liability insurance contract is considered, in particular, death of a patient, disability, long-term health disorder or temporary disability, need for additional treatment, unplanned medical intervention or medication due to improper performance of professional duties, medical staff of the institution.

Circumstances that may be grounds for refusal to pay the sum insured under this type of insurance are identified, in particular: illegal actions of the insured; submission by the insured of knowingly false information about the patient's health; non-compliance with the patient's doctor's recommendations or violation of the treatment regimen; the doctor's stay in an alcoholic state, which led to the occurrence of an event that has signs of insurance; untimely notification by the insured of information about the occurrence of the insured event, which makes it impossible to establish the fault of the medical institution; creating obstacles in conducting an insurance investigation.

Key worlds: liability insurance, legal mechanism, insurance risk, insured event, composition of the insured event, medical error, liability of the medical institution.

УДК 347.455:347.457
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.05

Ірина Коваль,
докт. юрид. наук, доцент,
декан юридичного факультету
Донецького національного університету імені Василя Стуса

Наталія Щербакова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ ПОЗИКОДАВЦІВ У КРЕДИТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Статтю присвячено питанням захисту прав та інтересів позикодавців у кредитних зобов'язаннях, обґрунтуванню положень щодо вдосконалення чинного законодавства.

Обґрунтовано, що проценти, які кредитодавець (банк) очікує отримувати як плату за користування кредитом до моменту фактичного повернення кредиту, слід вважати «майном» у розумінні припису статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року.

Доведено, що право вимоги на отримання процентів за користування чужими коштами слід відносити, по-перше, до категорії активів, які в майбутньому отримує кредитодавець, та щодо яких заявник може стверджувати про наявність у нього «правомірного очікування» ефективного отримання майнового права (в межах статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), та; по-друге, є відповідним об'єктом права власності, набутого у відповідності до закону, захист якого гарантується статтею 41 Конституції України.

Аргументовано, що положення першого речення частини 1 статті 1050 Цивільного кодексу України створюють нерівні умови для позичальників у залежності від предмету договору позики, умов повернення позики. Застосовування такого диференційованого підходу до грошових коштів та речей, визначених родовими ознаками, без відповідного підґрунтя з огляду на їх сутність/правовий режим у відносинах позики призводить до обмеження законних інтересів кредитора (банка) в разі невиконання договору, коли предметом договору виступають грошові кошти, та унеможливлює отримати/стягнути проценти як плату за користування кредитом (частина 1 статті 1048 Цивільного кодексу України), нараховані за прострочений період (період після настання строку повернення кредиту до моменту його фактичного повернення).

Зроблено висновок, що тлумачення припису першого речення частини 1 статті 1050 Цивільного кодексу України як такого, що передбачає у разі несвоєчасного виконання зобов'язання (повернення суми позики) застосування тільки статті 625 Цивільного кодексу України, не відповідає змісту правових гарантій, які закладені в статті 41 Конституції України щодо права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, а також, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним.

Ключові слова: кредитні зобов'язання, суб'єкти кредитних зобов'язань, позикодавець, боржник, захист прав та інтересів, проценти, користування чужими коштами, майно, власність, правові очікування.

Постановка проблеми. Належне виконання кредитних зобов'язань має вагоме значення не тільки для товарно-грошового обігу між суб'єктами договірних зобов'язань та забезпечення їхніх майнових прав під час здійснення ними своєї діяльності, але й для ефективного функціонування кредитно-фінансової системи України загалом. Ураховуючи поширену практику низької дисципліни виконання договірних зобов'язань, особливої актуальності набувають питання застосування до правопорушників заходів відповідальності за неналежне виконання грошових зобов'язань, які виникають на практиці [1, с. 257], зокрема проблема застосування положень про проценти.

© І. Коваль, Н. Щербакова, 2021

Судова практика доволі тривалий час була усталеною щодо стягнення кредитором з боржника відсотків та пені в межах строку позовної давності (відсотки за три роки до моменту звернення з позовом до суду та неустойка за один рік до моменту звернення з позовом до суду)[1]; вказувала на те, що наявність судового рішення про задоволення вимог кредитора, яке боржник не виконав, не припиняє правовідносини сторін кредитного договору, не звільняє боржника та поручителя від відповідальності за невиконання грошового зобов'язання й не позбавляє права на отримання штрафних санкцій, передбачених умовами договору та Цивільним кодексом України [2] (далі –ЦКУ)[2]. Втім, у 2018 році Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) кардинально змінила практику правозастосування щодо нарахування кредитором відсотків за кредитним договором, відступивши одразу від декількох правових позицій Верховного Суду України. Так, у Постанові від 28.03.2018 р. по справі № 444/9519/12 ВП ВС, витлумачивши в сукупності норми ст. ст. 526, 530, 610, 1048 та 1054 ЦКУ, дійшла висновку, що «Після спливу визначеного договором строку кредитування чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з ч. 2 ст. 1050 ЦКУ право кредитодавця нараховувати передбачені договором проценти за кредитом припиняється. Права та інтереси кредитодавця в охоронних правовідносинах забезпечуються ч. 2 ст. 625 ЦКУ, яка регламентує наслідки прострочення виконання грошового зобов'язання (п. 91. постанови ВП ВС)».

В іншій Постанові від 04.07.2018 р. у справі № 310/11534/13-ц ВП ВС додатково зазначила таке: «Право кредитора нараховувати передбачені договором проценти за кредитом припиняється в разі пред'явлення до позичальника вимог згідно з ч. 2 ст. 1050 ЦКУ. Якщо за рішенням про звернення стягнення на предмет застави заборгованість за кредитним договором указана в такому рішенні в повному обсязі, кредитор має право на отримання гарантій належного виконання зобов'язання відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦКУ, а не у вигляді стягнення процентів».

Крім того, ВП ВС у своїй Постанові від 23.05.2018 р. у справі 910/1238/17 в п. 6.20. додатково роз'яснила, що термін «користування чужими коштами» використовується у двох значеннях, які є різними за своїми правовими наслідками: 1) правомірне користування чужими коштами – одержання боржником (як правило, за плату) можливості правомірно не сплачувати кредитору борг протягом певного часу (застосуванню підлягає ч. 1 ст. 1048 ЦКУ) та 2) неправомірне користування чужими коштами – прострочення виконання грошового зобов'язання, коли боржник повинен сплатити гроші, але неправомірно не сплачує їх (застосуванню підлягає ч. 2 ст. 625 ЦКУ).

Втім, попри застосування судами всіх інстанцій висновків ВП ВС щодо нарахування відсотків кредитором після настання терміну повернення кредиту, у випадку пред'явлення позову або в разі дострокового припинення повернення кредиту деякі колегії суддів Верховного Суду у своїх справах вказані висновки не застосували [3], аргументуючи свою позицію договірним регулюванням кредитних відносин між сторонами договору (як-от: «нарахування процентів повністю і остаточно припиняється в день фактичного повернення кредиту в повному обсязі»[3], «передбачено іншу домовленість, яка, на відміну від загального правила щомісячної виплати процентів лише в межах погодженого сторонами строку кредитування, встановленого абз. 2 ч. 1 ст. 1048 ЦКУ, допускає нарахування банком процентів за користування кредитом по день повного погашення заборгованості»[4], «відповідно до п. 3.5 кредитного договору № 13-65-06/212, у випадку порушення позичальником встановленого п. 2.2 договору строку погашення отриманого кредиту позичальник надалі сплачує проценти за неправомірне користування кредитом, виходячи із процентної ставки в розмірі 36% річних»[5]).

Врешті-решт колегією суддів ВП ВС у Постанові від 04.02.2020 р. у справі № 912/1120/16 зазначено, що відносини щодо сплати процентів за одержання боржником можливості правомірно не сплачу-

[1] Постанова Верховного Суду України від 02.12.2015 р. у справі № 6-249цс15.

[2] Постанова Верховного Суду України від 23 вересня 2015 року у справі № 6-1206цс15, постанови ВСУ № 6-1252цс16 від 21 вересня 2016 року, № 6-1047цс16 від 06 липня 2016 року, № 6-1412цс16 від 07 вересня 2016 року, № 6-2096цс16 від 27 вересня 2016 року.

[3] Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 10.10.2018 р. Справа № 910/750/18. URL: http:// reyestr.court.gov.ua/review/77258136; Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 14.04.2019. Справа № 910/22858/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/review/81971813.

[4] Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 13.12.2018 р. Справа № 913/11/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/review/78554227

[5] Постанова Касаційного господарського суду Верховного Суду від 05.03.2019 р. Справа № 5017/1987/2020. URL: http://reyestr.court.gov.ua/review/80366636

вати кредитору борг протягом певного часу врегульовані ч. 1 ст. 1048 ЦКУ України, такі проценти є звичайною платою боржника за право тимчасово користуватися наданими йому коштами на визначених договором та законодавством умовах, тобто в межах належного та добросовісного виконання сторонами договірних зобов'язань, а не у випадку їх порушення (п. 6.23. постанови); у випадках, коли боржник порушив умови договору, прострочивши виконання грошового зобов'язання, за ч. 1 ст. 1050 ЦКУ України застосуванню в таких правовідносинах підлягає положення ст. 625 ЦКУ (п. 6.24. постанови). Також у п. 6.28 підкреслюється, що поведінка боржника не може бути одночасно правомірною і неправомірною, а тому, відповідно, й не може одночасно застосовуватись ч. 1 ст. 1048 ЦКУ та ч. 2 ст. 625 ЦКУ, тому за період до прострочення боржника підлягають стягненню проценти від суми позики (кредиту) відповідно до умов договору та ч. 1 ст. 1048 ЦКУ як плата за надану позику (кредит), а за період після такого прострочення підлягають стягненню річні проценти відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦКУ як грошова сума, яку боржник повинен передати кредиторові в разі порушення боржником зобов'язання, тобто як міра відповідальності за порушення грошового зобов'язання.

Окрім цього, ВП ВС зазначила, що: умова договору про право кредитора нараховувати відсотки, передбачені договором до моменту фактичного повернення кредиту, не надає кредитору право нараховувати відповідні відсотки після прострочення боржника; для нарахування відсотків за підвищеною ставкою після прострочення боржника необхідно зазначити в договорі, що такі відсотки є платою боржника за неправомірне користування грошовими коштами (пп. 6.32. – 6.36).

У цій справі ВП ВС відступила від висновку Верховного Суду, викладеного в постанові від 13 грудня 2018 року у справі № 913/11/18, щодо можливості нарахування банком відсотків за користування кредитом на день повного погашення заборгованості, якщо це передбачено відповідним договором. Не погодившись із такою позицією, АТ «Ощадбанк» звернувся з конституційною скаргою до Конституційного Суду України, в якій просив перевірити на відповідність Конституції України речення 1 ч. 1 ст. 1050 ЦКУ [4]. З огляду на зазначене постає питання про відповідність ст. 41 Конституції України тлумачення ВП ВС положень ч. 1 ст. 1050 ЦКУ.

У науковій літературі проблематиці визначення правової природи процентів, їх застосування в договірних зобов'язаннях приділяється чимало уваги. Серед науковців, які займалися такою проблематикою, варто назвати дослідження В. Бєлова, О. Беляневич, Д. Лаврова, Л. Лунц, Л. Новосьолової, О. Подцерковного, О. Печеного, А. Попова, Л. Тарасенко, Б. Хаскельберга, В. Хохлова, О. Шаповалової та інших. Проте неоднозначна судова практика, яка склалася за останні роки у справах щодо нарахування процентів по кредитних зобов'язаннях, відступлення ВП ВС від правових позицій Верховного Суду, потребує подальших досліджень щодо захисту прав та інтересів позикодавців.

Метою статті є обґрунтування положень щодо вдосконалення законодавства із захисту прав та інтересів позикодавців у кредитних зобов'язаннях; науково-теоретичне обґрунтування відповідності Конституції України положень частини 1 статті 1050 ЦКУ.

Виклад основного матеріалу. Із суті правовідносин, які складаються між кредитодавцем (позикодавцем) та позичальником (ч. 1 ст. 1054 ЦКУ), випливає, що у кредитодавця, окрім права на повернення кредиту, ще й є право на одержання від позичальника процентів. Такі проценти виступають своєрідною платою за користування чужими грошовими коштами (капіталом), що мають властивість давати приріст у разі використання в майновому обороті. Проценти за кредитним договором нараховуються за користування наданими та такими, що підлягають поверненню грошовими коштами, тобто боржник користується грошима і сплачує кредитору за надану можливість отримання з них корисних властивостей, а процентний приріст є результатом природного розвитку договірного зобов'язання [5, с. 133].

Отже, правова природа процентів у кредитних правовідносинах полягає саме у своєрідній винагороді (платі) за користування чужими коштами. Власне «процент» є сотою частиною цілого (від лат. «*pro centum*» – сота доля, на сто), який, як такий, не має будь-якої правової сутності, це елементарний інструмент для математичних дій (у тому числі й у випадку необхідності розрахувати суму пені, яка має бути сплачена за прострочення виконання грошового зобов'язання, або суму штрафу, який також обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання) [6]. Правова сутність процентів виявляється тільки тоді, коли закон закріплює за боржником обов'язок сплатити проценти за користування не своїми грошима, в тому числі й у разі прострочення виконання зобов'язання. Саме

тоді проценти набувають форму відповідного еквіваленту, що обчислюється в грошових одиницях виміру, на які розраховує кредитодавець на момент укладення кредитного договору; це його реальний прибуток, який він отримає в майбутньому під час виконання кредитного договору.

Відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 1048 ЦКУ у разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики. У розумінні даної статті проценти є платою (відповідною винагородою) за користування чужими коштами, на яку розраховував кредитодавець на момент укладення договору. Відповідно до цієї норми нараховані кредитодавцем проценти за період після настання строку повернення кредиту і до моменту його фактичного повернення також треба вважати відповідною платою за користування чужими коштами, оскільки якщо би кредит було повернуто вчасно, то повернуті грошові кошти кредитодавець використовував би й надалі у своїх економічних інтересах, надаючи кредит іншим суб'єктам (позичальникам).

У Рішенні Конституційного Суду України від 22.07.2020 р. № 8-р(I)/2020 Конституційний Суд ураховує, що положення ст. 41 Конституції України кореспондуються з відповідними положеннями ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, за якими кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном; ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права, а також бере до уваги прецедентну практику тлумачення Європейським судом з прав людини названих положень Першого протоколу (абзац другий підпункт 3.3. мотивувальної частини Рішення).

Банк, укладаючи кредитний договір з позичальником, розраховує на отримання процентів до моменту зарахування грошової суми, що позичалася, на банківський рахунок, а в разі прострочення – на отримання процентів за кредитом та грошових сум, передбачених ч. 2 ст. 625 ЦКУ. Банк сподівається на те, що матиме можливість реалізовувати передбачене договором право на отримання процентів від користування кредитом, тому в цілях ст. 1 Першого протоколу таке законне сподівання можна вважати додатковою частиною майнових прав.

У досліджуваному випадку наявні всі підстави вважати, що проценти, які є відповідною платою (винагородою) за користування чужими коштами, можна віднести до категорії активів, включаючи вимоги, щодо яких заявник може стверджувати про наявність у нього щонайменше «правомірного очікування» ефективного отримання майнового права (в межах ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Правомірність такого очікування ґрунтується на правовій нормі абз. 2 ч. 1 ст. 1048 ЦКУ, якою передбачено, що у разі відсутності іншої домовленості сторін проценти виплачуються щомісяця до дня повернення позики.

Проценти, які кредитодавець (банк) очікує отримувати як плату за користування кредитом до моменту фактичного повернення кредиту, є прибутком, активом, який розраховує отримати кредитодавець (банк) на момент укладення договору. Такий актив характеризується економічною цінністю (здатність бути оціненим у грошовому еквівалентні), має цільове призначення (спрямований на отримання економічної вигоди).

Щоб скористатися захистом ст. 1 Першого протоколу, особа повинна мати хоч якесь право, передбачене національним законодавством, яке може вважатися правом власності з точку зору Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [7, с. 686]. Концепція «майна» [8, с. 128] в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції має автономне значення, тобто не обмежується власністю на матеріальні речі та не залежить від формальної класифікації у внутрішньому праві: певні інші права та інтереси, що становлять активи, також можуть вважатися «правом власності», а отже, і «майном» [9].

Відповідно до практики Європейського суду з прав людини Конвенцією захищається не тільки право власності на наявне майно, а й легітимні очікування щодо набуття певного майна чи майнового права, зокрема право вимоги, до якого особа може стверджувати, що має принаймні легітимні очікування щодо ефективного здійснення права власності (§ 83 рішення у справі «Князь Ліхтенштейну Ганс Адамс II проти Німеччини» (Prince Hans-Adams of Lichtenstein II v. Germany) від 12 липня 2001 р.). Саме тому більшість вітчизняних та зарубіжних дослідників стверджують, що легітимні очікування становлять актив, економічний ресурс, тобто здатні оцінюватися в грошах [10, с. 176–177].

Проценти – це і є ті самі законі (правомірні) очікування, а економічна цінність такого активу (процентів) дозволяє віднести їх до категорії «майно» в розумінні ст. 1 Першого протоколу, враховуючи, що, по-перше, економічна цінність процентів може бути виражена в грошовому еквіваленті (це є реальна грошова сума, яка вже на момент

укладення договору прописана як істотна умова), по-друге, проценти наявні (вони становлять не майбутній об'єкт, а наявний, існуючий на момент укладення договору, на які особа законно сподівається, тобто такі законні очікування можуть бути визначені як «наявне майно, пов'язане з майбутнім майном»)[6].

Крім того, слід зазначити, що практика ЄСПЛ виходить із того, що законні очікування мають бути не надуманими, а підтверджуватися національним законодавством або усталеною практикою, або умовами укладеного договору, на що неодноразово зверталася увага науковцями [11, с. 220], так і ЄСПЛ (Broniowski v. Poland, рішення від 22.06.2004 р.; Maurice v. France, рішення від 06.10.2005 р.; Belane Nagy v. Hungary, рішення від 13.12.2016 р.). Власне, це і відрізняє законні (правомірні) очікування від звичайних очікувань у зазначенні надій, бажань, прагнень психологічного чи етичного характеру [12; 13, с. 117].

Європейський суд з прав людини застосовує у своїй практиці для вирішення питання щодо легітимності (виправданості) очікувань такі критерії: (1) наявність існування самого суб'єктивного майнового права (суть якого полягає в можливості вимагати від іншої особи сплати грошової суми – нараховані проценти за користування кредитом); (2) підтвердження існування законних очікувань національним законодавством або усталеною практикою, або умовами укладеного договору; (3) підтвердження рішенням національного суду (не є обов'язковим, як стверджується в юридичній літературі [14, с. 377-470], оскільки у практиці ЄСПЛ є ціла категорія справ, у яких правова вимога боргу розглядається як законні очікування і без їх визнання рішеннями національних судів [13, с. 123]).

Отже, по-перше, проценти, які кредитодавець (банк) очікує отримувати як плату за користування кредитом до моменту фактичного повернення кредиту, відповідають ознакам «майна» в розумінні припису статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року згідно з практикою Європейського суду з прав людини. По-друге, проценти слід вважати майном у широкому розумінні (коли під терміном «майно» розуміється не тільки конкретна річ, а й майнові права та обов'язки), а саме право вимоги на отримання процентів за користування грошовими коштами є активом, який у майбутньому отримує кредитодавець, і який можна вважати відповідним об'єктом права власності, набутого у відповідності до закону, та захист якого гарантується статтею 41 Конституції України.

Відповідно до приписів ч. 1 ст. 1048 ЦКУ кредитодавець (банк) у разі відсутності іншої домовленості має право на одержання від боржника процентів від суми позики щомісяця до дня повернення позики. У тлумаченні словосполучення «до дня повернення позики», вочевидь, йдеться про нарахування процентів як у період у межах установленого строку користування грошовими коштами, так і в прострочений період (період після настання строку повернення кредиту до моменту його фактичного повернення). Інакше законодавець вжив би інше формулювання, зокрема «до закінчення договору».

Втім, положення ч. 1 ст. 1050 ЦКУ закріплюють інший підхід. З буквального тлумачення цієї норми слідує, що якщо позичальник своєчасно не повернув суму позики, він зобов'язаний сплатити грошову суму відповідно до ст. 625 ЦКУ. Тобто законодавець чітко передбачає предмет вимоги до боржника, який прострочив виконання грошового зобов'язання, а саме стягнення суми боргу з урахуванням індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми.

Убачається, що в даних відносинах норма ч. 1 ст. 1050 ЦКУ має значення спеціальної відносно норми ч. 1 ст. 1048 ЦКУ і тому підлягає застосуванню, оскільки йдеться про правові наслідки порушення договору в разі несвоєчасного повернення кредиту. При цьому виникає питання: чи не буде це порушувати законні права та інтереси добросовісної сторони (кредитора) в грошових зобов'язаннях, більш слабкої сторони в цих відносинах, не надаючи їй відповідного правового захисту, виключаючи право на отримання процентів за прострочений період і обмежуючись тільки можливістю отримати суму боргу з урахуванням інфляційних виплат і три проценти річних, і чи це буде адекватним правовим захистом?

Водночас слід звернути увагу, що згідно з ч. 1 ст. 1050 ЦКУ, якщо предметом договору позики виступають речі, визначені родовими ознаками, законодавцем застосовано інший принцип: позичальник, який несвоєчасно повернув речі, зобов'язаний сплатити

[6] Науковці зазвичай виділяють дві найважливіші та неодмінні ознаки майна в розумінні ст. 1 Першого Протоколу – це: 1) економічна цінність (вираження в грошовому еквіваленті) та 2) наявність (Карнаух Б.П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Проблеми законності. 2016. Вип. 132. С. 205-214; Сліпченко А.С. Визначення поняття «майно» у праві ЄС та вітчизняному праві. Форум права. 2020. 61 (2). С. 122-130).

неустойку відповідно до статей 549–552, яка нараховується від дня, коли речі мали бути повернуті, до дня фактичного повернення позикодавцеві, незалежно від сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 ЦКУ. Тобто виходить, що в одному приписі ч. 1 ст. 1050 ЦКУ закладено різний підхід щодо правових наслідків порушення договору позичальником у залежності від предмету договору позики: якщо предметом договору позики виступають грошові кошти, то законодавець прямо вказує тільки на застосування ст. 625 ЦКУ (без врахування положень ч. 1 ст. 1048 ЦКУ); якщо предметом договору позики виступають речі, визначені родовими ознаками, то законодавець указує на застосування ст. ст. 549–552 ЦКУ «незалежно від сплати процентів, належних позичальникові відповідно до статті 1048 ЦКУ».

Крім того, важливо звернути увагу на ч. 2 ст. 1050 ЦКУ, яка передбачає, що якщо договором встановлений обов'язок позичальника повернути позику частинами (з розстроченням), то в разі прострочення повернення чергової частини позикодавець має право вимагати дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, належних йому відповідно до ст. 1048 цього Кодексу. Убачається, що в ч. 2 коментованої статті йдеться про повернення позики (грошових коштів) позичальником із розстрочкою платежу. При цьому в такому разі позикодавець уже може вимагати сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 ЦКУ.

Застосовування такого диференційованого підходу до грошових коштів та речей, визначених родовими ознаками, без відповідного підґрунтя з огляду на їхню сутність/правовий режим у відносинах позики призводить до обмеження законних інтересів кредитора (банка) у разі невиконання договору, коли предметом договору виступають грошові кошти, і, як наслідок, унеможливлює (виходячи із приписів першого речення ч. 1 ст. 1050 ЦКУ) отримати/стягнути проценти як плату за користування кредитом (ч. 1 ст. 1048 ЦКУ), нараховані за прострочений період (період після настання строку повернення кредиту до моменту його фактичного повернення).

Отже, положення ст. 1050 ЦКУ в разі їх буквального тлумачення створюють нерівні умови для позичальників у залежності від предмету договору позики. Оскільки якщо предметом договору позики виступають грошові кошти, то як правові наслідки порушення договору застосовуються тільки вимоги за ст. 625 ЦКУ, а у разі, якщо предметом договору позики виступають речі, визначені родовими ознаками, то застосуванню підлягають статті 549–552 незалежно від сплати процентів, належних позикодавцеві відповідно до ст. 1048 цього Кодексу. Представляється, що такі нерівні умови для позичальників у залежності від предмету позики, умов повернення позики створюють певний дисбаланс в умовах захисту інтересів слабкої сторони в даних відносинах, якою виступає позикодавець (банк).

Висновки

Обґрунтовано, що проценти, які кредитодавець (банк) очікує отримувати як плату за користування кредитом до моменту фактичного повернення кредиту, слід вважати «майном» у розумінні припису статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року згідно з практикою Європейського суду з прав людини.

Доведено, що право вимоги на отримання процентів за користування чужими коштами слід відносити, по-перше, до категорії активів, які в майбутньому отримує кредитодавець, та щодо яких заявник може стверджувати про наявність у нього щонайменше «правомірного очікування» ефективного отримання майнового права (в межах ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод), та, по-друге, є відповідним об'єктом права власності, набутого у відповідності до закону, захист якого гарантується статтею 41 Конституції України.

Зроблено висновок, що тлумачення припису першого речення ч. 1 ст. 1050 ЦКУ як такого, що передбачає в разі несвоєчасного виконання зобов'язання (повернення суми позики) застосування тільки ст. 625 ЦКУ, не відповідає змісту правових гарантій, які закладені в ст. 41 Конституції України щодо права кожного володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності, а також що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності; право приватної власності є непорушним. У зв'язку із цим пропонується в речення 1 ч. 1 ст. 1050 ЦКУ після слів «цього Кодексу» додати такий зміст: «*яка нараховується від дня, коли грошова сума мала бути повернута, до дня її фактичного повернення позикодавцеві, незалежно від сплати процентів, належних йому відповідно до статті 1048 цього Кодексу*».

Запровадження зазначених положень створить рівні умови для позичальників у залежності від предмету та умов позики, відновить баланс інтересів позикодавців (банків) у кредитних відносинах, як наслі-

док, усуне існуючі суперечності, які мають місце в правозастосуванні, сприятиме покращенню інвестиційного клімату в державі та ефективному функціонуванню кредитно-фінансової системи України загалом.

Список використаних джерел:

1. Сальникова Г.І. Деякі проблемні питання застосування господарських санкцій за порушення договірних грошових зобов'язань. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 2 (9). С. 257–264.

2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

3. Будьоний В. Нюанси нарахування відсотків за кредитним договором. Розбираємось у деталях позиції Великої Палати Верховного Суду. URL: https://budenniy.org.ua/2020/05/11/nyuansy-narahuvannya-kredytorom-vidsotkiv-za-kredytnym-dogovorom-rozbyrayemos-u-detalyah-pozytsiyi-velykoyi-palaty-verhovnogo-sudu/ (дата звернення: 09.03.2021).

4. Маємо сподівання, що КСУ поставить крапку в питанні нарахування відсотків. URL: https://lhs.net.ua/ua-maiemo-spodivannia-shcho-ksu-postavyt-krapku-v-pytanni-narakhuvannia-vidsotkiv-zastupnyk-nachalnyka-upravlinnia-stiahnennia-at-oshchadbank-pavlo-ponomarenko-ru-nadeemsia-chto-ksu-postavyt-tochku-v/ (дата звернення: 08.03.2021).

5. Печений О.П. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ФО-П Лисяк Л.С., 2012. Т. 7: Загальні положення про зобов'язання та договір. 736 с.

6. Беляневич О.А. Науковий висновок щодо застосування статей 217 Господарського кодексу України та 625 Цивільного кодексу України. ULR: https://coordynata.com.ua/naukovij-visnovok-sodo-zastosuvanna-statej-217-gospodarskogo-kodeksu-ukraini-ta-625-civilnogo-kodeksu-ukraini (дата звернення: 18.02.2021).

7. Карс-Фріск М. Право на власність: питання імплементації статті 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини. *Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст* / за ред. О.Л. Жуковської. Київ : ЗАТ «ВІПОЛ». 2004. С. 685-722.

8. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науко-методичний посібник для суддів. 2-ге вид. випр., допов. Київ, 2015. 208 с.

9. Рішення у справі «Іатрідіс проти Греції» (Iatridis v. Greece) від 25 березня 1999 р., заява № 31107/96, п. 54.

10. Жорнокуй Ю.М., Сліпченко С.О., Жорнокуй В.Г. Корпоративні правовідносини : монографія. Харків : ЕСКУС, 2021. 248 с.

11. Блажівська Н. Тлумачення поняття майна у практиці Європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 219–223.

12. Srivastava A.K. Doctrine of "Legitimate Expectation" / J.T.R.I. JOURNAL. First Year, Issu 2 Year April June, 1995. URL: http://www.ijtr.nic.in/article/art13.pdf. (дата звернення: 22.02.2021).

13. Сліпченко С.О. Щодо розуміння законних очікувань як майна. *Правомірні очікування* : зб. ст. / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЕКУС, 2020. 250 с. С. 113–127.

14. Жорнокуй Ю.М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект : монографія. Харків : Право, 2015. С. 377–470.

Iryna Koval, Nataliia Shcherbakova. Theoretical and legal aspects of protecting the rights and interests of lenders in lending obligations

The article is devoted to issues of protection of the rights and interests of lenders in lending obligations, substantiation of the provisions on improving the current legislation.

It is substantiated that the interests that the lender (bank) expects to receive as a payment for the use of a loan until the actual return of the loan should be considered "property" in the understanding of the prescription of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in 1950.

It is proved that the right to receive interest on the use of foreign funds should be attributed, firstly, the category of assets that receive a lender in the future, and for which the applicant can assert about the existence of "legitimate expectations" of effective obtaining property rights (within the limits of the applicant. Art. 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms), and; secondly, it is an appropriate object of ownership acquired in accordance with the law, the protection of which is guaranteed by Article 41 of the Constitution of Ukraine.

It is argued that the provisions of the first sentence of Part 1 of Article 1050 of the Civil Code of Ukraine create unequal conditions for borrowers, depending on the subject matter of the loan agreement, the terms of loan return. Applying such a differentiated approach to monetary assets and things defined by generic features, without the relevant basis, taking into account their essence / legal regime in relations of the loan leads to limiting the legitimate interests of the lender (bank) in case of non-compliance with the contract, when the subject matter of the contract is monetary assets, and it is impossible to obtain / levy interest as

a payment for a loan (Part 1 of Article 1048 of the Civil Code of Ukraine), accrued for an overdue period (after the date of return of the loan until its actual return).

It is concluded that the interpretation of the prescription of the first sentence of Part 1 of Art. 1050 of the Civil Code of Ukraine as such, which involves in the event of untimely fulfillment of the obligation (return of the loan amount) of application only Art. 625 of the Civil Code of Ukraine, – does not correspond to the content of legal guarantees that are laid down in Art. 41 of the Constitution of Ukraine regarding the right of everyone to own, use and dispose of their property, the results of its intellectual, creative activity, as well as that no one can be unlawfully deprived of property rights; private property right is immutable.

Key words: credit obligations, entities of credit obligations, lender, debtor, protection of rights and interests, percentages, use of foreign funds, ownership, legal expectations.

УДК 347.4
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.06

Володимир Кондратюк,
адвокат,
аспірант кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРАВОВИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ СПОЖИВЧИХ БАНКІВСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті автор здійснює аналіз споживчих банківських правовідносин через дослідження правового статусу їх учасників. При цьому досліджуються споживчі банківські правовідносини з огляду на їхній суб'єктний склад та мету, яку переслідують їх учасники. Вказано, що об'єктом таких правовідносин є банківський продукт: депозитна, кредитна чи розрахункова операція.

Автор аналізує зміст поняття «споживач» як сторони правовідносин. Вказано, що спеціальний правовий статус споживача зумовлений потребою в спеціальному захисті державою його прав за допомогою додаткових гарантій. Надано визначення поняття «споживач банківської послуги».

Виявлено ключові ознаки споживача банківських послуг, а саме: має на меті отримати банківську послугу; споживчий характер; дисбаланс прав і обов'язків на користь банківської установи;існування додаткових гарантій та механізмів захисту прав споживача. Запропоновано групування прав споживача за напрямами: загальні права (інформаційні права; права на інформаційну безпеку; право на ефективну охорону та захист; право на отримання якісної та фінансово безпечної послуги) і права споживача в разі отримання окремих банківських продуктів. Також визначено обов'язки споживача, як-то: обов'язок з'ясувати умови і правила надання банківської послуги; дотримання вимог чинного законодавства; виконувати вимоги та обмеження, встановлені правилами конкретної банківської послуги.

У статті проведено правовий аналіз правового статусу банку як «професійного управненого» учасника споживчих банківських правовідносин. Визначено, що основними ознаками, які відмежовують банк від інших фінансових установ, є здійснення трьох операцій: депозитних, кредитних та розрахункових.

Зазначено, що ознаками споживчих банківських правовідносини є: використання грошових коштів як інструменту їх надання; явна нерівноправність учасників та наявність особистого ризику споживача; споживчий інтерес в отриманні банківської послуги (депозитної, кредитної чи розрахункової).

За результатами проведеного дослідження констатовано необхідність затвердження чітких та зрозумілих правил отримання банківської послуги та функціонування інструментарію захисту прав споживача у вигляді відповідних гарантій.

Ключові слова: банківські правовідносини, споживач банківських послуг, банківська установа, баланс прав та інтересів, «професійна управненість» банківської установи.

Постановка проблеми. Розвиток та розширення спектра фінансових послуг створюють умови для активного залучення до ринків таких послуг споживачів. Протягом останніх років спостерігається зростання кількості споживачів фінансових послуг та установ, що надають такі послуги.

Як свідчить досвід інших країн, стрімкий розвиток пропозицій ринків фінансових послуг в умовах недосконалої правової бази та, відповідно, недостатнього забезпечення захисту прав споживачів може призвести до недовіри до таких ринків і, як наслідок, зниження попиту на запропоновані ними послуги [1].

Реалізація такого завдання, як забезпечення захисту прав споживачів, можлива за умови детального аналізу правового статусу суб'єктів споживчих банківських правовідносин. Наслідком такого дослідження буде встановлення особливостей та характерних ознак споживача та банківської установи, їхніх взаємних прав та обов'язків, мету їхніх правовідносин та цілі, які вони переслідують, вступаючи в такі відносини. Встановлений дисбаланс прав надасть можливість розробити, запропонувати та надалі застосовувати комплекс ефективних заходів, спрямованих на реальний захист прав та інтересів споживача як нерівноправного учасника банківських правовідносин.

Висвітленням у науковій літературі проблематики стосовно учасників споживчих банківських правовідносин займалися Лат-

© В. Кондратюк, 2021

ковська Т.А., Муляр М.С., Старицька О.О., Черняк О.Ю., Янишен В.П. та інші. Основну увагу в літературі приділено аналізу статусу споживача чи банку. Поряд із цим системному аналізу саме взаємних зв'язків споживача та банківської установи як учасників одних правовідносин присвячено недостатньо уваги. На нашу думку, саме такі «взаємні зв'язки», їхній формат і наповненість проявляють суть та характер юридичного статусу учасників споживчих банківських правовідносин.

Метою статті є науковий аналіз особливостей правового статусу учасників споживчих банківських відносин – споживача та банківської установи – з метою формування належних та дієвих механізмів захисту прав споживача.

Виклад основного матеріалу. За сучасних економічних реалій неможливо уявити сьогодення без банківської сфери. Кожен із нас щоденно користується ринком банківських послуг, вступаючи у відповідні правові відносини з фінансовими установами. Такі взаємодії виникають, коли ми оплачуємо за проїзд у громадському транспорті за допомогою додатків на смартфоні, проводимо грошові перекази, розраховуємося за товари та послуги банківською карткою, користуємося платіжними додатками, отримуємо кредити чи розміщуємо кошти на депозиті. За таких умов відносини, які виникають між суб'єктами, ідентифікуються як банківські споживчі правовідносини. У цьому різновиді банківських правовідносин обов'язковими учасниками є банківська установа та споживач банківських послуг, а їхньою метою є задоволення особистих потреб споживача, який отримує банківську послугу.

Отже, безсумнівними ознаками споживчих банківських правовідносин є: 1) характерний склад їх учасників, а це банківська установа та споживач таких послуг; 2) мета – споживання банківських послуг фізичною особою у власних особистих цілях.

Вперше визначення поняття «споживач» було сформульовано в Хартії захисту прав споживачів, прийнятій XXV сесією Консультативної Асамблеї ЄС 1973 року. Цей документ передбачав, що споживач – це фізична або юридична особа, яка користується товарами й послугами з особистою метою. До таких юридичних осіб Хартія відносить лише асоціації та благодійні фонди, об'єднання ремісників, кустарів і невеликі підприємства [2, с. 211].

Закон України «Про захист прав споживачів» надає визначення поняття «споживач» та вказує, що споживач – фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника [3]. Тобто зазначений нормативний акт основною ознакою споживача визначає власне особисту мету отримання таких послуг та придбання товарів – задоволення особистих приватних споживчих потреб фізичної особи.

Поряд із цим Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» визначає термін «споживач фінансових послуг» як фізичну особу, яка отримує або має намір отримати фінансову послугу для задоволення особистих потреб, не пов'язаних із підприємницькою, незалежною професійною діяльністю [4].

З огляду на відсутність у законодавстві визначення поняття «споживач банківських послуг» існує потреба у формуванні такого визначення на науковому рівні. Отже, пропонується розглядати «споживача банківських послуг» як фізичну особу, яка бажає отримати чи отримує банківську послугу для задоволення власних споживчих, не професійних потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю чи виконанням трудових обов'язків.

Важливим, на думку автора, є наявність у вказаному визначенні такого складника, як намір отримання банківської послуги поряд з її подальшим реальним споживанням. Вказане пояснюється широким розумінням інформаційних прав споживача та потребою в ознайомленні споживача зі змістом такої послуги. Саме з моменту отримання повної та достатньої інформації про банківський продукт і формується намір споживача на його отримання.

Актуальність необхідності підняття інформаційної обізнаності споживача з банківською послугою, які він планує спожити, вкотре проявилося і на загальнодержавному рівні. З 03 березня 2021 року в Україні стартувала Всеукраїнська інформаційна кампанія із захисту прав споживачів фінансових послуг «Знай свої права», яку проводить Національний банк України за підтримки Уповноваженого Верховної Ради з прав людини. Мета кампанії – покращити обізнаність громадян про права та обов'язки під час користування фінансовими послугами. Національний банк у межах кампанії запускає спеціальну веб-сторінку (лендинг) «Знай свої права» [5].

На думку І.І. Банасевич, відкритим також залишається питання можливості визнання

споживачем юридичної особи, яка також може купувати, замовляти чи використовувати товари (роботи, послуги) для задоволення особистих потреб, наприклад, у разі купівлі побутової техніки для забезпечення можливості харчування працівників. Очевидно, що визнання споживачем у сенсі сторони споживчого договору як більш слабкого суб'єкта економічних відносин, який потребує особливого захисту, юридичної особи, нехай навіть вона придбаває певні товари, замовляє роботи чи послуги для задоволення особистих потреб інших осіб, є нелогічним та не відповідає цілям споживчого законодавства [6, с. 77–78].

В.В. Даньон указує, що визначення правового статусу особи означає виявлення сукупності встановлених законом можливостей конкретної особи в рамках певної галузі права. Право бути суб'єктом цивільних правовідносин є обов'язковим елементом правового статусу [7, с. 88].

О.Ф. Скакун, крім прав, свобод обов'язків, до структури правового статусу особи включає додатково і відповідальність, відповідно до якої індивід як суб'єкт права (тобто як такий, що має правосуб'єктність) координує своє поведінку в суспільстві [8, с. 378–379].

Правовий статус споживача банківських послуг складають загальні права і обов'язки споживача та спеціальні, які стосуються конкретної банківської послуги, яка йому надається. Спеціальний правовий статус споживача має своє вираження в спеціальній правосуб'єктності (в єдності спеціальної право- і дієздатності) і спеціальних правах й обов'язках особи, законних інтересах у суб'єктивному змісті й у правових нормах в об'єктивному змісті [9, с. 463].

О.О. Старицька вказує, що законодавець наділяє споживача спеціальним правовим статусом, який визначає особливості правового становища споживача серед інших осіб, який наділяється спеціальною правовою дієздатністю і специфічними додатковими правами. Споживач – суб'єкт приватного права, проте необхідність особливого захисту його прав передбачає широкий публічно-правовий вплив у цій сфері, що призводить до наділення споживача низкою публічно-правових можливостей, застосування публічно-правових засобів захисту його прав, створення системи державного й громадського захисту прав споживачів. Тим самим законодавець закріплює особливий правовий режим регулювання захисту прав споживачів, а спеціальний правовий статус споживача набуває комплексного характеру, доповнюючи права всіх покупців і замовників специфічними правовими можливостями [10, с. 51].

Адаптуючи вказане визначення споживача фінансових послуг до завдань дослідження та послуговуючись визначенням споживача, можна сформулювати ознаки споживача банківських послуг та визначення цього поняття, тобто визначити титул прав і обов'язків. Серед ознак споживача банківських послуг варто виокремити такі:

– правові відносини між споживачем та банківською установою виникають із приводу надання, наміру надання банківської послуги;

– споживчий характер, оскільки банківська послуга надається споживачу для задоволення його особистих, не професійних потреб;

– дисбаланс у правах і обов'язках на користь банківської установи. Це викликано, зокрема, тим, що фізичні особи у відносинах з фінансовими установами є більш економічно слабкими та менш юридично обізнаними, що об'єктивно містить намір з боку останніх до різноманітних зловживань на свою користь, обмежуючи права споживача, при цьому формально не допускаючи порушення закону. Це, наприклад, може бути встановлення жорстких обов'язків споживача, тоді як надання послуги зумовлене лише власним розсудом банку, надання банку права розірвати договір зі споживачем на власний розсуд, якщо споживачеві таке право не надається, встановлення вимоги щодо сплати споживачем непропорційно великої суми компенсації (понад п'ятдесят відсотків) у разі невиконання ним зобов'язань за договором тощо. Окремим поширеним прикладом дисбалансу є «нав'язування» різноманітних невід'ємних комісій під час обслуговування фінансової послуги. З метою недопущення обмеження та/або порушення прав споживачів установлюються додаткові правові гарантії, включаючи застосування до вказаних відносин законодавства про захист прав споживачів. Так, ч. 2 ст. 627 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) встановлено загальне правило, згідно з яким у договорах за участю фізичної особи-споживача враховуються вимоги законодавства про захист прав споживачів. Стосовно кредитних відносин особливості регулювання відносин за договором про надання споживчого кредиту встановлюються законом (ч. 3 ст. 1054 ЦК України) [11, с. 51];

– «професійна управненість» банківської установи як професійного учасника ринку. Банківська установа є професійним, ліцензованим учасником ринку, якій відомі

всі особливості функціонування та використання банківських інструментів. Навіть більше: як учасник таких операцій вона завжди отримує дохід від їх здійснення. При цьому кожна банківська установа має у своєму розпорядженні колосальний, у порівнянні зі споживачем, фінансовий, майновий, інтелектуальний, інформаційний, технологічний та людський ресурс;

– додаткові гарантії та механізми захисту прав споживача як нерівноправного учасника правовідносин. Зокрема, ч.ч. 1-3 ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачають, що продавець (виконавець, виробник) не повинен включати в договори зі споживачем умови, які є несправедливими. Умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Стаття 18 Закону України «Про захист прав споживачів» містить перелік несправедливих умов договору, який не є вичерпним [3].

Додатково варто відзначити, що на практиці склалися обставини, за яких у більшості випадків умови та порядок надання банківських послуг регламентовані в односторонньому порядку з боку банківської установи, а споживачу залишається лише ознайомитися та акцептувати, оскільки можливості внесення змін у такі умови в нього фактично відсутні.

Основний перелік прав споживача визначений у ст. 4 Закону України «Про захист прав споживачів». Зважаючи на специфіку правових відносин, що складаються між споживачем банківських послуг та банківською установою, права споживача банківських послуг можна згрупувати за такими напрямами:

– інформаційні права: право на отримання повної достатньої та достовірної інформації про банківську послугу, яку він отримує, в тому числі й право на отримання достовірної, добросовісної реклами банківського продукту, наприклад, споживчого кредиту тощо;

– право на інформаційну безпеку, оскільки в разі надання банківських послуг банківська установа отримує доступ до конфіденційних даних про споживача та до його фінансової інформації;

– право на охорону та захист своїх прав, як уже порушених (з метою їх належного поновлення), так і на превентивні заходи щодо унеможливлення їх порушення в майбутньому. До цього виду прав можна також віднести право на відшкодування майнової та моральної шкоди, завданої внаслідок послуги, та право на звернення до суду та інших уповноважених державних органів за захистом порушених прав;

– право на отримання якісної та фінансово безпечної послуги. Основними інструментами надання таких послуг є грошові кошти, готівкові чи безготівкові, власні кошти споживача чи залучені на позикових, кредитних умовах;

– інші права щодо споживання окремих банківських продуктів, отримання банківських послуг.

До обов'язків споживача можна віднести: зобов'язання ознайомитися з умовами та правилами надання банківської послуги; в разі потреби роз'яснення умов та правил надання банківської послуги треба до початку її надання звернутися до банківської установи; дотримуватися вимог чинного законодавства України в отриманні банківської послуги та правил і умов її надання банком; під час споживання послуги вживати всіх належних заходів для забезпечення інформаційної та фінансової безпеки та нерозголошення конфіденційних даних; обов'язки та обмеження, встановлені правилами надання конкретної фінансової послуги.

Умови відповідальності споживача банківської послуги вказані в правилах банківської установи щодо її надання, які в більшості випадків сформовані у вигляді заяви (згоди) – приєднання до затверджених банківською установою правил.

З наведеного вище випливає, що споживачі банківських послуг, перебуваючи у стані відсутності реальної рівності їхнього правого статусу зі статусом банківської установи, отримуючи при цьому банківську послугу, яка задовольняє їхні побутові, споживчі та непрофесійні потреби, потребують ефективного, дієвого і доступного механізму захисту своїх прав. Такий захист повинен бути забезпечений за допомогою функціонування регуляторних інструментів ринку банківських споживчих послуг.

Другою стороною споживчих банківських правовідносин поряд зі споживачем виступає банк.

Банки – це фінансові установи, функціями яких є залучення у вклади грошових коштів громадян і юридичних осіб та розміщення зазначених коштів від свого імені, на власних умовах і на власний ризик, відкриття та ведення банківських рахунків громадян та юридичних осіб. Банки є юридичними особами. Банки можуть функціонувати як універсальні або як спеціалізовані: ощадні, інвестиційні, іпотечні, розрахункові (клірингові) [12].

Відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність» банк – юри-

дична особа, яка на підставі банківської ліцензії має виключне право надавати банківські послуги, відомості про яку внесені до Державного реєстру банків [13].

Т.А. Латковська вказує, що сукупність трьох операцій (депозитні операції, які пов'язані із залученням грошових коштів у вклади; кредитні та розрахункові) розкривають основну ознаку банку, тому що окремі з цих операцій можуть здійснюватися і небанківськими установами [14, с. 209].

Саме вищевказані функції відмежовують банківську установу від інших фінансових установ, які надають фінансові послуги. Поряд із цим об'єктом споживчих банківських правовідносин є саме банківський продукт у вигляді депозитних, кредитних та розрахункових операцій.

До головних ознак банку належать такі: банк як суб'єкт господарювання може бути державною установою або суб'єктом комерційної діяльності, спрямованої на отримання прибутку; банк створюється у формі відкритого акціонерного товариства або кооперативного банку; банк не просто здійснює банківські операції, а їх сукупність: депозитні, кредитні та розрахункові; банк зобов'язаний мати статутний фонд (капітал); банк володіє спеціальною компетенцією, тобто він отримує прибуток тільки шляхом здійснення визначених операцій; банк діє на підставі ліцензії, виданої Національним Банком України; банк виступає ключовим елементом банківської системи [14, с. 210].

Аби чіткіше формалізувати змістове наповнення правого статусу споживача та банку, варто вказати на особливості споживчих банківських правовідносин:

– їхнім об'єктом є споживча банківська послуга (депозитна, кредитна чи розрахункова);

– споживчий інтерес, оскільки споживач, отримуючи послугу від банку, задовольняє особисті потреби, які не мають професійного характеру, безпосередньо не пов'язані з підприємницькою діяльністю чи виконанням трудових обов'язків;

– інструментом є грошові кошти, оскільки кредитування, розміщення коштів на депозиті чи здійснення розрахунків відбувається саме за допомогою особистих коштів споживача чи наданих банком на кредитних умовах. Варто відмітити, що, отримуючи банківську послугу (депозит чи кредит), споживач діє на власний ризик, але при цьому, не отримуючи прибутку в розумінні комерційної мети, споживач задовольняє власні побутові потреби (кредитні кошти використовує для купівлі побутових товарів чи техніки, авто чи квартири для проживання; на умовах депозитного договору розміщує вільні власні грошові накопичення для створення «фінансового парашуту» на майбутнє; розрахункові операції здійснює для того щоб упорядкувати повсякденні побутові потреби – оплату комунальних платежів, штрафів, оплату кредитів чи товару в Інтернеті);

– явна нерівноправність суб'єктів споживчих банківських правовідносин. Саме з метою відновлення балансу прав та інтересів споживача та банку державою задіяно низку додаткових законодавчих гарантій захисту прав споживача у формі обмежень щодо умов здійснення банківських операцій та встановлення жорстких правил їх проведення.

Висновки

Підсумовуючи, потрібно констатувати необхідність у затвердженні чітких та зрозумілих правил отримання споживачами банківських послуг. Це зумовлено особливостями правового статусу споживача як більш незахищеної та вразливої сторони таких правовідносин. Під поняттям «споживач банківських послуг» потрібно розглядати фізичну особу, яка бажає отримати чи отримує банківську послугу для задоволення власних споживчих, не професійних потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю чи виконанням трудових обов'язків. Банк як фінансова установа, що здійснює кредитні, депозитні та розрахункові операції, надає споживачу банківську послугу. При цьому банк є «професійно управненим» суб'єктом, оскільки є професійним учасником ринку та володіє значно більшими ресурсами, аніж споживач. Отже, з метою забезпечення балансу в правах та інтересах учасників споживчих банківських правовідносин державою розроблений інструментарій захисту прав споживача у вигляді гарантій.

Список використаних джерел:

1. Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні : Розпорядження Кабінет Міністрів України від 3 вересня 2009 р. № 1026-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1026-2009-%D1%80#Text (дата звернення: 02.02.2021).

2. Колісникова Г. Суб'єктний склад зобов'язання щодо відшкодування шкоди, завданої споживачу. *Право України*. 2010. № 7. С. 210–215.

3. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text (дата звернення: 20.10.2020).

4. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України

від 12.07.2001 р. № 2664-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text (дата звернення: 20.10.2020).

5. В Україні стартувала інформаційна кампанія із захисту прав споживачів фін послуг. URL: https://bank.gov.ua/ua/news/all/v-ukrayini-startuvala-informatsiyna-kampaniya-iz-zahistu-prav-spojivachiv-finposlug (дата звернення: 02.02.2021).

6. Банасевич І.І. Споживчий договір: поняття та ознаки. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 5. Т. 1. С. 76–80. URL: http://www.nvppp.in.ua/vip/2018/5/tom_1/18.pdf (дата звернення: 02.02.2021).

7. Надьон В.В. Особливості прав та обов'язків, які виникають із правового статусу особи. *Вісник господарського судочинства*. 2015. № 4. С. 88–89. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11953/1/Naden_84-89.pdf (дата звернення: 02.02.2021).

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

9. Черняк О.Ю. Класифікація прав споживача за законодавством України та Європейського Союзу. *Форум права*. 2008. № 2. С. 458–464. URL: http://univer.km.ua/statti/chernyak_o.yu._klasyfikatsiya_prav_spozhyvacha_za_zakonodavstvom_ukrayiny_ta_yevropeyskoho_soyuzu_3.pdf (дата звернення: 20.10.2020).

10. Старицька О.О. Поняття та критерії класифікації правового статусу споживача: теоретико-правове дослідження. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2012. № 3. С. 48–52. URL: http://www.law.nau.edu.ua/images/Nauka/Naukovij_jurnal/2012/statji_n3_24_2012/Staricka_48.pdf (дата звернення: 20.10.2020).

11. Янишен В.П. Особливості правового статусу фізичних осіб-споживачів фінансово-кредитних послуг. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2013. № 6–2. Том 2. С. 50–53. URL: http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc6-2-2/13.pdf (дата звернення: 02.02.2021).

12. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/ed20201016#Text (дата звернення: 02.02.2021).

13. Закон України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 року № 2121-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text (дата звернення: 02.02.2021).

14. Латковська Т.А. Поняття та ознаки банку як суб'єкта господарювання. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. С. 202–211. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3826/Latkovska_Ponnyattya_ta_oznaky_banku.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 02.02.2021).

Volodymyr Kondratiuk. Legal status of subjects of consumer banking legal relations

In the article author provide analyze consumer banking legal relations by studying legal status of participants. Herewith studying consumer banking legal relations of point of view about subjects composition and aim, which pursued by their participants. Indicated, that the object of such legal relations are banking products: deposit, credit or settlement transaction.

Author analyzes the meaning of "consumer", as a party of legal relations. Indicated, that consumers special legal status, is based on needs in special state protection his rights by additional guarantees.

Given definition of "consumer of banking services".

Found key features of the consumer of banking services : aim to get banking service; consumer type; imbalance of rights and obligations in favor of the banking institution; the existence of additional guarantees and mechanisms to protect consumer rights. Proposed to group consumer rights by next directions: common rights (information rights; rights to information security; the right to effective protection and defense; the right to receive quality and financially secure service) and consumer rights when receiving certain banking products. Also defined consumer obligations, such as the obligation to clarify the terms and conditions of banking services; compliance with current legislation; comply with the requirements and restrictions established by the rules of a particular banking service.

In the article providing legal analyze of legal status of bank as "professionally legally capacity" participant of consumer banking legal relations. Defined, that the main features that distinguish the bank from other financial institutions are the implementation of three operations: deposit, credit and settlement.

Indicated, that signs of consumer banking relations are the use of funds as a tool for their provision; obvious inequality of participants and the presence of personal risk of the consumer; consumer interest in obtaining banking services (deposit, credit or settlement).

According to the results of the study stated the need for approval of clear and understandable rules for obtaining banking services, and the functioning of tools to protect consumer rights in the form of appropriate guarantees.

Key words: banking legal relations, consumer of banking services, banking institution, balance of rights and interests, "professionally legally capacity" of banking institution.

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.07

Олексій Кучеренко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
юридичного факультету
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0003-3339-693X

ОСОБЛИВОСТІ ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ В РАЗІ РОЗІРВАННЯ ШЛЮБУ

Метою статті є встановлення та дослідження окремих аспектів визначення місця проживання дитини під час розірвання шлюбу між батьками. У статті досліджено певні аспекти визначення місця проживання дитини під час розірвання шлюбу між батьками. Проаналізовано особливості договірної та судової процедури визначення місця проживання дитини. Сформульовано пропозиції щодо вдосконалення практики визначення місця проживання дитини. Відзначено, що через відсутність культури цивілізованого розлучення та спільного піклування над дітьми у вітчизняному суспільстві позови щодо визначення місця проживання дитини можуть тягнутися роками, а рішення суду часто не виконується однією зі сторін. Підкреслено, що тоді, коли шлюб між батьками порушується, питання подальшого місця проживання дітей, як й інші важливі питання щодо виховання та утримання дитини, повинні вирішуватися спільно обома батьками. Водночас слід визнати, що визначення місця проживання дитини суто законними методами обмежене, оскільки його вибір також регулюється моральними нормами, а наявність моральної складової частини у регулюванні місця проживання дитини пояснюється специфікою відносин, які регулюються. Зроблено висновок, що чинне законодавство передбачає досить ефективний механізм забезпечення прав дитини під час визначення місця її проживання в разі розірвання шлюбу між батьками. Однак на практиці часті випадки офіційного підходу до визначення найкращого місця проживання дитини як з боку органів опіки та піклування, так і з боку судів. Усунення цього формалізму дасть змогу більш ефективно захищати права та інтереси неповнолітніх. Крім того, для вирішення спорів між батьками щодо визначення місця проживання дитини слід розширити практику застосування альтернативних способів вирішення спорів, зокрема процедуру медіації, яка дасть можливість батькам досягти згоди за допомогою посередника-медіатора та обом брати участь у вихованні дитини. Іноді, коли дозволяють обставини, практика спільного послідовного піклування, коли дитина поперемінно живе з кожним із батьків, видається можливою й доцільною.

Ключові слова: дитина, спір, місце проживання, батьки, опіка, розірвання шлюбу.

Постановка проблеми. Період дитинства, безперечно, є вкрай важливим у житті кожної людини, адже саме у дитячому віці відбуваються процеси фізичного, психічного та інтелектуального формування особистості. Всі сімейно-правові норми стосовно малолітніх та неповнолітніх дітей пронизані однією ідеєю, а саме ідеєю пріоритету захисту інтересів дитини. Стаття 51 Конституції України спрямована на охорону сім'ї, дитинства, материнства і батьківства. Традиційно у всьому світі саме сім'я вважається найкращим і природним середовищем для виховання та розвитку дитини. Стаття 5 Сімейного кодексу України визначає державну охорону сім'ї, тобто визначає забезпечення пріоритету сімейного виховання дитини. Однак у сучасному суспільстві розірвання шлюбу є, на жаль, звичайним явищем, а в ситуації, коли з різних причин сім'я розпадається, часто страждають діти. Через відсутність у вітчизняному суспільстві культури цивілізованих розлучень та спільної опіки над дітьми, коли дитина перетворюється на предмет торгу та маніпуляцій і засіб помсти, судові процеси про визначення місця проживання дитини можуть тягнутись роками, а ухвалене судом рішення часто не виконується однією зі сторін.

Характеризуючи стан дослідження тематики сімейно-правових засобів захисту інтересів дитини, маємо зазначити, що кількість науковців, які звертають увагу на цю сферу суспільного життя, останнім часом збільшується. Серед них потрібно назвати таких правознавців, як С. Журило, Л. Зілковська,

© О. Кучеренко, 2021

Т. Кондратенко, І. Лихолат, С. Морозова, В. Надьон, О. Розгон, З. Ромовська, Л. Рудалєва, Я. Шевченко, І. Яніцька.

Метою статті є встановлення та дослідження окремих аспектів визначення місця проживання дитини під час розірвання шлюбу між батьками.

Виклад основного матеріалу. Фахівці з психології та педагогіки наголошують на тому, що зміна місця проживання дитини – це завжди травма для неї, адже жити разом із батьками – природна потреба й природне право кожної дитини, тому коли шлюб між батьками розривається, то питання про подальше місце проживання дітей, як і про інші важливі аспекти, пов'язані з вихованням та утриманням дитини, повинні вирішуватись спільно обома батьками.

Визначення місця проживання дитини суто юридичними методами обмежене, оскільки його вибір регулюється також нормами моралі, а присутність морального компоненту регулювання місця проживання дитини пояснюється специфікою відносин, що регулюються [3, с. 28].

У ситуації, коли між подружжям відсутній спір про розірвання шлюбу, усі питання щодо подальшої долі дітей цього подружжя вирішуються за спільною згодою чоловіка та дружини. Відповідно до статті 109 Сімейного кодексу України, разом із заявою про розірвання шлюбу подружжя передає на розгляд суду письмовий договір, у якому зазначає, з ким із них будуть проживати діти; яку участь у забезпеченні умов життя дітей братиме той з батьків, хто буде проживати окремо; умови здійснення тим із батьків, який проживає окремо, права на особисте виховання дітей.

Батьки можуть домовитися про те, що дитина житиме з одним із них, бабусею, іншим родичем чи у спецшколі-інтернаті. Незалежно від форми волевиявлення (усна чи письмова) йдеться про домовленість між батьками, тобто договір, і, як слушно зазначає З. Ромовська, такий договір, як і будь-який інший, не може бути змінений за волею одного з батьків [6, с. 239]. О. Розгон зазначає, що у цьому договорі можуть бути зафіксовані будь-які важливі для сторін нюанси, зокрема місце спілкування, його періодичність, тривалість, необхідність присутності третіх осіб під час спілкування [5, с. 207].

В юридичній літературі наголошується на тому, що іноді батьки під час вирішення питання про місце проживання дитини бажають установити відразу два місця постійного проживання, так зване «зимове» та «літнє», іноді навіть із різними батьками. Судові рішення нерідко містять припис про встановлення місця проживання дитини «50 на 50», тобто проживання з батьком та матір'ю в рівних частинах. Головне, щоб домовленості, досягнуті між батьками, відповідали чинному законодавству України та інтересам дитини [3, с. 29].

Замість договору про визначення місця проживання дитини можна укласти договір між батьками про проживання дитини та участь у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо (договір між батьками про проживання, виховання дитини й сплату аліментів на дитину; договір між батьками щодо здійснення батьківських прав і визначення місця проживання дитини; договір подружжя про режим виховання та забезпечення дитини й визначення місця проживання дитини), який має більш широку спрямованість. Предметом вищезазначеного договору є визначення місця проживання; дії з виховання, навчання, догляду за дитиною або поєднання цих елементів, спрямованих на забезпечення нормального фізичного, духовного та морального розвитку дитини [5, с. 208].

Як зазначає Т. Кондратенко, якщо місце проживання дитини не визначене в договірному або судовому порядку, може виникнути ситуація «законного» викрадення, коли один із подружжя забирає дитину без згоди іншого та не повертає, але при цьому нічого не порушує, оскільки він/вона не позбавлені батьківських прав та, відповідно до статті 141 СК України, мають такі ж права на дитину [2].

Щодо врахування позиції дитини щодо місця її проживання, то, відповідно до чинного сімейного законодавства України, якщо дитина ще не досягла десяти років, вона не визнається самостійним, рівноправним учасником переговорного процесу, хоча її думка має бути вислухана. Дитина ж, якій виповнилося чотирнадцять років, сама визначає своє місце проживання. З одного боку, ця норма є виразом поваги до дитини, з іншого боку, вона є відповідним стимулом для батьків до належного виконання ними своїх обов'язків під загрозою переїзду дитини до діда, баби чи інших родичів.

Якщо ж між батьками відсутня згода щодо визначення місця проживання дитини, то вирішення цього питання покладається на суд.

В наукових публікаціях неодноразово підкреслювалось, що, відповідно до принципу, викладеному у статті 141 Сімейного кодексу України, мати й батько мають рівні права та обов'язки щодо дитини незалежно

від того, чи перебувають вони в шлюбі між собою, отже, права на проживання разом із дитиною у разі окремого проживання батьків є рівними як у матері, так і у батька незалежно від факту реєстрації шлюбу між ними [1, с. 33; 3, с. 27; 5, с. 208–209].

Слід зазначити, що здебільшого, вирішуючи спір між батьками, які проживають окремо, про визначення місця проживання малолітньої дитини, суд залишає дитину з матір'ю. Крім того, Декларація прав дитини від 20 листопада 1959 р. містить принцип 6, за яким дитина може бути розлучена з матір'ю лише у винятковій ситуації, тобто перевага віддається матері.

Водночас Конвенція про права дитини, виходячи з рівності прав матері та батька, у пункті 1 статті 9 проголосила правило, за яким дитина не повинна розлучатися з батьками всупереч їх бажанню, за винятком випадків, коли таке розлучення необхідне в найкращих інтересах дитини.

Крім того, як підкреслює С. Журило, це узгоджується з практикою ЄСПЛ, який неодноразово наголошував на тому, що батьки повинні мати рівні права у спорах про опіку над дітьми, і жодні презумпції, які ґрунтуються на ознаці статі, не повинні братись до уваги (рішення у справі «Зоммерфельд проти Німеччини» від 8 липня 2003 р., «Цаунеггер проти Німеччини» від 3 грудня 2009 р.) [1, с. 33–34].

Варто зауважити, що у липні 2017 р. ЄСПЛ було ухвалене рішення у справі «М.Є. проти України», у якому зроблено висновок щодо порушення Україною права заявника, гарантованого статтею 8 «Право на повагу до приватного і сімейного життя» Конвенції, у зв'язку з рішеннями національних судів про визначення місця проживання дитини заявника. При цьому ЄСПЛ наголосив на тому, що під час визначення найкращих інтересів дитини у кожній конкретній справі необхідно враховувати два аспекти: по-перше, інтересам дитини найкраще відповідає збереження її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли сім'я є особливо непридатною або неблагополучною; по-друге, у якнайкращих інтересах дитини є забезпечення її розвитку у безпечному, спокійному та стійкому середовищі, що не є неблагонадійним.

Не можна не погодитися з М. Плахотнюк у тому, що найважливішим під час вирішення спору про визначення місця проживання дитини є те, хто з батьків здатний створити належні умови для морального, духовного та фізичного розвитку дитини [4].

Під час розгляду спорів про місце проживання дітей у суді обов'язковою є наявність письмового висновку органів опіки та піклування про те, з ким зі сторін має бути дитина, а також участь представника органів опіки й піклування та прокурора в судовому засіданні. Під час розв'язання спорів між батьками щодо визначення місця проживання дитини служба у справах дітей має захищати інтереси дитини з урахуванням рівних прав та обов'язків матері та батька щодо дитини.

Для цього, відповідно до пункту 72 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, працівник служби у справах дітей проводить бесіду з батьками та відвідує їх за місцем проживання, про що складає акт обстеження житлово-побутових умов. Під час вирішення питання щодо визначення місця проживання дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, стан здоров'я дитини та інші обставини, що мають істотне значення.

Місце проживання дитини не може бути визначене з тим із батьків, який не має самостійного доходу, зловживає спиртними напоями або вживає наркотичні засоби, своєю поведінкою може зашкодити здоров'ю та розвитку дитини. Наявність або відсутність таких фактів може бути встановлено лише під час обстеження умов, у яких проживає дитина, бесіди з батьками, іншими членами родини. Саме тому пункт 73 Порядку передбачає, що працівник служби у справах дітей проводить бесіду з батьками, а за потреби також із родичами дитини.

Після обстеження житлово-побутових умов, проведення бесіди з батьками та дитиною служба у справах дітей складає висновок про визначення місця проживання дитини й подає його органу опіки та піклування для прийняття відповідного рішення.

Слід зазначити, що останнім часом збільшується кількість випадків, у яких суд визнає, що батьки не можуть забезпечити належного виховання дитини, і постановляє рішення про передачу дитини на опікування органів опіки і піклування. Таких заходів суд вживає, як правило, тоді, коли члени подружжя, які розлучаються, вели аморальний спосіб життя, не займались вихованням дітей, тому залишення неповнолітніх з одним із батьків несумісне з інтересами дітей.

Висновки

З викладеного можна зробити висновок, що чинне законодавство передбачає достатньо ефективний механізм забезпечення прав дитини під час визначення її місця проживання під час розірвання шлюбу між батьками. Однак на практиці непоодинокими

є випадки формального підходу до визначення якнайкращого для дитини місця проживання як із боку органів опіки та піклування, так і з боку судів. Усунення подібного формалізму дасть змогу забезпечити більш ефективну охорону прав та інтересів неповнолітніх.

Крім того, для вирішення спорів між батьками щодо визначення місця проживання дитини слід розширити практику застосування альтернативних способів вирішення спорів, зокрема процедуру медіації, яка дасть можливість батькам досягти згоди за допомогою посередника-медіатора та обом брати участь у вихованні дитини.

Іноді, коли дозволяють обставини, можливою та доцільною видається практика спільної почергової опіки, коли дитина почергово живе у кожного з батьків.

Список використаних джерел:

1. Журило С. Місце проживання дитини: питання рівності батьків у правах. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9526.

2. Кондратенко Т. Щодо необхідності визначення місця проживання дитини при розірванні шлюбу. URL: https://radako.com.ua/news.

3. Лихолат І. Договірний порядок визначення місця проживання дитини в нотаріальній практиці. *Нотаріат України*. 2014. № 12. С. 27–39.

4. Плахотнюк М. Визначення місця проживання дитини за наявності спору між батьками. URL: https://ldn.org.ua/consultations.

5. Розгон О. Проблемні питання визначення місця проживання дитини до та після розірвання шлюбу її батьків. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2016. № 5. С. 204–214.

6. Ромовська З. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2006. 568 с.

Oleksii Kucherenko. Features of determining the place of child residency in case of divorce

The purpose of the article is to establish and study certain aspects of determining the place of residence of a child in a divorce between parents. The scientific article explores certain aspects of determining the place of residence of a child in the dissolution of a marriage between parents. The features of the contractual and judicial procedure for determining the child's residence are analyzed. Proposals are formulated to improve the practice of determining the place of residence of a child. It is noted that due to the lack of a culture of civilized divorce and joint custody of children in the domestic society, lawsuits to determine the place of residence of a child can drag on for years, and a court decision is often not implemented by one of the parties. It is emphasized that in cases where the marriage between the parents is broken, the issue of the further place of residence of the children, like other important issues related to the upbringing and maintenance of the child, should be resolved jointly by both parents. At the same time, it must be recognized that the determination of the child's place of residence by purely legal methods is limited, since his choice is also regulated by moral norms, and the presence of a moral component in regulating the child's place of residence is explained by the specifics of the relations that are regulated. It is concluded that the current legislation provides for a fairly effective mechanism for ensuring the rights of the child when determining his place of residence during the dissolution of a marriage between parents. However, in practice, there are frequent cases of a formal approach to determining the best place of residence for a child, both on the part of the guardianship and guardianship authorities, and on the part of the courts. Elimination of this formalism will allow for more effective protection of the rights and interests of minors. In addition, in order to resolve disputes between parents over the child's place of residence, alternative dispute resolution practices should be expanded, including mediation, which will allow parents to reach an agreement through a mediator and both to participate in the child's upbringing. In some cases, when circumstances permit, the practice of joint successive custody, when the child alternately lives with each of the parents, seems to be possible and expedient.

Key words: child, dispute, place of residence, parents, guardianship, divorce.

УДК 347.214.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.08

Костянтин Пільков,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права
та порівняльного правознавства
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України,
суддя Верховного Суду

СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ТА ІНШЕ НЕРУХОМЕ МАЙНО: КРИТИКА «КНИЖНОГО ВОЛОДІННЯ»

Статтю присвячено аналізу сучасної судової практики у питанні визначення ефективного способу захисту права власності та інших речових прав на земельні ділянки та інше нерухоме майно. Досліджено особливості впровадження у судову практику концепції «книжного володіння», які полягають у визнанні за записом у державному реєстрі речових прав на нерухоме майно значення презумпції як права власності особи, стосовно якої міститься чинний запис, так і фактичного володіння майном цією особою. У статті висунуто тези про недоліки цієї практики, які полягають, зокрема, у неврахуванні інтересів добросовісних учасників цивільного обігу, розбалансуванні практики застосування позовної давності, ілюзорності спрощення розгляду справ про захист права власності, оскільки навіть із застосуванням концепції «книжного володіння» питання фактичного володіння доводиться з'ясовувати на стадії визначення поважності причин пропуску позовної давності і пропорційності втручання у право власності особи, від якої витребовується земельна ділянка або інше нерухоме майно.

У статті запропоновано альтернативний підхід, в основу якого покладено постулати про розмежування володіння як права і володіння як факту, а також про різне значення презумпцій, які створює чинний запис про право власності у реєстрі речових прав: юридична презумпція права власності, яка може бути спростована шляхом задоволення відповідного позову і, для третіх осіб, внесення на підставі судового рішення запису про право власності іншої особи, та фактична презумпція фактичного володіння майном особою, стосовно якої у реєстрі міститься чинний запис про право власності, яка спростовується поданням доказів протилежного.

Стаття зосереджує увагу на виявленні істотних ознак фактичного володіння та його зовнішніх проявів.

У межах пропонованого альтернативного підходу висувається теза про ефективність віндикаційного позову у разі встановлення, що дійсного власника фактично усунуто від володіння майном і в реєстрі речових прав міститься запис про припинення його права власності та/або запис про право власності іншої особи. В ситуаціях, коли наявний лише один із двох зазначених компонентів, ефективним способом захисту є відповідно негаторний позов та позов про визнання права власності.

Ключові слова: книжне володіння, віндикація, ефективний спосіб захисту права, право власності, нерухоме майно, реєстрація речових прав, витребування, негаторний позов, визнання права, фактичне володіння.

Постановка проблеми. Ефективний захист права власності на землю та інше нерухоме майно був і залишається однією з нагальних проблем у судовій практиці, яка все ще потребує концептуального вирішення. Мова не йде про окремі, специфічні для кожної окремої справи деталі. Українська судова практика, як видається, перебуває у стані пошуку моделі, засадничого підходу до вирішення проблеми ефективного захисту. Цей підхід мав би враховувати характер порушення права власності, узгоджуватись в цілому з підходами до захисту речових прав, а також враховувати інтереси особи, яка добросовісно заволоділа майном.

Новітня практика розгляду судами справ про захист права власності на нерухоме майно тяжіє до моделі, яка засновується на двох важливих постулатах про специфіку володіння нерухомим майном: 1) володіння нерухомим майном не пов'язане з його фізичним утриманням у тому значенні, у якому

© К. Пільков, 2021

можливе володіння рухомим майном внаслідок утримання речі; 2) державна реєстрація права власності на нерухоме майно у встановленому законом порядку підтверджує володіння ним. Ці постулати виводяться з висновків, яких дійшла Велика Палата Верховного Суду, зокрема у постанові від 04.07.18 у справі № 653/1096/16-ц: «Враховуючи специфіку речей в обороті, володіння рухомими та нерухомими речами відрізняється: якщо для володіння першими важливо встановити факт їх фізичного утримання, то володіння другими може бути підтверджене, зокрема, фактом державної реєстрації права власності на це майно у встановленому законом порядку» (пункт 43 постанови) [9].

Так, з визнанням того, що державною реєстрацією права власності на нерухоме майно підтверджується володіння цим майном, у судову практику входить концепція «книжного володіння», яка, у тій формі, у якій вона сприйнята судовою практикою, не розмежовує володіння як право і володіння як фактичний стан, а отже, й не надає володінню як фактичному стану самостійному значенню. Іншими словами, в концепції «книжного володіння» той, за ким зареєстроване право власності, визнається тим, хто володіє нерухомим майном, а фізичне володіння, посідання, контроль стосовно цього майна значення не мають.

З цього з необхідністю випливає висновок про ефективний спосіб захисту, а також про позовну давність, застосування якої, як визнано у доктрині і практиці, пов'язане із захистом від порушень права власності внаслідок позбавлення власника володіння майном.

Водночас практика розгляду окремих категорій справ про захист права власності, зокрема на землі, які знаходяться під особливою охороною держави, виявила недоліки впровадження цієї концепції.

Так, діючи в моделі захисту права власності, продиктованій концепцією «книжного володіння» і знову поєднуючи заволодіння (володіння як факт) і перехід права володіння (володіння як право), Велика Палата Верховного Суду у 2018 році дійшла висновку, що «[з]аволодіння землями водного фонду (перехід права володіння ними) всупереч ЗК України є неможливим. Розташування земель водного фонду вказує на неможливість виникнення приватного власника, а отже, і нового володільця, крім випадків, передбачених у статті 59 цього кодексу. Отже, зайняття земельної ділянки водного фонду з порушенням статті 59 ЗК України має розглядатися як не пов'язане з позбавленням володіння порушення права власності держави чи відповідної територіальної громади. У такому разі позовна вимога зобов'язати повернути земельну ділянку має розглядатися як негаторний позов, який може бути заявлений упродовж всього часу тривання порушення прав законного володільця відповідної земельної ділянки водного фонду» (пункти 70, 71 постанови ВП ВС від 28.11.18 у справі № 504/2864/13-ц) [13].

Цей підхід був сприйнятий і в інших справах, у яких йшлося про захист права власності на землі, які мають особливе значення, зокрема на землі лісового фонду. Він, однак, зазнав критики з боку науковців та практиків як такий, що суперечить доктринальним засадам розмежування віндикаційних та негаторних позовів [16]. Зазнала критики й сама концепція «книжного» володіння [19, с. 150].

Отже, видається актуальною проблема усунення доктринальних неузгодженостей у прийнятих у практиці підходів до захисту права власності на нерухоме майно або ж пошуку і наукового обґрунтування альтернативних моделей, якщо такі можливі в умовах суперечливого законодавчого регулювання. Означена суперечливість полягає в тому, що в будь-якій моделі захисту права власності його державна реєстрація матиме певне юридичне значення. Водночас неузгодженість положень Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) та спеціального законодавства, яким врегульовано реєстрацію речових прав на нерухоме майно, породжують дискусії стосовно того, яке ж значення має державна реєстрація (вона породжує право (є підставою його набуття), засвідчує право чи підтверджує право)), на яку послідовно звертає увагу І.В. Спасибо-Фатєєва [17; 18].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Практичне значення проблеми належного способу захисту права власності та інших речових прав на нерухоме майно протягом останніх років зумовило активні наукові пошуки у цій царині. Серед багатьох досліджень варто відзначити праці Н.Ю. Голубєвої, А.В. Зайцева, І.В. Романської, Я.М. Романюка. Правові проблеми віндикації досліджували К.М Амбарцумян, Є.В. Гузь та інші. Особливостям володіння нерухомим майном в контексті здійснення речових прав присвячені фундаментальні праці Р.А. Майданика, Г.Г. Харченка. Специфіці земельної ділянки як об'єкта речових прав і концепції «книжного володіння», інструментом якого є реєстр речових прав на нерухоме майно, присвячені праці А.М. Мірошниченка. Критиці «книжного володіння» з позицій захисту добросовісного

набувача від самоправства присвячені дослідження О. Третяка.

Метою цієї статті є аналіз практичних підходів до вирішення питання ефективного захисту права власності на нерухоме майно, їх доктринального підґрунтя, виявлення проблем у застосуванні цих підходів та пошук шляхів вирішення цих проблем.

Виклад матеріалу дослідження. Виклавши обґрунтування нагальності проблеми пошуку засадничих підходів до ефективного захисту права власності на нерухоме майно та перейшовши, власне, до аналізу превалюючого підходу та пошуку альтернатив, варто зробити певні застереження. По-перше, згадана вже неузгодженість окремих норм законодавства стосовно значення державної реєстрації права власності, а саме положень ЦК України та Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», в умовах якої судова практика напрацьовувала підходи до вирішення проблеми ефективного захисту, роблять будь-яку модель, в тому числі критиковану тут модель, засновану на прийнятті концепції «книжного володіння», а так само й пропоновані альтернативи, легкою «мішенню» для небезпідставної критики, адже жодна з них не позбавлена або практичних недоліків, або дефектів доктринального обґрунтування, або того й іншого разом. З огляду на поставлену для цієї статті мету основним орієнтиром для напрацювання підходу до вирішення означеної вище проблеми ефективного захисту автор вважатиме прогнозований практичний результат – справедливий і ефективний захист прав та законних інтересів стосовно нерухомого майна з найбільшим охопленням спірних ситуацій і найменшою суперечливістю підходу.

Неузгодженість законодавства, про яку йшлося вище і яка має істотне значення для предмету дослідження, полягає у тому, що, з одного боку, частина перша статті 182 ЦК України встановлює, що право власності та інші речові права на нерухомі речі, обтяження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації, а частина друга статті 331 цього кодексу містить положення, відповідно до якого якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності *виникає* з моменту державної реєстрації. Також відповідно до частини другої статті 344 ЦК України право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, *виникає* за набувальною давністю з моменту державної реєстрації [20]. З іншого боку, за визначенням державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, даним у статті 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», вона є офіційним *визнанням* і *підтвердженням* державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно (далі – Реєстр). Видиме протиріччя цих законодавчих положень породило проблеми у практиці правозастосування і тривалу наукову дискусію у питанні про те, яке значення слід приписати державній реєстрації: правопороджувальне чи правопідтверджувальне.

Однак до цієї проблеми додалась ще одна, пов'язана зі сприйняттям судовою практикою концепції «книжного володіння». На фоні дискусії про значення реєстрації для права власності, а в його складі й для правомочності володіння, «книжне володіння», як воно було сприйнято судовою практикою, що було проілюстровано вище висновками Великої Палати Верховного Суду, визнало за державною реєстрацією також значення підтвердження фактичного володіння. Або ж, якщо дотримуватись рафінованого підходу до розуміння «книжного володіння», практика визнала фактичне володіння таким, що для «книжного володіння» не має значення. Останній варіант видається більш близьким до тієї концепції «книжного володіння» яку обстоює її пропонент в українській юридичній науці А. М. Мірошниченко, за висловом якого реєстр прав, який ґрунтується на описі земельної ділянки, що міститься у кадастрі, є інструментом так званого «книжного володіння». Особа, вказана у реєстрі, завжди є «книжним володільцем», але зовсім необов'язково є власником (носієм іншого вказаного у реєстрі права) [7, с. 91]. Однак цей останній варіант навряд чи можна вважати таким, що був прийнятий у практиці захисту віндикаційним позовом від порушення прав власника, спричинених існуванням у Реєстрі запису про право власності іншої особи, тобто у тих ситуаціях, коли витребовувати у традиційному розумінні цього терміну нічого, а рішення суду про задоволення позову є підставою для реєстрації права власності дійсного власника, тобто за своїм значенням є рішенням про визнання права, а не про витребування майна.

Водночас на фактичному володінні річчю відповідачем як умові подання віндикаційного позову і повернення майна власнику в натурі в результаті віндикації зосереджували увагу дослідники [2, с. 43; 15, с. 281]. Якщо відповідач не володіє річчю, тобто не

здійснює над нею фактичного панування, йому нічого повертати власникові [3, с. 152].

Однак за висновком Великої Палати Верховного Суду, «[м]етою віндикаційного позову є забезпечення введення власника у володіння майном, якого він був незаконно позбавлений. У випадку позбавлення власника володіння нерухомим майном означене введення полягає у внесенні запису про державну реєстрацію за власником права власності на нерухоме майно (принцип реєстраційного підтвердження володіння нерухомістю)» (пункт 142 постанови від 14.11.18 у справі № 183/1617/16) [11]. Велика Палата також вказала, що задоволення вимоги про витребування майна з незаконного володіння особи, за якою воно зареєстроване на праві власності, відповідає речово-правовому характеру віндикаційного позову та призводить до ефективного захисту прав власника. У тих випадках, коли має бути застосована вимога про витребування майна з чужого незаконного володіння, вимога власника про визнання права власності чи інші його вимоги, спрямовані на уникнення застосування приписів статей 387 і 388 ЦК України, є неефективними (пункт 146 названої постанови) [11]. Отже, у цих випадках належним способом захисту визнається вимога про витребування, хоча у доктрині захисту речових прав віндикаційний позов традиційно визнається як належний для витребування майна, яке фактично знаходиться у відповідача.

Видається, що прийняття цієї моделі захисту права власності може бути пов'язане з практичними ускладненнями, з яких особливої уваги заслуговують такі:

1) *Поширення концепції на володіння всіма видами нерухомого майна*. Концепція «книжного володіння» найбільш опрацьована у земельному праві, де її значення і переваги виводяться з того, що, за висловом А.М. Мірошниченка, «помилки, похибки і неточності як в описі меж у кадастрі, так і при перенесенні в натуру запроєктованих ділянок, є невідворотними. У сучасних умовах реєстр прав, який ґрунтується на описі земельної ділянки, що міститься у кадастрі, є інструментом так званого «книжного володіння»...Із цієї загальної тези випливає, що межі земельної ділянки в реєстрі («на папері») також необов'язково є правильними. Так само не завжди правильними є ті межі, які відображені «в натурі» (на місцевості), не кажучи вже про те, що фактичне становище досить часто не дає змоги точно визначити, де саме проходить межа» [7, с. 91–92]. В цьому, власне, полягає цінність концепції, якщо застосовували її до володіння земельними ділянками, у яких точність визначення об'єкта речових прав можливе в абстракції, «на папері». Стосовно інших об'єктів нерухомого майна (квартир, будівель, їх окремих частин), такої неточності ми зазвичай не спостерігаємо, однак через подібність істотних для застосування ознак цих об'єктів речових прав (реєстрацію прав на них у Реєстрі, неможливість їх фізичного утримання подібно до рухомої речі), підходи, продиктовані застосуванням концепції «книжного володіння» до відносин стосовно речових прав на земельні ділянки, з необхідністю поширюються на відносини стосовно іншого нерухомого майна.

2) *Неврахування інтересів добросовісних учасників цивільного обігу*. Оскільки в рамках сучасної практики впровадження концепції «книжного володіння» не враховується фактичне заволодіння землею чи іншим нерухомим майном як фактор при обранні належного способу захисту і тому немає принципової різниці між ситуацією, коли стосовно майна дійсного власника у Реєстрі міститься запис про право власності іншої особи, яка це майно фактично не посіла, і ситуацію, коли також має місце фактичне заволодіння, це створює проблему балансу інтересів, а можливі шляхи вирішення її є незадовільними. Через те, що в обох описаних вище ситуаціях належним способом захисту визнається віндикаційний позов, до якого за усталеною практикою застосовується загальний трирічний строк позовної давності, то в обох ситуаціях слід:

а) визнати, що власність зобов'язує знати про її стан настільки, що треба регулярно перевіряти Реєстр, і не може бути виправдання пропуску строку позовної давності, адже дані Реєстру доступні (це обертається істотним негативним наслідком, коли, наприклад, на краю великого лісу, який не сформований як окрема ділянка, орган місцевого самоврядування незаконно надає особі у власність земельну ділянку, запис у Реєстрі стосовно якої є, однак особа протягом тривалого часу не посідає її фактично, щоб не привернути увагу);

б) визнати за можливі численні винятки, або взагалі виходити з того, що особа довідалась про порушення свого права тоді, коли довідалась про запис у Реєстрі, а не мала можливість довідатись. Останній варіант загрожує створити ситуацію, коли добросовісний набувач нерухомого майна, який відкрито фактично володів цим майном, штучно позбавляється можливості ефективно заявити про застосування наслідків спливу позовної давності, і в цілому цей останній варіант суперечить усталеній практиці застосування

інституту позовної давності. Якщо ж навіть пристати на варіант з численними винятками і визнати, що фактичне заволодіння має значення у питанні позовної давності, хоч як це не дивно видаватиметься з огляду на те, що для висновку про порушення права власності фактичне заволодіння в межах концепції «книжного володіння» значення не має, то навіть якщо прийняти, що відсутність фактичного заволодіння може становити обставину, яка є поважною причиною пропуску позовної давності, це позбавляє цінності виведення фактичного заволодіння «за дужки» з метою спрощення розгляду справ про порушення права власності. Адже спрощення не відбувається, якщо обставини фактичного заволодіння все ж треба встановлювати, однак вже не для кваліфікації порушення і обрання ефективного способу захисту, а для вирішення питання про застосування позовної давності.

3) *Ілюзорність спрощення розгляду справ із застосуванням концепції «книжного володіння»*. Окрім вже названих вище підстав, вважати примарним те спрощення, якого очікувалось досягнути із запровадженням концепції «книжного володіння» у розгляді справ про порушення права власності на землю, варто відзначити, що необхідність встановлення обставин фактичного заволодіння так чи інакше поставатиме при розгляді цих справ або за їх наслідками. Воно може мати значення не тільки при застосуванні позовної давності, як про це вже було згадано у попередньому пункті. Так, у справах про витребування земельних ділянок, на яких здійснено забудову, неодмінно поставатиме питання пропорційності втручання у право власності.

4) *Позбавлення правового захисту інтересів володільця, який не є власником*. Окрім вже згаданого неврахування загалом інтересів учасників цивільного обігу, окремо варто відзначити неврахування інтересів осіб, які не є власниками. Як відзначає Т.О. Третяк, концепція книжного володіння передбачає, що право володіння виникає і припиняється лише в момент реєстрації права власності особи на земельну ділянку. Володільцем є завжди лише власник. На його погляд, основною проблемою цієї концепції є те, що за умови її прийняття «книжне володіння», яким пропонується замінити право володіння і посесорний захист, не виконає головної функції права володіння – захистити володільця від протиправного самоправства [19, с. 150].

Окрім піднятої Т.О. Третяком проблеми захисту від самоправства, варто відзначити, що безтитульний, однак добросовісний фактичний володілець взагалі позбавлений правового захисту від дій особи, яка, наприклад, незаконно зареєструвала за собою право власності на земельну ділянку чи інше нерухоме майно. Такий володілець, який міг відкрито і без створення перешкод для дійсного власника нерухомого майна зайняти його і фактично володіти ним протягом багатьох років, не матиме можливість захистити це володіння, наприклад, у ситуації, коли інша особа за підробленими правовстановлювальними документами домоглась реєстрації свого права власності. Оскільки в межах тієї практики впровадження концепції «книжного володіння» яка склалась, володіння як право і володіння як факт поєднані, новий «власник» в будь-який момент може вимагати усунення перешкод у користуванні чи розпорядженні майном з боку добросовісного фактичного володільця. Водночас цей фактичний володілець буде позбавлений захисту свого інтересу на набуття права власності на майно за набувальною давністю, навіть якщо всі умови для такого набуття були дотримані, адже практика визнає способом захисту від незаконного «книжного володіння» віндикаційний позов, який для безтитульного добросовісного володільця не може бути задоволений, оскільки він не є власником. Це істотно знецінює інститут набувальної давності, який і без цього є нерозвиненим в Україні.

Отже, практика застосування концепції «книжного володіння», як вона була сприйнята судами, має недоліки, які можуть негативно відобразитись на добросовісних учасниках цивільного обігу, а також дефекти доктринального обґрунтування, на яких варто зупинитись детально.

Володіння як право і як фактичний стан

Як ми вже могли переконатись з викладеного вище, вітчизняна судова практика сприйняла концепцію «книжного володіння» с певною специфікою: визнала віндикаційний позов ефективним способом захисту. Таким чином, «книжне володіння» виявилось не зовсім «книжним», адже між ситуацією, у якій «книжний володілець» має стосовно себе тільки запис у Реєстрі, і ситуацією, за якої також мало місце фактичне посідання ним земельної ділянки чи іншого нерухомого майна, у межах цієї практики для цілей обрання ефективного способу захисту немає різниці – в обох випадках ефективним визнається лише віндикаційний позов.

Натомість, як звертає увагу Р.А. Майданик, «за своєю суттю володіння в українському праві розглядається або як фактичний стан, або як елемент (повноваження) інших прав – зобов'язальних, речових тощо»

[6, с. 691]. Володіння як фактичний стан (фактичне володіння), коли воно не ґрунтується на будь-якому суб'єктивному праві, слід визначати як реальне володарювання або панування особи над індивідуально визначеною річчю з наміром володарювати нею в своєму або чужому інтересі [6, с. 691].

Специфіка володіння нерухомим майном

Володіння рухомим майном полягає у його фізичному утриманні під контролем. Утримуючи рухоме майно, особа також усуває інших від можливості користуватись ним. В цій ексклюзивності полягає володіння.

Стосовно нерухомого майна користування можливе без цієї ексклюзивності. Сервітуарій, який має право проходу через земельну ділянку, користується нею без володіння, оскільки не може заборонити іншим прохід, а також інше використання ділянки. Натомість орендар володіє і користується ділянкою, оскільки має право заборонити іншим користуватись нею, а у зобов'язальних відносинах за договором оренди власник-орендодавець також обмежується у здійсненні своїх правомочностей власника, в ідеальній ситуації він на строк оренди обмежує володіння і не здійснює користування ділянкою.

Нинішня практика визнає «книжне володіння» і виходить з того, що з внесенням запису Реєстру про право власності іншої особи, ніж законний власник, нерухоме майно вибуває з володіння законного власника, тому законний власник може ефективно захистити своє право лише віндикаційним позовом.

Проблема з логічним обґрунтуванням цього підходу полягає в тому, що запис у Реєстрі, який за законом свідчить лише про визнання права власності і створює презумпцію права власності, помилково ототожнено зі свідченням фактичного володіння. Водночас, за численними висновками, які послідовно робив Верховний Суд, «...реєстрація права власності на нерухоме майно є лише офіційним визнанням права власності з боку держави. Сама собою державна реєстрація права власності за певною особою не є безспірним підтвердженням наявності в цієї особи права власності, але створює *спростовувану презумпцію права власності такої особи*» (пункт 4. 17 постанови Великої Палати Верховного Суду від 12.03.2019 у справі № 911/3594/17) [10], «державна реєстрація права за певною особою не є безспірним підтвердженням наявності в цієї особи права, але створює спростовувану презумпцію права такої особи» (пункт 6.13 постанови Великої Палати Верховного Суду від 19.01.2021 у справі № 916/1415/19) [12].

Для рухомих речей, за загальним правилом, саме по собі фактичне володіння створює цю презумпцію у відносинах з третіми особами («хто фізично утримує річ, той є її законним власником, поки не доведено інше»). Для нерухомих речей таку презумпцію створює запис у Реєстрі. Однак він не тотожний самому фактичному володінню.

Презумпції, створені державною реєстрацією права власності

Логічна неточність при запровадженні у практику концепції «книжного володіння» закралась у наданні однакового юридичного значення двом презумпціям, які для третіх осіб створює запис у Реєстрі стосовно права власності особи на певне нерухоме майно: презумпції наявності права власності цієї особи і презумпції фактичного володіння. Це потягло за собою помилковий однаковий підхід до їх спростування.

На перший погляд може здатись, що, дійсно, це однопорядкові презумпції. Для третьої особи той, про кого у Реєстрі міститься запис як про власника земельної ділянки, є власником цієї ділянки. Також третя особа, яка, наприклад, бачить паркан навколо земельної ділянки і здійснювану забудову, може презюмувати, що це здійснила особа, про яку міститься запис у Реєстрі як про власника.

Однак якщо перша презумпція є юридичною зі спеціальним, визначеним у законі способом спростування, то друга є фактичною.

Фактичні презумпції можна визначити як припущення про наявність чи відсутність певних фактів, що формулюються на основі спостережень та в результаті практичного досвіду, які є необов'язковими в силу їх незакріплення у нормах права, але можуть застосовуватись у судовій чи слідчій практиці за внутрішнім переконанням правозастосовників. Як зазначає Р.Д. Ляшенко, фактичні презумпції, які тривалий час застосовуються у правозастосовній діяльності, з часом можуть стати законними презумпціями, отримавши закріплення у нормах права. Таким чином, фактичні презумпції застосовуються у практичній діяльності і без них неможливий результативний процес правозастосування. На відміну від фактичних презумпцій, правові презумпції знаходять вираження у нормативно-правових та правозастосовних актах, що видаються уповноваженими органами державної влади та стають інструментом правового регулювання [5, с. 98].

Попри наукові дискусії щодо існування підстав для розмежування юридичних та фактичних презумпцій [4, с. 24; 1, с. 49], варто відзначити, що цей поділ є одним з найбільш

поширених серед класифікацій презумпцій у різних правових системах [8, с. 203–204]. К. Бойл, М.-Т. МакКраймон та Д. Мартін, як на це вказує Р.Д. Ляшенко, вважаючи їх підхід загальноприйнятним в англійському та американському праві, поділяють презумпції на два види: презумпції права та презумпції факту. Презумпції факту утворюють непрямі докази, а презумпції права – правові норми. Також у французькому праві прийнято класифікувати презумпції на легальні і непрямі. Легальні презумпції – це припущення, які закон пов'язує з певними фактами. Непрямі презумпції (презумпції людини) – це такі засоби доказування, за допомогою яких суддя вільно виводить факти із непрямих доказів, які роблять ці факти вірогідними [5, с. 90–91].

Фактична презумпція стосовно того, хто фактично заволодів земельною ділянкою чи іншим нерухомим майном, спростовується поданням відповідних доказів. Лише без з'ясування дійсного стану справ чи до такого з'ясування, є підстави для *prima facie* висновку про те, що, ймовірно, фактично володіє майном та ж особа, яка зазначена у Реєстрі як власник. У разі наявності іншого зареєстрованого речового права, яке охоплює володіння, відповідний запис також створює таку фактичну презумпцію стосовно фактичного володіння особою, яка має це речове право.

Натомість юридична презумпція стосовно того, хто є власником нерухомого майна, для третьої особи не спростовується з'ясуванням «дійсного стану». Її спростування для третіх осіб здійснюється внесенням запису про право власності іншої особи, зокрема на підставі рішення суду, яким таке право визнано. Тобто законом встановлено особливий механізм спростування цієї презумпції.

Прояви і практичне значення фактичного володіння

З'ясувавши доктринальні підстави для розмежування володіння як повноваження в межах права власності чи іншого речового права і володіння як факту, варто приділити увагу аналізу практичних ситуацій, які дозволять ідентифікувати прояви фактичного володіння і визначити його значення для цілей обрання належного способу захисту права власності чи іншого речового права.

Спершу належить визначитись з тим, що слід визнати проявами фактичного незаконного володіння нерухомим майном порушником, який в описаних нижче ситуаціях буде відповідачем (позначимо для зручності як *D* ("defendant" *англ.* відповідач) за відповідним позовом справжнього власника, позначеного для зручності як *P* ("plaintiff" *англ.* позивач).

Протиправне усунення інших осіб від можливості користуватись цим майном без згоди *D*, в тому числі усунення *P* від такої можливості (а в ситуації, коли між *P* та *D* існують зобов'язальні правовідносини з приводу майна, то йдеться про усунення *P* від тієї можливості, яка передбачена у цих правовідносинах).

Чому йдеться про усунення інших осіб від користування, а не саме по собі користування майном *D*? Тому що користування може бути не поєднане з володінням (наприклад, сервітут). Стосовно нерухомого майна володіння полягає в ексклюзивності контролю над майном. Так, наприклад, орендар, емфітевт *володіє* і користується земельною ділянкою [6, с. 748]. Тому, наприклад, на володіння землею може вказати встановлення безпосередніх або опосередкованих обмежень для інших осіб будь-яким чином використовувати земельну ділянку:

– безпосередні (забудова ділянки, встановлення охорони, огорожі);

– опосередковані (надання іншим особам можливості встановлювати безпосередні обмеження, якщо такі встановлені (наприклад надання ділянки в оренду іншій особі, яка здійснює забудову)).

Варто уточнити, що означає усунення *P* від можливості користуватись майном без згоди *D* на умовах, які передбачені у зобов'язальних правовідносинах між *P* і *D*, якщо такі існують з приводу майна. Якщо між *P* і *D* існують правовідносини стосовно майна, наприклад, за договором оренди, то обмеження у здійсненні своїх повноважень власника, які встановлені у цих правовідносинах для *P* (орендодавець на строк оренди обмежує себе у користуванні майном, у доктрині речового права окремих країн, зокрема Німеччини, також визнається можливість «подвійного володіння», коли володіє власник і орендар, при цьому володіння обох обмежене умовами договору), не вказують на незаконне володіння *D*. Вихід за ці межі може свідчити про таке заволодіння.

Наприклад, якщо *P* передав земельну ділянку *D* в оренду для садівництва, а *D* незаконно оформив на себе право власності на цю ділянку і протягом строку, на який було укладено договір оренди, здійснює володіння нею в тих межах, які були передбачені договором оренди, то фактичного незаконного заволодіння не відбулось, оскільки *D* не обмежив володіння *P* понад межі, встановлені договором. Протягом всього цього часу *P* може захистити своє право власності шля-

хом звернення з позовом про визнання права власності, наслідком задоволення і виконання рішення буде внесення запису до Реєстру про *P* як власника. Однак якщо після спливу строку, на який було укладено договір оренди, *D* не виконає свій обов'язок припинити фактичне володіння, таке володіння надалі є незаконним. А оскільки *P* в такому разі опиняється в ситуації, коли його позбавлено всіх правомочностей власника і фактичного володіння, він захищає своє право власності віндикаційним позовом. При цьому початок перебігу позовної давності належить відраховувати з моменту, коли *D* порушив обов'язок припинити володіння або відбулось внесення запису про *D* як про власника до Реєстру, залежно від того, яка з цих подій мала місце пізніше, адже з останньою подією пов'язується момент позбавлення *P* всіх правомочностей власника.

Запис у Реєстрі дає можливість власнику у *відносинах з третіми особами* дозволяти або забороняти користуватись майном. Тому слід визнати, що віндикаційним позовом належить захищати право власності *P*, якого позбавлено можливості здійснювати всі повноваження власника, як фактично, так і юридично, тобто такого, якого усунуто від фізичного панування над майном, і стосовно майна внесено запис про право власності іншої особи.

Це також узгоджується з окремими висновками Великої Палати Верховного Суду: «Допоки особа є власником нерухомого майна, вона не може бути обмежена у праві звернутися до суду з позовом про усунення перешкод у здійсненні права користування та розпорядження цим майном, зокрема і шляхом виселення. А тому негаторний позов може бути пред'явлений упродовж всього часу тривання відповідного правопорушення» (пункт 96 постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 липня 2018 року у справі № 653/1096/16-ц) [9].

Способи захисту

Окресливши значення фактичного заволодіння для кваліфікації порушень права власності, слід принаймні у загальних рисах вказати, якими є належні способи захисту від цих порушень.

Віндикація

Стаття 387 ЦК України передбачає, що «*власник має право витребувати своє майно від особи, яка* ***незаконно, без відповідної правової підстави заволоділа ним***».

Слід звернути увагу на два компоненти (умови витребування), вказані у наведеній нормі: правовий («незаконно, без відповідної правової підстави») та фактичний («заволоділа ним»).

Ця стаття стосується майна в цілому, є загальною нормою, стосується рухомого і нерухомого майна.

Якщо фізичне володіння рухомими майном створює презумпцію законності такого володіння, тоді стає зрозумілим, що з фізичним вибуттям цього майна з володіння власника вона (презумпція) для нього більше не діє, а з цим втрачається і можливість здійснювати всі повноваження власника. Відповідно, віндикацією рухомого майна відновлюється фактичне володіння і презумпція законності володіння.

Стосовно нерухомого майна фактичне володіння саме по собі презумпції законності володіння не встановлює. Її встановлює запис у Реєстрі. Тому лише у випадку «втрати» обох компонентів (фактичного володіння і запису) право особи підлягає захисту віндикаційним позовом.

Предметом віндикаційного позову є вимога про повернення майна з незаконного володіння. Цитуючи Ю.К. Толстого, А.Ю. Зайцев зазначає, що предметом віндикаційного позову є «вимога про визнання позивача власником або іншим законним власником витребуваної речі і про повернення речі позивачу». На відміну від віндикаційного позову, в позові про визнання права власності предметом якраз і буде вимога про визнання позивача власником. Необхідно відмітити, що наявність права власності або іншого речового права у позивача складає предмет доказування за віндикаційним позовом, тобто входить в основу останнього [3, с. 153].

Інші способи захисту

«Втрата» кожного окремого з двох означених вище компонентів захищається іншими, ніж віндикаційний позов, способами:

– Ситуація *«в Реєстрі – дійсний власник, фактично на землі порушник»*: Оскільки втрата фактичного володіння без втрати запису означає, що право власності особи не оспорюється, однак фактичне володіння майном іншою особо створює перешкоди у користуванні і розпорядженні цим майном, право власника підлягає захисту негаторним позовом. Варто звернути увагу на зміст статті 391 ЦК України, яка встановлює умови захисту негаторним позовом, а не її назву: «Власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпоряджання своїм майном». Звідси, оскільки стосовно *P* є запис в Реєстрі, він як власник негаторним позовом усуває перешкоди.

Зважаючи на те, що речово-правовими способами може бути захищене не тільки право власності, а й інші речові права, то

аналогічний підхід застосовується також до захисту, наприклад, прав орендаря. Так, за умови чинного запису про право оренди орендар захищає своє право від третьої особи, яка незаконно усунула його від користування земельною ділянкою, негаторним позовом.

– Ситуація *«в Реєстрі –порушник, фактично на землі дійсний власник»*: Якщо не відбулось фактичного незаконного заволодіння земельною ділянкою, однак має місце чинний запис в Реєстрі про право власності іншої особи, то власник захищає своє право позовом про визнання права власності. Оскільки необхідним є спростування презумпції, яку створює запис у Реєстрі, що є офіційним визнанням права державою, закономірним є спростування цієї презумпції саме рішенням про визнання права.

Знову ж таки, аналогічний підхід застосовується до інших речових прав. Наприклад, якщо орендар фактично володіє ділянкою, однак має місце внесення запису про припинення його речового права і набуття права іншою особою, орендар може захистити своє право позовом про визнання свого права, рішення про задоволення якого буде підставою для внесення запису.

– Ситуація *«в Реєстрі – дійсний власник, фактично на землі дійсний власник, однак стосовно землі вчинено правочин»:* Якщо стосовно землі чи іншого нерухомого майна вчинено правочин, який за формальним ознаками є підставою для внесення запису про припинення права власності *P*, власник захищає своє право позовом про визнання такого правочину недійсним та визнання свого права власності (оскільки доки правочин не визнано недійсним, він є підставою для внесення запису). Абзаци другий та третій частини третьої статті 26 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» визнають ефективним способом захисту визнання недійсним документів, на підставі яких проведено державну реєстрацію прав, однак з одночасним визнанням права: «...у разі визнання на підставі судового рішення недійсними чи скасування документів, на підставі яких проведено державну реєстрацію прав, скасування на підставі судового рішення державної реєстрації прав, державний реєстратор ... проводить державну реєстрацію набуття, зміни чи припинення речових прав відповідно до цього Закону. Ухвалення судом рішення про скасування рішення державного реєстратора про державну реєстрацію прав, визнання недійсними чи скасування документів, на підставі яких проведено державну реєстрацію прав, а також скасування державної реєстрації прав допускається виключно з одночасним визнанням, зміною чи припиненням цим рішенням речових прав, обтяжень речових прав, зареєстрованих відповідно до законодавства (за наявності таких прав)». Отже, сукупно з позовом про визнання права позовна вимога про визнання недійсним правочину, на підставі якого здійснено державну реєстрацію прав визнається законом ефективним захистом, а для випадку, коли реєстрацію ще не здійснено, такий позов про визнання правочину недійсним може розглядались як позов для запобігання в майбутньому порушенню, яке може неодмінно статись (позов *quia timet* у правовій традиції загального права).

Якщо ж незаконний набувач фактично заволодів ним, належним способом захисту буде віндикаційний позов;

– Ситуація *«у Реєстрі запис про право власності за особою, яку суд визнав власником у спорі, у якому дійсний власник участі не брав»:* У випадку якщо право власності на нерухоме майно, власником якого вважає себе *P* і яке перебуває у його фактичному володінні, визнано судовим рішенням у спорі між *D* і D_1 за D_1, то у разі внесення на підставі такого судового рішення запису до Реєстру про право власності D_1, належним способом захисту прав *P* є позов до D_1 про визнання права власності, а якщо мало місце вибуття майна з фактичного володіння *P* – віндикаційний позов до D_1.

Слід визнати, що на відміну від запису до Реєстру, який створює спростовну презумпцію для необмеженого кола осіб, судове рішення у спорі між *D* і D_1 вирішує спір про право лише між ними і не враховує прав та інтересів інших осіб, про яких суду не відомо, а учасники суд не повідомили. Судове рішення про визнання права власності за D_1 у цій справі також є підставою для внесенні запису до Реєстру, аби тепер вже для всіх третіх осіб була створена нова презумпція в інтересах D_1. Спростувати цю презумпцію *P* може поданням самостійного позову до D_1 без необхідності переглядати рішення у справі $Dv.D_1$. Обґрунтованість такого висновку підтверджується тим, що навіть якби *P* було відомо про спір між *D* і D_1, своє право Р мав би захищати поданням позову як третя особа з самостійними вимогами, тобто особа, яка може в обмежених процесуальним законом умовах подати такий позов, а у випадку його неподання це не позбавляє її права звернутись з окремим позовом до сторони спору стосовно предмету цього спору.

Підхід, за якого рішення суду про визнання права власності на нерухоме майно за певною особою у спорі, в якому дійсний влас-

ник не брав участі, не перешкоджає власнику захищати своє право самостійним зверненням з окремим позовом до особи, яка заволоділа цим майном чи стосовно права власності якої до Реєстру внесено запис, має передумови у практиці. Як відзначає Н.Ю Голубєва з посиланням на висновки, викладені у постанові Верховного Суду України від 11 лютого 2015 р. у справі № 6-1цс15, якщо майно було предметом судового розгляду про визнання іпотечного договору дійсним і за рішенням суду право власності на нього визнано за іншою особою, проте справжній власник не був стороною зазначеного правочину, не був учасником судового розгляду, і майно відчужено поза волею власника, то права власності на майно добросовісний набувач не набуває, оскільки це майно може бути в нього витребуване. Право власності справжнього власника в такому випадку презюмується і не припиняється із втратою ним цього майна [2, с. 46].

Наступне відновлення контролю

У разі вибуття майна з фактичного володіння *P* із внесенням запису про право власності *D* на це майно, наступне фактичне відновлення контролю P над цим майном поза волею *D* або його правонаступників ($D_1...D_n$) не має значення для обрання способу захисту, адже для *P* після втрати як фактичного володіння, так і створення записом у Реєстрі презумпції права власності для *D*, наступне фактичне заволодіння майном поза волею $D.D_n$ є безтитульним і лише створює для D_n перешкоди у користуванні та розпорядженні цим майном.

Тому наступне самоправне фактичне заволодіння *P* майном не змінює ефективного способу захисту його права, ним залишається віндикаційний позов.

Тягар доведення окремих обставин

Тягар доведення обставин, які вказують на незаконність позбавлення *P* права власності, несе *P*, оскільки саме *P* має спростувати встановлену записом презумпцію правомірності набуття *D* права власності.

Тягар доведення фактичного вибуття з володіння *P* несе особа, яка стверджує про фактичне вибуття. У випадку звернення *P* до *D* з позовом про визнання права власності, обґрунтованим тим, що майно з фактичного володіння *P* не вибувало, особою, яка стверджуватиме про фактичне заволодіння, може бути *D* як особа, яка стверджує про своє добросовісне заволодіння майном, яке здійснюється відкрито і спрямоване в тому числі на третіх осіб, оскільки *D* буде зацікавлений у застосуванні положень, які обмежують можливість витребування, а також положень про позовну давність. У питанні фактичного володіння, як ми вже раніше зазначали, діятиме фактична презумпція, що особа, зареєстрована як власник, здійснила фактичне заволодіння, якою *prima facie* виконується тягар доведення цієї обставини, поки не будуть подані докази, які спростують цю фактичну презумпцію.

Віндикаційним позовом *P*, який вважає себе дійсним власником, насправді не тільки вилучає це майно з фактичного володіння D, а й відновлює презумцію законності свого володіння. Власне, без такого відновлення і без спростування цієї презумпції стосовно *D*, вилучення з фактичного володіння не мало б підстав.

Висновки

Видається, що в умовах суперечливого законодавчого регулювання жодна з моделей, в тому числі модель захисту права власності у концепції «книжного володіння», а так само й обстоювана тут протилежна модель, яка виходить с розмежування володіння як факту та володіння як права, не позбавлені істотних недоліків. Водночас видається також, що пропонована модель, попри деякі доктринальні неузгодженості, все ж є менш суперечливою і дозволяє на практиці повнішою мірою врахувати законні інтереси, які підлягають захисту на засадах добросовісності.

Висунута у межах пропонованого альтернативного підходу теза про ефективність віндикаційного позову у разі встановлення судом, що дійсного власника було усунуто від фактичного володіння майном і в реєстрі речових прав міститься запис про припинення його права власності та/або запис про право власності іншої особи, видається, має міцніше доктринальне підґрунтя і прогнозовано кращий результат практичного застосування, ніж модель, яка базується на концепції «книжного володіння». Водночас межі цього дослідження не дозволяють в усіх аспектах дослідити переваги та недоліки обох підходів, а також всі ефективні шляхи їх вирішення, як і можливості та наслідки поширення цих підходів на захист інших речових прав на нерухоме майно, що може бути здійснено у подальших наукових дослідженнях.

Список використаних джерел:

1. Білоусов Ю.В., Феннич В.П. Доказові презумпції у цивільному судочинстві : монографія. Хмельницький, 2012. 240 с.

2. Голубєва Н.Ю. Віндикаційний позов: умови пред'явлення, задоволення та відмови у задоволенні. *Вісник Верховного Суду України.* 2017. № 5 (201). С. 42–48.

3. Зайцев А.Ю. Теоретичні та практичні аспекти віндикації житла. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2015. Випуск 35. Частина II. Том 1. С. 151–156.

4. Зеленко І.П. Поняття й підходи щодо класифікації презумпцій. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція*. 2014. № 10-2(1). С. 24–27.

5. Ляшенко Р.Д. Презумпції у праві: питання теорії та практики. Дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00. 01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Київ, 2011. 234 с.

6. Майданик Р.А. Речове право: підручник. Київ, 2019. 1102 с.

7. Мірошниченко А.М. Земельна ділянка як об'єкт права: абстракція чи реальність? *Право України*. 2020. № 5. С. 91–105.

8. Пильков К. Н. Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже : Научно-практическое пособие. Киев, 2016. 611 с.

9. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 04.07.2018, справа № 653/1096/16-ц (провадження № 14-181 цс 18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75296538 (дата звернення: 07.04.2021).

10. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12.03.2019, справа № 911/3594/17 (провадження № 12-234гс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80854690 (дата звернення: 07.04.2021).

11. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 14.11.18, справа № 183/1617/16 (провадження № 14-208цс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81574015 (дата звернення: 07.04.2021).

12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19.01.2021, справа № 916/1415/19 (провадження № 12-80гс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94803669 (дата звернення: 07.04.2021).

13. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.11.18, справа № 504/2864/13-ц (провадження № 14-452цс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81842010 (дата звернення: 07.04.2021).

14. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 1 липня 2004 р. № 1952-IV / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1952-15 (дата звернення: 07.04.2021).

15. Романська І. В. До питання про співвідношення кондикції та віндикації. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 2. С. 281–285.

16. Романюк Я. М. Критерії розмежування віндикаційних та негаторних позовів. *Судово-юридична газета*. 05.03.2021. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/195077-kriteriyi-rozmezhuvannya-vindikatsiynikh-ta-negatornikh-pozoviv (дата звернення: 07.04.2021).

17. Спасибо-Фатєєва І.В. Державна реєстрація як юридичний факт. *Державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: новітня практика Верховного Суду* : матеріали круглого столу, м. Київ, 26 березня 2021 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Pres_Spasibo_Fateeva.pdf (дата звернення: 07.04.2021).

18. Спасибо-Фатєєва І.В. Значення державної реєстрації для набуття права власності на нерухомість. *Право України*. 2020. № 11. С. 127–141.

19. Третяк Т.О. Особливості володіння земельними ділянками. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2020. № 46. С. 148–152. DOI: 10.32841/2307-1745.2020.46.31

20. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 07.04.2021).

Kostiantyn Pilkov. Remedies for infringements of property rights to the land and other immovable property: critique of the "book possession" theory

The article contains the analysis of modern jurisprudence in relation to effective remedies for property rights protection as to land plots and other immovable property. The article deals with the peculiarities of the implementation of the "book possession" theory into court practice, which consist in the recognition of the presumptions of the ownership title of the person in respect of whom the current record is held in the register and the actual possession of property by this person. The article puts forward theses about the shortcomings of this practice, which are, in particular, disregard for the interests of bona fide participants of civil relations, imbalance in the jurisprudence related to application of the statute of limitations provisions, illusory simplification of property protection cases, because even under the "book possession" theory the courts might find it necessary to find out whether the actual possession took place in order to determine the seriousness of the reasons for disregarding the statute of limitations and in order to determine the proportionality of interference with the property rights of the person from whom the land or other real estate is to be seized. The article proposes an alternative approach, which is based on the postulates of drawing a line between possession as a title and possession as a fact, as well as the different meanings of presumptions created by the current record of property rights in the register of property rights: legal presumption of ownership, which can be refuted by way of satisfaction of the relevant claim and, for third parties, making an entry on the property right of another person on the basis of a court decision, and the actual presumption of actual possession of property by a person in respect of whom the register contains a valid property record, which might be refuted by evidence to the contrary. The article focuses on identifying significant features of actual

possession and its external manifestations. Within the proposed alternative approach, a thesis is put forward on the rei vindicatio action as the effective remedy in cases when it is established that the beneficial owner is actually removed from possession of property and the register of property rights contains a record on termination of ownership and / or record on ownership of another person. In situations where there is only one of these two components, an actio negatoria and a claim for recognition of ownership title shall be regarded as an effective remedy respectively.

Key words: book possession, rei vindicatio, effective remedy, property rights, immovable property, registration of property rights, actio negatoria, recognition of the right, actual possession.

УДК 347.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.09

Роман Пожоджук,
канд. юрид. наук, старший дослідник,
старший науковий співробітник лабораторії адаптації законодавства України до права Європейського Союзу
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

МІСЦЕ СПОЖИВЧИХ ВІДНОСИН У СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Статтю присвячено аналізу споживчих відносин та встановленню їх місця в системі цивільного права. Зокрема, автором досліджено сутність приватноправових відносин за участю фізичних осіб-споживачів шляхом аналізу положень чинного законодавства України та наукових позиції щодо наведених відносин. До того ж зазначено, що встановлення місця споживчих відносин у системі права України є особливо актуальним в умовах виконання положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, задля приведення законодавства України до acquis cottmnautaire. Водночас для належного виконання відповідних зобов'язань України необхідно підготувати належну теоретико-правову базу.

Крім того, у статті наведено теоретичні міркування щодо відмінностей споживчих та цивільних відносин, доведено, що споживчі відносини охоплюють як майнові, так і особисті немайнові відносини, а також зазначено, що споживчі відносини регулюються нормами цивільного права. Автором обґрунтовано спорідненість споживчих відносин (приватноправових відносин за участю фізичних осіб-споживачів) та цивільно-правових. Також у межах дослідження висловлено міркування щодо необхідності розділення публічно-правових та приватноправових відносин за участю фізичних осіб-споживачів, останні з яких називаються споживчими відносинами і які належать до предмета цивільного права. Інакше може бути порушена спорідненість споживчих та цивільних відносин.

Як наслідок, автор робить спробу визначити місце споживчих відносин у системі цивільного права та доходить висновку, що споживчі відносини слід розглядати як цивільно-правові відносини за участю фізичних осіб-споживачів. Як особливий вид цивільно-правових відносин споживчі відносини мають специфічний суб'єктний склад, особливість поєднання диспозитивного та імперативного правового регулювання, спеціальний об'єкт – блага, що задовольняють особисті потреби фізичних осіб.

Також запропоновано авторську схему, якою зображується місце споживчих відносин у системі цивільного права.

Ключові слова: відносини за участю споживачів, цивільно-правові відносини, захист прав споживачів, приватноправові відносини, публічно-правові відносини, споживач.

Постановка проблеми. Українське законодавство про захист прав споживачів налічує лише кілька десятків років та все ще перебуває на стадії формування. Сьогодні на державному рівні здійснюються відповідні заходи щодо вдосконалення системи захисту прав споживачів в Україні. Так, відповідно до статті 415 Глави 20 «Захист прав споживачів» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, Україна зобов'язалася забезпечити високий рівень захисту прав споживачів та досягнути сумісності між системами захисту прав споживачів України та держав-членів Європейського Союзу.

Задля реалізації зазначених положень Урядом України було схвалено Концепцію державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 року, у якій, зокрема, зазначено, що система захисту прав споживачів у європейських країнах посідає одне з провідних місць у процесі формування економічної та соціальної політики. Це означає, що для вдосконалення вітчизняної системи захисту прав споживачів слід керуватися, зокрема, основними засадами захисту прав споживачів, що діють у країнах-членах Європейського Союзу. Водночас для належного виконання відповідних зобов'язань України необхідно підготувати ґрунтовну теоретико-правову базу та визначити місце споживчих відносин у вітчизняній правовій системі.

© Р. Пожоджук, 2021

Метою статті є проведення аналізу положень законодавства та доктрини для встановлення місця споживчих відносин у системі цивільного права для подальшого їх впорядкування та здійснення належних теоретико-правових досліджень.

Виклад основного матеріалу. Цивільно-правові відносини між суб'єктом господарювання і фізичною особою, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника, виникають, змінюються і припиняються на підставі норм цивільного права та цивільно-правового договору, тобто можна стверджувати, що ці правовідносини, які ми називаємо споживчими відносинами, фактично є цивільно-правовими і посідають почесне особливе місце у предметі цивільного права.

Проте така позиція не є аксіомною, а в науці висловлювались інші думки щодо кваліфікації місця споживчих відносин. Так, на переконання О.О. Райляна, споживче правовідношення – це самостійний вид суспільних відносин. З цивілістичної точки зору, це специфічна форма соціальної приватноправової взаємодії суб'єктів споживчого права у сфері споживчого ринку задля реалізації інтересів і досягнення результатів, передбачених укладеними договорами, споживчим законодавством та прийнятими відповідно до нього іншими нормативно-правовими актами, а також техніко-юридичними нормами. Остання обставина дає підставу стверджувати, що приватноправові споживчі відносини – це особливий вид цивільних відносин, ускладнених істотним публічним елементом [1, с. 14–15]. Таким чином, автор пропонує розглядати споживче правовідношення під різними кутами зору, але як самостійний вид суспільних відносин.

Однак досить важко погодитися з міркуванням про те, що споживчі відносини є самостійним видом суспільних відносин. Насамперед слід звернути увагу на той факт, що підставою виникнення споживчих відносин є саме переддоговірні чи договірні відносини, що повністю охоплюються предметом цивільного права. Ця залежність дає можливість дійти закономірного висновку, що споживчі відносини були б об'єктивно неможливими без існування цивільного інституту зобов'язального права, тому така взаємопов'язаність споживчих відносин не дає нам змогу зробити висновок про їх самостійність та незалежність від цивільних.

Більш того, як влучно зазначив І.Б. Новицький, зобов'язання є різновидом цивільних правовідносин. Зміст будь-якого цивільного правовідношення включає право (в цьому разі право вимоги) і відповідний йому обов'язок або права та обов'язки на стороні кожного учасника правовідносин (наприклад, права та обов'язки постачальника й покупця, підрядника і замовника) [2, с. 35], тобто зміст споживчих відносин як цивільних включає право вимоги й відповідний йому обов'язок, а розглядаючи споживчі відносини як окремий вид суспільних відносин, фактично констатуємо вихід за межі предмета цивільного права чи надаємо першочергове значення саме зобов'язальному. Отже, споживчі відносини як такі, що виникають на підставі договору, є певним зобов'язанням сторін, що однозначно слід розглядати виключно під кутом зору цивільного права. Інакше може створитися небезпечний прецедент щодо штучного виведення істинно приватноправових норм із предмета правового регулювання цивільного права. При цьому прогнозована ефективність такого виведення порівняно з наявною практикою цивільно правового регулювання відносин за участю споживачів є досить сумнівною.

Погоджуючись із позицією О.О. Райляна стосовно можливості кваліфікації приватноправових споживчих відносин як особливого виду цивільних правовідносин, вважаємо все ж таки ці відносини *a priori* приватноправовими. На наше переконання, необхідність виокремлення та надання самостійного значення споживчим відносинам як цивільно-правовим обумовлена насамперед необхідністю врегулювання нових суспільних відносин, що виникають між споживачем та суб'єктом господарювання, оскільки сьогодні стрімкий розвиток відносин споживання значно випереджає їх законодавче регулювання. При цьому таке виокремлення споживчих відносин дасть змогу надати значному масиву правовідносин спеціального правового регулювання без порушення предметного регулювання цивільного права і навіть з урахуванням того, що ці відносини містять певний публічний елемент.

Окремо в контексті публічного елементу у споживчих відносинах слід навести міркування І.І. Банасевич, яка зазначає, що істотною особливістю цивільних правовідносин за участю споживача є їх комплексний (приватно-публічний) характер, зумовлений нерівним становищем споживача як слабкої сторони договірних відносин. Публічний характер правовідносин за участю споживача визначається тим, що держава, здійснюючи

регулювання економіки загалом, розглядає захист прав споживачів не просто як один із інститутів права, а як один із пріоритетних напрямів своєї діяльності, спрямований на забезпечення конституційних прав людини й громадянина на життя, здоров'я, безпечне навколишнє середовище тощо [3]. Погоджуючись із позицією автора щодо істотної особливості споживчих відносин внаслідок наявності певного публічного елементу, вважаємо недоцільним кваліфікувати їх як комплексні. Це обумовлюється тим фактом, що цивільно-правові відносини навіть за наявності публічного елементу не втрачають своєї істинної сутності, більш того, можуть продовжувати існування навіть за його втрати (що не виключено з урахуванням еволюції цивільно-правових відносин).

Крім того, не зовсім погоджуємося з міркуванням автора стосовно того, що публічний характер правовідносин за участю споживача визначається фактично державним методом і розглядається як напрям діяльності держави. Ми вважаємо, що наявність публічного елементу слід розглядати не як певну державну діяльність чи втручання держави шляхом регулювання економіки, а лише в контексті вирівнювання фактичного становища учасників споживчих відносин, тобто йдеться тільки про обмеження диспозитивності у формуванні та реалізації цивільних правовідносин за участю фізичних осіб-споживачів задля захисту слабкої сторони договору та «вирівнювання» переговорних позицій учасників цих відносин. Однак регулювання саме публічно-правових відносин за участю споживачів цілком можливе за допомогою публічно-правового методу правового регулювання та регулювання економіки державою, здійснення державою своїх функцій без будь-якого комплексного змішування з приватноправовими відносинами.

У цивілістичній науці висловлювалась думка про можливість включення до предмета торгового права (не підприємницького, а торгового) правовідносин за участю споживачів. Так, на думку Т.О. Батрової, питання захисту прав споживачів доцільно розглядати саме в рамках торгового права, оскільки саме з цього встановлюється більшість вимог до організації торгівлі [4]. Однак В.В. Богдан, не погоджуючись із цією позицією, зазначила, що захист прав споживачів не охоплюється тільки торговельною діяльністю, а в рамках його розуміння як діяльності між професійними учасниками товарного ринку, де послуги виконують лише допоміжну функцію, взагалі є неприйнятним. Можливо, в рамках підприємницького права такі міркування можливі. Однак і в цьому разі виникають цілком обґрунтовані заперечення: інша спрямованість, інша точка зору на проблему захисту прав споживачів. По-перше, превалювання публічного регулювання в рамках підприємницької діяльності, по-друге, сприйняття самих норм будується за системою не «як захистити споживача», а як від нього захиститися. Універсальний механізм захисту, створений досі, можливо, втрачено не буде, але інтереси споживача втратять першочергове значення [5, с. 183–184]. Підтримуючи заперечення В.В. Богдан, відзначаємо, що споживчі відносини, хоча й набувають певної особливості, зокрема, шляхом базування на принципі пропорційності, проте не втрачають диспозитивних начал та принципу юридичної рівності учасників правовідносин. Більш того, саме принцип пропорційності є системоутворюючим у кваліфікації їх як особливого виду цивільних відносин, оскільки фактично відбувається поєднання диспозитивних правовідносин з імперативними з явним переважанням перших, тобто диспозитивність у формуванні та реалізації цивільних правовідносин за участю фізичних осіб-споживачів може обмежуватися задля захисту слабкої сторони договору та досягнення фактичної (об'єктивної) рівності учасників цих відносин.

С.Г. Буніна відзначає, що споживчі відносини належать до відносин майнових, входять до предмета правового регулювання цивільного права, проте мають специфіку. Специфіка цих відносин полягає перш за все в суб'єктному складі, адже споживче законодавство спрямоване на захист споживачів-громадян [6]. Водночас Г.Б. Яновицька цілком слушно вважає, що, будучи різновидом цивільно-правових відносин, правовідносини за участю споживачів є суспільними відносинами, регульованими нормами цивільного права, договірними умовами, правовими звичаями. Їм властивий вольовий характер. Саме споживач визначає власну модель поведінки щодо реалізації своїх прав [7, с. 96]. Таким чином, на переконання згаданих авторів, споживчі відносини регулюються нормами цивільного права, тому їх слід вважати цивільно-правовими.

Схоже міркування щодо віднесення споживчих відносин до предмета цивільного права свого часу було висловлено М.М. Агарковим [8, с. 136–137], який зазначив, що для задоволення своїх матеріальних і культурних потреб громадяни укладають договори з державними й кооперативними організаціями, а також один з одним. Договори з державними і кооперативними організаціями є договорами, у яких однією стороною є під-

приємство, тобто планомірно діюча організація, яка керується певними правилами, які встановлюють порядок її роботи. Ця обставина робить необхідним одноманітність щодо способу укладення та змісту операцій, що здійснюються з громадянами. У зв'язку з цим виникають питання щодо окремих галузей нашого господарства, що займаються обслуговуванням споживчих потреб громадян. Ці питання, оскільки вони стосуються цивільного права, головним чином зводяться до проблеми охорони прав споживачів [9, с. 137]. Фактично наведена позиція автора лаконічно обґрунтовує той факт, що приватноправові відносини за участю фізичних осіб слід кваліфікувати як особливий вид цивільних відносин з, акцентуємо, одноманітністю їх правового регулювання.

О.Ю. Єгоричева висловлює міркування, що споживчі правовідносини посідають центральне місце разом із відносинами власності в системі цивільних правовідносин. При цьому автор цілком слушно зазначає, що це обумовлює необхідність установлення ефективного правового механізму захисту прав споживачів [10]. Водночас у своєму дисертаційному дослідженні О.О. Райлян звертає увагу на те, що серед суспільних відносин, що підпадають під юрисдикцію споживчого права, переважне місце посідають майнові відносини. Ці відносини фактично є цивільно-правовими, але водночас їх слід розцінювати як особливий вид цивільних майнових відносин, оскільки їм притаманні такі відмінні риси:

1) якщо цивільне право регулює дві основні групи майнових відносин, а саме відносини речового і відносини зобов'язального характеру, то споживче право регулює тільки другу групу майнових відносин;

2) цивільно-правові зобов'язальні відносини залежно від підстав їх виникнення можна поділити на три такі основні групи: виникають на основі різних договорів; деліктні, що виникають внаслідок заподіяння шкоди; ті, що виникають внаслідок безпідставного придбання або збереження майна, іменованого узагальнено як безпідставне збагачення; споживче право регулює переважно першу групу, а саме договірні відносини, третя група ним взагалі не охоплюється;

3) цивільно-правові майнові відносини виникають у процесі виробництва, розподілу, обміну та споживання засобів і продуктів виробництва; споживче право повністю функціонує лише на стадії споживання;

4) за суб'єктним складом відмінності полягають у тому, що споживче право регулює тільки ті відносини, учасниками яких, з одного боку, є індивідуальні підприємці та організації, а з іншого боку, громадяни-споживачі [1, с. 28].

Згадана автором відмінність, безумовно, є цікавою, проте вважати її еталонною для можливості виокремлення споживчих відносин у межах цивільних доволі неоднозначно. На нашу думку, споживче право регулює публічно-правові та приватноправові відносини за участю фізичних осіб-споживачів, а цивільне право – лише приватноправові відносини за участю фізичних осіб-споживачів. Наочно наведену позицію продемонструвала О.М. Язвінська, на думку якої споживче право регулює відносини, що виникають у сферах публічного права, тобто процедура ліцензування діяльності у цій сфері, податкового регулювання, ціноутворення, регулювання стандартизації та сертифікації в цій сфері; приватного права, тобто ті відносини, які засновані на договорах купівлі-продажу, договору підряду, договорів з надання різноманітних послуг, а також відносини, які виникають у разі порушення прав споживачів [11]. Таким чином, слід провести чітку лінію між публічно-правовими та приватноправовими відносинами за участю фізичних осіб-споживачів, останні з яких ми називаємо споживчими відносинами і які належать до предмета цивільного права.

Крім того, загалом автор цілком справедливо зазначає, що споживчі відносини регулюються лише окремими положеннями цивільного права, тобто мають значно вужчий предмет правового регулювання. Однак факт регулювання цими окремими положеннями однорідної сукупності відносин сам по собі не свідчить про особливий вид відносин, що має певне відмінне правове регулювання від цивільних. Група однорідних відносин, що регулюються цивільним правом, може бути виділена, наприклад, в інститут, такий як зобов'язальне право, яке не має статусу особливого. Споживчі відносини як приватноправові поєднують і публічні, і приватні елементи правового регулювання, чим створюють спеціальне правове регулювання в межах цивільного права. Отже, хоча наведені автором відмінності, безумовно, відіграють певну роль у виокремленні споживчих відносин, недоцільно вважати їх системоутворюючими у формуванні цих відносин як окремого виду цивільних.

Окремо слід навести слушну позицію В.О. Анісімова, який, характеризуючи відмінності між споживчими відносинами і відносинами споживання, доволі вдало обґрунтовує приналежність перших до предмета цивільного права. Так, автор зазначає, що незважаючи на присутність елементів публічно-правового регулювання споживчих

відносин, вони є частиною предмета цивільного права разом із відносинами споживання. Основними відмінностями споживчих відносин від відносин споживання є такі:

– споживчі відносини складаються в рамках майнового обігу і є майново-вартісними, а відносини споживання є майновими відносинами власності в її статиці і реалізуються володінням, користуванням і розпорядженням матеріальними благами;

– відносини споживання розвиваються в рамках абсолютних правовідносин власності, а споживчі – в рамках відносних правовідносин (зобов'язання);

– споживчі відносини передують виникненню відносин споживання і складаються у сфері виробництва та обміну, але не безпосереднього споживання;

– споживання є метою для споживчих відносин і змістом для відносин споживання [12].

При цьому відзначаємо, що споживання як мета для споживчих відносин і зміст для відносин споживання дає змогу говорити про взаємопов'язаність цих відносин у контексті системного розуміння споживчих відносних як цивільно-правових, що відображають їх споживчий характер і не дають змогу говорити про споживчий характер публічно-правових відносин за участю споживача.

На переконання Г.А. Осетинської, сфера захисту прав споживача здебільшого перебуває саме у площині цивільного права, оскільки правовідносини за участю споживачів виникають на підставі цивільно-правових договорів, а саме купівлі-продажу, підряду, договорів із надання послуг, які наділені захисною функцією, що являє собою механізм захисту порушених прав шляхом примусу до виконання обов'язку в натурі, відшкодування збитків, вжиття заходів оперативного впливу [13, с. 16]. При цьому автор зауважує, що до предмета цивільно-правового регулювання входять такі майнові відносини за участю споживачів, у яких учасники не перебувають у стані владної підпорядкованості і виступають як незалежні, автономні суб'єкти. Такі відносини функціонують як зобов'язальні відносини, які виникають на підставі договору, а інколи делікту [13, с. 26]. Таким чином, підтримуючи позицію автора, можемо говорити про певний комплекс міжінституційних норм правового регулювання конкретних відносин у межах цивільного права, які, на наше переконання, слід називати саме споживчими.

Водночас слід зауважити, що споживчі відносини охоплюють не тільки майнові, але й особисті немайнові відносини. Так, відповідно до пункту 4 частини першої статті 4 Закону України «Про захист прав споживачів», споживачі під час укладення, зміни, виконання та припинення договорів щодо отримання (придбання, замовлення тощо) продукції, а також під час використання продукції, яка реалізується на території України, для задоволення своїх особистих потреб мають право на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію державною мовою про продукцію, її кількість, якість, асортимент, її виробника (виконавця, продавця) відповідно до Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», тобто під час укладення споживчого договору споживач має особисте немайнове право на отримання, зокрема, інформації про певний продукт, роботу чи послугу. Водночас наявність можливості відмовитися від укладення договору внаслідок отриманої інформації свідчить про існування переддоговірних прав споживача. Такі переддоговірні права слід вважати особистими немайновими, оскільки тільки після отримання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації державною мовою про продукцію споживач може прийняти зважене рішення про те, чи вступати в майнові відносини. При цьому відмова надати таку інформацію до моменту укладення договору буде вважатися порушенням його особистих немайнових прав, що підлягають відповідному захисту.

Споживчі відносини, на відміну від відносин за участю споживачів, охоплюються лише нормами цивільного права, включаючи ті, які мають публічний чи імперативний характер. При цьому саме розуміння споживчих відносин як виключно цивільно-правових дає можливість говорити про відображення правового регулювання фактичної дійсності, тобто споживання благ, а не регулювання також публічно-правових відносин, тому виділення споживчих відносин в окремий самостійний чи комплексний вид суспільних відносин видається недоцільним.

Висновки

Отже, вищенаведене дає змогу зробити закономірний висновок, що споживчі відносини – це цивільно-правові відносини за участю фізичних осіб-споживачів. Як особливий вид цивільно-правових відносини споживчі відносини мають специфічний суб'єктний склад, особливість поєднання диспозитивного та імперативного правового регулювання, спеціальний об'єкт – блага, що задовольняють особисті потреби фізичних осіб.

Схематично місце споживчих відносин у системі цивільного права можна відобразити таким чином (рис. 1).

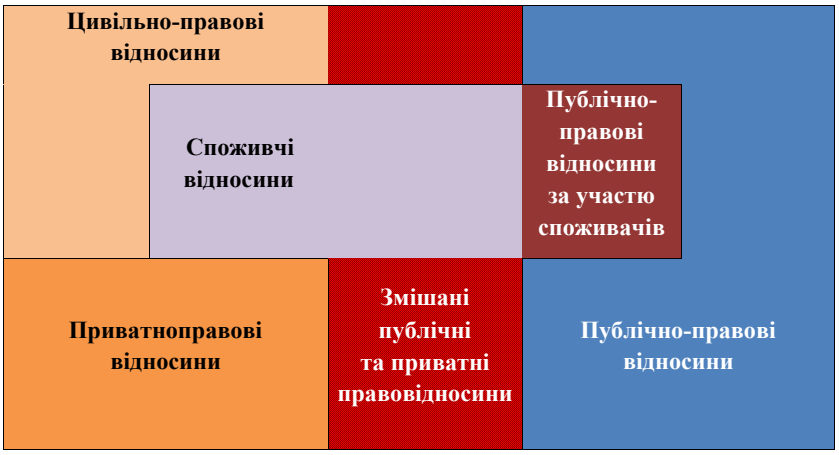

Рис. 1. Споживчі відносини у системі цивільного права

Список використаних джерел:

1. Райлян А.А. Теоретические основы потребительского права России: цивилистическое исследование : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; Казанский государственный университет им. В.И. Ульянова-Ленина. Казань, 2007. 45 с. URL: https://dlib.rsl.ru/viewer/01003061280#?page=1 (дата звернення: 14.07.2020).
2. Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва : Государственное издательство юридической литературы, 1950. 416 с.
3. Банасевич І.І. Поняття та сутність правовідносин за участю споживачів. *Юридичний бюлетень*. 2018. № 7 (7). Ч. 1. С. 177–182. URL: http://www.lawbulletin.oduvs.od.ua/archive/2018/7_2018/part_1/28.pdf (дата звернення: 21.01.2021).
4. Батрова Т.А. Проблемы правового регулирования торговых отношений. URL: https://justicemaker.ru/view-article.php?id=9&art=4422.
5. Богдан В.В. Гражданско-правовое регулирование защиты прав потребителей в современной России : проблемы теории и практики : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; Юго-Западный государственный университет. Курск, 2015. 389 с. URL: https://www.swsu.ru/ds/diss-swsu/Bogdan%20disser.pdf (дата звернення: 14.06.2020).
6. Бунина С.Г. Потребительское право в системе современного российского права. *Современное право*. 2007. № 9. С. 2–5. URL: https://www.sovremennoepravo.ru/m/articles/view/Потребительское-право-в-системе-современного-российского-права (дата звернення: 22.02.2021).
7. Яновицька Г.Б. Цивільно-правові засоби захисту прав споживачів в Україні : монографія. Львів : Растр-7, 2018. 400 с.
8. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. 192 с.
9. Граве К.А. Договор розничной купли-продажи и охрана интересов граждан, ВИЮН, 1939 (рукопись) ; Зимелева М.В. Договор бытового подряда. *Проблемы социалистического права*. 1938. Кн. 4. Цит. по: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. 192 с.
10. Єгоричева О.Ю. Споживач як учасник споживчих правовідносин за законодавством України. *Юридична Україна*. 2012. № 7. С. 47–52. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2012_7_11 (дата звернення: 22.02.2021).
11. Язвінська О.М. Споживче право та споживче законодавство України. *Економіка та управління на транспорті*. 2015. Вип. 1. С. 130–135. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/eut_2015_1_19 (дата звернення: 24.02.2021).
12. Анисимов В.А. «Потребительские отношения» и «Отношения потребления» в предмете гражданского права. *Вестник ОмГУ. Серия: Право*. 2017. № 2 (51). URL: https://cyberleninka.ru/article/n/potrebitelskie-otnosheniya-i-otnosheniya-potrebleniya-v-predmete-grazhdanskogo-prava (дата звернення: 22.07.2020).
13. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. Київ, 2006. 220 арк.

Roman Pozhodzhuk. The place of consumer relations in the system of civil law

The scientific article is devoted to the analysis of consumer relations and the establishment of their place in the system of civil law. In particular, the author explores the essence of private law relations with the participation of individuals – consumers by analyzing the provisions of the current legislation of Ukraine and scientific positions on these relations. Besides, it is noted that the establishment of the place of consumer relations in the legal system of Ukraine is particularly relevant in the implementation of the Association

Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and Ukraine, of the other part, in order to bring the legislation of Ukraine into the acquis communautaire. At the same time, in order to properly fulfill the relevant obligations of Ukraine, it is necessary to prepare an appropriate theoretical and legal framework.

Also, the article provides theoretical considerations on the differences between consumer and civil relations, argues that consumer relations cover both property and personal non-property relations, and argues that consumer relations are governed by civil law. The author substantiates the relationship between consumer relations (private law relations with the participation of individuals – consumers) and civil law. Additionally, within the framework of the study, consideration is expressed about the need to separate public-law and private-law relations with the participation of individuals – consumers, the latter of which are called "consumer relations" and which relate to the subject of civil law. Otherwise, the affinity between consumer and civil relations may be violated.

As a result, the author tries to determine the place of consumer relations in the system of civil law and concludes that consumer relations should be considered as civil relations with the participation of individuals – consumers. As a special type of civil law relations, consumer relations have a specific composition of participants, a feature of the combination of dispositive and imperative legal regulation, a special object – goods that meet the personal needs of individuals.

In addition, the author proposed a scheme, which represents a place of consumer relations in the civil law system.

Key words: consumer relations, civil law relations, consumer protection, private law relations, public law relations, consumer.

УДК 347.983
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.10

Яна Садикова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри юридичних дисциплін
Сумської філії
Харківського національного університету внутрішніх справ

КВАЛІФІКАЦІЯ ПОЗОВНОЇ ВИМОГИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Проблема вибору способу захисту прямо пов'язана з питаннями визначення змісту і меж диспозитивності та змагальності у цивільному процесі, здійснення правової кваліфікації та визначення предмету доказування у справі, а також із чітким розумінням змісту понять «спосіб захисту», «предмет спору», «предмет позову», «предмет доказування» тощо. Традиційно у сферу диспозитивності або сферу правомочностей позивача через принцип диспозитивності було включено можливість вибору способу захисту. Суд за загальним правилом обмежений визначати спосіб захисту прав. Водночас у наукових колах та судовій практиці немає єдності позицій у питанні про те, як здійснюється співвіднесення вимоги та способу захисту і чи можуть співпадати підстави позову у разі, якщо в процесі розгляду справи позивач бажає змінити спосіб захисту тощо.

Останніми роками в українській правовій системі формується зміст принципу jura novit curia через можливість суду здійснювати кваліфікацію позовної вимоги як способу захисту виходячи з фактичних обставин справи, встановлених у справі, й їх кваліфікації. З одного боку, позивач має вказати спосіб захисту, який передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні; з іншого боку, суд самостійно має кваліфікувати вимогу позивача як способу захисту залежно від обставин справи.

Поняття «позовна вимога» є поняттям процесуального права, яке використовується під час визначення, наприклад, розміру судового збору. Таке поняття є загальним і, по суті, має лише дві характеристики: може бути майновою або немайновою вимогою.

Спосіб захисту має дещо іншу природу, матеріально-правову, це поняття є кваліфікованим із погляду матеріального права порівняно з позовною вимогою. Його застосування пов'язане зі встановленням судом юридичного факту чи складу, який є підставою для його застосування. Матеріально-правова природа способу захисту зумовлює те, що вибраний спосіб захисту визначає предмет доказування у справі. Однак така залежність не є лінійною й однобічною. Вибраний спосіб захисту є тим містком, який поєднує вимогу з обставинами справи, і навпаки.

Ключові слова: спосіб захисту, позовна вимога, jura novit curia, кваліфікація, диспозитивність.

Постановка проблеми. Проблема вибору способу захисту прямо пов'язана з питаннями визначення змісту і меж диспозитивності та змагальності у цивільному процесі, здійснення правової кваліфікації та визначення предмету доказування у справі, а також із чітким розумінням змісту понять «спосіб захисту», «предмет спору», «предмет позову», «предмет доказування» тощо.

Означене питання набуло нового звучання у світлі редакції Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) 2017 р., зокрема в аспекті допустимої можливості за певних умов використовувати не визначені матеріальним законом або договором способи захисту. Це стає зрозумілим, оскільки в правовій системі України є приклади того, що закріплено певні обов'язки (права) без визначених механізмів спонукання до їх виконання (реалізації). Так само відсутні й відповідні способи захисту цих прав або спонукання до виконання обов'язку. Із цього погляду прогресивними і доречними є зміни щодо можливих застосовних способів захисту в судових процесах, оскільки це дасть змогу судам реагувати на порушення прав, захищаючи їх, не очікуючи змін до законодавства. Це один із моментів, що сприяє гнучкості судової системи захисту прав.

До редакції ЦПК України 2017 р. способи захисту, які могли бути застосовані судом для захисту прав, свобод та інтересів, визначалися або законом, або, коли це допускав закон, договором. Незафіксовані або невизначені законом або договором способи

© Я. Садикова, 2021

захисту не існували в правовому (судовому) просторі. Суд не міг застосувати невизначені законом або договором способи захисту. За таких обставин непоодинокими були судові рішення про відмову в задоволенні позову через неналежний спосіб захисту прав, вибраний позивачем. Тобто, з одного боку, суд установлював факт посягання на право, інтереси чи свободи позивача, міг визначити наявність перешкод у реалізації цього права, однак, оскільки законодавство не передбачало конкретного способу дії (захисту), то й сам захист не міг бути здійснений.

У 2017 р. ситуація була змінена, і, відповідно до ст. 5 ЦПК України, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором. А у разі якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невизнаного або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону (ч. 2 ст. 5 ЦПК України). Звичайно, що надана законодавцем можливість самостійно створювати способи захисту надає широкий простір для судової процесуальної творчості та мала б стати каталізатором наукових пошуків та досліджень у цій сфері.

Залишаючись однією з фундаментальних засад здійснення цивільного судочинства, диспозитивність стримує активність та ініціативність суду в питанні встановлення (визначення) нових способів захисту межами судового розгляду. Суд не може вийти за межі заявлених вимог під час розгляду справ, що, своєю чергою, зумовлює те, що суд так само не може змінити або доповнити вимогу позивача. З огляду на це, видається, що актуальними та практично значущими мають виглядати дослідження підстав та умов вибору, а також застосування способів захисту прав, не визначених законом. Своєю чергою, це дасть змогу визначитися з тим, наскільки законними будуть дії суду, спрямовані на встановлення нових способів захисту.

Традиційно у сферу диспозитивності або сферу правомочностей позивача через принцип диспозитивності було включено можливість вибору способу захисту. Суд за загальним правилом обмежений визначати спосіб захисту прав. Навпаки, процесуальне законодавство завжди акцентувало увагу на тому, що суд здійснює захист прав, свобод та інтересів у той спосіб, що був вибраний позивачем. Поряд із правом позивача вибирати спосіб він має право змінювати предмет або підставу позову. Водночас у процесуальній науці з відголосом у практиці недостатньо чітко відмежовано поняття «спосіб захисту», «предмет позову», «позовна вимога». Немає єдності ні в судовій практиці, ні в наукових колах у питанні про те, як здійснюється співвіднесення вимоги та способу захисту і чи можуть співпадати підстави позову у разі, якщо в процесі розгляду справи позивач бажає змінити спосіб захисту тощо.

Відповіді на окреслені питання, які є практикоорієнтованими, неможливо надати без визначення поняття «спосіб захисту» з погляду процесу та розмежування цієї правової конструкції із суміжними поняттями.

В Україні, незважаючи на всі заходи, спрямовані на підвищення ефективності здійснення правосуддя і зменшення зайвого навантаження на суд, повсякчас зустрічаються відмови у задоволенні позову через застосування неналежного способу захисту. Аналіз таких рішень дає змогу зробити висновок про те, що здебільшого йдеться все ж не про застосування неналежного способу захисту, а про неправильний вибір порядку захисту [1; 2], виду провадження [4], юрисдикції [5] тощо. Звичайно, що за таких помилок одночасно слід говорити і про те, що вибрано неналежний спосіб захисту, однак така юридична помилка є похідною. У судових рішеннях відбувається заміна понять, що, мабуть, усе ж не позитивним чином впливає на правозастосовну практику. Окрім того, є приклади із судової практики, коли суд на стадії відкриття провадження у справі залишає позовну заяву без руху, оскільки «позивач зазначає невірне формулювання позовної вимоги» [6], що, вочевидь, є виходом за межі повноважень суду на цій стадії. Це ще один додатковий аргумент на користь актуальності проведеного дослідження, його теоретичну та практичну значущість.

Перш ніж перейти до питань процесуального характеру, варто здійснити літературний огляд досліджуваного питання з метою визначення вже існуючих позицій та білих плям в окресленій тематиці. Незважаючи на тривалу історію дослідження юридичного поняття «спосіб захисту» науковцями у різних галузях права, якогось усталеного підходу немає. Акти цивільного законодавства дефініції не містять. У науковій літературі, визначаючи поняття «спосіб захисту прав», робиться акцент на тому, що це є матеріально-правова вимога [7, с. 124]. Хоча варто згадати, що окремі дослідники підходять до визначення поняття способу захисту з позицій матеріально-правового заходу [8, с. 270;

9, с. 37], порядку відновлення прав [10, с. 257], дій суб'єкта захисту [11, с. 789; 12, с. 149].

Зважаючи на свою актуальність, питання щодо способів захисту отримало значної уваги на сторінках юридичної літератури, хоча варто вказати на деяку фрагментарність досліджень. Сфера дослідження є вкрай широкою, тому, звичайно, аспекти її дослідження є надзвичайно різноманітними. Зосереджуючи увагу лише на публікаціях, що стосуються питання визначення поняття «спосіб захисту» з позицій процесуального права, то переважно зустрічаються дослідження, що стосуються оцінки щодо законодавчих положень щодо можливості/неможливості застосування не передбачених законом способів захисту в світлі реформи 2017 р., а також дослідження способів засобів в аспекті відповідності національної системи захисту прав положенням та вимогам Європейської конвенції з захисту прав та основоположних свобод (далі – Конвенція).

Розглядаючи способи захисту з погляду вибудови системи Конвенції, А.Г. Ярема дійшов висновку, що у світлі ст. 13 «засоби правового захисту», про які йдеться в згадуваній статті Конвенції, та поняття «способи захисту» національної правової системи є тотожними поняттями [13, с. 195, 197]. Відмежовує способи захисту від засобів захисту О.Ф. Мельничук, виділяючи ознаки способів захисту, хоча й дещо спірні [14, с. 25], П.П. Колєсов, вказуючи, що процесуальні засоби захисту права – це складні правові утворення. З одного боку, вони включають інформацію про порушення права з посиланням на норми об'єктивного права, а з іншого – процесуальні дії, що здійснюються під час захисту суб'єктивного права [15, с. 18].

Із погляду ефективності схожість між способами захисту та засобами захисту є, оскільки і засоби, і способи захисту поставлені захищати права, свободи та інтереси, мають забезпечувати поновлення права. Однак ототожнювати ці поняття, мабуть, усе ж таки не варто. Так, в англомовному варіанті Конвенції для позначення засобу захисту використовується термін effective remedy, тоді як англомовні переклади ЦПК України, а також цивільних кодексів окремих європейських держав для позначення поняття «спосіб захисту» використовують терміни the ways of protecting civil rights [16] або methods of protection [17]. Вартим уваги є те, що в Рекомендаціях Rec(2004)6 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Щодо вдосконалення національних засобів правового захисту» вбачається, що йдеться не про способи захисту, а скоріше про механізми, які діють у сфері захисту прав. У документі прямо визначається, що «орган», про який ідеться у ст. 13 Конвенції, не обов'язково має бути судовим, але якщо він не є таким, то його повноваження і ті гарантії, які він надає, доцільно визначати з огляду на реальну ефективність засобу правового захисту, який він забезпечує. Саме до засобу правового захисту як до механізму можливо застосувати положення щодо швидкості розгляду звернень, засоби захисту після «пілотного рішення» тощо, що, вочевидь, неможливо, якщо засіб правового захисту ототожнити зі способом захисту. Спосіб захисту є елементом механізму, є невід'ємною частиною засобу правового захисту, яка має свою роль та функції.

Варто звернути увагу на наукові дослідження, що стосуються загальних умов та підстав для застосування поіменованих способів захисту [18]. Такі дослідження лише дотичні до заявленого, однак зі змісту вбачається один висновок: кожен спосіб захисту досліджується з погляду наявності певних умов для його застосування, як то характеру спірних правовідносин, об'єкта захисту, суті посягання, фактів легітимації тощо. Своєю чергою, це підтверджує позицію, що поіменовані способи захисту мають нормативну природу, і, застосовуючи спосіб захисту, суд дає відповіді на те, по-перше, яким способом захисту є заявлена позивачем вимога, і, по-друге, чи можливим є застосування цього способу захисту до встановлених у справі обставин.

Щодо іноземного права та досліджень питання про способи захисту у світлі дії принципу диспозитивності й обмеження діяльності суду під час розгляду справи, то за приклад можна взяти ст. 112 Цивільного процесуального кодексу Італії: суддя повинен виносити рішення лише в рамках заявленого клопотання та не виходити за його межі; суддя не може офіційно виголошувати винятки, які можуть запропонувати лише сторони. Однак, відповідно до ст. 113 цього ж Кодексу, виголошуючи справу, суддя повинен дотримуватися норм закону, якщо закон не надає йому повноважень приймати рішення відповідно до справедливості [19]. Розкриваючи суть принципу jura novit curia, в італійській юридичній літературі вказується на те, що, по суті, принцип відповідності між замовленим і заявленим, що постулюється ст. 112 Цивільного процесуального кодексу Італії, має на увазі тільки заборону для судді виносити рішення, яке не відповідає запиту (позовній вимозі). Отже, відповідність між запитуваним (заявленим у вимозі) і оголошеним у рішенні, яке являє собою в усіх відношеннях обмеження на

право прийняття рішення суддею, стосується вимоги. Однак не заважає судді винести рішення на основі реконструкції фактів незалежно від того, що було запропоновано сторонами, або відповідно до правової норми, відмінної від тієї, на яку посилається позивач. Тобто обмежений щодо фактів і вільний щодо правил суддя може задовольняти або не задовольняти вимоги, але жодним чином не може виходити за рамки цих вимог [20]. Одне з питань при цьому полягає у тому, які це рамки: кількісні чи якісні?

У роз'ясненнях до ст. ст. 112 та 113 ЦПК Італії зазначається, що розмежування заяви в її суб'єктивних та об'єктивних межах залежить лише від сторін, тобто з повноважень судді вилучається можливість фіксації таких меж. Саме через це рішення ultra petita (тобто відповідає вимозі, але з умістом, що перевищує необхідний) або extra petita (із суттєвими змінами у заяві) має ознаки дефекту недійсності [21]. По суті, йдеться про застосування принципу jura novit curia та його межі.

Метою статті є доведення того, що «позовна вимога» та «спосіб захисту» є нетотожними поняттями і співвідносяться як фактична вимога та кваліфікована (правова) вимога. Фактична вимога має відповідати встановленим обставинам справи і може бути визначена як спосіб захисту лише після встановлення такої відповідності та визначення норм, що підлягають застосуванню до таких обставин.

Беручи до уваги мету статті, завдання дослідження – визначити, в якому контексті використовується поняття «спосіб захисту» в процесуальному законодавстві України з метою виявлення меж диспозитивності в національному цивільному процесі; проаналізувати судову практику, зокрема правові позиції Верховного Суду в питанні щодо можливості суду кваліфікувати позовну вимогу як інший спосіб захисту, ніж той, про який заявляв позивач.

Виклад основного матеріалу. Говорячи про вимоги, заявлені в позові, можна вести мову про їх кваліфікацію, так само як і про кваліфікацію підстав позову. І тут варто погодитися з тим, що дотримання принципу правової визначеності, стабільності правового становища учасників матеріальних правовідносин, а також ефективність судового захисту за помилкового вибору учасником процесу способу захисту забезпечуються процесуальним законодавством та процесуальними засобами [22, с. 136]. Окремими авторами абсолютно точно підмічено, що невиконання судами першої інстанції завдань із підготовки справи до судового розгляду, як правило, може призвести до скасування судових актів, оскільки, по суті, не оцінюється переслідувана позивачами матеріально-правова мета, що в певних випадках може бути підставою для уточнення вимог, у результаті чого формальний розгляд некоректно заявлених вимог і вибраної тактики захисту призводить до встановлення кола інших обставин, не пов'язаних із предметом конфлікту [22, с. 136]. Тобто від початку судова активність суду має полягати в тому, щоб з'ясувати межі розгляду справи, фактичні вимоги та фактичні обставини, щоб надати можливість стороні вчасно скоректувати їх.

У Листі Верховного Суду України щодо аналізу практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України від 01.04.2014 способи захисту визначено як механізми матеріально-правових засобів здійснення охорони цивільних прав та інтересів, що приводиться в дію за рішенням суду у разі їх порушення чи реальної небезпеки такого порушення [23]. У 2018 р. Верховний Суд способами захисту суб'єктивних прав визначає закріплені законом матеріально-правові заходи охоронного характеру, за допомогою яких проводиться поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на правопорушника [24]. Тим не менше в юридичній літературі під час визначення поняття «спосіб захисту» акцент робиться на результаті, який забезпечується застосуванням певного способу захисту. Спосіб захисту розуміється як правовий засіб, інструмент, застосування якого забезпечує відновлення прав, припинення порушення, ліквідацію негативних наслідків, тобто досягнення мети захисту [25, с. 28].

Із погляду процесуального закону і використання такого поняття, як «спосіб захисту прав», привертає на себе увагу формулювання статей, де містяться посилання на обговорюване поняття. П. 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України визначає, що позовна заява повинна містити зміст позовних вимог: спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом або договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні; якщо позов подано до кількох відповідачів – зміст позовних вимог щодо кожного з них. Таким чином, ця норма визначає спосіб захисту через зміст позовної вимоги, її внутрішнє наповнення. Якщо слідувати правилам формальної логіки, можна вибудовувати такий ланцюжок: матеріально-правова вимога позивача до відповідача звернена через суд є позовною вимогою і, своєю

чергою, є предметом позову. При цьому ж змістом цієї матеріально-правової вимоги, тобто предметом позову, є спосіб захисту.

Вочевидь, таке твердження не зовсім відповідає дійсності. За приклад варто взяти спеціальні способи захисту авторських прав. Відповідно до ч. 2 ст. 432 Цивільного кодексу України, суд у випадках та в порядку, встановлених законом, може постановити рішення, зокрема, про застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення. Спеціальна норма, викладена у ст. 52 Закону України «Про авторське право та суміжні права», містить уточнення щодо способів захисту саме авторських та суміжних прав, а саме визначено, що суд має право постановити рішення про:

а) відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права і (або) суміжних прав, із визначенням розміру відшкодування;

б) відшкодування збитків, завданих порушенням авторського права і (або) суміжних прав;

в) стягнення з порушника авторського права і (або) суміжних прав доходу, отриманого внаслідок порушення;

г) виплату компенсації, що визначається судом як паушальна сума на базі таких елементів, як подвоєна, а у разі умисного порушення – як потроєна сума винагороди або комісійні платежі, які були б сплачені, якби порушник звернувся із заявою про надання дозволу на використання оспорюваного авторського права або суміжних прав замість відшкодування збитків або стягнення доходу.

Таким чином, виходячи з позиції, що сторони у цивільному процесі не є юридично обізнаними [26], гіпотетично позивач може викласти вимогу не кваліфікуючи як конкретний спосіб захисту. Ст. 175 ЦПК України не вимагає, аби позивач визначав норми, які, на його думку, є застосовними до даного правового спору. Верховний Суд неодноразово наголошував на тому, що кваліфікація спірних відносин та визначення норм, які підлягають застосуванню, є виключно прерогативою суду. Таким чином, саме суд повинен остаточно визначитися з тим, як має бути кваліфікована вимога, а саме який спосіб захисту вона собою являє. В одному з рішень Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду чітко вказав на те, що обов'язок надати правову кваліфікацію відносинам сторін виходячи з фактів, установлених під час розгляду справи, та визначити, яка правова норма підлягає застосуванню для вирішення спору, покладено саме на суд. Самостійне застосування судом для прийняття рішення саме тих норм матеріального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини, *не призводить до зміни предмета позову та/або вибраного позивачем способу захисту* (виділено автором).

Суть спору зводилася до того, що позивач звернувся з вимогою про стягнення грошових коштів, кваліфікувавши їх як безпідставно набуті кошти через неукладеність договору, за якими вони були сплачені. Касаційний суд, уперше переглядаючи справу, дійшов висновку, що правовідносини сторін регулюються нормами зобов'язального права, які застосовуються до окремих видів угод, а не ст. 1212 ЦК України, на яку посилався позивач як на підставу позовних вимог. Під час нового розгляду суди першої та апеляційної інстанцій відмовили в задоволенні позову, мотивуючи це відсутністю підстав для задоволення позову, з огляду на виниклі між сторонами зобов'язальні правовідносини, а не правовідносини, що регулює ст. 1212 ЦК України щодо загальних положень про зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави, на яку посилався позивач як підставу позовних вимог. При цьому після надходження справи на новий розгляд до суду першої інстанції позивачем подано заяву про зміну підстав позову, в якій з урахуванням позиції та висновків Верховного Суду він просив постановити рішення про стягнення коштів з інших правових підстав, аніж ті, що були визначені ним під час первісного судового розгляду, обґрунтовуючи свою заяву захистом його прав у зв'язку зі зміною фактичних обставин справи. Проте суди зробили висновок про неможливість змін позивачем предмета та підстав позову після надходження справи на новий розгляд, що буде суперечити ч. 4 ст. 49 ЦПК України, у зв'язку з чим розглянули спір у межах раніше заявлених позовних вимог із посиланням на вибраний позивачем спосіб захисту, визначений ст. 1212 ЦК України [27].

Інший приклад, який також демонструє позицію Верховного Суду. Розглядаючи справу в касаційному порядку, він установив, що було подано позов про стягнення сатисфакції за невиконання рішення окружного адміністративного суду м. Києва. Однією з підстав залишення позовної заяви без руху стало відсутність оплати судового збору. Однак апеляційний суд, з думкою якого погодився Верховний Суд, дійшов висновку про те, що, оскільки позовні вимоги фактично

зводяться до вимоги про відшкодування шкоди внаслідок невиконання Головним управлінням Національної поліції у м. Києві судового рішення, судовий збір за подання такої позовної заяви не справляється відповідно до п. 13 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про судовий збір» [28].

Вищевикладене дає змогу стверджувати, по-перше, що «позовна вимога» та «спосіб захисту» хоча й є схожими, однак це не дає підстави вважати, що ці інституції цивільного процесуального права є тотожними. Позовна вимога – це фактична вимога позивача до відповідача, звернена через суд. Кваліфікація її через призму матеріального права як того, яким способом захисту вона є, відбувається в силу того, що позивачем здійснюється правова кваліфікація фактично підстави позову, а також в силу необхідності виконання припису ст. 175 ЦПК України.

По-друге, останніми роками в українській правовій системі формується зміст принципу jura novit curia через можливість суду здійснювати кваліфікацію позовної вимоги як способу захисту виходячи з фактичних обставин справи, встановлених у справі, й їх кваліфікації. Таким чином, з одного боку, позивач має вказати спосіб захисту, який передбачено законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні; з іншого боку, суд самостійно має кваліфікувати вимогу позивача як способу захисту залежно від обставин справи.

Додатковим аргументом на користь такого твердження є ст. 13 ЦПК України, в якій йдеться про те, що суд розглядає справу в межах заявлених вимог, а не в межах способу захисту. Кваліфікація вимоги як способу захисту має бути завданням суду, так само як і кваліфікація обставин справи. Позовні вимоги – це фактичні вимоги позивача до відповідача. Основне навантаження в них є кінцевий результат, тобто ті наслідки, які будуть мати місце в результаті фактичного виконання рішення, постановленого за заявленою вимогою. Віддаючи до компетенції суду кваліфікацію обставин справи і визначення права, яке підлягає застосуванню, і неодноразово звертаючи увагу на те, що підставою заявленого позову є не саме посилання на ці норми права, а обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги [29], цілком логічним буде припустити, що аналогічне правило має діяти й стосовно позовних вимог.

Вочевидь, попередня кваліфікація позовної вимоги як способу захисту має бути зроблена під час підготовчого провадження, одним із завдань якого є остаточне визначення предмета спору та характеру спірних правовідносин, позовних вимог та складу учасників судового процесу (ст. 189 ЦПК України). Поняття «позовна вимога» є поняттям процесуального права, яке використовується під час визначення, наприклад, розміру судового збору. Таке поняття є загальним і, по суті, має лише дві характеристики: може бути майновою або немайновою вимогою. Говорячи про позовну вимогу, здебільшого мають на увазі фактичну вимогу, яка є предметом розгляду у справі. Звичайно, що, остаточно визначаючи позовну вимогу, суд не лише уточнює саму фактичну вимогу та її елементи (розмір, конкретний спосіб реалізації тощо), а й надає їй попередню матеріально-правову кваліфікацію.

Спосіб захисту має дещо іншу природу, матеріально-правову, це поняття є кваліфікованим із погляду матеріального права порівняно з позовною вимогою. Його застосування пов'язане зі встановленням судом юридичного факту чи складу, який є підставою для його застосування. Матеріально-правова природа способу захисту зумовлює те, що вибраний спосіб захисту визначає предмет доказування у справі. Однак така залежність не є лінійною й однобічною. Спосіб захисту прямо пов'язаний з обставинами, якими обґрунтовуються позовні вимоги. Він є тим містком, який поєднує вимогу з обставинами справи, і навпаки.

Висновки

Виходячи зі змісту нормативних актів та судової практики, слід визначити, що способи захисту характеризуються такими ознаками, як належність, ефективність та правомірність (допустимість), що повинно стати предметом подальших наукових досліджень. Окрім того, у такому аспекті розуміння способів захисту через призму судового процесу вартими уваги залишаються питання щодо меж диспозитивності у цивільному процесі, визначення тотожності позовів. Актуальними, вочевидь, будуть дослідження окресленої тематики з використанням компаративістського методу.

Список використаних джерел:

1. Постанова від 29 квітня 2020 р. у справі № 478/1932/19 / Миколаївський апеляційний суд. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89001392.

2. Постанова від 03 лютого 2020 р. у справі № 274/3839/18 / Житомирський апеляційний суд. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87420845.

3. Рішення від 07 жовтня 2019 р. у справі № 278/1967/19 / Житомирський районний суд

Житомирської області. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84898096.

4. Заочне рішення від 23 жовтня 2019 р. у справі № 447/1772/19 / Миколаївський районний суд Львівської області. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85170837.

5. Рішення від 27 листопада 19 р. у справі № 415/10401/19 / Лисичанський міський суд. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86752225.

6. Ухвала від 01 лютого 2019 р. у справі № 751/51/19 / Деснянський районний суд м. Чернігова. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/ 79565730.

7. Науково-практичний коментар цивільного законодавства України : у 4-х т. / А.Г. Ярема та ін. Київ : А.С.К. ; Севастополь: Ін-т юрид. дослідж., 2010. Т. 1. 800 с.

8. Гражданское право : учебник : в 3-х ч. / под. ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. Москва : Проспект, 1997. Ч. 1. 600 с.

9. Стефанчук Р.О. Проблеми застосування спеціальних способів захисту особистих немайнових прав фізичних осіб. *Вісник Верховного Суду України*. 2007. № 7. С. 36–42.

10. Цивільне право України : підручник у 2-х т. / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. 656 с.

11. Абова Т.Е. Избранные труды. Гражданский и арбитражный процесс. Гражданское и хозяйственное право. Москва : Статут, 2007. 1134 с.

12. Бернада Є.В. Способи захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів, які спрямовані на відновлення становища, що існувало до порушення права. *Часопис Київського університету права*. 2017. № 4. С. 148–151.

13. Ярема А.Г. Право особи на ефективні засоби судового захисту цивільних прав та інтересів. *Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского Серия «Юридические науки»*. 2007. Т. 20(59). № 1. С. 195–202.

14. Мельничук О.Ф. Правові засоби та способи захисту права на освіту. *Адвокат*. 2011. № 4. С. 23–27.

15. Колесов П.П. Процессуальные средства защиты права. Великий Новгород, 2004. 220 с.

16. Civil Code of the Republic of Lithuania, 2000-07-18 / Lietuvos Respublikos Seimas. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.245495.

17. Civil Procedure Code of Ukraine. WIPO Lex Database. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ua/ua025en.pdf (дата звернення: 23.03.2021).

18. Венедіктова І.В. Цивільно-правові способи захисту охоронюваних законом інтересів. *Форум права*. 2011. № 2. С. 121–126. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2011_2_20.

19. Codice di procedura civile (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940), con le modifiche apportate dal D.L. 30 dicembre 2019. *Altalex*. URL: https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile (дата звернення: 23.03.2021).

20. Vinci Claudia. Il principio dello iura novit curia: esistono (ancora) reali differenze tra i paesi di civil law e common law? *Litigation*. 27 Febbraio 2018. URL: http://www.litigaction.com/it/principio-dello-iura-novit-curia-esistono-ancora-reali-differenze-paesi-civil-law-common-law/.

21. Art. 112 cod. proc. civile: Corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. La Legge per Tutti. Agg. il 28 Gennaio 2015. URL: https://www.laleggepertutti.it/codice-proc-civile/art-112-cod-proc-civile-corrispondenza-tra-il-chiesto-e-il-pronunciato (дата звернення: 23.03.2021).

22. Петрушкин В.А., Гурьева Р.И. Проблемы правовой квалификации требований, направленных на защиту гражданских прав. *Евразийский юридический журнал*. 2017. № 12. С. 135–139.

23. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України. *Закон і Бізнес*. URL: http://zib.com.ua/ua/print/88249-analiz_praktiki_zastosuvannya_sudami_st16_civilnogo_kodeksu_.html.

24. Постанова від 22 серпня 2018 року у справі № 925/1265/16 / Верховний Суд. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76474144.

25. Коваль І.Ф. Реалізація принципу верховенства права при застосуванні способів захисту прав та інтересів. *Правничий часопис Донецького університету*. 2019. № 2. С. 26–33.

26. Садикова Я.М. Особливості взаємовпливу правосвідомості та вимог до правового статусу суб'єктів доказування в цивільному процесі. *Часопис цивілістики*. 2020. № 36. С. 82–87.

27. Постанова від 25 березня 2020 року у справі № 537/4259/15-ц / Верховний Суд. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88461090.

28. Постанова від 8 квітня 2020 року у справі № 761/41071/19 / Верховний Суд. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88815618.

28. Постанова у справі № 922/3412/17 / Верховний Суд. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/78297802.

Yana Sadykova. Qualification of the claim requirement in civil procedure

The problem of choosing a method of protection is directly related to the definition of the content and limits of dispositiveness and adversarial proceedings in civil proceedings, of legal qualifications and the definition of the subject of evidence in the case, as well as a clear understanding of the content of «claim», «subject of proof» etc. Traditionally, the possibility of choosing the method of protection has been included in the sphere of dispositiveness or in the sphere of powers of the plaintiff through the principle of dispositiveness. The court, as a general rule, is limited to determine the method of protection of rights. At the same time, there is no consensus in academia and jurisprudence on how the claim and the method of protection are correlated and whether the grounds of the claim may coincide if the plaintiff wishes to change the method of protection and so on.

In recent years, the Ukrainian legal system has formed the content of the principle of jura novit curia due to the ability of the court to qualify the requirement as a method of protection, based on the facts of the case established in the case and their qualifications. On the one hand, the plaintiff must indicate the method of protection provided by law or contract (or another method (methods) of protection, which is not contrary to law and which the plaintiff asks the court to determine in the decision), on the other hand, the court must qualify the requirement as a method of protection depending on the circumstances of the case.

«The method of protection» has a substantive nature. This concept is qualified in terms of substantive law in comparison with the claim. Its application is connected with the establishment by the court of a legal fact or composition, which is the basis for its application. The substantive nature of the method of protection determines that the chosen method of protection determines the subject of proof in the case. However, this dependence is not linear and one-sided. The chosen method of protection is the bridge that combines the requirement with the circumstances of the case and vice versa.

Key words: method of protection, claim, requirement, jura novit curia, qualification, dispositiveness.

УДК 347.72.01
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.11

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

ПІДПРИЄМНИЦЬКІ ЮРИДИЧНІ ОСОБИ В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

В умовах реформування цивільного законодавства відповідно до вимог сучасного економічного та цифрового середовища звернено увагу на інститут юридичної особи, що відіграє важливу роль у цивільному обороті як самостійний суб'єкт правовідношення. У Концепції оновлення Цивільного кодексу України в першу чергу окреслено питання про організаційно-правову форму юридичної особи, а саме про доцільність зміни підходу до закритого переліку організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права. У ході проведення наукових дискусій на вказану тематику доведено, що перспектива запровадження поділу юридичних осіб приватного права на товариства та установи відповідає вимогам європейського права та сучасним стандартам ведення бізнесу, що зумовить більш прозорі та уніфіковані правила побудови структури юридичної особи та зробить даний інститут більш гнучким у застосуванні.

На основі аналізу ЦК України у частині поділу юридичних осіб приватного права на товариства та установи, а товариств – на підприємницькі та непідприємницькі з подальшим поділом на підвиди зазначено, що якісна побудова системи юридичних осіб приватного права може мати місце через виокремлення кваліфікуючих критеріїв їх поділу. Основна відмінність між товариствами та установами полягає у визначенні критерію права участі, що зумовлює або не зумовлює можливість набуття статусу учасника (члена) юридичної особи приватного права. Разом із тим кваліфікуючими критеріями відмежування підприємницьких товариств від інших юридичних осіб (непідприємницьких товариств та установ) має бути мета створення і діяльності товариства – це мета отримання прибутку для його розподілу між учасниками товариства, а також наявність у засновника товариства інтересу бути його учасником та набуття ним корпоративних прав, визначених законом та установчими документами товариства. З урахуванням чинних змін у цивільному законодавстві доцільно визначити можливість віднесення до підприємницьких товариств виробничих, сільськогосподарських та споживчих кооперативів, які можуть створюватися з метою отримання прибутку й яким мають бути притаманні всі вищезазначені ознаки підприємницьких товариств.

Ключові слова: організаційно-правова форма, установа, підприємницьке товариство, непідприємницьке товариство, право участі, корпоративні права.

Постановка проблеми. Одним із важливих законодавчих актів України, яким закріплено засади та визначено механізм адаптації вітчизняного законодавства до права ЄС, став Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» [1]. Відповідно, серед переліку пріоритетних сфер указаної Програми було зазначено законодавство про компанії. Наступним дієвим кроком у напрямі проведення реформ в Україні та оновлення вітчизняного законодавства до вимог права ЄС стала ратифікація Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Окрім того, за Указом Президента України «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» від 12 січня 2015 р. № 5/2015 Україна отримала можливість здійснити реформи у сфері корпоративного права.

Ураховуючи зазначені події, на законодавчому полі було оновлено численну кількість нормативних положень у частині корпоративних відносин і оновлено та/або прийнято низку спеціальних законів, що регулюють окремі організаційно-правові форми та види юридичних осіб приватного права. Зокрема, йдеться про прийняття законів України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальність» від

© Л. Сіщук, 2021

06.02.2018 № 2275-VIII, «Про сільськогосподарську кооперацію» від 21.07.2020 № 819-IX, а також про внесення змін до законів України «Про акціонерні товариства», «Про кооперацію», «Про фермерські господарства» тощо. Указане зумовило внесення змін і до Цивільного та Господарського кодексів України.

Разом із тим одним зі стратегічних напрямів на шляху вдосконалення корпоративного права є прийняття 17 липня 2019 р. Постанови Кабінету Міністрів України № 650 «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України», якою утворено робочу групу щодо рекодифікації цивільного законодавства та затверджено Положення про неї. У результаті здійснених напрацювань робочої групи одним із перших етапів роботи стало опублікування Концепції оновлення Цивільного кодексу України.

Згідно з указаною Концепцією, пропонується викласти Розділ II під назвою «Особи» (глави 4–11), у якому закріпити вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій юридичних осіб (передусім йдеться про підприємства). Для юридичних осіб, які зареєстровані в організаційно-правових формах, не передбачених ЦК України, повинен бути наданий час для приведення своєї організаційно-правової форми у відповідність до положень ЦК України протягом строку, який буде встановлений законом [2, с. 10]. Зазначені пропозиції змін про закріплення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб на кодифікованому рівні неодноразово висловлювалися у наукових дослідженнях відомих вітчизняних цивілістів із наведенням переваг такого підходу. Тому, можливо, справді внесення відповідних змін зумовить нові реалії розвитку підприємництва в Україні з більш прозорими та уніфікованими правилами функціонування юридичних осіб приватного права як самостійних суб'єктів права. Водночас залишається відкритим питання про механізм реалізації запропонованих змін у практиці застосування та визначення критеріїв віднесення організацій до конкретних організаційно-правових форм юридичних осіб, перелік яких має бути вичерпним.

Погляди, ідеї та пропозиції щодо розкриття сутності, організаційно-правових форм та видів юридичних осіб приватного права, у тому числі підприємницьких юридичних осіб, можна віднайти у наукових дослідженнях та виступах на науково-практичних конференціях відомих учених Н.С. Кузнєцової, В.А. Васильєвої, І.В. Спасибо-Фатєєвої, А.В. Зеліско, О.І. Зозуляк, О.О. Кота, В.Л. Яроцького та ін. Утім, постійне оновлення корпоративного законодавства та проведення реформи шляхом роботи над зміною нормативних положень ЦК України створило нові вектори для дослідження даного питання, що полягає у запровадженні нових правил окреслення кола юридичних осіб приватного права, у тому числі підприємницьких товариств.

Метою статті є розгляд поглядів на питання про закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, що сьогодні пропонується у Концепції оновлення ЦК України, та законодавчі новели у сфері розширення кола підприємницьких товариств, що внесені до чинного ЦК України станом на 2020 р.

Виклад основного матеріалу. В умовах сучасних підходів та змін до цивільного законодавства можна окреслити такі тенденції розвитку нормативного регулювання. Згідно зі ст. 81 ЦК України, всі юридичні особи за критерієм порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Причому вказується, що ЦК України поширює дію свого регулювання на юридичних осіб приватного права. Щодо організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, то останні можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, установлених законом. На рівні ЦК України (ст. 83) передбачено товариства та установи як основні організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права.

Оскільки у Концепції оновлення Цивільного кодексу України пропонується закріпити у ЦК України закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, то найбільша кількість міркувань із цього приводу зводиться до визначення двох основних організаційно-правових форм – товариств та установ, оскільки це передбачено у чинному ЦК України, але без продовження у ст. 81 речення «та в інших формах, установлених законом». Після опублікування вищезазначеної Концепції вже проведено низку науково-практичних заходів, на яких жваво обговорюються дані питання з урахуванням перспектив внесення таких змін, а також сучасних реалій і проблем, що існують у чинному законодавстві.

Зокрема, одним із таких заходів була XIX науково-практична конференція «Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України», присвячена 99-й річниці зі дня народження доктора юридичних наук, про-

фесора В.П. Маслова, на якій провідні вітчизняні вчені висловили свою позицію «за» чи «проти» піднятої проблематики поділу юридичних осіб приватного права.

У ході проведення вказаної конференції Н.С. Кузнєцова [3] висловила думку, згідно з якою організаційно-правова форма – це найкращий ідентифікатор юридичної особи, вичерпний перелік якої має бути в основі вибору організації ведення бізнесу. За прикладом законодавства Нідерландів існують дві організаційно-правові форми юридичних осіб: засновані як договірні об'єднання та як установи і фонди. У контексті зазначеного товариство – це об'єднання майна та осіб. Підприємницьке товариство включає у себе господарські товариства та виробничі кооперативи. Поняття «корпоративні права», закріплене у ст. 167 ГК України, має бути перенесено та деталізовано у ЦК України.

Натомість В.Л. Яроцький [3] виступає за відкритий перелік юридичних осіб. В обґрунтування своїх переконань ученим наводиться приклад приватних підприємств. Відзначаючи спірну позицію щодо сприйняття приватного підприємства як об'єкта чи як суб'єкта права, що по-різному визначається у ЦК України і ГК України, науковець указує, що приватне підприємство варто розглядати як суб'єкт права через призму сприйняття в суспільстві, правовій свідомості громадян та посадових осіб органів державної влади й управління. Окрім того, пропонує звернути увагу на Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» та на Державний класифікатор організаційно-правових форм господарювання, що відображає організаційно-правові форми, закріплені у ЦК України та у ГК України.

Утім, О.О. Кот [3] з указаного міркування висловився за закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб. Щодо інших організаційно-правових форм юридичних осіб, що існують де-факто і де-юре, то створення перехідного періоду для приведення у відповідність до закону юридичними особами своєї організаційно-правової форми зумовить передумови для вирішення цього питання. Цей процес вимагатиме певного часу, який буде проходити еволюційно. На тезу про контраверсію закритого переліку юридичних осіб науковець зазначив, що будь-яка свобода, у тому числі конструювання юридичної особи, не є абсолютною. Необхідно враховувати державний інтерес, зокрема врегулювання структури юридичної особи.

І.В. Спасибо-Фатєєва [3] висловлює згоду щодо закритого переліку організаційно-правових форм юридичних у ЦК України, де й має визначатися узагальнений підхід, а не на рівні спеціальних законів.

Отже, на основі зазначених аргументів учених можна дійти висновку про корисність та доцільність запровадження до оновленого ЦК України закритого переліку юридичних осіб приватного права, які поділяються на товариства та установи. Такий поділ юридичних осіб, як уже зазначалося, є традиційним для доктрини пандектного права (Німеччина, Швейцарія), що розрізняють корпорації (союзи) й установи.

Утім, для поділу юридичних осіб приватного права на певні види важливу роль відіграють і кваліфікаційні критерії, за якими їх можна розмежувати. Однією з пропозицій щодо відмежування цих юридичних осіб у вітчизняному праві пропонується критерій поділу юридичних осіб на об'єднання осіб та об'єднання майна. Проте вказаний критерій застосовується не тільки для розмежування правового статусу товариств та установ, оскільки такому ж поділу підлягають господарські товариства – об'єднання осіб (повні та командитні товариства) та об'єднання майна (товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, акціонерні товариства).

У зв'язку із цим варто навести думку І.В. Спасибо-Фатєєвої, що відмінності між такими організаційно-правовими формами – товариствами та установами – проявляються у тому, що учасники товариства задовольняють власний інтерес через участь у товаристві, а установа діє в інтересах не учасників, а інших осіб – вигодонабувачів, дестинаторів. Наступною відмінністю є наявність в учасників товариства права участі, а у засновників установи такого права немає [4, с. 72–73]. Тобто критеріями розмежування товариств та установ є охоронюваний законом інтерес та право участі.

Разом із тим на відміну від установ на рівні ЦК України товариства отримали подальший поділ на підприємницькі та непідприємницькі товариства; підприємницькі товариства – акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, повне і командитне товариство та виробничий кооператив (ст. ст. 81, 83–85 ЦК України). Щодо непідприємницьких товариств, то перелік їхніх організаційно-правових форм у ЦК України не визначено. О.І. Зозуляк із цього приводу вказує, що невичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права зумовлює неоднозначність у віднесенні тих чи інших юридичних осіб до числа корпорацій. Зокрема,

йдеться про приватні підприємства, фермерські господарства тощо. Така ситуація змушує або вводити додаткові критерії для розмежування відносин за суб'єктною ознакою, або дещо змінити підхід чи взагалі вибрати інший [5, с. 218].

Згідно з ч. 1 ст. 84 ЦК України, товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність із метою одержання прибутку та подальшого його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства або виробничі кооперативи. Щодо непідприємницьких юридичних осіб, то ч. 1 ст. 85 ЦК України закріплює тільки положення про те, що ці товариства не мають на меті одержання прибутку для його подальшого розподілу між учасниками.

Щодо вказаного поділу товариств на підприємницькі та непідприємницькі А.В. Зеліско вважає, що ключовим критерієм розмежування досліджуваних юридичних осіб є право на розподіл прибутку між учасниками, у зв'язку з чим варто виходити з простого логічного принципу: підприємницькі юридичні особи приватного права мають право розподіляти прибуток між учасниками або членами, а непідприємницькі, відповідно, не мають права його розподіляти між ними [6, с. 95–96]. В.А. Васильєва зазначає, що до юридичних осіб корпоративного типу належать усі організаційно-правові види юридичних осіб, *які створені з метою отримання прибутку (підприємницькі) та подальшого його розподілу між учасниками й у результаті створення яких у засновників щодо юридичної особи виникає особливий вид майнових прав зобов'язального характеру, який прийнято називати корпоративним правом* [7, с. 139]. О.І. Зозуляк також зазначила, що найбільш оптимальним напрямом удосконалення класифікаційних критеріїв відмежування непідприємницьких юридичних осіб від підприємницьких буде, передусім, указівка на нерозподіл між учасниками (засновниками) одержаного прибутку, а вже далі – конкретизація щодо спрямування його (прибутку) на досягнення відповідної мети діяльності непідприємницької юридичної особи [5, с. 81]. Така позиція вченої аргументована й тим, що більшість непідприємницьких юридичних осіб займається підприємницькою діяльністю заради досягнення своїх статутних неприбуткових цілей.

Разом із тим варто зазначити, що Законом № 819-IX від 21.07.2020 було внесено зміни до ст. 84 ЦК України, згідно з якими розширено вичерпний перелік підприємницьких товариств, а саме зазначено, що до переліку таких товариств, окрім господарських товариств і виробничих кооперативів, варто віднести й сільськогосподарські кооперативи, сільськогосподарські кооперативні об'єднання, що діють із метою одержання прибутку. Зазначені зміни пов'язані з прийняттям нового Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», згідно з яким передбачено, що сільськогосподарський кооператив може здійснювати діяльність із метою одержання прибутку або без мети одержання прибутку (ч. 3 ст. 5).

Указаний підхід дещо потребує тлумачення, якщо піддати аналізу законодавство про кооперацію. Відповідно до нової редакції Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», скасовано поділ сільськогосподарських кооперативів за типами на виробничі й обслуговуючі, натомість здійснено поділ на такі, що діють із метою або без мети отримання прибутку. У попередній редакції Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» (втратив чинність від 15.11.2020) зазначалося, що сільськогосподарський виробничий кооператив створювався з метою одержання прибутку, а обслуговуючий кооператив – для організації обслуговування, спрямованого на зменшення витрат та/або збільшення доходів членів цього кооперативу під час провадження ними сільськогосподарської діяльності та на захист їхніх економічних інтересів. Разом із тим чинна редакція Закону України «Про кооперацію» передбачає поділ *кооперативів на виробничі, обслуговуючі та споживчі*, серед яких тільки виробничі кооперативи створюються з метою отримання прибутку. Окрім того, жодних змін у зазначеному Законі про новий вид кооперації – сільськогосподарський кооператив – немає.

Таким чином, новели законодавства, що регулює кооперативну діяльність, потребують додаткового аналізу в контексті окреслення спільних та відмінних ознак виробничих, сільськогосподарських, обслуговуючих та споживчих кооперативів, оскільки розширення переліку підприємницьких товариств у ЦК України зумовило питання про невключення в їх число споживчих товариств, члени яких теж мають право одержувати частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їх пайового внеску.

У Законі України «Про кооперацію» (ст. 1) міститься визначення кооперативу, з якого можна виокремити загальні ознаки, притаманні всім типам та видам кооперативів: 1) члени кооперативу об'єднуються на основі членства; 2) кооператив створюється для ведення спільної господарської та іншої

діяльності; 3) метою створення кооперативу є задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативу на засадах самоврядування.

На відміну від інших видів кооперативів у виробничому кооперативі члени зобов'язані брати особисту трудову участь у діяльності кооперативу, а також чітко визначено мету кооперативу – отримання прибутку. Наявність останньої ознаки зумовлює можливість віднесення виробничого кооперативу до підприємницьких товариств, які створюються з метою отримання прибутку для подальшого його розподілу між учасниками товариства.

Варто зазначити, що схожі характеристики містяться у Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію», оскільки серед принципів сільськогосподарської кооперації виділено принцип обов'язковості участі члена сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського кооперативного об'єднання у його господарській та іншій діяльності, що передбачає розподіл доходів сільськогосподарського кооперативу, що діє з метою одержання прибутку, серед його членів пропорційно до їхньої участі у господарській діяльності, а також спрямування (ч. 4 ст. 4). Указані положення містяться й у ст. 12 цього ж Закону, де закріплено основні права та обов'язки члена сільськогосподарського кооперативу, у тому числі право на участь в управлінні кооперативом та право на одержання патронажних дивідендів.

Якщо звернутися до аналізу Закону України «Про споживчу кооперацію», то в останньому зазначено, що первинною ланкою споживчої кооперації є споживче товариство, яке створюється на основі добровільності членства і взаємодопомоги за місцем проживання або роботи для спільного господарювання з метою поліпшення свого економічного і соціального стану (ч. 1 ст. 5). Окрім того, у ч. 4 ст. 6 цього ж Закону вказано, що до прав члена споживчого товариства належить і право на частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їхнього пайового внеску. Отже, де-юре споживче товариство створюється без мети отримання прибутку, але для задоволення економічного і соціального стану своїх членів, хоча де-факто створення споживчого товариства зумовлює можливість отримання прибутку від господарської та інших видів діяльності для подальшого розподілу між членами товариства. Така особливість регулювання правового статусу споживчих товариств не дає змоги відносити їх і до непідприємницьких товариств, адже останні хоча й мають право здійснювати підприємницьку діяльність, що спрямована на отримання прибутку, але не мають права розподіляти прибуток між учасниками такого товариства.

Проте за загальною характеристикою правового статусу діє правило, що обслуговуючі та споживчі кооперативи відносяться до непідприємницьких товариств, оскільки останні створюються без мети отримання прибутку. Проте така позиція є хиткою, адже, незважаючи на те що обслуговуючі та споживчі кооперативи хоча й створюються без мети отримання прибутку, тим не менше здійснюють підприємницьку діяльність для задоволення потреб їхніх членів. Окрім того, згідно із Законом України «Про споживчу кооперацію», члени споживчого товариства мають право одержувати частку прибутку відповідно до їхнього пайового внеску, що є притаманним підприємницьким товариствам.

Варто звернути увагу й на судову практику, що стосується обслуговуючих кооперативів, які хоча й відносяться до неприбуткових організацій, разом із тим судова влада в таких кооперативах визнає наявність корпоративних прав, що явно зумовлює дисбаланс у розумінні сутності таких понять, як «підприємницькі та непідприємницькі товариства», а також «корпоративні права», «право участі», «право членства».

Прогресивними у напрямі вищезазначених позицій є висновки, що містяться у Постанові Великої Палати ВСУ від 24 квітня 2019 р. у справі № 509/577/18. У ході вирішення справи по суті судом установлено, що обслуговуючі кооперативи є корпоративними підприємствами, члени яких мають корпоративні права та між якими виникають корпоративні відносини. Аргументація таких висновків підкріплюється ч. ч. 3, 5 ст. 63 ГК України, згідно з якими за способом утворення (заснування) та формування статутного капіталу кооперативні підприємства відносяться до корпоративних, а за формою власності – до підприємств колективної власності. Окрім того, зазначено, що особливості створення кооперативів та ведення господарської діяльності обслуговуючими кооперативами визначається Законом України «Про кооперацію». За змістом положень ст. ст. 2, 6, 9 цього Закону кооператив є юридичною особою, державна реєстрація якого проводиться в порядку, передбаченому законом. Відповідно до завдань та характеру діяльності кооперативи поділяються на такі типи: виробничі, обслуговуючі та споживчі. За напрямами діяльності кооперативи можуть бути сільськогосподарськими,

житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо.

Обслуговуючий кооператив надає послуги своїм членам, не маючи на меті одержання прибутку (ст. ст. 2, 23 Закону України «Про кооперацію»). Разом із тим, указуючи на ст. 167 ГК України, за змістом наведених норм корпоративні права характеризуються тим, що особа, яка є учасником (засновником, акціонером, членом) юридичної особи, має право на участь в управлінні господарською організацією та інші правомочності, передбачені законом і статутними документами. Згідно з положеннями ст. 12 Закону України «Про кооперацію», основними правами члена кооперативу є, зокрема, участь у господарській діяльності кооперативу, а також в управлінні кооперативом, право голосу на його загальних зборах, право обирати і бути обраним в органи управління тощо. Відповідно, члени обслуговуючого кооперативу незалежно від напряму його діяльності є носіями корпоративних прав, а відносини між його членами та кооперативом, які пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, є корпоративними [8].

Указані положення дублюються й у постановах Касаційного господарського суду (для прикладу, Постанова КГС ВСУ від 10 лютого 2021 р.). Верховний Суд виходить із того, що, відповідно до ст. 167 ГК України, правомочність учасника (акціонера, члена) на участь в управлінні господарською організацію, зокрема шляхом участі в загальних зборах, є однією зі складових частин корпоративних прав [9].

Із наведених аргументів формується міркування, що «право участі», «права на членство» та «корпоративні права» є тотожними поняттями, у зв'язку з чим кооперативи за організаційно-правовою формою відносяться до товариств за критерієм права участі як однієї з правомочностей корпоративних прав, а також уводяться додаткові критерії: спосіб утворення та порядок формування статутного капіталу. Водночас така позиція вказує на відсутність чітких критеріїв поділу кооперативів на підприємницькі та непідприємницькі, що не співпадають із критеріями поділу товариств на відповідні види. Окрім того, у Законі України «Про кооперацію» визначено такі типи кооперативів: виробничі, обслуговуючі та споживчі, які за напрямами діяльності можуть бути сільськогосподарськими, житлово-будівельними, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми тощо. Тому з урахуванням змін у законодавстві варто змінити й підходи до формування типів кооперативів та критеріїв їх поділу, а саме визначити можливість створення виробничих, сільськогосподарських та споживчих кооперативів, причому на рівні спеціальних законів передбачити, що не тільки сільськогосподарські кооперативи, а й споживчі кооперативи можуть створюватися з метою отримання прибутку та без мети отримання прибутку. Також доцільно було б окреслити подальшу долю обслуговуючих кооперативів з урахуванням можливості їх створення за відповідними напрямами діяльності або ж передати їх функції споживчим товариствам, що створюються без мети отримання прибутку.

Висновки

Таким чином, доходимо висновку, що запропонований у Концепції оновлення Цивільного кодексу України підхід про закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права відповідає сучасним викликам розвитку ринкового середовища на вітчизняному та міжнародному рівнях та приведення у відповідність до права ЄС. Критерій права участі є тим кваліфікуючим критерієм, що розмежовує юридичні особи приватного права на товариства й установи. Разом із тим на відміну від установ на рівні ЦК України товариства отримали подальший поділ на підприємницькі та непідприємницькі товариства, у зв'язку з чим кваліфікуючими критеріями відмежування підприємницьких товариств від інших юридичних осіб приватного права (непідприємницьких товариств та установ) мають бути мета створення і діяльності товариства – отримання прибутку та право на розподіл прибутків між учасниками товариства, наявність у засновника товариства інтересу бути його учасником та набуття ним корпоративних прав, визначених законодавством та установчими документами товариства. Щодо кооперативів як одного з видів товариств доцільно запровадити можливість створення кооперативів із метою отримання прибутку та без мети отримання прибутку і внести корективи у формування їх типів шляхом поділу на виробничі, сільськогосподарські та споживчі кооперативи.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 № 1629-IV. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2004. № 29. Ст. 367. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text.

2. Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : АртЕк, 2020. 128 с.

3. Наукові доповіді за результатами проведення XIX науково-практичної конференції «Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України», присвяченій 99-й річниці зі дня народження доктора юридичних наук, професора В.П. Маслова, організованій кафедрою цивільного права № 1 та № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого разом із відділенням цивільно-правових дисциплін НАПрНУ та Харківським обласним осередком Всеукраїнської громадської організації, м. Харків, 12 березня 2021 р.

4. Спасибо-Фатєєва І. Юридичні особи за Цивільним кодексом України. *Право України*. 2014. № 2. С. 70–79.

5. Зозуляк О.І. Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими організаціями зі статусом юридичної особи. *Право і суспільство*. 2015. С. 76–89.

6. Зеліско А.В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 571 с.

7. Васильєва В.А. Проблеми розвитку корпоративного права. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 135–145.

8. Постанова ВП ВСУ від 24 квітня 2019 р. Справа № 509/577/18. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81691869.

9. Постанова КГС ВСУ від 10 лютого 2021 р. Справа № 923/226/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94802500.

Liliana Sishchuk. Entrepreneurial legal entities in the conditions of recodification of the civil legislation of Ukraine

In the context of reforming civil legislation in accordance with the requirements of the modern economic and digital environment, attention is paid to the institution of a legal entity, which plays an important role in civil turnover as an independent subject of civil law. The Concept of updating the Civil Code of Ukraine first of all outlines the issue of organizational and legal form of a legal entity, namely the expediency of changing the approach to the closed list of organizational and legal forms of legal entities of private law. In the course of scientific discussions on this topic it was proved that the prospect of introducing the division of legal entities of private law into companies and institutions meets the requirements of European law and modern business standards, which will lead to more transparent and unified rules for building a legal entity and make this institution more flexible.

Based on the analysis of the Civil Code of Ukraine in terms of the division of legal entities of private law in society and institutions and companies – in the business and non-business with further divided into subtypes indicated that quality construction of the system of legal entities of private law can take place through separation qualifying criteria for their division. The main difference between companies and institutions is to determine the criterion of the right to participate, which determines or does not determine the possibility of acquiring the status of a participant (member) of a legal entity of private law. At the same time, the qualifying criteria for distinguishing business companies from other legal entities (non-business companies and institutions) should be the purpose of the establishment and operation of the company – the goal of making a profit for its distribution among the members of the company. In addition, the founder of the company must have an interest in being a member and the acquisition of corporate rights defined by law and the constituent document of the company. Taking into account the changes in the civil legislation, it is expedient to determine the possibility of classifying as business associations production, agricultural and consumer cooperatives, which can be created for the purpose of making a profit, which should have all the above characteristics of companies.

Key words: organizational and legal form, institution, business association, non-entrepreneurial partnership, right of participation, corporate rights.

УДК 347.65/68
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.12

Юлія Сусь,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова

ДО ПИТАННЯ ПРО СПАДКУВАННЯ МАЙНА ПОДРУЖЖЯ ЗА НАЯВНОСТІ ШЛЮБНОГО ДОГОВОРУ

Статтю присвячено з'ясуванню можливості спадкування майна подружжям за умови наявності шлюбного договору, де сторонами є подружжя.

У результаті аналізу доктринальних визначень понять «шлюбний договір» та «заповіт подружжя» встановлено, що ці правові інститути регламентують відносини, суб'єктами в яких виступає подружжя, але різниця між такими інститутами очевидна.

Обґрунтовано положення про необхідність запровадження в Україні єдиної бази – Реєстру шлюбних договорів, оскільки сьогодні такі договори обліковуються виключно в реєстрових книгах нотаріусів. Такий реєстр пропонується інтегрувати в Державний реєстр речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, що дасть змогу перевіряти наявність чи відсутність в особи, яка звертається за вчиненням нотаріальної дії щодо майна, шлюбного договору, а також можливу зміну правового режиму майна, що, на перший погляд, перебуває у спільній сумісній власності подружжя.

У статті звернено увагу на те, що на законодавчому рівні необхідно внести зміни у порядок учинення нотаріальних дій нотаріусами України: покласти на нотаріусів обов'язок після нотаріального посвідчення шлюбного договору вносити відомості щодо його посвідчення, інформацію про сторін такого договору, а також додавати скан-копію договору в Реєстр шлюбних договорів, який є невід'ємною частиною Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. А також ще одним положенням для вдосконалення чинного процесуального законодавства є покладення на нотаріусів обов'язку перед посвідченням заповіту подружжя перевіряти наявність або відсутність шлюбного договору і, якщо такий є, його зміст.

Наголошено, що невирішеними та дискусійними залишаються питання, пов'язані з формою заповіту подружжя (виготовляти два чи три примірники такого заповіту), кількістю нотаріальних дій під час посвідчення заповіту подружжя (одна чи дві нотаріальні дії), щодо того, як бути з майном, щодо якого складено заповіт подружжя, після смерті одного з подружжя, у разі виникнення необхідності таким майном розпорядитися.

Ключові слова: шлюб, подружжя, шлюбний договір, заповіт подружжя, спадкування, майно.

Постановка проблеми. Із прийняттям Цивільного кодексу України [1] було введено в дію значну кількість нових цивільно-правових інститутів, які врегулювали низку суспільних відносин. Однак, як трапляється в реальному житті, під час урегулювання певних суспільних відносин у теоретичних та практичних площинах наявне неоднозначне трактування одних і тих самих положень норм права, що тягне за собою різне тлумачення, правозастосування тощо.

Майнові відносини подружжя виступають основою існування сім'ї, виконання нею свого призначення і комплексу функцій як осередку суспільства. Але при цьому необхідно мати на увазі, що відносини подружжя, що виникають із приводу спільного майна подружжя, є саме тією сферою сімейних відносин, яка частіше за інших регулюється не лише сімейним, а й цивільним законодавством, у силу включення відносин власності в предмет цивільно-правового регулювання. Постійне вдосконалення даної сукупності суспільних відносин за участю членів сім'ї має бути спрямоване на стимулювання стабільності в сімейних відносинах, виключення ризиків порушення прав і законних інтересів учасників суспільних відносин, нейтралізацію поведінки учасників даних відносин, спрямованої на руйнування сім'ї.

Багаторічний досвід застосування законодавства про шлюб та сім'ю підтвердив життєздатність низки його норм і водночас виявив значну кількість невирішених проблем та протиріч, котрі ще більше загостри-

© Ю. Сусь, 2021

лися на тлі змін у соціально-економічній сфері. Однак нормативне регулювання не може повною мірою охопити весь спектр сімейних правовідносин з урахуванням індивідуальних інтересів подружжя, а тому на допомогу приходить шлюбний договір як один із правових засобів регулювання відносин між подружжям [2].

Надання законодавцем можливості укладати шлюбні договори, які визначають правовий режим майна подружжя, свідчить про зростання приватноправових засад у сфері сімейних відносин, які завжди характеризувалися перевагою немайнових елементів над майновими та принципом мінімального втручання держави в сімейні відносини, а також добровільним та рівноправним характером шлюбно-сімейних зв'язків.

Здійснення дослідження вищевказаних проблем вимагає проведення детального аналізу зв'язків, що існують між теоретичними положеннями цивільного, сімейного права, розвитком вітчизняного сімейного законодавства та практикою його застосування щодо шлюбного договору в питаннях спадкування майна подружжям.

Теоретичною основою даного дослідження стали роботи вітчизняних і закордонних цивілістів, фахівців у галузі сімейного права М.М. Агаркова, Ч.Н. Азімова, М.В. Антокольської, Н.П. Асланян, В.А. Белова, І.А. Безклубого, Д.Б. Боброва, Т.В. Боднар, В.І. Борисової, С.М. Братуся, Я.Р. Веберса, А.В. Венедиктова, О.В. Дзери, А.С. Довгерта, І.В. Жилінкової, О.С. Іоффе, О.М. Калітенко, В.І. Киселя, В.М. Коссака, О.В. Кохановської, О.О. Красавчикова, О.Д. Крупчана, Н.С. Кузнєцової, І.М. Кучеренко, В.В. Луця, Р.А. Майданика, В.П. Маслова, Г.К. Матвеева, О.О. Мережка, А.М. Нечаєвої, О.А. Підопригори, О.О. Підопригори, Б.Й. Луганського, Л.М. Пчелінцевої, З.В. Ромовської, В.А. Рясенцева, М.М. Сібільова, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.А. Тархова, Ю.К. Толстого, К.А. Флейшиць, Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Ю.С. Червоного, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишки та ін.

В Україні окремі аспекти договірного регулювання відносин між подружжям висвітлюються в дисертаційних та монографічних працях вітчизняних учених (зокрема, О.А. Явор, І.В. Жилінкової, О.О. Ульяненко, О.М. Калітенко, Т.О. Ариванюк тощо), присвячених дослідженню вітчизняного сімейно-правового інституту шлюбного договору. Отже, можна констатувати, що спеціальне дослідження питання про спадкування майна подружжя за наявності шлюбного договору за законодавством України не проводилося, що також зумовлює актуальність теми статті.

Метою статті є виявлення, постановка та розв'язання теоретичних проблем, пов'язаних із застосуванням правової конструкції шлюбного договору в сімейних відносинах щодо спадкування майна подружжя, що має позитивно вплинути на їх правову регламентацію та надати можливість більш ефективного та повного їх використання, а також запропонувати шляхи їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Майнові правовідносини між подружжям – це система суспільних відносин, що виникають між подружжям на основі шлюбу як із приводу їхньої спільної власності, так і взаємного матеріального змісту.

Чинне сімейне законодавство закріплює два можливих правових режими майна подружжя: законний і договірний.

Як бачимо, правомочності щодо володіння, користування, розпорядження спільним майном подружжя може здійснювати як на підставі закону, так і на підставі сформованого в результаті їхньої спільної волі шлюбного договору, що є відносно новим поняттями для українського соціуму.

Скоро українські правники святкуватимуть двадцяту річницю Цивільного кодексу України (далі – ЦК), але за час застосування норм кодексу у практичному полі була допущена низка помилок, на які законодавцю під час вдосконалення законодавства не можна закривати очі. Потреба уточнення правового регулювання шлюбних відносин, деталізація майнових прав та обов'язків подружжя під час здійснення шлюбу актуалізує дане дослідження і може оптимізувати правозастосовну практику, що існує.

Інститут шлюбного договору є повноцінною частиною сучасного вітчизняного законодавства. При цьому виходячи з аналізу судової та нотаріальної практики шлюбний договір залишається не дуже популярною нотаріальною дією серед наших громадян.

Українське законодавство містить доволі широкий перелік можливостей для розподілу спільного майна подружжя на випадок смерті та за життя обох з подружжя. У даній статті ми приділимо увагу таким з них, як шлюбний договір та заповіт подружжя.

Шлюбним договором регулюються майнові права та обов'язки подружжя, а також можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків. Сторони у шлюбному договорі можуть визначати правовий режим майна, яке дружина та/або чоловік передають для використання на спільні потреби сім'ї; правовий режим майна, подарованого подружжю у зв'язку

з реєстрацією шлюбу; порядок користування житлом. Сторони можуть домовитися про зміну правового режиму майна, набутого в шлюбі, та визначити його як особисте майно одного з подружжя або, навпаки, на особисте майно поширити режим спільного майна подружжя. Шлюбним договором може регулюватися порядок користування одним із подружжя житловим приміщенням, яке належить іншому з подружжя, а також проживання у житловому приміщенні, яке є їхньою спільною власністю.

Попри такий широкий предмет за шлюбним договором не може передаватися у власність одному з подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Таким чином, шлюбний договір лише визначає частки подружжя у спільному майні у разі його поділу, але не може вважатися правовстановлювальним документом на майно і перехід права власності до іншого з подружжя не є можливим на підставі цього договору.

Альтернативним варіантом може бути складання заповіту подружжя щодо спільного майна. У разі складання спільного заповіту частка у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив. У разі смерті останнього право на спадкування мають особи, визначені подружжям у заповіті.

На цьому переваги заповіту подружжя завершуються, оскільки після смерті одного з подружжя другий вже не матиме права скасувати зроблений спільно заповіт, а змінити його сторони можуть лише за спільною згодою. Заповіт подружжя припиняється разом із розлученням. Тому, якщо сторони хочуть зберегти самостійність у процесі розпорядження майном, але визначити його долю завчасно, варто за життя укласти договір про поділ майна подружжя, а потім уже заповідати свою частку за індивідуальним заповітом [3].

Питанню правової природи шлюбного договору присвячено главу 10 Сімейного кодексу України (далі – СК), що містить 11 статей. Глава 10 СК [4] врегульовує питання шлюбного договору, однак саме поняття шлюбного договору в Кодексі не відображено.

Погоджуємося і підтримуємо думку тих науковців, які стверджують, що шлюбний договір потрібно розглядати як цивільно-правовий правочин, якому притаманні як загальні для будь-якого правочину, так і специфічні ознаки.

Цей договір відрізняється особливим суб'єктним складом, змістом і предметом, має свою унікальну правову природу. Так, за допомогою шлюбного договору формується договірний режим майна подружжя. Дані договірні відносини виникають на підставі зареєстрованого в установленому порядку шлюбу, і, відповідно, дія шлюбного договору припиняється у зв'язку з припиненням шлюбу. Під час визнання шлюбу недійсним виникатиме недійсність шлюбного договору. Таким чином, шлюбний договір спрямований на диспозитивне регулювання шлюбно-сімейних відносин і сприяє зміцненню сім'ї. Оскільки дане регулювання має диспозитивний характер, сторони мають право самостійно, виходячи зі своєї волі, визначати елементи договору, які не повинні виходити за рамки майнових відносин і порушувати імперативні приписи чинного законодавства. Зобов'язання подружжя визнаються загальними тоді, коли вони виникають з ініціативи подружжя або за ініціативою будь-якого з подружжя, якщо отримане за зобов'язанням вживається на загальні потреби родини.

Відповідно до ст. 93 СК [4], зміст шлюбного договору такий:

– шлюбним договором регулюються майнові відносини між подружжям, визначаються їхні майнові права та обов'язки;

– шлюбним договором можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків;

– шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми;

– шлюбний договір не може зменшувати обсяг прав дитини, які встановлені цим Кодексом, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище;

– за шлюбним договором не може передаватися у власність одному з подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації.

Отже, законодавець чітко визначив, що шлюбний договір регулює майнові відносини подружжя, визначаючи зміст їхніх взаємних прав та обов'язків відносно майна, яке може набути подружжя під час шлюбу.

Як влучно зазначає І.С. Тімуш, двосторонній характер шлюбного договору зумовлює взаємне виникнення в кожної зі сторін відповідних прав та обов'язків. З укладанням такого договору подружжя обопільно бере на себе обов'язок виконання умов договору і набуває права вимагати один від одного виконання цих умов [5, с. 28]. Отже, шлюбний договір є двосторонньою угодою сторін відносно врегулювання майнових відносин подружжя під час шлюбу. При цьому обов'язковою формою шлюбного договору

є те, що він повинен бути укладений у письмовій формі та нотаріально посвідчений.

Порядок учинення нотаріальних дій нотаріусами України (затверджений Наказом Міністерства юстиції України 22 лютого 2012 р. за № 296/5) визначає той факт, що кожна сторона матиме свій примірник договору, у разі зниження шлюбного віку до реєстрації шлюбу шлюбний договір укладається неповнолітніми за письмовою заявою їхніх батьків або піклувальника, справжність підпису яких засвідчується нотаріусом із дотриманням вимог цього Порядку [6].

Водночас попри обов'язкову нотаріальну форму в Україні відсутній реєстр шлюбних договорів як єдина база. Ці договори, на жаль, ніде не обліковуються, окрім реєстрових книг нотаріусів і голів осіб, які їх укладають. Саме тому й має місце проблема, якій присвячене дане дослідження.

Заповіт подружжя також є відносно новим цивільно-правовим інститутом.

Спільний заповіт подружжя є особливим видом заповіту, покликаним захищати майнові інтереси того з подружжя, який пережив іншого, відповідно до умов якого спадкування відбувається лише після смерті обох членів подружжя, після смерті ж одного з подружжя до іншого переходить лише право володіння та користування майном, оскільки розпорядження таким унеможливлене внесенням нотаріусом, який після смерті одного з подружжя накладає заборону відчуження майна, зазначеного у заповіті, про що вносить відомості до реєстру заборон.

Як слушно зазначає З.В. Ромовська, юридичний сенс заповіту подружжя полягає «в одержанні спадщини, головним чином, майна, яке було спільною сумісною власністю, тією особою, яка була вибрана за домовленістю подружжя», водночас «той із подружжя, який пережив, продовжує жити у звичному для нього майновому середовищі» [7, с. 105].

Саме тому об'єктом спільного заповіту є майно, яке належить подружжю на праві спільної сумісної власності, адже своїм особистим майном вони мають право розпоряджатися, не погоджуючи це питання одне з одним.

У вітчизняній цивілістичній науці тривалий час дискутується питання щодо можливості включення до спільного заповіту подружжя окремих положень про спадкування майна, належного кожному з подружжя на праві особистої приватної власності. Підтримують цю позицію С.Я. Фурса [8, с. 80] та Є.О. Харитонов [9, с. 701]. Так, на думку С.Я. Фурси, закон не забороняє складення такого змішаного заповіту [8, с. 81]. Протилежну позицію щодо можливості включення до заповіту подружжя виключно їхнього спільного майна підтримують Ю.О. Заіка [10, с. 126] та І.В. Жилінкова [11, с. 14].

На нашу думку, ключовим у даному питанні є факт накладення заборони відчуження майна, визначеного у заповіті подружжя, після смерті одного з них. Якщо припустити можливість включення до заповіту майна, що належить на праві особистої власності кожному з подружжя, то заборона відчуження – прямо порушуватиме право власності, що гарантовано Основним Законом. Окрім того, зазначену позицію посилює однозначне трактування ч. 1 ст. 1243 ЦК, відповідно до якої подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності [1]. Разом із тим вищезазначена законодавча норма однозначно та беззаперечно визначила об'єкт заповіту подружжя – спільне майно чоловіка та дружини, а тому, на нашу думку, неможливим є включення до такого заповіту особистого майна будь-кого з подружжя.

Якщо особа бажає заповісти майно, яке належить їй на праві особистої приватної власності чи спільної часткової власності, то вона може заповіти його шляхом складення «класичного» особистого заповіту, а не складати заповіт подружжя.

І саме таке бачення домінує в правозастосовній практиці.

Також слід звернути увагу, що заповіт подружжя не може містити положення про призначення одного з подружжя спадкоємцем, оскільки це суперечить змісту даного інституту.

Спільний заповіт подружжя – це односторонній правочин, в якому результат волевиявлення сторони представлений двома особами: чоловіком та дружиною, які склали заповіт із метою передачі майна, що перебуває у спільній сумісній власності подружжя, спадкоємцю після їх смерті. Після смерті ж одного з подружжя спадкові правовідносини ще не виникають, а лише відбувається зміна правового режиму майна, що визначене в заповіті Тому заповіт подружжя не може бути підставою для виникнення права на спадкування в одного із подружжя, цей односторонній правочин є підставою для виникнення спадкових прав лише в осіб, що ним визначені, після смерті чоловіка та дружини.

Тобто хоча і заповіт подружжя, і шлюбний договір регламентують відносини, суб'єктами яких виступає подружжя, різниця між ними очевидна. І, на перший погляд, ці інститути не повинні перешкоджати один одному.

Утім, як указано вище, в Україні відсутній реєстр шлюбних договорів. Це призводить

до того, що нотаріуси не мають можливості перевіряти їх зміст, тому непоодинокими є випадки, коли майно, яке відповідно до умов такого договору віднесено до особистого майна одного з подружжя, помилково стає об'єктом спільного заповіту подружжя.

Показовим в такому разі є такий випадок практики: у 2010 р. подружжя склало шлюбний договір, за умовами якого майно (рухоме та нерухоме), що буде набуте у власність чоловіка чи дружини, буде особистим майном того з подружжя, на чиє ім'я воно буде придбане або набуте (буде титульним власником майна). Тобто режим спільної сумісної власності подружжя не діятиме у даних стосунках. У 2011 р. подружжям було придбано квартиру та оформлено на дружину, яка відповідно до умов шлюбного договору набула цю нерухомість в особисту приватну власність.

Пройшов час, і в 2018 р. подружжя, складаючи заповіт подружжя, забули про укладений ними раніше шлюбний договір, заповіли цю квартиру як об'єкт спільної сумісної власності подружжя, спадкоємцю. Після смерті чоловіка дружина захотіла відчужити квартиру, але остання як об'єкт заповіту подружжя стала обтяжена забороною на відчуження.

На нашу думку, вихід з указаної ситуації – це звернення до суду із позовною вимогою щодо визнання заповіту подружжя нікчемним у частині, що стосується майна, яке відповідно до шлюбного договору є особистим майном одного з подружжя. Оскільки заповіт є правочином і на нього поширюються правила про правочини [12, п. 17, 18], заповіт може бути визнаний недійсним із підстав, установлених ст. 1257 ЦК [1].

Проте такий спосіб захисту потребуватиме часу та значних фінансових ресурсів із боку зацікавлених осіб.

На додаток, оскільки в даному разі йдеться не тільки про визнання правочину недійсним (має місце немайнова вимога), а й про застосування наслідків недійсного (нікчемного) правочину і зняття заборони відчуження з майна (це є вимога майнового характеру), то розмір судового збору тут становитиме значну суму, яка буде обраховуватися у відсотках від вартості такого майна. Не варто забувати і про вартість правової допомоги у такій справі, якщо зацікавлена особа не має права на безоплатну правову допомогу.

Ці чинники суттєво знижують привабливість судового способу вирішення вищевказаної проблеми.

На нашу думку, законодавство повинно бути вдосконалено та сформульовано так, щоб унеможливлювати подібні ситуації, зокрема необхідно розробити та інтегрувати вже в наявний та активно використовуваний нотаріусами у щоденній роботі Державний реєстр речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень Реєстр шлюбних договорів. Також у Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України слід чітко виписати, що шлюбні договори підлягають державній реєстрації та перед посвідченням заповіту подружжя нотаріус зобов'язаний перевіряти наявність або відсутність шлюбного договору і, якщо такий є, його зміст.

Висновки

Підсумовуючи, слід констатувати, що вищевказані та інші питання, зокрема щодо форми заповіту подружжя (чи заповіт має бути у двох чи трьох примірниках); щодо кількості нотаріальних дій (одна або дві); щодо того, як бути з майном, щодо якого складено заповіт подружжя, після смерті одного з подружжя, у разі виникнення необхідності таким майном розпорядитися, залишаються невирішеними впродовж усіх років існування в Україні даного правового інституту.

Тому існує об'єктивна необхідність у глибокому теоретичному дослідженні проблематики укладення та втілення в життя волі заповідачів за заповітом подружжя, а також підвищення якості відповідних нотаріальних послуг із метою забезпечення ефективного здійснення та захисту спадкових прав подружжя.

На нашу думку, очевидною передумовою закріплення на законодавчому рівні інституту шлюбного договору є спроба запобігти майновим суперечкам після розірвання шлюбу, а також максимальне скорочення часових і матеріальних засобів під час вирішення подібного конфлікту. Такий спосіб урегулювання відносин знайшов своє відображення у договорі у зв'язку не тільки з розвитком договірних відносин, а й із тим, що договір є оптимальною правовою конструкцією для закріплення взаємних зобов'язань між подружжям, і дає змогу визначити умови, які істотно порушують права однієї зі сторін для подальшого використання механізму визнання такого договору недійсним.

За своєю правовою природою шлюбний договір є міжгалузевим цивільно-сімейним правочином, спрямованим на зміну правового режиму майна подружжя порівняно з режимом, установленим законом. При цьому вважаємо, що цивільно-правовий характер шлюбного договору має перевагу над сімейно-правовим, оскільки шлюбний договір спрямований на реалізацію таких

основоположних принципів цивільного права, як рівність сторін, автономія волі, майнова самостійність, а також у тому, що шлюбний договір повинен відповідати загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину, та його зміна, припинення чи визнання недійсним здійснюється на підставах, передбачених ЦК України.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. 18 грудня. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text.

2. Олійник О.С. Шлюбний договір: порівняльно-правовий аналіз законодавства різних правових систем : дис. ... канд. наук : 12.00.03. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgibin/irbis_low/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2009/09oosrps.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1.

3. Мороз І., Кучмієнко О. Особливості спадкування майна подружжя. URL: http://notarius-svyatoshino.com.ua/publications/246-osoblyvosti-spadkuvannia-maina-podruzhzhia.html.

4. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text.

5. Тімуш І.С. Правова природа шлюбного договору. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 25–31. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2013_3_4.

6. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 № 296/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text.

7. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право: Академічний курс : підручник. Київ : Правова єдність, 2009. 250 с.

8. Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика : збірник нормативних актів. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 336 с.

9. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю. Голубєвої. Київ : Правова єдність, 2008. 740 с.

10. Заіка Ю.О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток : монографія ; 2-е вид. Київ : КНТ, 2007. 288 с.

11. Жилінкова І.В. Актуальні питання спадкового права України : матеріали до семінару. Харків : Ксилон, 2009. 340 с.

12. Про судову практику у справах про спадкування : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30 травня 2008 р. № 7. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08#Text.

Yuliia Sus. On the issue of inheritance of property of the spouses in the presence of a marriage contract

The article is devoted to clarifying the possibility of inheritance of property by spouses in the presence of a marriage contract, where the parties are spouses.

An analysis of the doctrinal definitions of «marriage contract» and «spouse's will» shows that these legal institutions regulate the relationship in which the subjects are spouses, but the difference between such institutions is obvious.

The provision on the need to introduce a single database in Ukraine – the register of marriage contracts, is substantiated, as today such contracts are recorded exclusively in the register books of notaries. It is proposed to integrate such a register into the State Register of Real Property Rights and Encumbrances, which will allow checking the presence or absence of a person applying for a notarial act on property, marriage contract, as well as a possible change in the legal regime of property, view, is jointly owned by the spouses.

The article draws attention to the fact that at the legislative level it is necessary to make changes in the procedure for performing notarial acts by notaries of Ukraine: to oblige notaries to enter information on his certificate, information about the parties to such a contract, and add scans. A copy of the contract in the register of Marriage Contracts, which is an integral part of the State Register of Real Rights to Immovable Property and their Encumbrances. Also, another provision for the improvement of the current procedural legislation is the imposition on notaries of the obligation to check the presence or absence of a marriage contract and, if any, its content before certifying the will of the spouses.

It is emphasized that unresolved and debatable issues related to the form of the will (to make two or three copies of such a will), the number of notarial acts when certifying the will (one or two notarial acts), how to be with the property, in respect of which the will of the spouses is made, after the death of one of the spouses, in case of necessity to dispose of such property.

Key words: marriage, married couple, marriage contract, will of the spouses, inheritance, property.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.13

Володимир Шемонаєв,
канд. юрид. наук, доцент,
капітан далекого плавання,
Національний університет «Одеська морська академія»

ЗАГАЛЬНА АВАРІЯ ЯК СИСТЕМА ПРАВОВИХ СТАНДАРТІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ БЕЗПЕКИ МІЖНАРОДНОГО МОРЕПЛАВСТВА

Прагнучі запобігти аварії або зменшити їх кількість, держави активно співпрацюють, зокрема, під час вироблення технічних стандартів для суден (наприклад, СОЛАС), вироблення правил щодо попередження зіткнення суден (МППСС-72), рятування людських життів і майна на морі (Міжнародна конвенція про рятування 1989 р.), вироблення міжнародних стандартів і правил проведення надзвичайних дій щодо захисту людей, майна і навколишнього середовища від радіоактивного, нафтового та іншого забруднення, впливу стихійних сил. У зв'язку із цим прийнято цілу низку «ядерних» і «нафтових» конвенцій. Аналіз причин аварій показує, що приблизно 80% аварій відбувається через людський фактор (помилки судноводіїв, інших членів екіпажу, лоцманів, операторів, диспетчерів та інших осіб). Вирішенню проблем боротьби з аварійністю допомагає прийнятий 4 листопада 1993 р. в ІМО Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден та запобігання забрудненню (МКУБ). Реалізація положень МКУБ вимагає особливої уваги до проблеми оцінки ризику мореплавання. Формальна оцінка безпеки (ФОБ) має три стадії, остання з яких має на увазі встановлення конкретних помилок експлуатації судна і відповідних їм стандартів дій щодо усунення таких помилок, тобто щодо запобігання аваріям або зменшення її наслідків. Під час розроблення переліку надзвичайних заходів, які слід здійснювати на третій стадії ризику, МАК та ІМО пропонували використовувати традиційну класифікацію інцидентів на морі, яка застосовується під час розслідування аварійних подій. Дана класифікація навряд чи прийнятна, оскільки вона враховує аварії, що вже відбулися, та їх негативні наслідки, тоді як МКУБ і ФОБ націлені на їх запобігання. У рамках міжнародно-правового інституту загальної аварії (Йорк-Антверпенських правил 1990 р.) розглядається класифікація, котра включає найбільш типові надзвичайні заходи, що протягом багатьох століть вже виявили свою придатність як класифікації надзвичайних профілактичних заходів, спрямованих на попередження та ліквідацію небезпеки для людей, майна та навколишнього середовища. Якщо традиційна класифікація аварійних подій на морі будується за принципом видового їх підрозділу (пожежі, вибухи, посадки на мілину та ін.) та має на меті виявлення причин аварій, розміру заподіяної шкоди та винних осіб, то класифікація подій у рамках Йорк-Антверпенських правил має іншу мету: виявлення характеру розумних, свідомих та надзвичайних заходів щодо усунення загальної небезпеки для людей, майна та навколишнього середовища, і в цьому сенсі класифікація надзвичайних захисних заходів під час загальної аварії значною мірою відповідає цілям, поставленим ІМО під час розроблення МКУБ і ФОБ.

Ключові слова: загальна аварія, збитки, витрати, судно, фрахт, торгове мореплавство.

Постановка проблеми. Використання Йорк-Антверпенських правил пояснюється самою їх природою. Коли говорять про аварію, то зазвичай мають на увазі «загальну аварію» як «загальний збиток», а також порядок розподілу цього збитку між учасниками морського підприємства. Тому найбільш важливим для нас є питання показати, що загальна аварія та регулюючі її правила складаються з двох тісно взаємопов'язаних правових засад: по-перше, з розумних, свідомих і надзвичайних дій, спрямованих на ліквідацію загальної небезпеки для судна, вантажу, фрахту, людей і довкілля; по-друге, з необхідних для здійснення зазначених дій розумних, свідомих і надзвичайних витрат та пожертвувань для рятування від загальної небезпеки, які допомагають виявити систему правових стандартів, якими слід керуватися під час забезпечення безпеки міжнародного мореплавства.

Науковий аналіз проблем, пов'язаних із загальною аварією і безпекою мореплавання в Україні, здійснювався багатьма вітчизняними вченими. Серед них слід назвати В.В. Демиденко, А.Н. Шемякіна, А.О. Балобанова та ін., які створили фундаментальну базу для подальшого дослідження питань, що розглядаються.

© В. Шемонаєв, 2021

Метою статті є розгляд сутності та значення міжнародно-правових норм і регульованих ними відносин, що виникають під час прийняття надзвичайних заходів щодо запобігання загальній небезпеці для людей, майна та навколишнього середовища і забезпечення тим самим безпеки міжнародного мореплавства, а також показ тенденцій і перспектив розвитку зазначених норм і міжнародних відносин, пропозиція оптимального правового механізму для їх ефективної взаємодії.

Виклад основного матеріалу. Правовий інститут загальної аварії є одним із найдавніших інститутів морського права. Аналіз еволюції цього інституту дає змогу стверджувати, що:

– стародавні морські звичаї, що стосувалися витрат і пожертвувань заради порятунку від небезпеки, являли собою стандарти морської практики, що склалися в процесі боротьби з морськими небезпеками;

– на їх основі сформувалися два міжнародно-правових інститути: загальної аварії та рятування на морі;

– стародавні стандарти боротьби з небезпекою увійшли складовою частиною в міжнародно-правовий інститут рятування (у вигляді методів і способів проведення операцій) та інститут загальної аварії (у вигляді його публічно-правової частини, тобто методів і способів здійснення навмисних, розумних і надзвичайних дій заради порятунку від загальної небезпеки) [1, с. 14].

Навмисні надзвичайні дії з ліквідації загальної небезпеки для «морського підприємства», тобто для людей, майна та навколишнього середовища, повинні завершитися успіхом, який означає:

– що відвернена загибель людей;

– попереджена загибель майна;

– попереджена шкода навколишньому середовищу. Якщо зусилля з боротьби із загальною небезпекою залишилися безрезультатними, то в наявності окрема (незагальна) аварія і збитки буде нести той, хто їх зазнав.

В основі розумності надзвичайних дій завжди лежить точний розрахунок капітана та інших осіб, які здійснюють боротьбу із загальною небезпекою. «Розумність» має на увазі ефективність надзвичайних дій, обов'язкове передбачення наслідків «розумних» дій, здійснення операцій із використанням рятувальної техніки та методів, апробованих практикою. Мета «розумності» – забезпечення безпеки мореплавання конкретного «морського підприємства».

Надзвичайні дії – це дії, які в нормальних умовах судноплавства зазвичай не відбуваються. Їх причина – наявність небезпеки, мета їх скоєння – усунення небезпеки для «морського підприємства», забезпечення його безпеки.

Міжнародно-правові стандарти безпеки мореплавання, що містяться в СОЛАС-74, МППСС-72, МСС, Конвенції про вантажну марку, Правилах МАК, ІМО, Регістру та інших актах, передбачають не лише чіткі правила належної поведінки мореплавців в екстремальних ситуаціях, а й численні правила боротьби з конкретними видами небезпеки для людей і майна. Природно, що боротьба за живучість суден та за порятунок людей вимагає й екстраординарних заходів. Технологія їх проведення постійно вдосконалюється на міжнародному та на національному рівнях, входить обов'язковою складовою частиною в підготовку судноводіїв, механіків [2, с. 6].

Надзвичайність дій як ознака загальної аварії означає надзвичайність ситуації, надзвичайний характер захисних заходів, надзвичайність витрат на їх проведення. Надзвичайність дій характерна не тільки для загальної, а й для окремої (незагальної) аварії, це підкреслює, що основним елементом у понятті «надзвичайність дій» є публічно-правовий аспект, тобто спрямованість дій на забезпечення безпеки «морського підприємства», а не на розмежування майнових відносин його учасників на відносини по окремій (незагальній) аварії або по загальній аварії. Цей останній аспект є підлеглим, супутнім у вирішенні головного завдання – забезпеченні безпеки міжнародного мореплавства.

Ступінь інтенсивності «надзвичайних дій» залежить: від ступеню небезпеки; виду небезпеки; від «періоду безпечного часу», тобто періоду, протягом якого небезпека, що загрожує «морському підприємству», може повною мірою матеріалізуватися. Окрім того, після проведення аналізу впливу винності кого-небудь з учасників «морського підприємства» у виникненні «спільної небезпеки» можна сказати, що:

– винність у виникненні небезпеки не впливає на розподіл збитків по загальній аварії;

– для здійснення «надзвичайних дій» не мають значення причини виникнення потреби в них;

– міжнародно-правові стандарти «надзвичайних дій», закріплені в Йорк-Антверпенських правилах, застосовуються рівною мірою як під час загальної, так і під час приватної аварії, тобто є єдиними міжнародними стандартами забезпечення безпеки мореплавання.

Міжнародні стандарти мореплавання і забезпечення його безпеки надзвичайно

різноманітні, численні та стосуються питань конструювання і побудови морських суден, їх експлуатації, комплектування екіпажем, попередження аварій та забруднення навколишнього середовища, пошуку та рятування людей, майна та ін. Уніфіковані міжнародні стандарти з безпеки на морі, включені в міжнародні конвенції, типові умови, протоколи та інші документи, стають потім складовою частиною національного морського права, спрямованого, як і міжнародні стандарти, на забезпечення безпеки мореплавання, на збереження людських життів та навколишнього морського середовища [3, с. 7].

Окрім міжнародних стандартів, що створюються в рамках ІМО, МАК та інших міжнародних організацій, постійно ведеться робота з узагальнення та уніфікації морських звичаїв, у тому числі пов'язаних із безпекою міжнародного мореплавства. Особливу роль у цьому відіграє Міжнародний морський комітет (ММК). Одна з постійних турбот ММК (спільно з Асоціацією міжнародного права) – це оновлення й удосконалення стандартів, включених у Йорк-Антверпенські правила. Особливість міжнародних стандартів, включених у Йорк-Антверпенські правила, полягає у тому, що це правила виконання «надзвичайних дій», потреба в яких виникає в екстремальних ситуаціях, коли «морське підприємство» опиняється в небезпеці. У цьому сенсі можлива деяка аналогія між стандартами Йорк-Антверпенських правил і правилами МППСС-72. Одні й другі чітко сформульовані, спрямовані на запобігання або зменшення небезпеки, передбачають визначеність морської технології «надзвичайних дій». Що стосується відмінностей, то вони проявляються у тому, що норми МППСС-72 спрямовані на «запобігання» зіткненню суден, тоді як стандарти Йорк-Антверпенських правил розраховані на застосування в ситуаціях, коли потрібно вже не тільки попереджати загрозу, а й діяти, усуваючи її. У цьому сенсі можна сказати, що стандарти МППСС-72 ніби однорідні за своїм призначенням і метою – запобігти зіткненню. Стандарти Йорк-Антверпенських правил різнорідні і за метою, і за виконавцями, бо небезпека може бути ліквідована або зменшена не тільки екіпажем аварійного судна, а й сторонніми особами – рятувальниками.

«Надзвичайні дії», передбачені Йорк-Антверпенськими правилами, можна класифікувати, взявши за основу їх мету, на три основних групи: стандарти попередження виникнення загальної небезпеки; стандарти зменшення ступеня загальної небезпеки; стандарти ліквідації загальної небезпеки. Природно, що в конкретних ситуаціях зазначені цілі можуть ставитися як окремо, так і в поєднанні.

Капітан судна має досить широкі повноваження щодо своєчасного вжиття заходів запобігання виникненню небезпеки, зокрема під час погіршення погоди він може відвести судно в порт-притулок, має право викинути за борт вантаж, який за своїми характеристиками є небезпечним для судна, вантажу і людей, має право затопити водою трюм, в якому виникла пожежа, якщо таке затоплення є єдино можливим засобом запобігання поширенню небезпеки від пожежі на все судно з вантажем та людей [4, с. 6].

Згідно з Йорк-Антверпенськими правилами, подібні дії екіпажу є правомірними, бо здійснюються в «стані крайньої необхідності» заради порятунку «морського підприємства» від загальної небезпеки. Інакше кажучи, мета «надзвичайних дій» – запобігання наростанню загрози, яку легше попередити, ніж усувати її після того, як вона матеріалізувалася.

Пожертвування частиною вантажу «в стані крайньої необхідності», коли судно сіло на мілину, щоб знятися з мілини своїми засобами, є ще одним варіантом дій, передбачених Йорк-Антверпенськими правилами (Правило II). Разом із тим цей стандарт «надзвичайних дій» має певні обмеження, пов'язані з тим, що далеко не всі види вантажу можуть бути викинуті за борт тільки заради попередження можливої небезпеки. Ціла низка «ядерних» і «нафтових» конвенцій забороняє скидання в море небезпечних речовин, що перевозяться на суднах у вигляді вантажу. Виняток допускається тільки для випадків, коли скидання таких речовин є єдиним способом для порятунку людей.

З огляду на те, що викидання практично будь-якого вантажу, а також сміття, відходів та ін. завдає шкоди навколишньому середовищу і що існуючі норми міжнародного морського права прямо забороняють або істотно обмежують таке скидання, можна зробити висновок, що скидання вантажу за борт зустрічається досить рідко і має тенденцію до подальшого скорочення, у перспективі обмежившись лише випадками рятування людей, та й то лише тоді, коли інші рятувальні засоби (наприклад, вертольоти) не можуть зняти людей із судна. У всіх таких випадках йдеться вже не про попередження небезпеки за допомогою пожертвувань, а про рятування від реальної і близької небезпеки, що скоріше підходить до третьої групи класифікації міжнародних стандартів «надзвичайних дій» [5, с. 17].

Найбільш типовим міжнародним стандартом профілактичної спрямованості можна вважати «ліхтерування» (Правило VIII Йорк-Антверпенських правил), під яким розуміється полегшення судна, що сидить на мілині, шляхом перевантаження частини вантажу в ліхтери та зворотне навантаження його на судно після зняття останнього з мілини.

Зсув вантажу на судні і, як наслідок, погіршення остійності судна, яке практично неможливо усунути в умовах моря, за будь-якого погіршення остійності судна єдиним способом уникнути серйозної небезпеки є захід у порт-притулок, що й рекомендується морякам як міжнародно-правовий стандарт «надзвичайних дій».

Разом із тим зменшення остійності не означає, що екіпаж і судно приречені на загибель. Вони можуть використовувати ті міжнародно-правові стандарти «надзвичайних дій», які застосовуються в усьому світі: зайти в порт-притулок або в укриття; скидання за борт палубного вантажу, що створює крен; зміна курсу і швидкості; прийом баласту; перекачування рідких вантажів у межах судна. При цьому якщо упустити початкову стадію погіршення остійності, коли всі зазначені заходи носять ще профілактичний характер, подальше погіршення остійності може призвести до загибелі всього «морського підприємства». Статистика аварій від утрати остійності показує, що повністю врятувати екіпаж вдається тільки у 29% випадків загибелі судів від перекидання. У 23% випадків екіпаж гине повністю [6, с. 117].

Таким чином, захід у порт-притулок як міжнародний стандарт забезпечення безпеки мореплавання (Правила X–XI) може грати роль профілактичного лише на першому етапі втрати остійності або роль стандарту «зменшення» або «ліквідації» спільної небезпеки (2 і 3 групи класифікації), коли перший етап уже пройшов і йдеться про рятування «морського підприємства» та людей.

Стандарт «захід у порт-притулок» в Правилах X–XI виражений досить розпливчато і не прив'язаний до конкретних небезпечних ситуацій, що дає змогу капітану зайти в порт-притулок завжди, коли він вважатиме це за необхідне.

Зменшення «спільної небезпеки як міжнародний стандарт надзвичайних дій» означає, що, по-перше, морське підприємство вже знаходиться в небезпеці; по-друге, небезпека вже почала матеріалізуватися (наприклад, почалася пожежа) або ось-ось почнеться; по-третє, є певні стандарти «надзвичайних дій», виконання яких може зменшити негативні наслідки від дії небезпеки; по-четверте, зменшення небезпеки в результаті «надзвичайних дій» може бути етапом до подальшого повного усунення загальної небезпеки; по-п'яте, зменшення небезпеки в результаті «надзвичайних дій «зазвичай здійснюється за рахунок майнових інтересів окремих учасників «морського підприємства» (наприклад, викидання за борт частини вантажу в загальних інтересах, включаючи власника вантажу).

Якщо в результаті «надзвичайних дій» удається зменшити I ступінь загрози судну (і збитки) та всьому «морському підприємству», тобто домогтися того, що судно замість загибелі потрапить лише в аварію або замість аварії буде лише аварійна пригода, то можна сказати, що конкретний стандарт «надзвичайних дій» застосований правильно, оскільки метою будь-якого стандарту безпеки міжнародного мореплавства є зменшення або повне усунення небезпеки для людей, майна і навколишнього середовища.

Досліджуючи проблему навмисного заподіяння шкоди судну за безуспішних спроб сісти на мілину для уникнення затоплення і викликане цим забруднення навколишнього середовища, можна зробити низку висновків стосовно порятунку шляхом викиду вантажу:

– характер вантажу на аварійному судні може обмежити застосування екіпажем судна деяких міжнародно-правових стандартів «надзвичайних дій»;

– «морське підприємство», складовою частиною якого є нафта й інший подібний вантаж – потенційний забруднювач, здебільшого не може бути врятовано шляхом пожертвування вантажем, бо такі «надзвичайні дії» призведуть до збитків навколишньому середовищу;

– навмисний викид частини вантажу нафти чи іншого небезпечного вантажу допускається лише з метою запобігання можливому великому збитку навколишньому середовищу (Правила I і II Йорк-Антверпенських правил);

– навмисний викид частини небезпечного вантажу можливий з ініціативи прибережної влади, що здійснює контроль аварії у відкритому морі або економічній зоні, коли виникає загроза забруднення вод і узбережжя прибережної держави (Правило 6 Йорк-Антверпенських правил);

– допускається вимушений витік небезпечних вантажів через пробоїни в корпусі судна, отримані під час вимушеної навмисної посадки судна на мілину, щоб уникнути затоплення;

– усі зазначені випадки вимушеного забруднення відносяться до загальної аварії; відповідальність за шкоду покладається на судновласника;

– боротьба екіпажу аварійного судна із забрудненням відноситься до сфери забезпечення безпеки міжнародного мореплавання за допомогою «надзвичайних дій» у рамках загальної аварії;

– учасниками «морського підприємства» є не тільки судновласник, вантажовласник, страховик людей, а й страховики судна з небезпечним вантажем, самого небезпечного вантажу та Міжнародний компенсаційний фонд.

Міжнародні стандарти «надзвичайних дій» із ліквідації загальної небезпеки для «морського підприємства» розглядаються як стандарти безпеки, що застосовуються в ситуаціях, коли небезпека вже реально існує, немає часу на тривалі роздуми і необхідно терміново рятувати людей, майно та довкілля. У подібних випадках нерідко використовується Правило 6 Йорк-Антверпенських правил 1990 р., що передбачає залучення зовнішньої допомоги.

Аналіз застосування міжнародних стандартів безпеки мореплавання дає змогу зробити висновок, що це не просто стандарти безпеки, це імперативні умови безпеки людських життів, майна, навколишнього середовища. Їх не можна безкарно порушувати, їх не можна не знати, їх потрібно вміти застосувати на практиці. Неправильний вибір стандарту безпеки міжнародного мореплавства повинен кваліфікуватися як протиправна поведінка, бо багато стандартів «надзвичайних дій» давно вже стали загальновизнаними звичаями (як Йорк-Антверпенські правила) або конвенційними нормами.

Стандарти безпеки в міжнародному праві, порушення яких загрожує загибеллю людей, матеріальних цінностей і шкодою навколишньому середовищу, імперативні за своєю суттю, що накладає на капітана аварійного судна особливу відповідальність, бо він повинен вибрати з двох-трьох імперативних стандартів «надзвичайних дій» найефективніший та той, що гарантує успіх рятування від загальної небезпеки. Помилки під час рятування караються так само суворо, як і помилки, що призвели до виникнення аварійної ситуації, що пояснюється тим, що капітан чинить «надзвичайні дії», недопустимі в нормальних умовах, тому і помилка у виборі «надзвичайних дій» кваліфікується як груба недбалість.

Висновки

Саме дії – розумні, свідомі і надзвичайні – є головним, стрижневим елементом у загальній аварії як сукупності заходів для ліквідації загальної небезпеки, бо легко допустити, що у разі виникнення загальної небезпеки капітан судна й екіпаж завдяки своїй майстерності та високій професійній підготовці зможуть ліквідувати загальну небезпеку завдяки прийняттю навмисних, розумних і надзвичайних заходів, не витративши при цьому, однак, скільки-небудь значних коштів, які могли б бути віднесені на загальну аварію. У цьому разі була спільна небезпека для морського підприємства (судна, вантажу і фрахту), були навмисні, розумні і надзвичайні дії з ліквідації загальної небезпеки, але не було витрат або пожертвувань (другої складової частини поняття «загальна аварія»). Звідси можна зробити висновок, що загальну аварію характеризують дві ознаки: обов'язкова і необов'язкова. Обов'язкова ознака загальної аварії – це навмисні, розумні і надзвичайні дії для порятунку від загальної небезпеки. Необов'язкова ознака – це можливі, але не обов'язкові витрати або пожертвування під час виконання зазначених дій із ліквідації загальної небезпеки. Якщо ж немає витрат і пожертвувань, що відносяться до загальної аварії, то не буде й їх розподілу за правилами загальної аварії, не кажучи вже про те, що розподіл загальних витрат може не проводитися і за їх наявності, коли, наприклад, учасники морського підприємства віддадуть перевагу отриманню відшкодування витрат від своїх страховиків.

Таким чином, у статті зроблено спробу виявити систему правових стандартів, якими слід керуватися під час забезпечення безпеки міжнародного мореплавства.

Список використаних джерел:

1. Modern Rules of the General Average. 1990. Antwerp, 1991. P. 2–19.

2. Пономарев В.Е. Условия безопасности мореплавания. Москва, 1976. С. 10.

3. Решетов Н.А. Формальная оценка безопасности судна. *Научно-технический сборник*. 1997. Вып. 20.4.1. С. 3–9.

4. Бекяшев К.А., Сидорченко В.Ф. Морские аварии промысловых судов. Москва, 1987. С. 5–8.

5. Anderson Phil. The mutuality of loss prevention. *The Safety at Sea International*. 1997. April. P. 146.

6. Сидоренко А.В. Чрезвычайные морские происшествия (правовые аспекты). Одесса : Латстар, 2001. 400 с.

7. Report of Maritime Safety Committee. 66th session. International Maritime Organization. London, 1995. P. 27–37.

8. Александрова К.И. Общая авария и порядок ее оформления. Москва,1967. 33 с.

9. Кодекс торговельного мореплавства України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1995. №№ 47–52. Ст. 349.

10. Гревцова Т.П. Ответственность морского перевозчика за несохранность груза. Львов, 2008. 40 с.

Volodymyr Shemonaiev. General average as a system of legal standards in securing international marine

In an effort to prevent accidents or reduce their number, states are actively cooperating, in particular, in the development of technical standards for ships (for example, SOLAS), in the development of rules for the prevention of collisions of ships (COLREG-72), in saving lives and property at sea (International Convention On Salvage, 1989), when developing international standards and rules for emergency actions to protect people, property and the environment from radioactive, oil and other pollution and the effects of natural forces. In this regard, a number of «nuclear» and «oil» conventions have been adopted. Analysis of the causes of accidents shows that approximately 80% of accidents are caused by human factors (mistakes by navigators, other crew members, pilots and others). The International Safety Management (ISM) Code, adopted by IMO on November 4, 1993, helps to solve the problems of combating accidents. The implementation of the provisions of the ISM Code requires special attention to the problem of assessing the risk of navigation. The formal safety assessment (FSA) has three stages, the last of which involves the identification of specific errors in the operation of the ship and the corresponding standards of action to eliminate such errors, i.e. to prevent an accident or reduce its consequences. In developing the list of emergency measures to be carried out at the third stage of risk, Maritime Arbitration Commission (MAC) and IMO proposed to use the traditional classification of incidents at sea, used in the investigation of accidents. This classification is hardly acceptable since it takes into account accidents that have already occurred and their negative consequences, while the ISM Code and FSA are aimed at their prevention. Within the framework of the international legal institute of general average (York-Antwerp Rules of 1990), a classification is considered that includes the most typical emergency measures, which for many centuries has already shown its usefulness as a classification of emergency preventive measures aimed at preventing and eliminating danger to people, property and the environment. If the traditional classification of accidents at sea is based on the principle of their specific subdivision (fires, explosions, groundings, etc.) and is aimed at identifying the causes of accidents, the amount of damage caused and the perpetrators, then the classification of accidents under the York-Antwerp rules has a different objective: to identify the nature of reasonable, intentional and extraordinary measures to eliminate the general danger to people, property and the environment, and in this sense, the classification of emergency protective measures in general average is largely consistent with the goals set by IMO in the development of the ISM Code and FSA.

Key words: general average, marine protest, losses, expenses, vessel, freight, merchant shipping.

УДК 346.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.14

Діна Зятіна,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ВІДОКРЕМЛЕНИХ ПІДРОЗДІЛІВ ІНОЗЕМНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Статтю присвячено розгляду проблематики відокремлених підрозділів, що створені іноземними юридичними особами на території України. Розглянуто сучасний стан правового регулювання порядку створення відокремлених підрозділів нерезидентів, визначено їхнє важливе місце як форми іноземного інвестування. Встановлено, що сучасні правові та економічні реалії вимагають якісного нормативно-правового регулювання діяльності відокремлених підрозділів підприємств іноземних держав на території України. У дослідженні детальну увагу приділено новому Законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування діяльності відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави» № 4482 від 10.12.2020 р., що спрямований на створення сприятливого законодавчого поля, яке впорядкує правовий статус відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави. Зроблено висновок, що, незважаючи на нагальну необхідність прийняття вказаних нормативних положень, Законопроект містить істотні недоліки. Встановлено, що вдосконалення національних законодавчих положень щодо діяльності відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб на території України має йти шляхом урахування галузевої специфіки національного законодавства, європейських тенденцій розвитку цієї сфери відносин. Підкреслено, що не можна допустити формального підходу до реформування чинного законодавства без урахування природи відносин, що підлягають реформуванню. Господарський кодекс України як засадничий нормативно-правовий акт у сфері господарювання має містити детальні положення щодо організації та здійснення діяльності відокремлених підрозділів, у тому числі відокремлених підрозділів юридичних осіб, утворених відповідно до законодавства іноземної держави. У статті акцентовано увагу на необхідності узгодження положень Законопроекту з нормами ключових нормативних актів, що визначають засади діяльності відокремлених підрозділів (постійних представництв) – Господарського кодексу України, Податкового кодексу України, Закону України «Про валюту і валютні операції» та інших.

Ключові слова: відокремлені підрозділи іноземної юридичної особи, постійне представництво, узгодження законодавства, Господарський кодекс України.

Постановка проблеми. Вдосконалення законодавчих положень про відокремлені підрозділи іноземних юридичних осіб – важливий крок для покращення національного інвестиційного клімату. Адже натепер правила діяльності відокремлених підрозділів юридичних осіб іноземних держав на території України є застарілими, під час створення відокремлених підрозділів установлюють для іноземних підприємств умови гірші, ніж для національних суб'єктів господарювання. Також на законодавчому рівні не врегульовані питання ліквідації відокремлених підрозділів юридичних осіб, утворених відповідно до законодавства іноземної держави, питання акредитації їхньої діяльності, що створює певну правову невизначеність у цій сфері відносин. Сучасні правові та економічні реалії вимагають якісного нормативно-правового регулювання діяльності відокремлених підрозділів підприємств іноземних держав на території України.

Питанням діяльності відокремлених підрозділів юридичних осіб і розгляду сутності організаційно-господарських та внутрішньогосподарських відносин, що виникають за участі таких відокремлених підрозділів, приділяли увагу багато науковців. Зокрема, А.Г. Бобкова, О.М. Вінник, О.П. Віхров, О.Ю. Ілларіонов, В.К. Мамутов, М.П. Руденко, О.П. Подцерковний та інші. Водночас проблема створення та функціонування відокремлених підрозділів, створених на території України нерезидентами, залишається невирішеною, багато законодавчих положень у цій сфері відносин є застарілими, потребують удосконалення та пристосування до новітніх реалій господарювання. Ці питання особливо

© Д. Зятіна, 2021

стають актуальними в контексті світових економічних інтеграційних та глобалізаційних процесів.

Метою статті є аналіз сучасного стану правового регулювання засад створення відокремлених підрозділів іноземних суб'єктів господарювання на території України, а також аналіз положень нового Проекту Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування діяльності відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави» № 4482 від 10.12.2020 р. на предмет його відповідності чинному законодавству та умовам стійкого економічного розвитку.

Виклад основного матеріалу. Порядок реєстрації постійних представництв іноземних суб'єктів господарювання регламентується Законом України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Згідно зі ст. 5 цього Закону «акредитацію філій і представництв іноземних банків здійснює Національний банк України відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність». Реєстрацію представництв інших іноземних суб'єктів господарської діяльності здійснює центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері економічного розвитку, протягом шістдесяти робочих днів із дня подання іноземним суб'єктом господарської діяльності документів на реєстрацію. Для реєстрації представництва іноземного суб'єкта господарської діяльності на території України необхідно подати: заяву з проханням про реєстрацію представництва, яка складається в довільній формі; виписку з торговельного (банківського) реєстру країни, де іноземний суб'єкт господарської діяльності має офіційно зареєстровану контору; довідку від банківської установи, в якій офіційно відкрито рахунок подавця; довіреність на здійснення представницьких функцій, оформлену згідно із законом країни, де офіційно зареєстровано контору іноземного суб'єкта господарської діяльності» [1].

Також особливості реєстрації відокремлених підрозділів іноземних суб'єктів господарювання передбачені в Інструкції про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні від 18.01.96 р. № 30. Інструкція регламентує перелік документів для реєстрації представництва іноземного суб'єкта господарської діяльності. При цьому відповідно до п. 4 Інструкції «під час прийняття документів на реєстрацію заявникові видається номер рахунку для сплати державного збору в розмірі 2500 доларів США» [2]. Але слід ураховувати, що 23 жовтня 2019 р. прийнято Постанову Кабінету Міністрів України № 893 «Деякі питання реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні», де зазначено, що «плата за реєстрацію протягом двадцяти робочих днів з дня подання іноземним суб'єктом господарської діяльності документів на реєстрацію представництва становить один прожитковий мінімум для працездатних осіб і 30 прожиткових мінімумів для працездатних осіб – за реєстрацію протягом шістдесяти робочих днів з дня подання іноземним суб'єктом господарської діяльності, який є резидентом держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, документів на реєстрацію представництва» [3].

Отже, бачимо, що чинне законодавство України вимагає узгодження. Адже Інструкція, що виступає спеціальним нормативним актом щодо реєстрації іноземних представництв, наразі є чинною і закріплює дещо застарілі правила реєстрації. Така ситуація створює певну правову невизначеність у цій сфері відносин. Крім того, треба враховувати, що в Україні діє спеціальний нормативно-правовий акт, що регламентує питання реєстрації суб'єктів господарювання. Йдеться про Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 р. Логічно припустити, що положення щодо реєстрації постійних представництв мають бути також імплементовані в текст цього спеціального нормативного акту, що сприятиме в тому числі і покращенню інвестиційного клімату. У цьому контексті необхідно навести положення Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Так, у статті 88 Угоди про асоціацію зазначено: «Україна з дати набрання чинності цією Угодою забезпечує: і) стосовно заснування дочірніх підприємств, філій та представництв юридичних осіб Сторони ЄС, режим, що є не менш сприятливим, ніж той, який надано її власним юридичним особам, філіям та представництвам або будь-яким юридичним особам, філіям та представництвам третіх країн, залежно від того, який режим є кращим» [4].

Висновок, що слідує з наведених положень, є доволі очевидним. Національне законодавство з питань реєстрації постійних представництв вимагає вдосконалення. Положення про реєстрацію мають бути закріплені в спеціальному законі про реєстрацію, що для іноземних інвесторів є більш зрозумілим та передбачуваним, відповідає

тенденціям інтеграційних та глобалізаційних економічних процесів.

У цьому контексті заслуговує на увагу Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування діяльності відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави» № 4482 від 10.12.2020 р. (далі – Законопроект) [5]. Цей Законопроект установлює необхідність закріплення положень про реєстрацію саме в спеціальному Законі України «Про реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», передбачаючи детальні етапи реєстраційної процедури, що, безумовно, є позитивним та потребує підтримки. Водночас, акцентуючи на необхідності вдосконалення законодавства щодо статусу відокремлених підрозділів нерезидентів на території України, необхідно підкреслити, що вказаний Законопроект містить і системні недоліки. Так, у пункті 1 Законопроекту пропонується: «Частини третю і четверту статті 117 Господарського кодексу України виключити». З цією пропозицією погодитися не можна. Адже з тексту ключового нормативно-правового акту, що регулює особливості здійснення господарської діяльності, а саме Господарського кодексу України (далі – ГК України), пропонується виключити положення щодо відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави. Такі пропозиції не узгоджуються з метою ГК України – регулювання організації та здійснення господарської діяльності. ГК України як засадничий нормативно-правовий акт у сфері господарювання має містити детальні положенні щодо організації та здійснення діяльності відокремлених підрозділів, у тому числі відокремлених підрозділів юридичних осіб-нерезидентів. До предмету регулювання господарського законодавства входять внутрішньогосподарські відносини, учасниками яких є відокремлені підрозділи суб'єктів господарювання (ст. 3 ГК України), а також організаційно-господарські відносини, що пов'язані з управлінням та організацією господарської діяльності (ст. 3 ГК України) [6]. Отже, виключення вказаних положень із тексту ГК України не узгоджується з господарсько-правовою природою відносин за участі відокремлених підрозділів.

Для більш детального розгляду цієї проблематики слід звернутися до визначення сутності внутрішньогосподарських та організаційно-господарських відносин. Як абсолютно вірно зазначає М.П. Руденко, «у предметі господарського права з погляду опозиційних категорій (зовнішнє і внутрішнє) слід виділяти зовнішні (виробничо-господарські та організаційно-господарські) та внутрішні (внутрішньогосподарські) відносини. Внутрішньогосподарські відносини перебувають у діалектичному взаємозв'язку із зовнішньогосподарськими» [7, с. 9]. Крім того, автор указує, що «специфічним юридичним фактом для внутрішньогосподарських відносин є факт створення структурного підрозділу підприємства (внутрішнього та/або відокремленого)» [7, с. 10]. Отже, внутрішньогосподарські відносини за участі відокремлених підрозділів суб'єктів господарювання є складником предмету господарського права, і їхня специфіка має передбачатися саме в Господарському кодексі України. Відносини, що виникають під час створення відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб по своїй суті є організаційно-господарськими. Відповідно до ч. 6 ст. 3 ГК України під організаційно-господарськими відносинами розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю. Абсолютно вірно зазначає О.Ю. Ілларіонов: «Наведене визначення організаційно-господарських відносин відображає лише один аспект такої діяльності, а саме управління. Але господарська діяльність у широкому розумінні не обмежується лише управлінням, багато правовідносин виникає у зв'язку з організацією господарської діяльності та впливом на неї держави за допомогою закріплених у законодавстві, зокрема і в ГК України, засобів...» [8, с. 38].

Також пунктом 2 Законопроекту пропонується доповнити Цивільний кодекс України положеннями про відокремлені підрозділи. Водночас із огляду на специфіку відносин, що регулюються, – господарсько-правових відносин – вказані положення слід включити до змісту Господарського кодексу України. Не можна допустити формального підходу до реформування чинного законодавства без урахування природи відносин, що підлягають реформуванню. Без сумніву, положення національного законодавства потребують удосконалення та пристосування до сучасних економічних та соціальних умов. Але таке вдосконалення має йти шляхом урахування галузевої специфіки національного законодавства та світової практики щодо розмежування галузей, шляхом систематичного і природного регулювання відносин без спроби штучної підміни та штучного поєднання предметів регулювання ЦК України і ГК України, а саме шляхом розуміння

та врахування специфіки регулювання обох кодексів.

Крім того, саме в ГК України закріплюються засади здійснення інвестиційної діяльності, визначаються напрями інвестиційної політики (ст. 10 ГК України), що є складовою частиною господарсько-правового регулювання. Як вірно зазначає М. Сірант, «відкриття філій і представництв у діловому обороті доволі часто передує створенню іноземною юридичною особою на території України самостійної юридичної особи. Тому створення відокремленого підрозділу оцінюється як приваблива форма для іноземних інвесторів, які тільки планують виходити на національний ринок, оскільки іноземна юридична особа через нього може попередньо оцінити потенційні підприємницькі ризики, пов'язані із провадженням того чи іншого виду діяльності, в такий спосіб, зменшити свої можливі фінансові втрати» [9, с. 340]. Отже, без сумніву, ГК України має бути доповнений більш детальними положеннями про відокремлені підрозділи іноземних юридичних осіб. Оскільки положення ч. 3 ст. 117 ГК України, відповідно до яких «діяльність філій, представництв та інших відокремлених підрозділів підприємств, утворених за законодавством інших держав, здійснюється на території України відповідно до законодавства України», носять занадто загальний характер.

Також маємо звернутися до сучасних тенденцій розвитку європейського законодавства. Адже на рівні Європейського Союзу сьогодні розглядаються ініціативи щодо розроблення Проекту Європейського кодексу бізнесу. Як підкреслюється, гармонізація бізнес-права підвищить ефективність європейської економіки [10]. Такі тенденції цілком узгоджуються з національною концепцією Господарського кодексу України, положення якого мають стати фундаментом економічного розвитку з урахуванням європейських стандартів, мають включати уніфіковані положення щодо організації та ведення бізнесу, в тому числі ті, що стосуються діяльності відокремлених підрозділів іноземних юридичних осіб. Ці особливості мають бути враховані під час розроблення напрямів удосконалення чинного законодавства з питань діяльності відокремлених підрозділів.

У Законопроекті залишилися не врегульованими питання узгодження положень Податкового кодексу України щодо відокремлених підрозділів юридичних осіб, створених за законодавством іноземних держав з іншими нормативно-правовими актами, в які пропонується внести зміни. Таке узгодження має бути першочерговим завданням законодавця, адже іноземних інвесторів цікавлять насамперед особливості податкового та валютного регулювання правил здійснення господарської діяльності відокремленими підрозділами. Так, Податковий кодекс України оперує поняттям «постійне представництво нерезидента». У Законопроекті взагалі відсутні положення щодо відповідних змін до Податкового кодексу України, що в кінцевому підсумку призведе до відсутності одноманітності в термінології, незрозумілості відповідних положень національного законодавства для іноземних інвесторів.

Крім того, в новому Законопроекті не вирішується проблема розмежування постійних представництв та некомерційних представництв. Так, вказане питання неодноразово ставало предметом судового розгляду. Наприклад, у постанові Верховного Суду від 16 березня 2020 року у справі № 826/7675/18 зазначається, що «для визнання представництва нерезидента таким, що має статус постійного представництва, необхідною умовою є здійснення ним комерційної діяльності. За своєю сутністю цей термін є еквівалентним терміну «господарська діяльність», який використовується в Податковому кодексі України, а також у міжнародних договорах. Якщо діяльність представництва має підготовчий та допоміжний характер, а їх створення було покликане забезпечити можливість реалізації товару на території України, то відповідне представництво не можна відносити до «постійного». Діяльність некомерційного представництва має лише підготовчий або допоміжний характер щодо діяльності материнської компанії та має бути відмінною від статутних функцій материнської компанії» [11, с. 25].

Закон України «Про валюту і валютні операції» від 21.06.2018 р., що також є одним із центральних нормативно-правових актів, який регламентує особливості валютних відносин під час здійснення господарської діяльності, оперує поняттям «постійне представництво». Також у підпункті «г» пункту 9 частини першої статті 1 цього Закону серед резидентів зазначаються відокремлені підрозділи юридичних осіб, зазначені в підпункті «б» пункту 8 частини першої цієї статті, а саме філії, представництва, відділення або інші відокремлені підрозділи, що не мають статусу юридичної особи та здійснюють підприємницьку діяльність від імені юридичної особи на території України. Отже, ця норма також потребує узгодження з положеннями Законопроекту, адже останній не містить визначення постійного представництва, оперуючи терміном «відокремлені підрозділи іноземних юридичних осіб».

Висновок

Законодавство з питань діяльності відокремлених підрозділів іноземних суб'єктів господарської діяльності потребує вдосконалення та приведення до сучасних умов господарювання. Законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування діяльності відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави» вирішує певні проблеми в діяльності відокремлених підрозділів юридичних осіб, насамперед у питаннях державної реєстрації та припинення їхньої діяльності. Адже, наприклад, положення Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» у питаннях реєстрації відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави, є застарілими та потребують реформування. Водночас Законопроект також містить істотні недоліки, що пов'язані з необхідністю врахування галузевої специфіки національного законодавства. Адже не можна допустити формального підходу до реформування чинного законодавства без урахування природи відносин, що підлягають реформуванню. ГК України як засадничий нормативно-правовий акт у сфері господарювання має містити детальні положення щодо організації та здійснення діяльності відокремлених підрозділів, у тому числі відокремлених підрозділів юридичних осіб, утворених відповідно до законодавства іноземної держави.

Список використаних джерел:

1. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України від 16.04.1991 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 29. Ст. 377.

2. Інструкція про порядок реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні від 18.01.96 р. № 30. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0034-96#Text

3. Деякі питання реєстрації представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності в Україні : Постанова КМУ від 23 жовтня 2019 р. № 893. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/893-2019-%D0%BF/card2#Card

4. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/card2#Card

5. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування діяльності відокремлених підрозділів юридичної особи, утвореної відповідно до законодавства іноземної держави» № 4482 від 10.12.2020 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70633

6. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.

7. Руденко М.П. Правове регулювання внутрішньогосподарських відносин : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.04 ; Нац. юрид. універ. ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2017. 21 с.

8. Ілларіонов О.Ю. Організаційно-господарські правовідносини в контексті виконання положень Угоди про асоціацію з Європейським Союзом. *Юридичний бюлетень*. 2016. Випуск 2. С. 34–43.

9. Сірант М. Теоретичні аспекти акредитації філій і представництв іноземних юридичних осіб на території України. URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/41831/2/2017n876_Sirant_M-Theoretical_aspects_of_accreditation_338-346.pdf

10. The drafting of a European Business Code. URL: https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0535-the-drafting-of-a-european-business-code

11. Огляд Судової практики Верховного Суду у сфері трансфертного ціноутворення та міжнародного оподаткування. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ohliad_transfertne_tsinoutvorennia_1.pdf

Dina Ziatina. Improvement of the legal status of separate divisions of foreign legal entities

The article is devoted to the problems of separate subdivisions established by foreign legal entities on the territory of Ukraine. The current state of legal regulation of separate subdivisions of non-residents is studied, as well as that the importance of such participants of economic relations as a form of foreign investments is highlighted. It is outlined that modern economic and legal realities require high-quality legal regulation of business activities of separate divisions of foreign legal entities on the territory of Ukraine. The thorough attention in the survey is paid to the new Drafting Law «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Concerning the Regulation of Activities of Separate Subdivisions of Legal Entities that was Created According to the Foreign Legislation» No. 4482 of December 10,2020. The Drafting Law is aimed to create favourable legal background that regulates the legal status of separate subdivisions of legal entities, created according to foreign legislation. The conclusion is made that despite the urgent need of adoption of mentioned legal provisions, the Drafting Law contains significant drawbacks. It was established that improvement of national legislation on business activity of separate subdivisions must be held with consideration of the sectoral specifics of national legislation and in accordance with European tendencies of development of these legal relations. The impossibility of formal approach to reformation of current legislation without considering of legal nature of reformed relations is emphasized. Economic Code of Ukraine as basic legal act in the sphere of economic relations must include provisions about organization and provision of economic activity by separate subdivisions, including those that were created by foreign legal entities. Moreover the necessity of harmonization of the provisions of the Drafting Law with the norms of key legal acts about business activity of representative offices, namely – Economic Code of Ukraine, Tax Code of Ukraine, Law of Ukraine «On currency and currency operations» and others is highlighted.

Key words: separate subdivisions of legal entities, representative office, harmonization of legislation, Economic Code of Ukraine.

УДК 346.242
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.15

Оксана Орлова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри господарського права
Ужгородського національного університету
ORCID ID: 0000-0002-4544-2860
*Researcher ID *0-5750-2018*

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ СУБ'ЄКТІВ ПРИРОДНИХ МОНОПОЛІЙ

У статті розглянуто правові засади функціонування суб'єктів природних монополій. Проаналізовано юридичну сутність поняття природної монополії та визначено її ознаки відповідно до українського законодавства. Визначено правовий статус суб'єктів природних монополій, здійснено аналіз основних нормативно-правових актів, що регулюють їх діяльність, зокрема відповідних положень Господарського кодексу України та Закону України «Про природні монополії».

Здійснено аналіз основних обов'язків суб'єктів природних монополій, таких як дотримання встановленого порядку ціноутворення, стандартів і показників безпеки та якості товару, умов та правил здійснення підприємницької діяльності, визначених у ліцензіях, ведення окремого бухгалтерського обліку, забезпечення на рівних умовах реалізації вироблених товарів споживачам тощо. Наголошено на тому, що у законодавстві країн ЄС немає поняття природної монополії, натомість має місце таке поняття, як «законна монополія», яка передбачає спеціальні та виключні права, які держава може надати підприємствам (зазвичай державним) з метою забезпечення виконання публічних обов'язків. Низкою вітчизняних та закордонних вчених відстоюється думка, що природні монополії є пережитком минулого і становлять перешкоду для економічного розвитку країни. Певні сфери господарської діяльності, такі як постачання електричної енергії, транспортування газу тощо, перестають бути природними монополіями, оскільки зазнають впливу конкуренції у зв'язку з технологічним прогресом та розвитком економіки. Втручання держави у певні сфери економіки за обставин, які ведуть до порушення публічного інтересу або виникнення монопольного становища суб'єкта господарювання, є усталеною правовою практикою в ЄС.

Зроблено висновок про те, що в Україні сформована система нормативно-правового регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, однак вона не є досконалою, суперечить вимогам сучасного економічного розвитку нашої країни та потребує реформування з урахуванням міжнародної практики. Досвід країн з розвиненими економіками може бути використаний для ефективного реформування законодавства щодо регулювання ринків, які перебувають у стані природних монополій, шляхом стимулювання конкурентних засад в окремих їх сегментах та забезпечення прозорості відносин між суб'єктами природних монополій і державою.

Ключові слова: природна монополія, законна монополія, конкурентні відносини, суб'єкт господарювання, Антимонопольний комітет.

Актуальність теми. Природні монополії є особливим елементом в структурі національної економіки. Так, відповідно до даних Антимонопольного комітету станом на березень 2021 року в Україні функціонує понад 3 000 суб'єктів природних монополій, 8 з яких є всеукраїнськими, серед яких ДП ОПР «Украерорух», ДП «Адміністрація морських портів України», АТ «Укрзалізниця», АТ «Укртрансгаз», АТ «Укртранснафта», ТОВ «Оператор газотранспортної системи України», ПрАТ «Укренерго», ДП «Укрхімтрансаміак» [6]. Визначені законом сфери, які належать до природних монополій, наприклад, розподіл і передача електричної енергії, транспортування теплової енергії, газопостачання, централізоване водопостачання та водовідведення, є стратегічно важливими для нашої держави. Проблеми встановлення цінової політики та тарифів на електричну енергію, комунальні послуги, усунення корупційних схем у діяльності суб'єктів природних монополій, встановлення оптимального балансу між приватними підприємницькими інтересами суб'єктів природних монополій та публічним інтересом суспільства сьогодні є надзвичайно актуальними. Тому забезпечення ефективного нормативно-правового регулювання діяльності суб'єктів природних монополій є одним з пріоритетних завдань законодавця. Чинні нормативно-правові акти потребують удо-

© О. Орлова, 2021

сконалення, приведення їх у відповідність до викликів сучасного суспільно-економічного життя. Крім того, невирішеними залишаються проблеми приведення національного антикорупційного законодавства до міжнародних нормативних документів.

Стан дослідження. Проблеми нормативно-правового регулювання природних монополій у науці господарського та адміністративного права досліджували такі науковці, як І. Анохіна, В. Базилевич, О. Берлач, Т. Бондар, В. Венгер, В Галунько, Б. Дерев'янко, В. Нагребельний, А. Пухтецька, Р. Разімов, В. Федоренко та інші. Однак дослідження нормативно-правового регулювання природних монополій на сучасному етапі економічних реформ набуває все більшої актуальності, потребує додаткового вивчення та наукового обґрунтування.

Мета статті – здійснити аналіз нормативно-правового забезпечення діяльності суб'єктів природних монополій на сучасному етапі та визначити основні напрями його вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Регулювання діяльності суб'єктів природної монополії спирається передусім на законодавство, адже державою не передбачені конкурентні відносини там, де діє природна монополія. Існування природних монополій зумовлено, з одного боку, економічними факторами (виняткове володіння певним ресурсом, унікальність технології, характер виробництва тощо), з іншого – наявністю відповідного законодавчого регулювання, котре регламентує державну політику, спрямовану на збереження монопольного становища на певних ринках з огляду на суспільні потреби [13, с. 26].

Специфіка правового регулювання природних монополій зумовлює диференційований підхід до монопольних ринків як одного з найважливіших принципів конкурентної політики. Як зазначає І. Анохіна, «природні монополії через їхню специфіку вимагають особливих форм державного, у тому числі правового регулювання ... Наділення тих чи інших галузей статусом природної монополії і відповідне спеціальне правове регулювання діяльності їхніх суб'єктів – це один з напряків цілеспрямованого спеціального державного регулювання, що поширюється на спеціальних суб'єктів – суб'єктів природних монополій [1, с. 297].

В Україні регулювання діяльності суб'єктів господарювання у сферах природних монополій здійснюється Конституцією України, Господарським кодексом України, Повітряним кодексом України, Кодексом торговельного мореплавства України, Законами України «Про природні монополії», «Про захист економічної конкуренції», «Про трубопровідний транспорт», «Про залізничний транспорт», «Про ринок електричної енергії», «Про транспорт», «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг», «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг», «Про ринок природного газу», «Про питну воду та питне водопостачання», «Про теплопостачання» та іншими нормативно-правовими актами.

Відповідно до статті 28 Господарського кодексу України природною монополією є стан товарного ринку, за якого задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю продукції в міру збільшення обсягів виробництва), а товари (послуги), що виробляються суб'єктами господарювання, не можуть бути замінені у споживанні іншими, у зв'язку з чим попит на цьому товарному ринку менше залежить від зміни цін на такі товари, ніж попит на інші товари (послуги) [4].

Суб'єкти господарювання різних форм власності, які виробляють чи реалізують товари на ринку, який функціонує як природна монополія, є суб'єктами природної монополії.

У законодавстві Європейського Союзу немає поняття природної монополії, натомість існує таке поняття, як «законна монополія». Держава може надати спеціальні та виключні права підприємствам для забезпечення виконання їхніх публічних обов'язків. Наприклад, держава може зобов'язати підприємство бути оператором, що надає послуги загального економічного інтересу. Тоді суб'єкти господарювання, які надають послуги загального економічного інтересу, або ті, що мають ознаки прибуткової монополії, ведуть свою діяльність за правилами конкуренції таким чином, щоб це не перешкоджало виконанню дорученого їм спеціального завдання [14].

Таким чином, законна монополія існує тоді, коли надання такої послуги на законодавчому рівні або регуляторними заходами покладено на конкретного надавача, з явною забороною будь-яким іншим підприємствам надавати таку послугу (навіть не задовольняти можливий попит з боку певних груп покупців). Проте сам факт надання публічних послуг конкретним підприємством не означає, що таке підприємство користується законною монополією.

Головними економічними ознаками природної монополії є: 1) вища ефективність у задоволенні попиту на ринку за умови відсутності конкуренції; 2) незамінність у споживанні товарів (послуг), що виробляються суб'єктами природних монополій; 3) низький рівень впливу ціни на попит; 4) технологічні особливості виробництва, які полягають у істотному зменшенні витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва; 5) надання внаслідок особливого суспільного інтересу державними органами особливого статусу суб'єктам природних монополій. Саме ці особливості є основою спеціального нормативного-правового регулювання діяльності суб'єктів природної монополії.

Відповідно до українського законодавства природна монополія визначена як стан ринку. Тобто для того щоб суб'єкт господарювання вважався природною монополією, необхідна наявність особливих умов. Такими умовами можуть виступити технічний прогрес, зміна соціальної політики, розвиток суспільних інститутів тощо. Про природну монополію крізь призму вітчизняного законодавства можна говорити виключно тоді, коли постачальнику товарів (послуг) надається статус суб'єкта природної монополії, тобто після внесення його до зведеного переліку суб'єктів природних монополій.

Суб'єкт природної монополії є суб'єктом господарювання. Відповідно до ч. 1 ст. 55 Господарського кодексу України суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. Суб'єктами господарювання є господарські організації – юридичні особи, державні, комунальні та інші підприємства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку; громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці (ч. 2 ст. 55) [4]. Однак відповідно до Закону України «Про природні монополії» суб'єктами природної монополії можуть виступати виключно юридичні особи будь-якої форми власності.

Стаття 5 Закону України «Про природні монополії» містить вичерпний перелік сфер, на які поширюється законодавство про природні монополії: транспортування нафти, нафтопродуктів, транспортування і розподіл природного і нафтового газу трубопроводами; передача електроенергії і її розподіл, користування залізничними коліями, диспетчерськими службами, вокзалами та іншими об'єктами інфраструктури, що забезпечують рух залізничного транспорту загального користування, тощо [12].

Слід зазначити, що суб'єкт господарювання набуває статусу суб'єкта природної монополії лише після отримання ліцензії (ст. 7 Закону) та включення його до Зведеного переліку суб'єктів природних монополій, розпорядником якого є Антимонопольний комітет України [6]. Складання та ведення Зведеного переліку визначено відповідним порядком, затвердженим Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 28 листопада 2012 року [8].

З моменту отримання правового статусу суб'єктів природних монополій у них виникають відповідні зобов'язання, визначені ст. 10 Закону України «Про природні монополії». Наприклад, дотримуватися встановленого порядку ціноутворення, стандартів, показників безпеки та якості товару, а також інших умов та правил здійснення підприємницької діяльності, визначених у ліцензіях, вести окремий бухгалтерський облік, забезпечувати на рівних умовах реалізацію вироблених ними товарів споживачам, а також не встановлювати перешкод для реалізації угод між виробниками, що працюють на суміжних ринках, та споживачами, надання органам, які регулюють їх діяльність, запитуваної інформації, доступу до приміщень, земельних ділянок та документів тощо [12]. Крім того, Закон забороняє суб'єктам природних монополій вчиняти дії, які призводять або можуть привести до неможливості виробництва (реалізації) товарів, або до заміни їх іншими товарами, що не однакові за споживчими характеристиками (ч. 2 ст. 10 Закону). Слід зазначити, що коло обов'язків суб'єктів природних монополій не обмежується Законом «Про природні монополії», а регулюється спеціальними законами та іншими нормативно-правовими актами тощо.

Можна стверджувати, що в Україні сформована система нормативно-правового регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, однак вона потребує реформування, особливо у контексті приватизації державних монополій.

Міжнародні експерти, вітчизняні науковці наголошують на необхідності звернення до світового досвіду розв'язання цієї проблеми. Цілком очевидно, що державне регулювання державних та комунальних підприємств в умовах української економіки засвідчує свою неефективність, зокрема

у сфері ціноутворення (формування тарифної політики). Часто приймаються політичні рішення, які не є спрямовані на одночасне досягнення ефективності діяльності цих підприємств та забезпечення соціальної ефективності. Зокрема, запровадження й активне використання концесії під час регулювання діяльності природних монополій може вирішити одне з важливих питань – розмежування функцій регулятора і виконавця у певній сфері.

На необхідності подальшого розвитку та удосконалення нормативно-законодавчої бази наголошують В. Базилевич та Г. Филюк. На їхню думку, потребують уточнення сфери застосування Закону України «Про природні монополії», оптимізації переліку параметрів регулювання компаній, прийняття спеціальних галузевих законів, які б регламентували процес регулювання на відповідних товарних ринках, особливо на регіональному рівні [2, с. 9].

Низкою вітчизняних та закордонних вчених відстоюється думка, що поняття природних монополій є пережитком минулого і перешкодою для економічного розвитку. Адже такі сфери, як постачання електричної енергії, транспортування газу тощо, перестають бути природними монополіями і все більше зазнають впливу конкуренції через технологічні зміни. Відтак держави перестають надавати таким ринкам особливий статус. Серед аргументів на користь реформування природних монополій є думка про те, що держава не може бути ефективним управлінцем у сфері регулювання діяльності природних монополій, особливо тоді, коли юридичні особи, що займають монопольне становище на ринку, перебувають у державній власності. У тих сферах, де це можливо, доцільним є стимулювання конкурентних засад, в інших – збереження стану природних монополій, які б за умови відповідного державного регулювання забезпечували б високу якість товару, нижчі ціни та швидке оновлення асортименту товарів і послуг [14, с. 37].

Втручання держави у діяльність певних суб'єктів господарювання, що порушують публічний інтерес або монополізують ринок, є усталеною правовою практикою в ЄС. Нормативно-правові документи ЄС вимагають від держав-членів реформувати національне законодавство, а Європейська комісія виступає у ролі координатора в антимонопольній діяльності [5]. Хоча у європейському праві відсутнє визначення природних монополій, однак конкурентне право ЄС охоплює будь-які форми суб'єктів господарювання, виходячи не з їхнього статусу, а з їхнього функціонального призначення. Суб'єкти господарювання, які є операторами послуг загального економічного інтересу, чи які мають ознаки прибуткової монополії, регулюються правилами конкуренції ЄС тією мірою, якою застосування таких правил не заважає виконувати особливі завдання, доручені їм. Відтак поняття загального економічного інтересу є ключовим у закріпленні особливого статусу суб'єкта природних монополій.

Висновки

Можна стверджувати, що в Україні сформована система нормативно-правового регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, однак вона не є досконалою, суперечить вимогам сучасного економічного розвитку нашої країни та потребує реформування з урахуванням міжнародної практики. Інтеграція України в ЄС зумовлює необхідність реформ у сфері нормативно-правового забезпечення діяльності суб'єктів природних монополій. Досвід країн з розвиненими економіками може бути використаний для ефективного реформування законодавства щодо регулювання ринків, які перебувають у стані природних монополій, шляхом стимулювання конкурентних засад в окремих їх сегментах та забезпечення прозорості відносин між суб'єктами природних монополій і державою. При цьому підприємствам, що працюють у стратегічних для держави сферах та мають «загальний економічний інтерес», може бути надано спеціальний правовий статус.

Список використаних джерел:

1. Анохіна І.О. Поняття, принципи і методи регулювання діяльності суб'єктів природних монополій. *Актуальні проблеми держави і права*. 2003. Вип. 21. С. 293–298. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2003_21_57 (дата звернення: 26.03.2021)

2. Базилевич В.Д., Філюк Г.М. Природні монополії: монографія. Київ : Знання, 2006. 367 с.

3. Венгер В.В. Державне регулювання природних монополій в Україні: напрями вдосконалення. *Економіка і прогнозування*. 2006. № 3. С. 65-79. URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/19818/04-Venger.pdf (дата звернення: 29.03.2021).

4. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/436-15 (дата звернення: 29.03.2021).

5. Договір про функціонування Європейського Союзу: Міжнародна угода від 25.03.1992 р. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06 (дата звернення: 25.03.2021).

6. Зведений перелік суб'єктів природних монополій станом на 21.03.2021 р. *Антимонопольний комітет України*. URL: https://amcu.gov.ua/napryami/konkurenciya/arhiv-zvedenogo-pereliku-prirodnih-monopolij (дата звернення: 29.03.2021).

7. Ліщук В., Ліщук М., Московчук А. Регулювання природних монополій: теорія, механізм реалізації та сучасні тенденції. *Економічний часопис Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*. 2018. № 1. С. 8–16. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/echcenu_2018_1_3 (дата звернення: 01.04.2021).

8. Порядок складання та ведення зведеного переліку суб'єктів природних монополій, затверджений розпорядженням Антимонопольного комітету України 28.11.2012 № 874-р. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2119-12#Text (дата звернення: 29.03.2021).

9. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12 (дата звернення: 01.04.2021).

10. Про захист економічної конкуренції. Закон України від 11 січня 2001 року № 2210-III. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text (дата звернення: 01.04.2021).

11. Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Закон України 22 вересня 2016 року № 1540-VIII. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-19#Text (дата звернення: 29.03.2021).

12. Про природні монополії. Закон України від 20 квітня 2000 року № 1682-III. *База даних «Законодавство України»/ВР України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-14#Text (дата звернення: 29.03.2021).

13. Раімов Р.І. Адміністративно-правове регулювання діяльності суб'єктів природних монополій у сферах енергетики та комунальних послуг : дисертація ... канд. юрид. наук, спец.: 12.00.07 ; наук. кер. В.М. Завгородня. Суми: СумДУ, 2020. 235 с. URL: https://essuir.sumdu.edu.ua/handle/123456789/77998 (дата звернення: 01.04.2021).

14. Роз'яснення з питань застосування законодавства у сфері державної допомоги № 3 пп/дд від 20.03.18 р. *Антимонопольний комітет*. URL: http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=140736&schema=main (дата звернення: 25.03.2021).

Oksana Orlova. Legal principles of functioning of natural monopolies

The article focuses on the key problems of the regulatory measures applied to the activities of subjects of natural monopolies. The author analyzed the legal essence of the concept of natural monopoly and outlined its features in accordance with the Ukrainian legislation. Furthermore, the legal status of the subjects of natural monopolies was determined, and the analysis of the basic regulatory acts regulating their activities, in particular, the respective provisions of the Commercial code of Ukraine and the Law of Ukraine "On natural monopolies", was performed.

The article analyzed the major commitments of natural monopolies, such as compliance with the established pricing, standards and indicators of safety and quality of goods, conditions and rules of business activities specified in the licenses, keeping separate records, ensuring non-discriminatory sale of the manufactured goods to consumers, etc. Emphasis is put on the fact that there is no concept of natural monopoly in the legislation of the EU countries, and instead, such concept as "legal monopoly", which entails the existence of special and exclusive rights that the state can grant to enterprises (normally, the state ones) to ensure fulfillment of public commitments, is established. A number of Ukrainian and foreign specialists argue that natural resources are a relic of the past and pose an obstacle to the economic development of the country. Certain areas of economic activity, such as electricity supply or gas transportation, are no longer considered natural monopolies and are increasingly affected by competition due to technological change. In the EU countries, state intervention in particular areas of the economy in circumstances leading to the violation of the public interest or the emergence of a monopoly status of a business entity is a well-established legal practice.

The conclusion made based on the findings is that, although the Ukrainian system of legal regulation of the activities of subjects of natural monopolies is well-developed, it leaves much to be desired and contradicts the requirements of modern trends of economic development of our country. Thus, there is a necessity in its further reformation with regard to the international practice. The experience of the developed economies can be followed to effectively reform legislation in the field of the regulation of markets that are in the state of natural monopolies by stimulating competition in particular segments and ensuring transparency in relations between natural monopolies and the state authorities.

Key words: natural monopoly, legal monopoly, competitive relations, business entity, Antimonopoly Committee.

УДК 346.5
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.16

Віталій Юдін,
аспірант IV курсу за спеціальністю 081 «Право»
Інституту економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова
Національної академії наук України

РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ ЦИФРОВІЗАЦІЇ ЕКОНОМІКИ

Останнім часом у зв'язку з бурхливим розвитком комп'ютерної техніки і комп'ютерних мереж загального доступу виникла можливість перенесення частини діяльності господарюючих суб'єктів і державних органів управління у так званий «кіберпростір», під яким варто розуміти циркуляцію вмісту локальних і глобальних мереж, об'єднаних Інтернетом.

Формування принципово нового технологічного середовища на базі сучасних цифрових технологій істотно впливає на економіку, політику і соціальні процеси сучасного світу. Вплив сучасної технологічної революції («цифрової революції») поширилося на систему права як на національному, так і на міжнародному рівні.

Реформування економіки України та інтеграція національного ринку у світову економічну систему потребують упровадження сучасних інформаційних систем та технологій у діяльність вітчизняних компаній. Окрім того, розвиток цифрових технологій значно вплинув на організацію господарської діяльності. Особливості суспільних відносин, які виникають у цифровому середовищі, потрібно враховувати під час нормативного та інституційного забезпечення сфери господарювання. Євроінтеграційний напрям гармонізації законодавства впливає і на модель застосування в Україні цифрових технологій для ведення господарської діяльності.

Цифровізація економіки формує нові взаємовідносини між владою та бізнесом, які виникають у зв'язку з використанням цифрових технологій. Цифровізацію економіки треба розглядати як інструмент розвитку, а використання цифрових технологій – як стимулюючий чинник розвитку суспільства та економіки. Окрім того, системне використання цифрових технологій впливає на підвищення рівня та поліпшення умов життя населення.

У сучасних умовах цифровізації економіки переважна більшість підприємств є активними учасниками господарських відносин. Як показує практика, для успішного економічного розвитку будь-якого бізнесу необхідне розроблення актуальної стратегії, що ґрунтується на засадах цифрової економіки.

Сучасна економіка є досить складною сферою суспільного життя з огляду на різноманітність видів господарської діяльності та її суб'єктів, форм та засобів державного регулювання, динамізм та інноваційний характер господарського життя, що відображається на правовому регулюванні відносин у сфері господарювання.

Статтю присвячено новаціям у складі господарських відносин в умовах цифровізації та пов'язаним із цим проблемам правового регулювання. Розглянуто особливості суб'єктного та об'єктного складу таких відносин. Проаналізовано проблеми врегулювання господарських відносин в умовах цифровізації.

Ключові слова: цифрова економіка, цифровізація, правове регулювання, віртуальні об'єкти, віртуальні підприємства, господарські відносини.

Постановка проблеми. Сьогодні використання цифрових технологій призводить до трансформації відносин між учасниками господарської діяльності в таких галузях, як енергетика, будівництво, банківська справа, транспорт, роздрібна торгівля, освіта, охорона здоров'я, ЗМІ, безпека тощо. Повсякчасне ускладнення суспільних інститутів розвитку і відносин, основою яких усе частіше виступають сучасні цифрові технології, що викликають експоненціальне зростання потоків даних, висуває на перший план питання про формування та становлення цифрової економіки в Україні. Отже, відносини в умовах цифровізації економіки потребують особливого регулювання, що має стимулювати суспільно корисне застосування таких технологій та попередження зловживання ними.

Комплексний характер відносин у сфері економіки з огляду на склад їх учасників (частина з яких є носіями приватних інтересів, інша – публічних), принципів та засобів регулювання (включаючи поєднання державного регулювання із саморегулюванням), обмеження принципу свободи бізнес-діяльності на користь загальносуспільних інтересів (передусім, законних інтересів біль-

© В. Юдін, 2021

шості – споживачів, дрібних підприємців, найманих працівників) потребують відповідного нормативно-правового регулювання, що має відображати специфіку економічної сфери [1, с. 85–86].

Окремі аспекти правового регулювання цифровізованих господарських відносин із метою їх соціального спрямування досить активно висвітлюються в наукових працях щодо: господарсько-договірних відносин (О. Беляневич), щодо електронного бізнесу (О. Вінник), відповідальності та захисту прав споживачів у сфері е-комерції (А. Шабліенко, М. Кузьміна), ролі саморегулювання у сфері цифрової економіки (О. Гончаренко), віртуальних підприємств та електронних ресурсів (В. Кочин, К. Єфремова), електронних публічних реєстрів (О. Шаповалова) та ін.

Метою статті є дослідження господарських відносин в умовах цифровізації та вирішення проблем їх нормативно-правового регулювання, зумовлених використанням цифрових технологій, та визначення основних шляхів вирішення.

Виклад основного матеріалу. Предметом господарського права є господарські відносини (ГВ). Це відносини, що виникають не лише у сфері економіки, а й мають ще низку специфічних ознак. До таких ознак належать: сфера виникнення відносин – господарювання будь-якого рівня (державного, територіального, локального); зміст – безпосереднє здійснення господарської діяльності (виготовлення продукції, виконання робіт, надання послуг) та/або організація/керівництво такою діяльністю; особливий суб'єктний склад (суб'єкти господарювання, суб'єкти організаційно-господарських повноважень, споживачі, негосподарюючі суб'єкти, які вступають у господарське життя для задоволення своїх господарських потреб); поєднання майнових та організаційних елементів; значний ступінь правового регулювання на рівні актів законодавства в поєднанні із саморегулюванням (договірним, корпоративним, на рівні актів саморегулівних організацій, кодексів етики тощо). На підставі узагальнення зазначених ознак можна дати таке доктринальне визначення: господарські правовідносини – це врегульовані нормами права суспільні відносини, котрі виникають у сфері господарювання щодо безпосереднього здійснення господарської діяльності та/або організації/керівництва такою діяльністю, характеризуються особливим суб'єктним складом, а також поєднанням організаційних та майнових елементів.

Легальне і більш лаконічне визначення цього поняття закріплено в ч. 1 ст. 1 Господарського кодексу України (далі – ГК): господарськими визнаються відносини, що виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання [2].

Економіка країни – досить складна сфера суспільної діяльності. Відповідно, складними є господарські відносини, що виникають у цій сфері. Наявність у господарських відносинах загальних рис, що притаманні всім або переважній більшості їх видів, зумовлює так зване загальне правове регулювання цих відносин: щодо основних засад створення, діяльності та припинення суб'єктів, їх майнової основи, договірних засад взаємовідносин між ними, відповідальності за порушення встановленого порядку у сфері господарювання, у тому числі у сфері економічної конкуренції, негативних наслідків неефективного господарювання у формі визнання цих суб'єктів банкрутами. Разом із тим господарські відносини надзвичайно різноманітні, що спричинено складністю господарського життя: багатогалузевістю сучасної економіки, різними умовами господарювання залежно від певних категорій об'єктів, певних територій, щодо певних суб'єктів, незвичних умов господарювання (надзвичайних ситуацій, військового стану) тощо [2].

Відповідно до ст. 3 ГК України, сферу господарських відносин становлять господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини.

Господарсько-виробничими є майнові та інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання під час безпосереднього здійснення господарської діяльності.

Під організаційно-господарськими відносинами у цьому Кодексі розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю.

Внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами [3].

У розумінні чинного законодавства України господарська діяльність – це діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність.

Одним з аспектів щодо правових засобів регулювання господарських відносин є договір. У ч. 1 ст. 67 Господарського кодексу (ГК) України, ухваленого Верховною Радою 16 січня 2003 р. [3], зазначено, що відносини підприємства з іншими підприємствами, організаціями, громадянами в усіх сферах господарської діяльності здійснюються на основі договорів, тому для укладення господарського договору велике значення надається питанню форми договору. Ст. 181 ГК України встановлено обов'язковість укладення господарського договору у письмовій формі. Із прийняттям Закону України «Про електронну комерцію» від 3 вересня 2015 р. [4] набуває актуальності дослідження питання електронної форми договору, що значно спростить суб'єктам господарювання порядок укладення електронних господарських договорів та дасть змогу узгодити норми законодавства щодо електронної та письмової форм договору.

Вплив цифрових технологій на ведення господарської діяльності та цифровізацію економічних відносин в Україні є предметом дискусій юристів та наукових співтовариств. Виникло поняття «цифрової економіки», яке призводить до осучаснення напрямів розвитку права.

Окрім того, Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр., схвалена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р, визначає основну мету цифровізації – досягнення цифрової трансформації існуючих та створення нових галузей економіки, а також трансформація традиційних сфер життєдіяльності в нові, більш ефективні та сучасні сфери. Ця мета значною мірою досягнута, оскільки з'явилися нові сфери економіки, що безпосередньо пов'язані із цифровізацією (телекомунікаційна, електронних довірчих послуг, електронної комерції), а в традиційних – з'явилися електронні аналоги традиційних послуг (зокрема, електронні фінансові послуги включно з електронними платежами).

Такі зміни позначилися на господарських відносинах та їх правовому регулюванні. Так, класичний склад правовідносин (суб'єкти, об'єкти, зміст правовідносин, що включає конкретну поведінку суб'єктів правовідносин та її юридичне закріплення нормами права у вигляді суб'єктивних прав та юридичних обов'язків) в умовах цифровізації набуває досить своєрідного забарвлення, у зв'язку з чим виникає проблема кваліфікації нових суб'єктів (віртуальних підприємств зокрема), нових нематеріальних об'єктів (сайтів, Інтернет-платформ, штучного інтелекту, ботів, інших об'єктів віртуальної реальності), визначення особливості договірних зв'язків та умов забезпечення економічної конкуренції, відповідальності тощо в нових умовах.

Цифровізація сфери господарювання як упровадження в ній цифрових технологій зумовила формування цифрової економіки (ЦЕ) як такої, що базується на згаданих технологіях [2].

Основні риси цифрової економіки: 1) заснована на домінуючому застосуванні цифрових технологій; 2) її результатом є електронні товари та послуги, вироблені за допомогою електронного бізнесу, торгівля якими ведеться за допомогою електронних засобів; 3) передбачає створення мережі суб'єктів господарювання шляхом створення та обміну цифровими активами, які протікають поза реальним світом та не мають фізичного носія (тобто стають віртуальними активами) на тлі розвитку Інтернету; 4) є новою соціокультурною реальністю сучасного світу, яка формується в межах «грошової цивілізації» [5, с. 78–79].

З огляду на класичний склад правовідносин (суб'єкти, об'єкти, зміст правовідносин), зупинимося на цих складниках, насамперед щодо новацій у суб'єктному та об'єктному складі.

Окрім традиційних учасників господарських відносин (суб'єкти господарювання зі статусом юридичної особи чи фізичної особи – підприємця, суб'єкти організаційно-господарських повноважень зі статусом юридичної особи або через володіння відповідним обсягом корпоративних прав, споживачі та інші учасники господарських відносин, які беруть у них участь для задоволення своїх господарських потреб: навчальні заклади, лікарні, релігійні та благодійні організації тощо), з'являються нові, серед яких – уповноважені у сфері цифровізації органи держави (Мінцифри [6] зокрема), а також суб'єкти господарювання, які працюють у віртуальному середовищі з ознаками фізичної чи юридичної особи [7, с. 57–58]. Насамперед це стосується так званих віртуальних підприємств як групи осіб зі змінним складом учасників (останні можуть бути як суб'єктами господарювання, так і пересічними громадянами без статусу суб'єкта підприємництва), що не має організаційної єдності як юридична особа. Зазвичай така група осіб використовує один (одні) електронний ресурс (ресурси) – Інтернет-магазин або торговельну Інтернет-платформу для здійснення електронної комерції, на учасників якої законодавець покладає низку обов'язків та відповідальність у разі їх пору-

шення під час виконання обов'язків продавця [8; 9].

Проте визначити, яка саме особа не дотрималася вимог законодавства і, відповідно, має нести відповідальність, досить проблематично, оскільки: 1) такі Інтернет-ресурси є сайтами, правовий режим яких чітко не визначений на рівні прийнятих в офіційному порядку й оприлюднених на сайті Верховної Ради України нормативно-правових актів; 2) законодавець закріплює визначення сайтів та їхніх власників лише в ракурсі захисту авторських прав [10], не розрізняє види сайтів, зокрема ті, що використовуються з метою отримання прибутку або сприяють прибутковості діяльності осіб, що використовують сайт для поширення інформації про товари, роботи, послуги; 3) встановити власника сайта або особу, яка фактично його використовує для просування своїх товарів, робіт, послуг, інформації, проблематично, оскільки відсутній офіційний відкритий реєстр таких осіб (принаймні його вельми проблематично знайти), а на практиці пропонується звертатися до Центру компетенції в структурі Консорціуму «Український центр підтримки номерів і адрес» (УЦПНА) [11] з огляду на наявність делегованих повноважень у об'єднання підприємств «Український мережевий інформаційний центр» (ОП УМІЦ)) [7, с. 58].

Складність відносин на цифровізованих ринках зумовлює комплексний підхід до захисту прав споживачів із погляду дотримання їх нових – цифрових, а також традиційних прав – щодо якості, комплектності, вартості товарів/робіт/послуг, своєчасного виконання тощо. Разом із тим скоординованої системи таких органів немає, а кожен з уже створених діє відповідно до повноважень у певній сфері/галузі: цифровізації, традиційних товарів і насамперед продуктів харчування, телекомунікаційних послуг тощо [7, с. 58].

Цифровізація чинить свій вплив не лише на суб'єктів права, а й на об'єкти права, центральне місце серед яких займає інформація. Упровадження інформаційних технологій призводить до появи і нових способів створення речей (наприклад, 3D-принтер), що, своєю чергою, потребує визначення правового режиму створюваних об'єктів. Йдеться не лише про адаптацію права, застосування вже існуючих норм до нових відносин, а й вироблення нових норм, необхідних для регулювання відносин щодо віртуальних об'єктів [12].

Б. Тетерятник зазначає, що той чи інший елемент господарських відносин має бути визнаний віртуальним за умови його відповідності хоча б одній з ознак: якщо він «не має фізичного втілення» або ж «відрізняється від реальності». Як може видатися на перший погляд, для цілей правового регулювання господарських відносин подібні ознаки могли б бути трансформовані в єдину ознаку нематеріальності [13, с. 65]. «Нематеріальність» у господарській діяльності не є чимось новим для законодавця. Так, відповідно до приписів ч. 1 ст. 139 Господарського кодексу України від 16 січня 2003 р. № 436-IV (далі – ГК України), майном у ГК України визнається сукупність речей та інших цінностей (включаючи нематеріальні активи), які мають вартісне визначення, виробляються чи використовуються в діяльності суб'єктів господарювання та відображаються в їх балансі або враховуються в інших передбачених законом формах обліку майна цих суб'єктів [3]. Тобто якщо йдеться про будь-який актив, що відповідає викладеним у ч. 1 ст. 139 ГК України ознакам, не має фізичного вираження та відрізняється онтологічно від буття матеріального, необхідно вести мову про нематеріальні активи як складник майна у сфері господарювання. Прикладом тут може слугувати використання в господарській діяльності комп'ютерного програмного забезпечення, патентів, авторських прав, ліцензій, квот, франшиз тощо [13, с. 65].

Загалом же аналіз чинного законодавства України, насамперед положень Цивільного кодексу України від 16 січня 2003 р. № 435-IV [14] і Податкового кодексу України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI [15], дає змогу виокремити такі групи та види нематеріальних активів у складі майна суб'єктів господарювання: 1) майнові права: а) права користування природними ресурсами (право користування надрами, право користування іншими природними ресурсами, право користування геологічною й іншою інформацією про природне середовище тощо); б) права користування майном (право користування земельною ділянкою, право користування будівлею, право на оренду приміщень тощо); 2) права інтелектуальної власності: а) права на комерційні позначення (права на торгові марки, права на комерційні (фірмові) найменування тощо); б) права на об'єкти промислової власності (права на винаходи, права на корисні моделі, права на промислові зразки, права на сорти рослин, права на породи тварин, права на компонування інтегральних мікросхем, права на комерційні таємниці тощо); в) авторське право та суміжні з ним права (права на літературні, художні й інші твори, права на комп'ютерні програми, права на програми для електронно-обчислювальних машин, права на компіляції даних

(баз даних), права на виконання, права на фонограми, права на відеограми, права на програму (передачу) організації мовлення тощо); 3) інші права (права на здійснення діяльності, права на використання економічних та інших привілеїв тощо) [13, с. 66].

Процес віртуалізації господарських відносин безпосередньо пов'язаний із виникненням і введенням у господарський оборот нового класу віртуальних цінностей. Закінчуючи дослідження ціннісної сутності об'єктів віртуалізації за аксіологією, у роботах цей факт сприймається як звершений і такий, що суттєво впливає на систему сучасного світового господарювання. Разом із тим існує необхідність запровадження ефективного механізму правового регулювання спровокованих подібними процесами трансформацій у системі господарських відносин. Як свідчить історія, а саме розгортання «кризи доткомів» 2000-х років, ігнорування таких змін, зокрема і з боку законодавця, призводить до негативних наслідків не лише на рівні національної економіки, а й на рівні світової економіки загалом.

Законодавче регулювання новітніх форм господарсько-правових відносин має виходити з формування принципово нового підходу до їх правового забезпечення. Традиційні господарсько-правові інститути вже не здатні забезпечити повною мірою належний правовий супровід новим відносинам у сфері господарювання, що формуються сьогодні в умовах суттєвого впливу на окреслену сферу досягнень галузі інформаційно-комунікаційних технологій [13, с. 66].

Залучення України до процесів глобалізації цифрового економічного простору вимагає розроблення концептуальних засад цифровізації вітчизняної економіки та створення належного правового забезпечення відносин, що складаються в процесі формування та подальшого функціонування цифрової економіки. Розпорядженням КМУ схвалено Концепцію розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 рр. (далі – Концепція) [16], яка передбачає здійснення деяких заходів щодо впровадження відповідних стимулів для цифровізації економіки, суспільної та соціальної сфер. Концепція також визначає критичні сфери й проєкти цифровізації, стимулювання внутрішнього ринку виробництва, використання й споживання цифрових технологій тощо. Проте деякі базові напрями цифрового розвитку в Концепції регламентовані фрагментарно (це стосується, наприклад, цифровізації реального сектору економіки), а її вихідні положення не завжди корелюються з положенням інших секторальних актів стратегічного й програмного рівня регулювання. Сповільнює масштабну цифровізацію суспільного виробництва й відсутність системно-структурних і змістовних зв'язків між нормативними актами як концептуального, стратегічно-програмного рівня регулювання у цій царині, так і актами загального та спеціального рівня регулювання.

Убачається, що ГК України як стрижневий для регулювання сфери господарювання законодавчий акт повинен визначати особливості правового регулювання господарських відносин у цифровому форматі. Однак у Розділі VI ГК України, присвяченому особливостям правового регулювання в окремих галузях господарювання, нині відсутня відповідна глава, яка б визначала ці особливості на цифровому ринку та/або з приводу цифрових об'єктів, що є результатами господарської діяльності, тощо [3, с. 23–24].

Для України у питанні цифрової економіки важливим є IT-досвід Білорусі, де 21 грудня 2017 р. було прийнято декрет «Про розвиток цифрової економіки», у результаті чого вона стала першою країною у світі, яка узаконила смарт-контракти. Основні пункти декрету стосуються: створення, навчання нейронних мереж та інших алгоритмів у спеціалізованих розділах штучного інтелекту, реалізація результатів цієї діяльності; діяльності криптовалютних бірж; розроблення, обслуговування, експлуатації та реалізації систем безпілотного управління транспортними засобами; розроблення та застосування медичних технологій, біотехнологій; освітня діяльність у сфері інформаційно-комунікаційних технологій, зокрема через Інтернет; спрощується порядок проведення розрахунків із використанням електронних грошей, проведення у визначеному порядку валютних операцій, пов'язаних із досягненням капіталу, тощо [17].

Одним із найдинамічніших компонентів процесу цифровізації є правовідносини між суб'єктами, що виникають із приводу об'єктів та відбуваються віртуально. Звісно, на законодавчому рівні вже визнано юридичну силу віртуальних відносин. Для прикладу можна сказати, що в рамках чинного законодавства відбувається й укладення договорів, й настання юридичних наслідків у результаті висловлення власної думки в Інтернет-середовищі, й притягнення до юридичної відповідальності за скоєння злочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних мереж. Разом із тим чинні нормативно-правові акти не в змозі охопити всі правовідносини, що виникають та стрімко розвиваються в умовах цифровізації, і це ще раз доводить необхідність створення спеціальних правил

поведінки осіб, що є суб'єктами віртуальних правовідносин [18].

Висновки

Отже, в умовах цифровізації економіки господарські відносини зазнали істотних змін. Зокрема, з'явилися нові складники таких відносин: віртуальні підприємства та віртуальні об'єкти, електронна форма зв'язків, включаючи договори, а також пов'язані із цим проблеми правового режиму згаданих об'єктів, відповідальності віртуальних підприємств та їх учасників, а також визначення їхньої частки на ринку та/або наявності узгоджених дій, що потребують попереднього дозволу антимонопольних органів, застосування відповідальності до таких осіб. Притаманна для згаданих суб'єктів та об'єктів віртуальність та пов'язані із цим ризики свідчать про необхідність відображення на рівні законодавства специфіки господарських відносин у цифровій економіці.

Системне правове забезпечення цифровізації господарських відносин пов'язане з повномасштабним формуванням системи законодавства про цифрову економіку (розвиток цифрової економіки), що має ґрунтуватися на пріоритетах інтеграції до єдиного цифрового ринку ЄС та враховувати галузеву специфіку вітчизняного виробництва в процесі його цифрової трансформації. Залучення України до процесів глобалізації цифрового економічного простору вимагає розроблення концептуальних засад цифровізації вітчизняної економіки та створення належного правового забезпечення відносин, що складаються в процесі формування та подальшого функціонування цифрової економіки.

Список використаних джерел:

1. Вінник О.М. Потенціал Господарського кодексу в ракурсі цифровізації економіки та соціального її спрямування. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 2. С. 85–92.

2. Вінник О.М., Шаповалова О.В. Господарське право в умовах цифровізації економіки : навчальний посібник / за заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 314.

3. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 04.02.2021).

4. Про електронну комерцію : Закон України від 3 вересня 2015 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/675-19 (дата звернення: 04.02.2021).

5. Гриценко О.А. Цифрова економіка: сучасні виклики для економістів та правознавців. *Економічна теорія та право*. 2018. № 2(33). С. 79–99.

6. Питання Міністерства цифрової трансформації : Постанова Кабінету Міністрів України від 18.09.2019 № 856. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/856-2019-%D0percentageBF (дата звернення: 01.05.2020).

7. Вінник О.М. Господарські відносини в умовах цифровізації та їх правове регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 56–62.

8. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12 (дата звернення: 15.10.2020).

9. Про авторське право та суміжні права : Закон України від 23 грудня 1993 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12 (дата звернення: 04.05.2020).

10. История создания Центра компетенции. URL: https://web-fix.org/ru/о-нас/история-создания-центра-компетенции/ (дата звернення: 01.05.2020).

11. Шапенко Л.О., Ткаченко Є.М. Теоретико-правові аспекти розвитку цифрової економіки в Україні. *Інтернаука. Серія «Юридичні науки»*. 2019. № 4. URL: https://er.nau.edu.ua/handle/NAU/40191 (дата звернення: 15.10.2020).

12. Тетерятник Б. Віртуалізація господарської діяльності: сутність і загальні засади правового регулювання в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 11. С. 64–69.

13. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 11.10.2020).

14. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 11.10.2020).

15. Податковий кодекс від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Офіційний портал Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17.

16. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-р/page (дата звернення: 15.10.2020).

17. Цифрова революція в Білорусії: у країні легалізували криптовалюти. URL: https://mind.ua/news/20179963-cifrova-revolyuciya-v-bilorusi-u-krayini-legalizuvali-kriptovalyuti (дата звернення: 15.10.2020).

18. Мілаш В.С. Цифровізація господарських відносин: теоретико-правові засади. *Матеріали круглого столу «Цифровізація сучасних бізнес-процесів як вектор нової економічної політики*. Інтернет-видання, 2019. С. 23–24.

Vitalii Yudin. Regulation of economic relations in the context of digitalization of the economy

Recently, due to the rapid development of computer technology and public access computer networks, it has become possible to transfer part of the activities of economic entities and government agencies in the so-called "cyberspace", which should be understood as the circulation of content local and global networks connected by the Internet.

The formation of a fundamentally new technological environment based on modern digital technologies significantly affects the economy, politics and social processes of the modern world. The impact of the modern technological revolution (the "digital revolution") has spread to the legal system, both nationally and internationally.

Reforming Ukraine's economy and integrating the national market into the world economic system requires the introduction of modern information systems and technologies in the activities of domestic companies. In addition, the development of digital technologies has significantly affected the organization of economic activity. Peculiarities of public relations that arise in the digital environment must be take into account in the regulatory and institutional support of the economic sphere. The European integration direction of harmonization of legislation also influences the model of application of digital technologies for conducting business activity in Ukraine.

The digitalization of the economy is shaping the new relationship between government and business that is emerging from the use of digital technologies. The digitalization of the economy should be seen as a tool for development, and the use of digital technologies as a stimulus for the development of society and the economy. In addition, the systematic use of digital technologies has the effect of raising the level and improving the living conditions of the population.

In today's digitalization of the economy, the vast majority of enterprises are active participants in economic relations. As practice shows, for the successful economic development of any business it is necessary to develop a relevant strategy based on the principles of the digital economy. The modern economy is a rather complex sphere of public life given the diversity of economic activities and its subjects, forms and means of state regulation, dynamism and innovative nature of economic life, which is reflect in the legal regulation of economic relations.

The article is devoted to innovations in the composition of economic relations in the context of digitalization and related problems of legal regulation. The peculiarities of the subject and object composition of such relations are considered. The problems of settlement of economic relations in the conditions of digitalization are analyze.

Key words: digital economy, digitalization, legal regulation, virtual objects, virtual enterprises, economic relations.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.17

Ніна Гетьманцева,
докт. юрид. наук, доцент,
завідувачка кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича
ORCID ID: 0000-0002-3859-3046

Ганна Митрицька,
канд. юрид. наук,
асистент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ПРИРОДА ТА СУТНІСТЬ ІНДИВІДУАЛЬНО-ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ НАЙМАНОЇ ПРАЦІ

У статті розкрито правову природу індивідуально-договірного регулювання трудових відносин, основу якого становить трудовий договір.

Підкреслено, що вивчення проблем правозастосування лише в рамках позитивізму є і несприйнятливим, і неефективним, бо право вже давно сприймається як соціальне явище, а це означає, що має бути відкритий простір для широкого кола індивідуальних, колективних регуляторів, серед яких слід назвати трудовий, колективний договори. Констатовано, що договірне правозастосування, як і договірна правотворчість, є об'єктивною, закономірною реальністю. Договірне правозастосування є одним із різновидів правозастосовної діяльності.

Зауважено, що за надання відповідного значення індивідуальним актам у правовому регулюванні було б нелогічним не виділяти нормативно-правову природу індивідуально-договірного регулювання, адже сутність індивідуально-договірного способу регулювання полягає в тому, що вплив на свідомість і подальшу поведінку конкретного працівника здійснюється різними індивідуальними правовими засобами у їх співвідношенні і поєднанні з колективно-договірними та державними правовими засобами, що не виключає їх специфіку.

Розкриваючи правову природу договірного регулювання, акцентуємо увагу на тому, що право як соціальна цінність як свою основу має насамперед людину та її права, тому державне регулювання насамперед визначає не зміст трудових відносин, а межі прав суб'єктів трудових відносин, даючи їм змогу врегульовувати свої відносини на індивідуально-правовій та колективно-правовій основі шляхом трудового, колективного договорів, соціально-партнерських угод. Досліджуючи договірне регулювання трудових відносин, підкреслюємо основну його відмінну рису: воно здійснюється шляхом договору, в основі якого лежить угода сторін.

Стверджується, що договірні відносини є правовими відносинами, а індивідуально-договірне регулювання є видом правового регулювання.

Доходимо висновку, що трудовий договір, який є основою індивідуально-договірного регулювання, належить до змішаних правових договорів, де у його змісті наявні як нормативні, так й індивідуальні правові приписи.

Ключові слова: індивідуально-договірне регулювання, трудовий договір, трудові відносини, договірний характер, правове регулювання.

Постановка проблеми. Історично склалося так, що теорія договору стала пріоритетною проблемою цивільного права, тому будь-які спроби удосконалити, адаптувати договір до ринкових умов уже якби передбачають цивільно-правовий підхід до реформування будь-якої галузевої науки. Розширення договірної свободи в трудовому праві не має сприйматися як розширення сфери дії цивільного права. Насправді, теорія договору – це загальногалузева проблема, якою повинна займатись перш за все теорія права. Договір, проявляючи свої найважливіші риси, дає змогу враховувати галузеву специфіку, зокрема, трудового права [1, с. 66].

Метою статті є дослідження природи індивідуально-договірного регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці.

© Н. Гетьманцева, Г. Митрицька, 2021

Проблема договору в праві не була обділена увагою представників теорії права, а також окремих галузей права. Щодо трудового права необхідно вказати на праці дослідників теоретичних і науково-практичних проблем трудового договору та його історії, а саме роботи І.С. Войтинського, В.М. Гордона, С.Л. Рабіновича-Захарина, Л.С. Таля. В подальшому розробляли теорію та досліджували історію трудового договору Н.Г. Александров, Б.К. Бегичев, А.К. Безіна, Е.Н. Боднаренко, Л.Ю. Бугров, Н.Б. Болотіна, П.А Бущенко., С.Ю. Головіна, К.Н. Гусов, В.М. Догадов, І.В. Зуб, В.І. Курілов, Р.З. Лівшиць, А.М. Лушников, М.В. Лушникова, В.В. Лазор, О.І. Процевський, П.Д. Пилипенко, С.М. Прилипко, В.І. Нікітинський, Ю.П. Орловський, А.С. Пашков, А.Е. Пашерстник, А.І. Ставцева, В.Н. Толкунова, К.Л. Уржинський, А.А. Фатуєв, Е.Б. Хохлов, О.М. Ярошенко. Проте «важко назвати яке-небудь питання в трудовому праві, яке би за привабливістю серед юристів отримало більш часте висвітлення в науково-практичній літературі, ніж трудовий договір», який є основою індивідуально-договірного регулювання суспільних відносин у сфері найманої праці. Пояснюється це тим принципово важливим значенням, котре має цей інститут у регулюванні трудових відносин [2, с. 81].

Виклад основного матеріалу. Зміст договорів та угод можуть складати як правореалізуючі, так і правоутворюючі положення. Через укладення договору здійснюється самореалізація особи як суб'єкта правових відносин, підвищується правова активність особи. Незважаючи на встановлення відносин підпорядкування, договірна форма залучення до праці є елементом демократії, що опосередковує принцип свободи праці, свободу у виборі професії, роду занять і застосування своїх здібностей [3, с. 123].

Вчення про правозастосування.

Нормотворча функція держави не є єдиною, що визначає рамки договірного регулювання. Крім неї, держава здійснює правозастосовну функцію. Оскільки йдеться про індивідуально-договірне регулювання, то, звісно, постає питання про те, чи не поглинається таке регулювання правозастосовною діяльністю держави. Індивідуально-договірне регулювання, в основу якого закладено трудовий договір, не має розглядатися тільки як акт правозастосовної діяльності з відкиданням ініціативи учасників трудових відносин, їх активності і, звісно, можливості визначати свою правову поведінку. Індивідуально-договірне регулювання є «ширшим поняттям, ніж правозастосовна діяльність» [4, с. 130]. Розуміння права як еманації державної влади передбачало особливу роль держави у формуванні й застосуванні права, що позбавляло інших суб'єктів права можливості встановлювати індивідуальні правові приписи, оголошуючи їх здатними лише реалізовувати уже встановлені суб'єктивні права та обов'язки. Крайня абстрактність і формалізм повністю адекватні і випливають із формального характеру позитивістського вчення про право. Якщо право розглядати як сукупність норм, прийнятих у визначеному порядку, зводити до формальної сторони їх юридичної дійсності, то вчення про правозастосування здатне описувати лише формальну сторону втілення зазначених норм у поведінці суб'єктів, яка виводиться з прийнятого визначення права. У цьому стає зрозумілим виділення особливої ролі держави у правозастосуванні, що виражається у виникненні спеціального поняття застосування права: зведення права до прояву держави передбачає монополію на вжиття заходів примусу, відповідно, можливість реалізації права залежить від того, якою мірою державні органи наділені компетенцією формулювання індивідуальних приписів [5, с. 36]. Таке уявлення почало стверджуватися у радянському правознавстві після публікування статті «К итогам дискуссии о применении норм права» (1955 р.), у якій було підкреслено, що застосування права – це один із способів його реалізації, що пов'язаний із діяльністю компетентних органів. Відтоді у науковій літературі проголошувався виключно державно-владний та управлінський характер правозастосовної діяльності. Однак зміст права як системи правил поведінки не тільки визначається державною волею, а формується на основі загальновизнаних принципів рівності, свободи, різних цінностей, ідей про те, що «людський вимір», зрештою, є пробним каменем і точкою відліку будь-яких перетворень, які здійснюються в суспільстві. Широке розуміння правозастосування було прийнятне ще у дореволюційній доктрині [6, с. 277]. З огляду на вищезазначене традиційне розуміння правозастосування як особливої форми реалізації, прав та обов'язків разом з іншими безпосередніми формами, такими як дотримання, виконання і використання, є неприйнятним. Створення індивідуальних правових приписів здійснюється в результаті правозастосування. Індивідуальні приписи як результат правозастосовного акта – трудового договору виступають насамперед як посередник між правовою нормою, з одного боку, і правовідношенням, з іншого боку. За П.М. Рабіновичем, правозастосовна діяльність є правовою передумо-

вою реалізації прав та обов'язків [7, с. 67–68]. Правовий акт є багатостороннім явищем, тому волевиявлення суб'єктів права одночасно виступають актами реалізації їх прав чи обов'язків у рамках уже наявних правовідносин і створюють на основі норм індивідуальні правові приписи для нових правовідносин. Г. Дам, пробуючи об'єднати позитивізм і природне право, віднайшов дві основні норми. Першою, звісно, є *pasta suns servant*, яка є «вимогою здорового глузду», а друга сформульована ним таким чином: «правом є те, що відповідає волі, ціннісним уявленням, правосвідомості міжнародної спільноти і що загалом дотримується як норма практичної поведінки» [8, с. 12–13].

Вивчення проблем правозастосування лише в рамках позитивізму є і несприйнятливим, неефективним, бо право вже давно сприймається як соціальне явище [9, с. 73], а це означає, що має бути відкритий простір для широкого кола індивідуальних, колективних регуляторів, серед яких слід назвати трудовий, колективний договори. Звісно, вони повинні проявляти свої специфічні регулятивні особливості у взаємодії і насамперед за допомогою принципів права. Крім того, договірне правозастосування, як і договірна правотворчість, є об'єктивною, закономірною реальністю. Договірне правозастосування є одним із різновидів правозастосовної діяльності.

У трудовому праві договірне правозастосування характеризується як договірне регулювання через виділення таких специфічних ознак. Регулювання сторонами трудових відносин здійснюється, як правило, відповідно до норм трудового права, на основі колективно-договірного регулювання, а саме системи актів соціального партнерства, колективних договорів, де проявляється співвідношення державного (централізованого), колективно-договірного (локального) та індивідуально-договірного регулювання й забезпечується реалізація принципів правового регулювання на всіх відповідних стадіях (рівність прав і можливостей, заборона дискримінації тощо). Йдеться про створення умов для реалізації людських можливостей, умов стимулювання здійснення можливостей людини, а також про справедливу оцінку умов її праці, тобто все те, що залежить від держави і роботодавця [10, с. 63]. За такого підходу вбачається за необхідне констатувати домінуюче значення трудового права в аспекті саме захисної функції.

Нормативно-правова природа індивідуально-договірного регулювання.

Індивідуально-договірне регулювання має нормативно-правову природу. Звертаючись до видів правового регулювання, українські вчені, як правило, виділяють два його види, а саме нормативне й індивідуальне [11,с. 411]. Ми приєднуємося до поглядів тих науковців, які розглядають нормативність як властивість самого права. Саме нормативність права створює можливості для виникнення економічної, єдиної, загальнообов'язкової безперервно діючої системи типових масштабів поведінки, яка покликана забезпечувати цілеспрямоване й гармонічне функціонування та розвиток усього суспільства залежно від об'єктивних потреб його членів [12, с. 101]. Рівень нормативності зумовлюється передусім повнотою врегулювання юридичними нормами суспільних відносин, які потребують правової регламентації [12, с. 101]. Саме потенційна і фактична варіативність нормативності права є необхідною умовою виникнення й розвитку правових явищ і процесів, а також конкретних правових систем і безпосередньою умовою оціночного розуміння, сприйняття й можливості їх розвитку та вдосконалення [12, с. 107]. Нормативність є найбільш визначальною, специфічною властивістю сучасного права, яка характеризує його як явище соціальної дійсності і без якого існування права є неможливим, оскільки саме наявність у структурі права правових приписів (норм) дає можливість визначити його як соціально необхідне (значуще) явище, створене у суспільстві для врегулювання відносин між його членами шляхом надання їм суб'єктивних прав і покладення на них юридичних обов'язків, які закріплені у змісті норм права [12, с. 105].

За надання відповідного значення індивідуальним актам у правовому регулюванні було б нелогічним не виділяти нормативно-правову природу індивідуально-договірного регулювання, адже сутність індивідуально-договірного способу регулювання полягає в тому, що вплив на свідомість і подальшу поведінку конкретного працівника здійснюється різними індивідуальними правовими засобами у їх співвідношенні та поєднанні з колективно-договірними й державними правовими засобами, що не виключає їх специфіки.

Довгий час існували неоднозначні точки зору не те що на індивідуально-договірне, а на індивідуальне правове регулювання. Як підкреслювалося у юридичній літературі, термін «індивідуальне правове регулювання» і його замінники застосовуються головним чином у загальній теорії радянського права, обережно втілюючись у деякі галузеві науки [13, с. 119]. Воно зазвичай зводилось до регулювання шляхом правових норм, норматив-

них юридичних актів [14, с. 14]. Водночас уже в кінці 70-х – на початку 80-х рр. XX ст. вчені-трудовики говорять про співвідношення нормативного та індивідуального регулювання [15, с. 81], про трудовий договір як форму індивідуального регулювання трудових відносин [16, с. 194], а також про те, що немає ніяких підстав виключати які б то не було індивідуальні акти з механізму правового регулювання [14, с. 47]. Нині йдеться про індивідуально-договірне регулювання як рівень договірного регулювання [17, с. 28]. Отже, індивідуально-договірне регулювання ніким не заперечується. Розкриваючи його правову природу, маємо вказати на те, що право як соціальна цінність у своїй основі має насамперед людину та її права, тому державне регулювання насамперед визначає не зміст трудових відносин, а межі прав суб'єктів трудових відносин, даючи їм змогу врегульовувати свої відносини на індивідуально-правовій та колективно-правовій основі шляхом трудового, колективного договорів, соціально-партнерських угод.

Розвиток сучасної теорії трудового договору, не заперечуючи попереднього досвіду, пов'язаний з дослідженням юридичної конструкції трудового договору щодо основних тенденцій розвитку трудових прав у постіндустріальну епоху, таких як гнучкість (диференціація, індивідуалізація) правового регулювання трудових відносин у єдності зі стабільністю трудового відношення (теорія «гнучкобільності»), зростання ролі «особистої (особистісної) компоненти» трудового договору. Парадигми радянського і пострадянського трудового права суттєво різняться, навіть незважаючи на те, що багато в чому їх понятійний апарат співпадає. Використання «старого одягу» в правовій науці є повністю зрозумілим і виправданим, оскільки зміна однієї правової конструкції іншою завжди здійснюється у визначеному періоді, коли державою проводиться заміна, а в низці випадків шляхом удосконалення одних норм іншими, які більше відповідають вимогам суспільства [18, с. 11]. Проте потрібно пам'ятати, що «будь-яке революційне, нове право, щоби бути соціально ефективним, має органічно поєднуватися зі старим правом, виводитися з нього, щоб не поламати історичну традицію і не суперечити історично сформованим правовим уявленням, історичній правосвідомості народу» [19, с. 270].

В тому, що індивідуально-договірне регулювання, яке здійснюється шляхом укладення трудового договору (в основі якого діє трудовий договір), є правовим, є безсумнівним фактом. На регулятивну функцію договору давно вказувалось у юридичній науці [20, с. 73]. Досліджуючи договірне регулювання трудових відносин, учені підкреслюють основну його відмінну рису: воно здійснюється шляхом договору, в основі якого лежить угода сторін.

Трудовий договір є юридичною конструкцією, шляхом якого здійснюється регулювання суспільних відносин у сфері праці, встановлення в юридичному аспекті значущих прав та обов'язків його суб'єктів. Наявний весь його правовий інструментарій у його традиційному баченні: норми права, правові приписи, що становлять основу договірного права, договірні правовідносини, реалізація прав та обов'язків, можливість державного примусу у разі невиконання обов'язків, тому договірні відносини є правовими відносинами, а індивідуально-договірне регулювання є видом правового регулювання.

Поняття та специфіка договірного регулювання трудових відносин.

Досліджуючи індивідуально-правове регулювання трудових відносин, деякі вчені ставлять знак рівності між автономним і договірним регулюванням як видом індивідуально-правового регулювання. Проте прирівнювати автономне регулювання та договірне – це як ставити знак рівності між колективно-договірним та індивідуально-договірним регулюванням, яке є взаємопов'язаним, але кожне має свою специфіку. Виокремлювати автономне регулювання як вид індивідуально-договірного (правового) регулювання у трудовому праві недоцільно. Вважаємо, що автономне регулювання за своєю природою властиве такій галузі права, як цивільне право, на що вказує сам метод цієї галузі. Автономність організаційно-майнового статусу учасників відносин є ознакою, притаманною майновим відносинам, які є предметом цивільного права. Автономність організаційно-майнового статусу учасників майнових відносин означає, що вони є самостійними суб'єктами, юридично незалежними один від одного. Такі суб'єкти не підпорядковані один одному та не мають владних повноважень над своїм контрагентом [21, с. 17]. Для автономного правового регулювання є характерними такі ознаки, як здійснення шляхом укладення односторонніх правочинів, тобто односторонніх дій (довіреність, заповіт, гарантія, відмова від спадщини, прийняття спадщини); незалежність від волевиявлення інших осіб, отже, правовий режим створюється в односторонньому порядку. Іншим прикладом автономії у цивільному праві є норма, викладена у ст. 12 ЦК України «Здійснення цивільних прав», де закріплено, що особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд.

Як видно з наведених прикладів, правовий режим здійснюється в односторонньому порядку. Постає питання про те, чи передбачено це нормою трудового права. Так, за Н.І. Дівеєвою, одностороннє волевиявлення працівника, що не має яких би то не було владних повноважень, з позицій юридичних фактів за всіма ознаками відповідає односторонній угоді [22, с. 38]. До односторонніх трудових угод Н.І. Дівеєва відносить розірвання трудового договору за ініціативою працівника, розірвання трудового договору за ініціативою роботодавця, відмову працівника від виконання робіт у разі виникнення безпосередньої небезпеки для його життя й здоров'я, обов'язкову вимогу для роботодавця вимоги працівника про переведення на іншу роботу. Вчена зауважує, що в рамках трудового правовідношення основним суб'єктам, а саме працівнику й роботодавцю, надано право здійснювати односторонні дії, і ставить риторичне питання про те, чи будуть вони односторонніми угодами. Звісно, відповісти на це питання потрібно заперечно. В цьому разі автономія передбачає першочергове волевиявлення, свободу свого носія, спрямовану на досягнення правового результату. Перш за все воля потенційного працівника спрямована на укладення трудового договору як угоди, як двостороннього акта, розірвання ж трудового договору, незалежно з ініціативи якої сторони, – це вже буде правовий наслідок, який спрямований на припинення трудового договору. Оперуючи цивільно-правовими конструкціями, автор штучно створює проблеми, відносячи трудові договори до односторонніх угод. Які б односторонні дії не здійснювали сторони трудових відносин, вони будуть виникати, змінюватися чи припинятися з огляду на трудовий договір як двосторонню угоду. Принципова відмінність між режимними вимогами до договорів та одностороннім правочином полягає в тому, що в договорах індивідуальні правила поведінки у вигляді прав та обов'язків сторін формуються в результаті досягнутої ними угоди, а в односторонніх правочинах закон наділяє юридичною силою вольовий акт одного суб'єкта права [23, с. 234].

Повертаючись до нормативної природи індивідуально-договірного регулювання, звісно, маємо розмежовувати «нормативне» (загальне, абстрактне) і «конкретне» (індивідуальне, одиничне), оберігаючи їх від змішування. Н.Г. Александров звертав увагу на можливість здійснення договорів двома частинами: у одній частині вони встановлюють правові норми, а в другій вони фіксують суб'єктивні права та обов'язки сторін, називаючи такі договори договорами змішаного типу. При цьому він зауважував, що наявність договорів із двоякою юридичною природою не ліквідовує необхідності суворого розмежування понять «договір-угода» і «нормативний договір» [20, с. 72]. Отже, нормативно-індивідуальним необхідно вважати договір, що одночасно створює як нормативні, так і індивідуальні приписи. Трудовий договір, який лежить в основі індивідуально-договірного регулювання, є передусім джерелом суб'єктивних прав та обов'язків суб'єктів трудових відносин, отже, підзаконним правовим актом. Відповідно, вирішення цього питання необхідно шукати з абстрагуванням від загального розуміння природи змішаних нормативно-індивідуальних правових актів. Саме за абсолютизацією принципу *terbium non dater* (третього не дано, тобто будь-який правовий акт може бути або нормативним, або ненормативним) змішані акти необхідно виділяти в окрему самостійну групу [24, с. 29]. У тій частині, в якій вони містять правові норми, їх необхідно вважати нормативними, а в тій частині, де вони містять індивідуальні приписи, – правозастосовними.

Нормативна основа права складається з трьох елементів, а саме дозволів, велінь і заборон. Звісно, дозвільний тип правового регулювання трудових відносин є основою індивідуально-договірного регулювання. Однак це не означає витіснення дозвільним елементом інших компонентів, «пластів» юридичної матерії, а саме заборон і примусу. Присутність у нормах права великої кількості дозвільних елементів ще не означає великого об'єму свободи. Все залежить від якості, а не від кількості таких елементів дозвільного чи заборонного характеру, які у трудовому праві визначаються насамперед тим, наскільки у них присутні інститути, які можуть забезпечувати таку загальність, а таких інститутів достатньо: інститут трудового договору, інститут робочого часу, часу відпочинку, інститут заробітної плати, тому розмежувати змішані нормативно-індивідуальні акти на правотворчі і правозастосовні акти все ж таки можливо. Перш за все тут необхідно поміняти акцент із змістовного на правоустановчий [25, с. 108]. Правовий акт, яким встановлюється нова правова норма, де забезпечується така можливість відповідними інститутами, необхідно визнати нормативним, якщо ж крім правових норм створюються також індивідуально-правові приписи, де не забезпечується така можливість відповідними інститутами, це буде нормативний акт з індивідуальним елементом. Отже, використовуючи ці критерії, можемо класифікувати (розділити) змішані дого-

вори на нормативні договори з індивідуальним змістом (індивідуальними приписами) та індивідуальні договори з нормативним змістом. Відповідно, перша група договорів буде віднесена до правотворчих актів, джерел нормативного регулювання, друга група договорів – до правозастосовних актів, джерел піднормативного регулювання.

Висновки

Індивідуально-договірне регулювання виступає видовим поняттям до родового (правового) регулювання. Це дає підстави стверджувати, що індивідуально-договірному регулюванню властиві всі ознаки правового регулювання. Водночас воно має свої специфічні (видові) ознаки, що зумовлені характером трудових відносин, в основі яких закладена праця.

Індивідуально-договірне регулювання складає специфіку розвитку трудового права як галузі та становить основу удосконалення правового регулювання трудових відносин.

Трудовий договір, який є основою індивідуально-договірного регулювання, належить до змішаних правових договорів, де у його змісті наявні як нормативні, так і індивідуальні правові приписи.

Список використаних джерел:

1. Гетьманцева Н.Д. Договір як підстава застосування закону до конкретних відносин праці. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2003. Вип. 187. С. 66–77.

2. Басалаева С.П. К вопросу о правовой природе трудового договора. *Правоведение*. 2003. № 4. С. 81–93.

3. Гетьманцева Н.Д. Еволюція поняття трудового договору. *Ерліхівський збірник*. 2002. Вип. 3. С. 149–154.

4. Гетьманцева Н.Д. Новація умов трудового договору. *Юридична Україна*. 2007. № 3. С. 64–70.

5. Правоприменение: теория и практика / отв. ред. Ю.А. Тихомиров. Москва : Формула права, 2008. 432 с.

6. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. 2-е изд. Москва : Тип. Т-ва Кушнерев и К, 1912. VII. 806 с.

7. Рабинович П.М. Проблемы теории законности развитого социализма / науч. ред. В.Г. Сокуренко. Львов : Высшая школа, 1979. 204 с.

8. Dahm G. Volkerrecht Bd. I. Stuttgart, 1958. S. 12–13.

9. Петришин О.В. Право як соціально-юридичне явище: до постановки проблеми. *Вісник академії правових наук України*. 2007. № 4 (51). С. 3–18.

10. Процевський О.І. Методологічні засади трудового права : монографія Харків : ХНАДУ, 2014. 260 с.

11. Цвік М.В., Ткаченко В.Д., Богачова Л.Л. та ін. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2002. 432 с.

12. Заморська Л.І. Правова нормативність та її інституціоналізація в Україні : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. 304 с.

13. Безина А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. Казань : изд-во Казанского университета, 1976. 176 с.

14. Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань : изд-во Казанского университета, 1984. 136 с.

15. Никитинский В.И., Хохрякова О.С. Недействительность договоров о труде. *Советское государство и право*. 1979. № 6. С. 81–87.

16. Советское трудовое право / под. ред. А.С. Пашкова, О.В. Смирнова. Москва : Юридическая литература, 1982. 504 с.

17. Жернаков В.В., Прилипко С.М., Ярошенко О.М. та ін. Трудове право : підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів. Харків : Право, 2013. 496 с.

18. Лебедев В.М., Воронкова Е.Р., Мельникова В.Г. Современное трудовое право (Опыт компаративизма). Книга I. Москва : Статут, 2007. 301 с.

19. Козловський А.А. Право як пізнання: Вступ до гносеології права. Чернівці : Рута, 1999. 295 с.

20. Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений. *Ученые записки ВИЮН*. 1946. Вып. 6. С. 60–83.

21. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид, перероб. і доп. Київ : Юрінком-Інтер, 2010. 976 с.

22. Дивеева Н.И. Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений : дисс. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.05 ; Санкт-Петербургский государственный университет. Санкт-Петербург, 2008. 50 с.

23. Егоров Ю.П. Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. Новосибирск : Наука, 2004. 364 с.

24. Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. Москва : Юридическая литература, 1967. 172 с.

25. Нечитайло М.А. Нормативный договор как источник права : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 ; Российская академия государственной службы. Москва, 2002. 188 с.

Nina Hetmantseva, Anna Mitrytska. The nature and essence of individual-contractual regulation of social relations in the field of wage labor

The article reveals the legal nature of the individual contractual regulation of labor relations, which is based on an employment contract.

It is emphasized that the study of the problems of law enforcement only within the framework of positivism is imperceptible and at the same time ineffective, since the law has long been perceived as a "social phenomenon". This means that there should be an open space for a wide range of individual, collective regulators, including labor and collective agreements. It is stated that contractual law enforcement, like contractual lawmaking, is an objective, natural reality. Contractual enforcement is one of the varieties of law enforcement.

It is noted that, while providing appropriate meaning to individual acts in legal regulation, it would be logical not to highlight the normative-legal nature of individual-contractual regulation. After all, the essence of the individual-contractual method of regulation lies in the fact that the impact on the consciousness and further behavior of a particular employee is carried out by various individual legal means, in their correlation and combination with collective-contractual and state legal means, which does not exclude their specificity.

Revealing the legal nature of contractual regulation, attention is focused on the fact that law as a social value has, first of all, a person and his rights as its basis, therefore, state regulation, first of all, determines not the content of labor relations, but the limits of the rights of subjects of labor relations, allowing them to regulate their relations on an individual legal and collective legal basis through labor, collective agreements, social partnership agreements. Exploring the contractual regulation of labor relations emphasizes its main distinctive feature: it is carried out by means of a contract, which is based on the agreement of the parties.

It is argued that contractual relations are legal relations, and individual-contractual regulation is a type of legal regulation.

It is concluded that the labor contract, which is the basis of individual contractual regulation, refers to mixed legal contracts, where in its content there are both normative and individual legal prescriptions.

Key words: individual contractual regulation, labor contract, labor relations, contractual nature, legal regulation.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.18

Ірина Козуб,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ПРО ДИСТАНЦІЙНУ РОБОТУ В СИСТЕМІ ТРУДОВИХ ДОГОВОРІВ

Статтю присвячено аналізу змісту трудового договору про дистанційну роботу. На підставі проведеного дослідження автор дійшла висновку, що даний договір належить до особливих видів трудових договорів, що зумовлено його змістом. Умови такого договору можна класифікувати на обов'язкові та додаткові, враховуючи законодавчу позицію щодо необхідності відображення тих чи інших умов у його змісті.

Обов'язковими умовами такого договору є: місце роботи; вказівка на те, що робоче місце для виконання роботи визначається працівником на його вибір поза приміщеннями та територією підприємства, установи чи організації; трудова функція; визначені засоби електронного зв'язку; визначення періоду відключення працівника від будь-яких засобів електронного зв'язку, визначеного таким договором; оплата праці; строки подання такими працівниками звітів про виконану роботу; розмір, порядок і строки виплати працівникам компенсації за використання належних їм або орендованих ними обладнання, програмно-технічних засобів, засобів захисту інформації та інших засобів; порядок відшкодування інших, пов'язаних з виконанням дистанційної роботи витрат; строк договору (у випадку укладення строкового трудового договору, визначеному ст. 23 КЗпП).

До додаткових умов договору про дистанційну роботу можна віднести: умови щодо забезпечення безпеки праці; порядок і строки забезпечення працівника необхідними для виконання ним своїх обов'язків обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації та іншими засобами; розподіл робочого часу працівником та поширення на нього правил внутрішнього трудового розпорядку.

Переведення працівника на дистанційну роботу (без укладення трудового договору про дистанційну роботу) є особливим видом переведення, яке носить тимчасовий характер. Таке переведення може здійснюватись як за ініціативою працівника, так і роботодавця. У визначених нормативно-правовими актами випадках на роботодавця покладається обов'язок з переведення працівників на дистанційну роботу.

Ключові слова: зміст договору, обов'язкові умови договору, додаткові умови договору, переведення, форма організації праці, трудова функція, робоче місце, строк договору, обов'язок роботодавця, безпека праці.

Постановка проблеми. Дистанційна праця належить до так званих «нетипових» форм зайнятості, хоча, звісно, такий критерій поділу форм зайнятості є досить умовним. Враховуючи сучасні соціально-економічні умови та реалізацію права на повну і продуктивну зайнятість в умовах пандемії, якраз таку форму зайнятості можна віднести до «типової». Зазначені умови, в яких перебуває не тільки Україна, а й увесь світ, змусили вітчизняного законодавця реагувати доволі швидко стосовно правового регулювання дистанційної праці, яка до цього в українському трудовому законодавстві не мала законодавчого визначення. Так, легальне визначення дистанційної праці вперше відобразилось у внесених до Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП) змінах на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 р. № 540-IX [1]. Зокрема, відповідно до вказаного закону дистанційна (надомна) робота визначалась як «форма організації праці, за якої робота виконується працівником за місцем його проживання чи в іншому місці за його вибором, у тому числі за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, але поза приміщенням роботодавця».

Недоліком такого визначення було змішування дистанційної та надомної роботи, а також віднесення дистанційної роботи до особливої форми організації праці в межах гнучкого режиму робочого часу. З останнього приводу науковці справедливо зауважили,

© І. Козуб, 2021

що дистанційна робота не може визнаватися особливою формою організації праці в межах гнучкого режиму робочого часу. Вона є самостійним комплексом взаємопов'язаної трудової діяльності, що об'єднує працівників зі специфічним характером праці. У цьому аспекті законодавцем явно порушується принцип єдності й диференціації правового регулювання трудових відносин [2, с. 101]. Зазначене призвело до перегляду законодавчого визначення і внесення змін до КЗпП на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу» від 04.02.2021 р. [3], які набули чинності з 28.02.2021 р. Тому правове визначення тепер виглядає так: «дистанційна робота – це форма організації праці, за якої робота виконується працівником поза робочими приміщеннями чи територією власника або уповноваженого ним органу, в будь-якому місці за вибором працівника та з використанням інформаційно-комунікаційних технологій». Тож можна стверджувати, що в сучасних умовах господарювання дистанційна робота вже не така й не типова форма організації праці і зайнятості, а є особливим різновидом трудового договору.

Дистанційна праця як одна із форм організації праці та різновид форми зайнятості ставали предметом наукових досліджень таких учених, як: Н.М. Вапнярчук, Л.П. Гаращенко, О.В. Демченко, В.В. Жернаков, М.І. Іншин, І.Я. Кисельов, П.Є. Морозов, М.І. Наньєва, Я.В. Свічкарьова, С.С. Сільченко, О.М. Ярошенко та ін. Так, у 2019 р. М.І. Наньєва у статті «Укладення трудового договору з дистанційними працівниками за законодавством України» аналізує дистанційну працю як одну з форм нетипової зайнятості, перспективи правового регулювання за законодавством України та деякі особливості її правового регулювання за кордоном [4]. У 2021 р. С. Сільченко та Д. Сєрбіна у статті «Дистанційна праця: сучасний стан і перспективи розвитку правового регулювання» аргументовано визначають питання, які повинні бути вирішені за нормативно-правового регулювання дистанційної праці, а також проаналізовано законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо удосконалення правового регулювання дистанційної роботи» та надано пропозиції щодо усунення недоліків і вдосконалення майбутнього правового регулювання дистанційної роботи [5]. Оскільки трудовий договір про дистанційну роботу вже не «можливість», а «дійсність», визначена трудовим законодавством, а такий договір – явище нове для науки трудового права, актуальність даного дослідження є беззаперечною.

Метою статті є аналіз трудового договору про дистанційну роботу як одного з різновидів трудового договору, виявлення особливостей його змісту, недоліків правового регулювання та можливих шляхів їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Трудовий договір про дистанційну роботу укладається на підставі Типової форми, яка сьогодні ще не затверджена центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері трудових відносин. Разом із тим вказаний договір відноситься до письмової форми трудового договору (ст. 24 КЗпП України) і, враховуючи положення ст. 23 КЗпП, може належати як до строкових, так і безстрокових трудових договорів. Звісно, що строкові трудові договори укладаються тільки у випадках, визначених законодавцем. Якщо такого випадку не визначено, а сторони в трудовому договорі визначили його строк, така умова визнаватиметься недійсною, враховуючи положення ст. 9 КЗпП України, і оцінюватиметься як така, що погіршує становище працівника порівняно з нормами трудового законодавства. Так, «строковий трудовий договір укладається у випадках, коли трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк з урахуванням характеру наступної роботи, або умов її виконання, або інтересів працівника та в інших випадках, передбачених законодавчими актами» (ст. 23 КЗпП). Із цього випливає, що характер виконання й умови виконання дистанційної роботи можна розцінювати як той випадок, що передбачає укладення трудового договору на строковій основі. Разом із тим, якщо трудовий договір про дистанційну роботу укладається під час пандемії і зумовлений запровадженням особливого правового режиму в Україні, а не з особливим характером праці чи умовами виконання роботи, такий договір повинен укладатися на безстроковій основі. Цілком зрозуміло, що з розвитком ІТ-технологій та різного роду засобів телекомунікаційного зв'язку виростає потреба в спеціалістах у даній сфері. Останні можуть виконувати свою роботу на підставі трудового договору про дистанційну роботу, що не зумовлено характером чи умовами праці, а тому, що так зручно йому і роботодавцю, особливо якщо такий договір укладається з працівниками, місце перебування яких знаходиться за кордоном. У таких випадках укладення трудового договору було спричи-

нено саме використанням такої форми організації праці, як дистанційна робота, вона має істотне значення для роботодавця і працівника. Працівник бажає реалізувати надане йому ст. 43 Конституції України право на працю саме шляхом укладення трудового договору про дистанційну роботу. І в даному випадку проявляється дія принципу свободи договору. Хоч працівник і не зацікавлений у соціалізації його праці під час укладення трудового договору про дистанційну роботу, вказане не дає підстави віднести його до різновиду цивільного договору. Разом із тим не складно помітити в даному випадку розмивання меж між цивільними договорами, в яких реалізується надане людині право на працю, і трудовими. Так, у науковій літературі з даного приводу слушно відзначається, що дистанційна форма роботи супроводжується появою нових ознак трудових правовідносин, не притаманних традиційним. У такому разі правовідносини перебувають «на стику» цивільного і трудового права й мають, так би мовити, «прикордонний» характер [6, с. 340]. І складно не погодитись із тим, що дистанційна робота, так само як і робота на дому, докорінним чином відрізняється від так званої «найманої праці», що тривалий час наукою трудового права була покладена за основу характеристики усуспільненої праці, відмінної від тієї, що виконується на підставі цивільних договорів. Дистанційна робота і робота на дому має власну характеристику такої праці та особливостей її здійснення. Вказане випливає з аналізу останніх змін до КЗпП України на підставі вищезазначеного Закону України.

Отже, характер і умови праці, визначені ст. 23 КЗпП, що визначають можливість укладення трудового договору на строковій основі, не повинні поширюватись на дистанційну роботу. Разом із тим, якщо укладення трудового договору про дистанційну роботу було зумовлено загрозою поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, установлених законодавством, та/або у разі виникнення загрози збройної агресії, надзвичайної ситуації техногенного, природного чи іншого характеру, тобто причинами, незалежними від роботодавця та працівника, і які фактично носять строковий характер (хоча і не визначений відповідними датами, а можливо – до завершення такої загрози), трудовий договір про дистанційну роботу укладається на безстроковій основі із вказівкою про строковість використання такої форми організації праці, як дистанційна робота. В останньому випадку укладення трудового договору про дистанційну роботу не було зумовлено використанням саме такої форми організації праці, що мали істотне значення для працівника і роботодавця, а у зв'язку з неможливістю укладення звичайного трудового договору з використанням іншої форми організації праці. Тому в даному випадку можна укладати звичайний трудовий договір із визначенням у ньому строковості використання такої форми організації праці, як дистанційна робота, та всіх необхідних умов для її запровадження та забезпечення. Звісно, вибір виду договору (звичайного трудового чи трудового договору про дистанційну роботу) здійснюється за згодою працівника і роботодавця. Стосовно випадку укладення звичайного трудового договору за зазначених умов, у КЗпП не передбачено спеціальних правил, що, на наш погляд, є недоліком. У випадку укладення трудового договору про дистанційну роботу за умови загрози поширення таких явищ, що визначені законодавством, як тільки зникне загроза, таких працівників за їхньою згодою потрібно перевести на робоче місце в межах підприємства, установи чи організації. І з огляду на вказане необхідно уточнити: трудовий договір про дистанційну роботу, окрім таких науково визнаних його обов'язкових умов, як місце роботи, трудова функція, час початку дії трудового договору, строк (у випадку укладення строкового трудового договору, визначених ст. 23 КЗпП України), оплата праці, повинен містити й умову про робоче місце. Тобто поряд із місцем роботи в такому трудовому договорі повинно визначатись, що вибір робочого місця працівника здійснюється на його розсуд. У такому випадку правила статті 32 КЗпП України стосовно права роботодавця на переміщення працівника з одного робочого місця на інше не застосовуються. Таке робоче місце потрібно відрізняти від так званого цифрового робочого місця, поняття якого визначається Концепцією розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження планів щодо її реалізації. Зокрема, в ній наголошується, що цифрове робоче місце – віртуальний еквівалент фізичного робочого місця, котрий вимагає належної організації, користування та управління, оскільки воно має стати запорукою підвищеної ефективності працівників та створення для них більш сприятливих умов праці. Й далі у вказаній Концепції йдеться, що цифрове робоче місце сприяє гнучкості в методах виконання посадових обов'язків державними службовцями, стимулює їхню спільну роботу та взаємодію, підтримує децентралізовані та мобільні робочі середовища, передбачає вибір технологій для роботи. Перевагами цифрових

робочих місць є зменшення витрат на апаратне забезпечення, офісні приміщення, відрядження тощо.

Отже, цифрове робоче місце організовується й управляється роботодавцем, на відміну від того робочого місця, де буде здійснюватися трудова функція працівника на умовах трудового договору про дистанційну роботу з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Тому в майбутньому, якщо такі робочі місця будуть створені, потрібно передбачити, що дистанційна робота з використанням цифрового робочого місця – це форма організації праці, за якої робота виконується працівником поза робочими приміщеннями чи територією власника або уповноваженого ним органу, але з використанням цифрового робочого місця, організованого роботодавцем у будь-якому місці за вибором працівника та з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Управління цифрового робочого місця здійснюється роботодавцем.

Тут варто додати, що трудова функція працівника як одна з обов'язкових умов будь-якого трудового договору в договорі про дистанційну роботу буде мати свої особливості. Вказане випливає із визначення дистанційної роботи, зокрема, де йдеться, що така робота виконується з використанням засобів телекомунікації. Цілком очевидно, що не будь-яка робота може виконуватись таким чином. Це в основному робота, що пов'язана з інтелектуальною працею. І це є одним із тих критеріїв, за допомогою якого можна розмежувати трудовий договір про дистанційну роботу та трудовий договір про надомну роботу. Отже, у випадку укладення трудового договору про дистанційну роботу трудова функція характеризується визначеним колом професій (спеціальностей і кваліфікацій), адже цілком очевидно, що не з будь-яким працівником можна укласти такий договір (так, водій не зможе здійснювати перевезення, а хірург – операції на підставі укладення договору про дистанційну роботу).

КЗпП України не визначає, яким чином повинен укладатися трудовий договір про дистанційну роботу під час існування загрози поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, встановлених законодавством, та/або у разі виникнення загрози збройної агресії, надзвичайної ситуації техногенного, природного чи іншого характеру. Тому вважаємо за доцільне передбачити, що в такому випадку трудовий договір укладається шляхом використання електронних засобів зв'язку з використанням електронних підписів. Укладення трудового договору оформляється наказом власника або уповноваженого ним органу, з яким працівник повинен бути ознайомлений шляхом використання таких засобів зв'язку, що визначені в трудовому договорі про дистанційну роботу. У такому разі підтвердженням ознайомлення вважається факт обміну відповідними електронними документами між власником або уповноваженим ним органом та працівником.

До речі, вказівка у ст. 29 КЗпП України на те, що «ознайомлення працівників з наказами (розпорядженнями), повідомленнями, іншими документами власника або уповноваженого ним органу щодо їхніх прав та обов'язків допускається з використанням визначених у трудовому договорі засобів електронного зв'язку, свідчить про те, що обов'язковою умовою такого договору є визначення таких засобів. У такому разі підтвердженням ознайомлення вважається факт обміну відповідними електронними документами між власником або уповноваженим ним органом та працівником».

Повертаючись до аналізу строку як однієї з умов трудового договору, відзначимо, що серед науковців існує й позиція, що дистанційний працівник, який виконує роботу без укладення довгострокового договору з роботодавцем, наймається тільки для виконання певного переліку робіт [7, с. 245]. Ми притримуємось кардинально іншої позиції, враховуючи сучасні соціально-економічні умови та положення ст. 23 КЗпП України. Тому в КЗпП України слід передбачити також положення, що зникнення загрози поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, установлених законодавством, та/або у разі виникнення загрози збройної агресії, надзвичайної ситуації техногенного, природного чи іншого характеру не веде до припинення трудового договору про дистанційну роботу, якщо жодна зі сторін не виявила ініціативи щодо його припинення. Зникнення вказаної загрози покладає обов'язок роботодавця перевести працівника за його згодою на робоче місце в межах робочих приміщень на території власника або уповноваженого ним органу. У даному випадку зміна робочого місця працівника не є його переміщенням, що є правом роботодавця і здійснюється без згоди працівника. Пропозиція роботодавця розцінюється як така, що веде до зміни трудового договору про дистанційну роботу, оскільки однією з обов'язкових його умов, як ми вже зазначали раніше, є вказівка на робоче місце працівника. У такому трудовому договорі необхідно вказати, що даний договір укладається у зв'язку із загрозою

розповсюдження епідемії, пандемії тощо підстав, про які вже йшлося. З огляду на вказане до КЗпП України необхідно внести зміни і доповнити його таким положенням: «Якщо під час укладення трудового договору про дистанційну роботу використання такої форми організації праці зумовлено загрозою поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, установлених законодавством, та/або у разі виникнення загрози збройної агресії, надзвичайної ситуації техногенного, природного чи іншого характеру, то після зникнення зазначених умов власник або уповноважений ним орган зобов'язаний перевести працівника за його згодою на робоче місце в межах приміщень, що розташовані на території підприємства, установи чи організації. У випадку відмови працівника від такого переведення трудовий договір припиняється на підставі п. 6 ст. 36 КЗпП України». Зазначене переведення буде являти собою особливий вид переведення. Так само як і те, що визначено у ст. 60-2 КЗпП, де наголошується, «що на час загрози поширення епідемії, пандемії, необхідності самоізоляції працівника у випадках, встановлених законодавством, та/або у разі виникнення загрози збройної агресії, надзвичайної ситуації техногенного, природного чи іншого характеру дистанційна робота може запроваджуватися наказом (розпорядженням) власника або уповноваженого ним органу без обов'язкового укладення трудового договору про дистанційну роботу в письмовій формі. З таким наказом (розпорядженням) працівник ознайомлюється протягом двох днів із дня його прийняття, але до запровадження дистанційної роботи. У такому разі норми частини третьої статті 32 цього Кодексу не застосовуються». Але тут потрібно відзначити, що у такому випадку, який визначається ст. 60–2 КЗпП, власник або уповноважений ним орган запроваджує такий вид організації праці з метою виконання відповідного нормативного акту, і тут потрібно розрізняти такі випадки, коли він зобов'язаний та коли він має право на таке запровадження, не питаючи згоди на це працівника. Хоча в даному випадку і не змінюється ні місце роботи, ні трудова функція, що притаманне переведенню загалом, але використання дистанційної роботи як певної форми організації праці є фактично пропозицією до зміни виду трудового договору.

Так само особливим видом переведення буде переведення, коли «працівник може вимагати від власника підприємства, установи, організації або уповноваженого ним органу тимчасове, строком до двох місяців, переведення на дистанційну роботу, якщо на робочому місці стосовно нього були вчинені дії, що містять ознаки дискримінації. При цьому власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган може відмовити працівнику в такому переведенні, якщо виконання дистанційної роботи неможливе, зважаючи на трудову функцію працівника, а також якщо працівник не навів фактів, які підтверджують, що дискримінація, сексуальне домагання чи інші форми насильства мали місце» (ст. 60-2 КЗпП). У такому випадку хоч і не змінюється ні місце роботи, ні трудова функція працівника, як і в попередньо проаналізованому, має місце фактично зміна трудового договору і в наказі про переведення, яким воно й оформляється, необхідно визначити, які засоби електронного зв'язку будуть використовуватися з таким працівником, так і час відключення працівника від таких засобів (час відпочинку). Отже, враховуючи вищезазначене, переведення працівників, визначені у ст. 60-2 КЗпП, на дистанційну роботу є особливими видами переведення, які можуть здійснюватись як за ініціативою працівника, так і роботодавця. У визначених нормативно-правовими актами випадках на роботодавця покладається обов'язок з переведення працівників на дистанційну роботу. Вони належать до тимчасових видів переведень.

У разі укладення трудового договору про дистанційну роботу власник або уповноважений ним орган повинен забезпечити виконання п. 2 ч. 1 ст. 29 КЗпП України, а також надати працівникові рекомендації щодо роботи з обладнанням та засобами, які власник або уповноважений ним орган надає працівнику для виконання певного обсягу робіт. Ознайомлення може відбуватися у формі дистанційного інструктажу або шляхом проведення навчання безпечним методам роботи на конкретному технічному засобі. Якраз п. 2 ч. 1 ст. 29 КЗпП передбачає обов'язок власника або уповноваженого ним органу до початку роботи працівника за трудовим договором ознайомити працівника з правилами внутрішнього трудового розпорядку та колективним договором. Разом із тим самим же КЗпП наголошується, що «при дистанційній роботі працівник розподіляє робочий час на власний розсуд, на нього не поширюються правила внутрішнього трудового розпорядку, якщо інше не визначено трудовим договором». Тому виникає питання: в чому необхідність ознайомлення працівника із правилами внутрішнього трудового розпорядку, якщо трудовим договором про дистанційну роботу не передбачено підлягання такого працівника вказаним правилам? Слідує, що покладати на робото-

давця обов'язок в ознайомленні працівника із правилами внутрішнього трудового розпорядку, коли таке підлягання працівником самим трудовим договором про дистанційну роботу не передбачено, нелогічно. Для усунення можливих протиріч у застосуванні норми ст. 29 КЗпП України до неї необхідно внести зміни і ч. 3 викласти в такій редакції: «Під час укладення трудового договору про дистанційну роботу власник або уповноважений ним орган повинен ознайомити його з колективним договором, а також надати працівникові рекомендації щодо роботи з обладнанням та засобами, які власник або уповноважений ним орган надає працівнику для виконання певного обсягу робіт. Якщо трудовий договір про дистанційну роботу визначає підлягання працівника правилам внутрішнього розпорядку підприємства, установи чи організації, власник або уповноважений ним орган зобов'язаний ознайомити працівника із правилами внутрішнього трудового розпорядку до початку роботи. Ознайомлення може відбуватися у формі дистанційного інструктажу або шляхом проведення навчання безпечним методам роботи на конкретному технічному засобі».

Статтею 29 КЗпП України також на роботодавця покладається обов'язок до початку роботи за укладеним трудовим договором проінструктувати працівника з питань техніки безпеки, виробничої санітарії, гігієни праці й протипожежної охорони. При цьому відповідно до ст. 153 КЗпП України та Закону України «Про охорону праці» [9] «забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці покладається на власника або уповноважений ним орган, крім випадків укладення між працівником та власником або уповноваженим ним органом трудового договору про дистанційну роботу». Статтею 13 даного закону наголошується, що «під час укладення трудового договору про дистанційну роботу, про надомну роботу на роботодавця покладається обов'язок систематичного проведення інструктажу (навчання) працівника з питань охорони праці і протипожежної безпеки в межах використання таким працівником обладнання та засобів, рекомендованих або наданих роботодавцем. Такий інструктаж (навчання) може проводитися дистанційно, з використанням інформаційно-комунікаційних технологій, зокрема шляхом відеозв'язку. У такому разі підтвердженням проведення інструктажу (навчання) вважається факт обміну відповідними електронними документами між роботодавцем і працівником».

Отже, до початку роботи за трудовим договором про дистанційну роботу обов'язок щодо проведення інструктажу з питань техніки безпеки, виробничої санітарії, гігієни праці і протипожежної охорони покладається на роботодавця, а ось обов'язок щодо забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці в такому випадку – на працівника, якщо інше не передбачено самим трудовим договором. Такі особливі, додаткові умови щодо безпеки праці можуть бути передбачені в трудовому договорі про дистанційну роботу за правилами ст. 60-2 КЗпП України. При цьому якщо врахувати положення цієї ж статті, в якому наголошується, що «у разі запровадження дистанційної роботи працівник самостійно визначає робоче місце та несе відповідальність за забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці на ньому», то може скластись хибне враження, що у випадку, коли така форма організації праці не запроваджується, а початково вибирається працівником і роботодавцем під час укладення трудового договору, на працівника вказаний обов'язок не поширюється. Саме на нього він і поширюється. Тільки у випадку, якщо технічні засоби надані самим роботодавцем для виконання працівником роботи за трудовим договором, то за їх справність і технічний стан нестиме відповідальність роботодавець (ст. 153 КЗпП України та ст. 13 Закону України «Про охорону праці»). При цьому ст. 60-1 КЗпП України визначається, що «порядок і строки забезпечення працівників, які виконують роботу дистанційно, необхідними для виконання ними своїх обов'язків обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації та іншими засобами, порядок і строки подання такими працівниками звітів про виконану роботу, розмір, порядок і строки виплати працівникам компенсації за використання належних їм або орендованих ними обладнання, програмно-технічних засобів, засобів захисту інформації та інших засобів, порядок відшкодування інших пов'язаних з виконанням дистанційної роботи витрат визначаються трудовим договором про дистанційну роботу». Вказані положення щодо технічного забезпечення працівника програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації та іншими засобами можна було би віднести до обов'язкових умов трудового договору, але визначена можливість їхньої відсутності в такому договорі переводить їх у розряд додаткових. Так, трудовим законодавством передбачено, що в разі відсутності у трудовому договорі положення про забезпечення працівників необхідними для виконання ними своїх обов'язків обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації та іншими засобами таке забезпечення покладається на власника або

уповноважений ним орган, який організовує встановлення та технічне обслуговування відповідних засобів, а також оплачує витрати, пов'язані з цим. При цьому якщо такі засоби надаються самим роботодавцем, це дає йому підстави до укладення договору про повну матеріальну відповідальність працівника. Зазначене слідує з положення статті 135-1 КЗпП України, в якій наголошується, що «письмовий договір про повну матеріальну відповідальність може бути укладено підприємством, установою, організацією з працівником, який досяг вісімнадцятирічного віку та який виконує роботу за трудовим договором про дистанційну роботу або про надомну роботу і користується обладнанням та засобами власника або уповноваженого ним органу, наданими йому для виконання роботи». Навіть якщо такого договору не укладено, то повна матеріальна відповідальність настає також у випадку, якщо «шкоди завдано недостачею, знищенням або пошкодженням обладнання та засобів, наданих у користування працівнику для виконання роботи за трудовим договором про дистанційну роботу або про надомну роботу. У разі звільнення працівника та неповернення наданих йому в користування обладнання та засобів з нього може бути стягнуто балансову вартість такого обладнання в порядку, визначеному КЗпП» (п. 10 ст. 134 КЗпП).

Отже, з указаного випливає, що до обов'язкових умов трудового договору будуть належати умови щодо строків подання такими працівниками звітів про виконану роботу; розмір, порядок і строки виплати працівникам компенсації за використання належних їм або орендованих ними обладнання, програмно-технічних засобів, засобів захисту інформації та інших засобів; порядок відшкодування інших, пов'язаних з виконанням дистанційної роботи, витрат.

За дистанційної роботи працівник розподіляє робочий час на власний розсуд, на нього не поширюються правила внутрішнього трудового розпорядку, якщо інше не визначено трудовим договором. При цьому загальна тривалість робочого часу не може перевищувати норм, передбачених статтями 50 і 51 цього Кодексу. З даного приводу виникають питання: яким чином здійснюється облік робочого часу у випадку укладення договору про дистанційну роботу? Які засоби для цього використовувати? Адже, як свідчать дані досліджень компанії NordVPN Teams, що спеціалізується на підтримці бізнесу, співробітники, яких через пандемію перевели на дистанційну роботу, працюють із дому на дві години довше, ніж в офісі. І мають більше навантаження, аніж до COVID-19. Опитування, зокрема, засвідчило, що, працюючи вдома, люди роблять коротші обідні перерви, часто працюють, незважаючи на хворобу. Й загалом, іноді йдеться про повну відсутність розмежування між робочим та вільним часом, коли до виконання поставлених керівництвом завдань люди повертаються навіть вночі [10]. При цьому за правилами ст. 60-1 КЗпП «працівнику, який виконує дистанційну роботу, гарантується період вільного часу для відпочинку (період відключення), під час якого працівник може переривати будь-який інформаційно-телекомунікаційний зв'язок із власником або уповноваженим ним органом, і це не вважається порушенням умов трудового договору або трудової дисципліни. Період вільного часу для відпочинку (період відключення) визначається в трудовому договорі про дистанційну роботу». Із цього слідує, що однією з обов'язкових умов трудового договору про дистанційну роботу є визначення періоду відключення працівника від будь-яких засобів електронного зв'язку, визначеного таким договором. Така вказівка дасть змогу уникнення притягнення працівника до дисциплінарної відповідальності у випадку відсутності з ним зв'язку.

Повертаючись до визначення дистанційної роботи, нагадаємо, що остання визначається як форма організації праці, за якої робота виконується працівником поза робочими приміщеннями чи територією власника або уповноваженого ним органу, в будь-якому місці за вибором працівника та з використанням інформаційно-комунікаційних технологій. Із даного визначення та проаналізованих нами положень КЗпП та Закону України «Про охорону праці», в яких для визначення сторони роботодавця використовується поняття «власник або уповноважений ним орган», слідує, що трудовий договір про дистанційну роботу з фізичною особою – роботодавцем укладатись не може. Вважаємо це недоліком у правовому регулюванні дистанційної роботи, що вимагає виправлення шляхом внесення відповідних змін до чинного законодавства.

Отже, трудовий договір про дистанційну роботу – специфічний різновид трудового договору з притаманними йому рисами, які відображаються в змісті вказаного договору та в можливості його укладення визначеним колом осіб. Трудова діяльність, яка здійснюється на підставі такого договору, є відмінною від «найманої праці», що виконується на підставі укладених інших видів трудових договорів. Так, вона може не здійснюватися з підляганням працівника правилам внутрішнього трудового розпорядку (якщо інше не перед-

бачено в самому договорі); режим робочого часу підприємства, установи чи організації хоч і поширюється на працівника, що працює дистанційно, але не врегульований нормами права порядок його обліку; працівник самостійно несе обов'язок щодо забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці (хоча додаткові правила щодо безпеки праці можуть бути визначені в самому договорі) та ін.

Висновки

Трудовий договір про дистанційну роботу належить до особливих видів трудових договорів, що зумовлено його змістом. Враховуючи законодавчу позицію щодо необхідності передбачення відповідних умов у ньому, їх можна класифікувати на обов'язкові та додаткові. Обов'язковими умовами такого договору є: 1) місце роботи; 2) вказівка на те, що робоче місце для виконання роботи визначається працівником на його вибір поза приміщеннями та територією підприємства, установи чи організації; 3) трудова функція; 4) визначені засоби електронного зв'язку; 5) визначення періоду відключення працівника від будь-яких засобів електронного зв'язку, визначеного таким договором; 6) оплата праці; 7) строки подання такими працівниками звітів про виконану роботу; 8) розмір, порядок і строки виплати працівникам компенсації за використання належних їм або орендованих ними обладнання, програмно-технічних засобів, засобів захисту інформації та інших засобів; 9) порядок відшкодування інших пов'язаних з виконанням дистанційної роботи витрат; 10) строк договору (у випадку укладення строкового трудового договору, визначених ст. 23 КЗпП).

До додаткових умов договору про дистанційну роботу можна віднести: 1) умови щодо забезпечення безпеки праці; 2) порядок і строки забезпечення працівника необхідними для виконання ним своїх обов'язків обладнанням, програмно-технічними засобами, засобами захисту інформації та іншими засобами; 3) розподіл робочого часу працівником та поширення на нього правил внутрішнього трудового розпорядку.

Звісно, в межах однієї статті неможливо дослідити всі притаманні трудовому договору про дистанційну роботу особливості, що і вказує на напрями подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел:

1. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 30.03.2020 р., № 540-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20#Text

2. Новіков Д.О., Лук'янчиков О.М. Цивілістичний характер змін у Кодексі законів про працю України, пов'язаних із впровадженням правового регулювання дистанційної роботи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 4. С. 100–103.

3. Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу» від 04.02.2021 р., 1213-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1213-20#Text

4. Наньєва М.І. Укладення трудового договору з дистанційними працівниками за законодавством України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2019. № 38. С. 106–108.

5. Сільченко С., Сєрбіна Д. Дистанційна праця: сучасний стан і перспективи розвитку правового регулювання. *Підприємництво, господарство, право*. 2021. № 1. С. 93–99.

6. Engels C. Subordinate Employees or SelfEmployed Workers? Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies. R. Blanpain (ed.). Wolters Kluwer, X ed., 2010. P. 339–360.

7. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Постанова КМУ від 17 січня 2018 р., № 67-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-р#Text

8. Середа О.Г. Деякі аспекти впровадження регулювання дистанційної роботи в сучасному законодавстві. *Актуальні проблеми юридичної науки на шляху сучасної розбудови держави і суспільства* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., (Суми, 5–7 черв. 2014 р.). Суми : СумДУ, 2014. С. 245–248.

9. Закон України «Про охорону праці». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text

10. Дистанційна робота «в законі»: за що частина фахівців його критикує. URL: https://www.ukrinform.ua/rubric-sports/3186598-golovni-intrigi-i-suzetni-linii-australian-open2021.html

Iryna Kozub. An employment contract for remote work in the system of employment contracts

The article is devoted to the analysis of the content of the employment contract on remote work. On the basis of the study, the author came to the conclusion that this contract belongs to special types of employment contracts, which is due to its content. The terms of such an agreement can be classified into mandatory and additional, taking into account the legislative position on the need to reflect certain conditions in its content.

The mandatory terms of such an agreement are: place of work; indication that the workplace for the work is determined by the employee of his choice outside the premises and territory of the enterprise, institution or organization; labor function; defined electronic communication tools; determining the period of disconnection of the employee from any means of electronic communication specified in such an agreement; remuneration; terms of submission by such employees of reports on the work performed; the amount, procedure and terms of payment to employees of compensation for the use of equipment, software and hardware, information security and other means of use of their or rented equipment; the procedure for reimbursement of other costs related to the remote work; term of the contract (in case of conclusion of a fixed-term employment contract defined by Art. 23 of the Labor Code).

Additional terms of the agreement on remote work include: conditions for ensuring safety of work; the procedure and terms of providing the employee with the necessary equipment, software and technical means, information protection means and other means to fulfill his duties; distribution of working time by the employee and the spread of internal labor regulations on him/ her.

Transferring an employee to remote work (without concluding an employment contract on remote work) is a special type of transfer, which is temporary. Such transfer can be carried out both on the initiative of the employee and the employer. In cases determined by regulatory acts, the employer is obliged to transfer employees to remote work.

Key words: content of the contract; mandatory terms of the contract; additional terms of the contract; transfer to a new form of labor organization; labor function; workplace; term of the contract; employer's duty; safety of work.

УДК 349
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.19

Наталія Карпінська,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Волинського національного університету імені Лесі Українки

ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ВЕТЕРИНАРНО-САНІТАРНИХ ЗАХОДІВ У ТВАРИННИЦТВІ

Статтю присвячено характеристиці правового регулювання догляду за сільськогосподарськими тваринами та відносин щодо застосування ветеринарних препаратів з позицій застосування ветеринарно-санітарних заходів крізь призму вимог ЄС.

Всебічний аналіз наукової літератури дає змогу зробити висновок про те, що в сучасній правовій доктрині важливість санітарних та фітосанітарних заходів як інтегруючої категорії – категорії, яка стоїть на перехресті аграрної, екологічної, соціальної та міжнародної політик – ще повною мірою не усвідомлена й тому суттєво недооцінена. Навіть вступ до СОТ та євроінтеграційні зобов'язання не привели до якісних змін у напрямі розроблення доктринальних засад реформування законодавства, яке регулює санітарні та фітосанітарні вимоги в сільському господарстві.

Проведено аналіз методологічної основи правового забезпечення застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві, в результаті якого виокремлено три основні методологічні засади оновлення підходів до ветеринарно-санітарних заходів: вплив активного розвитку в багатьох правових системах світу концепції добробуту тварин; формування фауністичного права в правовій системі України; ветеринарна безпека.

Аналізуючи розвиток вітчизняного законодавства про санітарні та фітосанітарні заходи, зроблено висновок про те, що законодавчі засади в цій сфері є досить об'ємними, розгалуженими, динамічними, тому для їх якісного дослідження потребують класифікації. Відповідно, відносини щодо застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві поділено на дві групи та охарактеризовано: відносини застосування ветеринарно-санітарних заходів щодо утримання сільськогосподарських тварин та відносини карантину тварин.

Обґрунтовано висновок про те, що необхідно відмовитись від автоматичного імплементування європейського законодавства щодо догляду за сільськогосподарськими тваринами та звернути увагу на наукову доктрину в ЄС, яка подекуди критично оцінює відповідне законодавство, вказуючи на три суттєві проблеми, що випливають із прогресивного законодавства ЄС про добробут тварин, а саме: уповільнення розвитку з 2003 року в чотирьох напрямах, нормативний парадокс законодавства про добробут тварин, в якому норми про комерційне використання тварин – спираючись на значення тварин як продукції – співіснують із правилами, що передають моральну повагу та захист тварин як розумних істот та визнання того, що більшість наукових звітів про добробут тварин, підготовлених Європейським органом з безпеки харчових продуктів, не були впроваджені в законодавство.

Ключові слова: тваринництво, фауністичне право, застосування ветеринарних препаратів, вимоги ЄС.

Постановка проблеми. Сьогодні тваринництво в Україні переживає важкі часи. Значне скорочення поголів'я, використання застарілих обладнання, засобів виробництва і технологій, важка конкурентна боротьба як на зовнішньому, так і на внутрішньому ринках – це далеко не всі проблеми, якими наразі обтяжений розвиток вітчизняного тваринництва. Особливістю сучасного етапу розвитку тваринництва слід визнати необхідність перебудови технологічних процесів для їх відповідності вимогам ЄС. При цьому переважна більшість таких вимог лежить у площині ветеринарно-санітарних заходів. З огляду на наведене вище актуальними є питання правової специфіки відповідного застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві.

Вітчизняна доктрина містить нечисленні наукові розвідки, переважно зосереджені на еколого-правових аспектах застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві (зокрема, можна назвати дисертаційні дослідження П.О. Гвоздика [1], Т.В. Григор'євої [2], Н.В. Єремеєвої [3], Г.М. Левіної [4], Л.Д. Нечипорук

© Н. Карпінська, 2021

[5], П.В. Тихого [6], В.В. Шеховцова [7], В.В. Шовкун [8]).

Метою статті є характеристика правового регулювання догляду за сільськогосподарськими тваринами та відносин щодо застосування ветеринарних препаратів з позицій застосування ветеринарно-санітарних заходів.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж перейти до аналізу правової специфіки відповідного застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві, слід звернути увагу на методологічну основу правового забезпечення таких заходів. Мейнстрімом такого правового забезпечення можна назвати посилення вимог та неухильне підвищення стандартів ведення тваринництва. Розпочинаючи своє дослідження, ми проаналізуємо три, на наш погляд, найголовніші методологічні підвалини такої законодавчої тенденції.

Першою методологічною засадою слід вказати вплив активного розвитку в багатьох правових системах світу *концепції добробуту тварин*. Відголоски таких ідей знайшли відображення у вітчизняній правовій доктрині. Так, наприклад, здійснені спроби обґрунтування спроможності тварин мати не лише природні права, а й «умовну» (за авторським виразом) правосуб'єктність [5, с. 106–116]. Проблеми добробуту сільськогосподарських тварин спонукали наукові дослідження, розроблення та встановлення стандартів (особливо в ЄС та США), що мали етичні, виробничі, економічні, соціальні, культурні та торгові наслідки [9, с. 55–78].

Австралійський дослідник Стівен Уайт, розмірковуючи над питанням, якою має бути роль уряду в захисті тварин, доходить висновку про те, що це питання має два виміри. По-перше, існує питання про те, які зобов'язання люди несуть перед тваринами. Давно усталена етична практика в австралійському законодавстві – це «гуманне ставлення». Ця етика визнає, що тварини мають внутрішню цінність, виходячи з їхніх пізнавальних можливостей та/або чутливості, у зв'язку з чим вони мають право на певний захист. Однак лінія між добробутом тварин та добробутом людей проведена в точці, коли захист інтересів тварин неприпустимо заважає людським прагненням чи інтересам [10, с. 244–249]. Подібні етичні засади зазнали серйозної критики в іноземній літературі [11]. Однак морально-філософські побудови не завжди відповідають реальним правовідносинам. На небезпечність моралізування та захоплення філософськими конструкціями наголошує і В.М. Єрмоленко, який критикує алогічні спроби науковців юридичного профілю втиснути існування тварин у рамки виключно людського абстрактного мислення, наслідком якого є суспільні відносини та безпосередньо право як регулятор суспільних відносин. Учений вважає, що значно більш прийнятною є концепція «благополуччя тварин», в основі якої лежить необхідність визнання потреб тварин жити в природних умовах та гідного ставлення до них з боку людей [12, с. 255–266].

Поява та втілення концепції добробуту тварин впливає на відносини землекористування, а саме: все більше проявляється відділення сучасного тваринництва від традиційного землекористування. Як зазначав В.І. Семчик, в останні роки використання біоресурсів у сільськогосподарському виробництві, зокрема у тваринництві, регулюється самостійними актами аграрного законодавства. За таких умов правове регулювання відносин у сфері тваринництва все більше відокремлюється від такого фактору виробництва, як земля, незважаючи на те, що розвиток тваринництва і біоресурсів неможливий без використання землі [13, с. 7–9]. Це слід визнати ще одним проявом інноваційного розвитку аграрного права [14, с. 47–52], методологічні основи якого динамічно змінюються та мають враховуватися в сучасних юридичних дослідженнях.

Другою методологічною засадою оновлення підходів до ветеринарно-санітарних заходів слід указати *формування фауністичного права* у правовій системі України. Предметом цієї складової частини екологічного права виступають фауністичні відносини, тобто відносини, що стосуються тваринного світу. Найбільш послідовний прибічник та розробник доктрини фауністичного права В.В. Шеховцов визначає тваринний світ як систематичну категорію для позначення сукупності дикої фауни у видовому та популяційному різноманітті, котра постійно чи тимчасово мешкає на теренах України, в межах її континентального шельфу або виключеної морської (економічної зони). Спеціальним (родовим) об'єктом фауністичних відносин учений називає безпосередньо диких тварин та їхні популяції [15, с. 120–131]. Отже, тваринний світ розглядається не в комплексі, а шляхом роз'єднання диких та домашніх тварин [16, с. 149], при цьому різновидом домашніх є сільськогосподарські тварини.

Фауністичне право як феномен права тісно пов'язане з мораллю. Право виступає як соціальний регулятор, передусім між людьми, та регулює їх відносини з позиції добра, справедливості та рівності у відно-

шенні однієї людини до іншої. Морально-правовий вплив на поведінку людей та їхній світогляд справляють і норми фауністичного права, забороняючи жорстоке поводження із тваринами. Адже межа між жорстокістю, проявленою до тварини, та жорстокістю відносно людей – надзвичайно тонка, і тому якщо не забезпечити гуманне ставлення до тваринного світу як моральної суспільної цінності, існують ризики регресивного розвитку соціуму і занепад духовно-етичної культури народу [17, с. 319]. Розвиток фауністичного права, яке безпосередньо не регулює відносини із сільськогосподарськими тваринами, побічно впливає на становлення в Україні законодавства про добробут тварин. Це відбувається, тому що цінності, які лягли в основу зародження та розвитку цих правових утворень, є спільними: вони полягають у цінності життя та гуманному відношенні до живої природи. У зв'язку з цим прискорення еволюційного розвитку фауністичного права та права добробуту тварин взаємно посилюють одне одного.

Третя методологічна підвалина втілена в понятті *ветеринарної безпеки*. Питання правового забезпечення ветеринарної безпеки є надзвичайно важливим, адже зоонози за свого розвитку мають небезпечні екологічні й соціальні наслідки [18, с. 7]. Загальновідомим є факт, що такі хвороби тварин, як сибірська виразка, сказ, трихінельоз і бруцельоз, є небезпечними і для людини. Навіть COVID-19 може переноситися сільськогосподарськими тваринами, зокрема норками. У Данії після виявлення нового штаму коронавірусу було вирішено знищити все поголів'я цих тварин у країні – майже 17 млн норок, що завдало непоправної шкоди датській хутряній індустрії – найбільшій в ЄС [19].

Отже, паралельний розвиток кількох доктринальних напрямів – концептуальної ідеї добробуту тварин, еволюції фауністичного права, посилення ветеринарної безпеки в умовах глобалізованого світу – відбувається із глибоким взаємопроникненням, посилюючи одне одного. Формується загальна тенденція до зміни парадигми правового забезпечення відносин людей і тварин. Це має свій безпосередній та найбільш помітний прояв саме у своїй інструментальній частині – трансформації законодавства щодо ветеринарно-санітарних заходів.

Оскільки відносини поводження із сільськогосподарськими тваринами можна оцінювати з різних методологічних позицій, у літературі зустрічаються різні підходи до визначення місця правового регулювання таких відносин у системі вітчизняного права.

За своїм характером ветеринарне право є складовою частиною (інститутом) галузі аграрного права. У навчальній аграрно-правовій літературі правові питання ветеринарно-санітарного та епізоотичного благополуччя розглядаються в контексті правового регулювання тваринництва в сільському господарстві України [20, с. 139-158]. Це цілком логічно, адже тваринництво як найбільша сфера зайнятості ветеринарних працівників належить саме до аграрного виробництва, що є предметом аграрного права. Однак така належність досить умовна, адже, крім сільськогосподарських, ветеринари лікують і домашніх, і диких тварин. За цією ознакою ветеринарне право перетинається з природоресурсним правом, оскільки дикі та домашні тварини являють собою природний тваринний ресурс, який є одним із компонентів навколишнього природного середовища, національним багатством України. Водночас ветеринари разом із лікарями санітарної медицини запобігають поширенню епідемій заразних хвороб, якими хворіють не тільки тварини, а й люди. Ці відносини належать уже до галузі екологічного права [21, с. 37–38].

З огляду на зазначене І.М. Дмитренко доходить висновку, що регулювання відносин ветеринарної безпеки галуззю екологічного права є цілком логічним і послідовним. У сфері екологічного права, на його думку, ветеринарну безпеку слід вважати частиною біобезпеки, адже відповідно до Закону України «Про систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично модифікованих організмів» біологічна безпека – це стан середовища життєдіяльності людини, за якого відсутній негативний вплив його чинників (біологічних, хімічних, фізичних) на біологічну структуру і функцію людської особи в теперішньому і майбутніх поколіннях, а також відсутній незворотній негативний вплив на біологічні об'єкти природного середовища (біосферу) і сільськогосподарські рослини та тварини [21, с. 37–38]. Учений розуміє біобезпеку як стан захищеності біологічних об'єктів природного середовища від негативного впливу біологічних, хімічних, фізичних чинників, здатних вплинути на структуру та функцію живих організмів у теперішньому і майбутньому поколіннях. Отже, з огляду на зазначене І.М. Дмитренко переконаний, що ветеринарна безпека є складником біологічної безпеки, яка у свою чергу є складником екологічної безпеки як інституту екологічного права [23, с. 230].

І.С. Сюйва аналізує відносини щодо добробуту тварин під іншим кутом та вва-

жає, що в Україні формується законодавство у сфері використання тварин у сільському господарстві (законодавство про здоров'я та благополуччя тварин), яке охоплює вимоги щодо: розведення та утримання сільськогосподарських тварин; ветеринарного обслуговування; транспортування сільськогосподарських тварин; первинної переробки продукції тваринництва (забій тварин) [24, с. 245–248].

Вбачається, що відповідна ідентифікація відносин щодо застосування ветеринарно-санітарних заходів – це завдання неоднозначне та досить складне, особливо з огляду на ті глибокі трансформаційні процеси, що відбуваються нині в Україні та світі. Для того щоб спробувати відповісти на це та інші питання, що стосуються ветеринарно-санітарних заходів у вітчизняному тваринництві, слід здійснити аналіз правового забезпечення відповідних процесів.

Аналізуючи розвиток вітчизняного законодавства про СФЗ, доходимо висновку, що законодавчі засади в цій сфері є досить об'ємними, розгалуженими, динамічними. Для їх якісного дослідження та виявлення певних тенденцій використаємо їх класифікацію. Так, відносини щодо застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві поділяються на дві великі групи:

1) відносини застосування ветеринарно-санітарних заходів *щодо утримання сільськогосподарських тварин*. Ця група відносин полягає в здійсненні належного догляду за сільськогосподарськими тваринами і виступає складовою частиною предмету правового регулювання благополуччя тварин. До цієї групи належать відносини щодо організації догляду, ідентифікації та реєстрації, харчування, лікування, транспортування, ринкового обігу, забою тощо. При цьому такі відносини мають пролонгований та розширювальний характер, оскільки застосування ветеринарно-санітарних заходів цієї групи не обмежується лише безпосередньо тваринами, але й поширюється на неїстівну тваринницьку продукцію з них;

2) *відносини карантину тварин*. Ці відносини є невід'ємною складовою частиною належного утримання сільськогосподарських тварин, однак вони все ж якісно відрізняються і тому підлягають окремому правовому регулюванню. Вивчаючи карантин тварин, Г. Слаута змальовує цілісну систему суспільних відносин, які формують матеріальну основу карантину тварин. Це відносини: а) запобігання епізоотіям (оперативна профілактика, а також безпосередньо профілактичний карантин); б) реагування на епізоотії (виявлення (діагностика) підкарантинних об'єктів, локалізація підкарантинних хвороб, ліквідація хвороб) [25, с. 69–75]. До групи відносин запобігання ми також уналежнюємо проведення ветеринарно-санітарних заходів, які здійснюються щодо побічних продуктів тваринного походження.

Спираючись на проведену класифікацію відносин щодо застосування ветеринарно-санітарних заходів у тваринництві, проаналізуємо правове регулювання догляду за тваринами та лікування з позицій застосування ветеринарно-санітарних заходів.

Догляд. На думку І.С. Сюйви основні вимоги щодо використання тварин у сільськогосподарському виробництві: 1) мають ґрунтуватись на принципах моральності та гуманності, що виключають жорстоке поводження з тваринами; 2) підпадають під санітарні заходи, тобто будь-які заходи, що проводяться для захисту життя або здоров'я тварин, які мають бути адаптовані до європейського законодавства.

Відповідно до Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» використання тварин у сільському господарстві ґрунтується на таких принципах: жорстоке поводження із тваринами є несумісним з вимогами моральності та гуманності, спричиняє моральну шкоду людині; забезпечення умов життя тварин, які відповідають їхнім біологічним, видовим та індивідуальним особливостям; право власності та інші речові права на тварин у разі жорстокого поводження з ними можуть бути припинені за рішенням суду шляхом їх оплатного вилучення або конфіскації; заборона жорстоких методів умертвіння тварин, у тому числі отруєння тварин; відповідальність за жорстоке поводження з тваринами; забезпечення безпеки життя та здоров'я людей під час використання тварин у сільському господарстві [26].

Зазначені принципи мають бути дотримані на всіх стадіях сільськогосподарського виробництва, пов'язаного з утриманням та використанням тварин. Детально умови поводження із тваринами у сфері сільськогосподарського виробництва врегульовані Порядком використання тварин у сільському господарстві, затвердженим наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 25 жовтня 2012 р. № 652, який розроблено на виконання Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження». Цей порядок поширюється на всіх власників тварин, які утримуються та розводяться для отримання продуктів і сировини тваринного походження.

Вимоги до догляду за сільськогосподарськими тваринами можна умовно поділити

на дві групи: вимоги до умов утримання та вимоги до поводження із тваринами.

Вимоги, які стосуються умов утримання тварин, полягають у тому, що такі умови повинні відповідати їхнім фізіологічним, видовим та індивідуальним особливостям, а також задовольняти їхні природні потреби в кормах, воді, сні, рухах, у природній активності та інші потреби. Умови в приміщеннях для утримання тварин або на вигульних майданчиках, зокрема освітлення, температура, вологість, циркуляція повітря, вентиляція, концентрація газів і рівень шуму тощо, мають відповідати їхнім фізіологічним і видовим потребам та чинним нормативно-правовим актам із зазначених питань [27].

До другої групи вимог відносяться *вимоги щодо поводження із тваринами*. Ця група вимог концентрується на поведінці та діяльності людини відносно тварин. Такі вимоги переважно є негативно сформульованими, тобто представляють собою здебільшого заборони. Так, забороняється: а) спричиняти тваринам біль і страждання, крім випадків, коли життю і здоров'ю людей і тварин загрожує небезпека; б) використання обладнання, інвентарю, які травмують тварин; в) нанесення побоїв, травм із метою примушення тварин до виконання будь-яких вимог; г) здійснювати надмірні навантаження тварин, що перевищують їхні фізіологічні можливості; д) використання для роботи хворих або недогодованих тварин; е) використання в роботі з тваринами спорядження та інших засобів, які можуть призвести до травмування, каліцтва або загибелі тварини [27]. До цієї ж групи вимог відноситься правило щодо застосування методів знеболення під час проведення таврування, біркування, знероження та кастрації тварин.

Слід констатувати, що вітчизняне законодавство досить скупо регулює відносини щодо належного догляду за сільськогосподарськими тваринами. Чинне законодавче забезпечення концентрується переважно на регламентації карантинних заходів, на контролі обігу, питаннях ветеринарно-санітарної експертизи тощо. Європейське законодавство має суттєву якісну відмінність у цій частині: воно має розвинутий інститут благополуччя тварин, який сконцентрований на побудові належного догляду за сільськогосподарськими тваринами. Такий розвиток не випадковий, адже добробут тварин – це цінність Співтовариства, яка закріплена в Протоколі (№ 33) про захист та добробут тварин, доданому до Договору про заснування Європейського Співтовариства. До того ж досить показовим є прийняття ще у 1976 році Європейської конвенції про захист тварин, які утримуються на фермах. Ця конвенція розповсюджується на відносини щодо утримання та догляду за тваринами, зокрема в сучасних інтенсивних системах тваринництва, тобто в яких переважно використовуються технічні установки [28]. Для того щоб забезпечити належну реалізацію конвенційних положень, було утворено постійний комітет Європейської конвенції про захист тварин.

На основі цієї конвенції було прийнято Директиву Ради 98/58 / ЄС від 20 липня 1998 року щодо захисту тварин, які утримуються для сільськогосподарських потреб. Цей акт був розроблений для реалізації принципів, викладених у Конвенції, які включають забезпечення житлом, їжею, водою та доглядом відповідно до фізіологічних та етологічних потреб тварин. Відповідна Директива є загальним актом, що розповсюджується на всіх сільськогосподарських тварин. Для деталізації було розроблено спеціальні правила утримання різних видів сільськогосподарських тварин. Зокрема, було прийнято Директиву Ради 1999/74/ЄС від 19 липня 1999 року щодо встановлення мінімальних стандартів для захисту курей-несучок [29]. Характерно, що вимоги цієї директиви поширюються лише на великі товарні підприємства (не менше 350 курей), а також не стосуються племінних господарств. Нормативні правила досить детальні та мають значне технічне навантаження. Наприклад, установлюють вимоги щодо розмірів та технічних особливостей систем годування і напування, сідал та гнізд. Установлюються мінімально необхідні розміри виробничих площ у розрахунку на одну курку. Цікавим є підхід до диференційованого регулювання утримання курей у клітках. Характерно, що нормотворець не робить жорстких вимог, а передбачає плавний перехід до кліткового утримання вищого рівня. Це зроблено за допомогою цікавого техніко-юридичного прийому. Так, окремо встановлено правила до утримання курей у клітках старого зразка, при цьому зазначено, що держави-члени забезпечують заборону вирощування в таких клітках з 1 січня 2012 року. Крім того, з 1 січня 2003 року жодні клітини старого зразка не можуть бути побудовані або введені в експлуатацію вперше. Тобто створено нормативні умови до плавного відходу від використання кліток старого зразка. При цьому встановлюються вимоги до нових кліток, які використовуватимуться після 1 січня 2002 року, відповідають більш високим вимогам та краще задовольняють потреби тварин. Ця директива включена до переліку тих, що мають імплементуватися до вітчиз-

няного аграрного законодавства. При цьому юридичний прийом, який ми проаналізували вище, було би доречно використати і під час відображення відповідних правил у законодавстві України з метою забезпечення м'якої адаптації вітчизняних виробників.

Законодавство ЄС передбачає не лише вимоги до утримання, але й кореспондуючі правила щодо контролю за їх виконанням. Зокрема, серед зобов'язань України слід згадати необхідність імплементувати Рішення Комісії 2006/778/ЄС від 14 листопада 2006 року щодо мінімальних вимог до збору інформації під час перевірок місць, де розводяться певні види тварин. З 2019 року цей документ утратив чинність у зв'язку з реформуванням системи контролю у сфері сільського господарства та передусім дотриманням вимог щодо СФЗ.

Суть контролю, який стосується відносин щодо утримання сільськогосподарських тварин, полягає в регулярному звітуванні господарств за встановленою формою. Інформація та дані, які мають передаватися компетентним органам, передбачаються в Регламенті (ЄС) 2017/625, а стандартна зразкова форма встановлена Регламентом (ЄС) 2019/723. Характерно, що звітування відбувається з використанням електронної версії стандартної зразкової форми, що надається за допомогою комп'ютеризованої системи управління інформацією для офіційного контролю (IMSOC) [30].

У такий спосіб європейський нормотворець диференціює та максимально деталізує нормативне регулювання. Наприклад, окремі вимоги передбачені для утримання курей, що вирощуються на м'ясо. Такі правила встановлені Директивою Ради 2007/43/ЄС від 28 лютого 2007 року, якою встановлюються мінімальні правила для захисту курей, що утримуються для виробництва м'яса, і ця директива теж підлягає імплементації у вітчизняне законодавство.

Досить детально врегульовано відносини щодо утримання телят – цьому присвячена Директива Ради 2008/119/ЄС від 18 грудня 2008 року, якою встановлюються мінімальні стандарти для захисту телят. Аналіз її змісту вказує на активне застосування наукового підходу під час розроблення законодавчого забезпечення. Зокрема, директива містить таке положення: «Науково визнано, що телята повинні отримувати все необхідне, що відповідає їхнім потребам як стадного виду. З цієї причини їх слід вирощувати в групах. Телята, як у групових приміщеннях, так і в індивідуальних загонах, повинні мати достатньо місця для фізичних вправ, контакту з іншою худобою та нормальних рухів, коли вони стоять або лежать» [31]. Вимоги директиви враховують потреби телят у комунікації (забороняється їх ізольоване утримання за винятком карантинної потреби), у достатньому вільному просторі, годуванні, житлових умовах тощо.

Спеціальне регулювання догляду встановлено і для свиней – на це спрямована Директива Ради 2008/120/ЄС від 18 грудня 2008 року, якою встановлюються мінімальні стандарти для захисту свиней [32]. Цим документом передбачаються детальні вимоги щодо належного утримання свиней, враховуючи їхні фізіологічні потреби залежно від віку, статі та стану. Також директивою багато уваги приділено диференційованому розрахунку достатньої площі для свиней, створенню належних житлових умов.

Важливо не лише автоматично імплементовувати європейське законодавство щодо догляду за сільськогосподарськими тваринами – важливо звернути увагу на думки європейських учених із цього приводу. Так, незважаючи на значні здобутки в напрямі забезпечення добробуту сільськогосподарських тварин, наукова доктрина в ЄС подекуди критично оцінює відповідне законодавство. У сучасній літературі наукова критика висвітлює три суттєві проблеми, що випливають із прогресивного законодавства ЄС про добробут тварин, а саме: а) уповільнення розвитку з 2003 року в чотирьох напрямах: неспроможність ініціювати сміливі нові нормативні ідеї; проблеми із застосуванням чинного законодавства; поблажливий підхід Суду ЄС при постановленні рішень щодо регулювання у сфері захисту тварин; перехід законодавчих органів ЄС у бік репресій проти екстремістів тварин [33]; 2) нормативний парадокс законодавства про добробут тварин, в якому норми про комерційне використання тварин – спираючись на значення тварин як продукції – співіснують із правилами, що передають моральну повагу та захист тварин як розумних істот [34]; 3) визнання того, що більшість наукових звітів про добробут тварин, підготовлених Європейським органом з безпеки харчових продуктів (EFSA), не були впроваджені в законодавство [35, с. 47–84].

Лікування. Неможливо применшити важливість належного регулювання відносин щодо застосування ветеринарних препаратів. Характерно, що ці відносини врегульовано не на рівні окремого закону (на кшталт Закону України «Про пестициди і агрохімікати»), а регламентовано в рамках загального Закону України «Про ветеринарну медицину». На підставі цих законодавчих положень розвинулось досить об'ємне під-

законне регулювання. Цю сферу правовідносин теж активно зачіпає євроінтеграційна перебудова законодавства.

У ЄС виробництву та обігу ветеринарних препаратів приділяється значна увага. З набранням чинності 1 січня 1995 року Регламенту Ради (ЄЕС) № 2309/93 в ЄС уперше було встановлено централізовану процедуру дозволу на ветеринарні лікарські засоби, що дозволило продавати ветеринарні препарати на основі єдиного дозволу, що видавався на рівні союзу. До 1995 року ветеринарні лікарські засоби могли бути дозволені лише на національному рівні згідно з визнаними процедурами національних дозволів. Метою створення централізованої системи ЄС було сприяння та зміцнення безперебійного функціонування внутрішнього ринку у фармацевтичному секторі та поліпшення стану здоров'я населення і тварин шляхом створення загальноєвропейської системи дозволів на основі якості, безпеки та ефективності. До моменту впровадження централізованої процедури дозволу ЄС у 1995 році оцінка екологічних ризиків ветеринарних лікарських засобів була у сфері відповідальності держав-членів [36].

Довгий час ці відносини регулювалися Директивою Європейського Парламенту та Ради Європи № 2001/82/ЄС від 6 листопада 2001 року щодо Кодексу Співтовариства для ветеринарних лікарських препаратів [37]. Цей акт також передбачений для імплементації в українське законодавство згідно з Угодою про асоціацію.

Виконуючи зобов'язання щодо наближення законодавства у сфері СФЗ, Мінагрополітики затвердило Правила належної виробничої практики ветеринарних препаратів [38], відповідно до яких належна виробнича практика являє собою організаційно-технічні вимоги, правила, які є частиною системи забезпечення якості, котра гарантує, що ветеринарні препарати постійно виробляються і контролюються відповідно до стандартів якості, які відповідають їх призначенню, вимог реєстраційного досьє, відомостей досліджуваного ветеринарного препарату для клінічних випробувань або їх специфікації (п. 2). Варто зауважити, що зазначені Правила належної виробничої практики ветеринарних препаратів прийняті згідно з Директивою Комісії від 23 липня 1991 року щодо принципів і робочих вказівок належної виробничої практики для ветеринарних препаратів (91/412/ЕЕС), що встановлює принципи та правила належної виробничої практики (GMP) лікарських засобів для застосування у ветеринарії [39]; а також Директиви ЄС 2001/82/ЄС від 6 листопада 2001 року про Кодекс співтовариства щодо лікарських засобів для ветеринарного застосування [37].

При цьому аналіз директив ЄС щодо обігу ветеринарних препаратів свідчить, що сьогодні правове регулювання обігу ветеринарних препаратів у ЄС базується на таких принципах: 1) ветеринарні препарати, дозволені для продажу на європейському ринку, виготовляються лише виробниками, що мають відповідну ліцензію на виробництво (manufacturing authorization), діяльність яких регулярно інспектується компетентними уповноваженими органами; 2) кожен ветеринарний препарат, який виробляється, повинен мати реєстраційне посвідчення (marketing authorization), що засвідчує проведення його експертизи в компетентному державному органі; 3) якість лікарських засобів для ветеринарії забезпечується дотриманням виробником вимог належної виробничої практики – Good Manufacturing Practice (GMP); 4) високий рівень якості вироблених ветеринарних препаратів підтримується завдяки дотриманню постачальниками вимог належної практичної дистриб'юції [40, с. 65–76].

Як зазначають дослідники, протягом останніх років у самому ЄС тривала підготовка до реформи законодавства про ветеринарні препарати. Справа в тому, що стандарти їх виробництва там були аналогічними зі стандартами виробництва лікарських препаратів для людей. Однак з урахуванням низки аргументів стосовно суттєвих відмінностей між цими групами препаратів, зокрема щодо способів уживання людських та ветеринарних препаратів, а також у зв'язку зі спадом у розвитку ветеринарної фармації протягом останніх років, у ЄС виникли активні дискусії про необхідність послаблення стандартів виробництва ветеринарних препаратів. Врешті, після чотирьох років переговорів, 11 грудня 2018 року Європейський Парламент та Рада схвалили Регламент № 2019/6 щодо ветеринарних лікарських засобів та скасування Директиви 2001/82 ЄС [41]. Передбачається, що після закінчення трирічного перехідного періоду цей документ має вступити в силу з 28 січня 2022 року. Регламент охоплює всі напрями здійснення реєстрації ветеринарних препаратів у Союзі – як на централізованому союзному, так і на національному рівні [42, с. 417–425].

Хоча в загальних рисах українська система реєстрації ветеринарних препаратів наближена до європейської, однак рівень правового регулювання такої реєстрації в ЄС є значно вищим. Подальша гармоніза-

ція потребує ухвалення необхідних національних правових актів, що регулюють обіг ветеринарних препаратів та вдосконалення існуючих інституційних механізмів. Ураховуючи обмеженість ресурсів фармвиробників у ветеринарному секторі порівняно з гуманною фармацією, саме лише підвищення регуляторних вимог до рівня законодавства ЄС, без урахування наявних у ньому спрощень і переваг, а також без комплексного вирішення проблем обігу ветеринарних препаратів в Україні (вилучення з ринку незареєстрованих препаратів, заборони використання у тваринництві фармацевтичних субстанцій тощо) призведе до знищення вітчизняної ветеринарної фармацевтичної індустрії [42, с. 417–425].

Вітчизняні дослідники наголошують на тому, що, оскільки ветеринарні препарати можуть бути досить небезпечними у випадку їх неналежного використання, зберігання, виробництва, транспортування тощо, господарську діяльність із виробництва ветеринарних препаратів слід вважати екологічно ризикованою, а отже, такою, що потребує дотримання вимог екологічної безпеки в процесі її провадження [43, с. 106–113]. Європейська наукова доктрина, вивчаючи процеси, які відбуваються в галузі виробництва та виростання ветеринарних препаратів, теж підкреслює їх екологічну спрямованість. Цікаво відзначити, що публікації 90-х років XX ст. роблять акцент на регулюванні залишків ветеринарних препаратів у м'ясі, на оцінці хімічних забруднень у продуктах харчування тваринного походження, призначених для споживання людиною [44, с. 183–198]. Потім фармакологічний вплив почав оцінюватися також і з інших позицій, не лише антропоцентричних. Тенденції останніх ініціатив полягають у подоланні забруднення навколишнього середовища від залишків фармацевтичних препаратів на основі міцного та глобального співробітництва. Протягом останніх двох десятиліть науковці, регуляторні органи та Європейська Комісія визнали фармацевтичну продукцію новою екологічною проблемою. Паралельно була розроблена нормативна база для оцінки екологічного ризику фармацевтичної продукції. Результати показують, що приблизно 10% фармацевтичних продуктів відзначають потенційний ризик для навколишнього середовища. Серед ветеринарних продуктів найчастіше обговорювались як екологічно впливові гормони, антибіотики та антипаразитарні препарати [45].

Подібне відбувалося, наприклад, з ініціативами щодо протидії масовому використанню антибіотиків у тваринництві. Виникнення та поширення патогенних мікроорганізмів, стійких до протимікробних препаратів, призвели до зростання занепокоєння з приводу широкого і надмірного використання антимікробних препаратів у ветеринарній медицині. Було запроваджено низку національних проектів, наприклад, з 90-х років Данія реалізувала декілька ініціатив щодо зменшення використання протимікробних препаратів. Найефективнішими правовим механізмом було визнано реалізовану з 2010 року схему «Жовтої картки», що суттєво знизило використання антибіотиків у тваринництві. Суть цього механізму полягала в тому, що фермеру, який використовував антибіотики більше норми, видавалася Жовта картка – припис на зменшення такого застосування протягом 9-ти місяців. У випадку невиконання цього завдання визначалася стратегія зменшення використання антибіотиків за допомогою ветеринара, до якої могли включатися протоколи вакцинації, зміни в управлінні тощо, а також щоквартальні візити органу влади. Фермер покриває всі ці витрати [46]. Відповідно до датського законодавства використання антимікробних засобів у тварин дозволяється лише для лікування інфекційних захворювань, а не для цілей профілактики чи стимулювання росту.

Ще одна значна проблема, породжена використанням ветеринарних препаратів, полягає в забрудненні ґрунту та води фармацевтичними залишками. Ці процеси разом з іншими стали основою концептуальної ідеї «One Health», відповідно до якої здоров'я людей тісно пов'язане зі здоров'ям тварин та навколишнім середовищем. У зв'язку з цим активізуються еколого-правові процеси. Наприклад, це вже можна спостерігати в державах-членах, таких як Нідерланди, які вживають національних заходів для поліпшення якості води шляхом захисту питної води від тонн залишків фармацевтичної продукції, що скидаються у стічні води щороку [47]. Потенційний вплив залишків фармацевтичних препаратів на людей та дику природу викликає занепокоєння, оскільки дедалі частіше повідомляються невтішні результати наукових досліджень щодо концентрацій фармацевтичних препаратів у поверхневих водах, а також їх впливу на популяції дикої природи.

У новому ветеринарному регламенті ЄС передбачається фактично змінити парадигму оцінки екологічного ризику, що несуть ветеринарні препарати. Зокрема, очікується відмова від традиційного підходу до оцінки екологічних ризиків, що базується на продуктах, та використання підходу, що ґрунтується на

речовинах. Оцінка ризику на основі речовин буде зосереджена на розробленні всебічних досліджень активної речовини, на які можуть посилатися заявники нових препаратів під час підготовки заявки на отримання дозволу на використання. Хоча початкова реалізація цього підходу може вимагати досить значних ресурсів, ураховуючи обмежені дані про небезпеку та фізико-хімічні дані деяких активних речовин, у довгостроковій перспективі це заощадить ресурси для промисловості (оскільки не буде потреби повторювати дослідження, які вже існують), а також регулюючих органів, і призведе до узгоджених та надійних оцінок ризиків, що забезпечують більш всеосяжну характеристику ризиків. Відповідно до нового регламенту Комісія має три роки з моменту набуття чинності регламентом (січень 2022 р.), щоб вивчити доцільність створення такої системи досліджень. Новий регламент також уперше включає правове положення, що дозволяє відмовити в дозволі продукту, який містить речовини, що не відповідають визначеним критеріям стійкості, біоакумуляції та токсичності, коли ветеринарний лікарський засіб призначений для використання у тварин, що виробляють їжу [36].

Висновки

Традиційне ветеринарне законодавство України наразі перебуває на етапі еволюційного перетворення в законодавство щодо добробуту тварин. Основна сутність трансформації полягає у зміні методологічного підходу: якщо ветеринарне законодавство регулювало відповідні аграрні відносини з позицій *антропоцентризму* (передусім із метою захисту інтересів людини), то правовий інститут добробуту тварин – з позицій *анімоцентризму* (першочергово зосереджує увагу на гуманному відношенні до тварин, на дотриманні етичних принципів). Концептуально ідея правового забезпечення добробуту тварин має три основні рівні: а) *економічний рівень* (отримання економічних зисків від покращення утримання сільськогосподарських тварин); б) *екологічний рівень* (зменшення негативних екологічних наслідків інтенсивного тваринництва); в) *етичний рівень* (морально-етичний аспект поводження із сільськогосподарськими тваринами спирається на уявлення про тварину як істоту розумну, здатну відчувати біль та страждання, виражати емоції, комунікувати з людиною). Становленню в Україні правового забезпечення добробуту тварин сприяє специфічний фактор – *імплементаційні зобов'язання*. Проте якісна трансформація методологічних підходів неможлива виключно в законодавчому вимірі – вони мають відбуватися перш за все в суспільній свідомості, що підтверджує європейський та світовий досвід.

Список використаних джерел:

1. Гвоздик П.О. Правові засади збереження біологічного різноманіття : автореф. дис ... канд. юрид. Наук : 12.00.06. Київ, 1999. 18 с.

2. Григор'єва Т.В. Правове регулювання використання й охорони водних живих ресурсів : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2005. 19 с.

3. Єремеєва Н.В. Відшкодування шкоди, заподіяної порушенням законодавства про охорону тваринного світу : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 1994. 19 с.

4. Левіна Г.М. Правова охорона та використання рідкісних і таких, що перебувають під загрозою зникнення, видів диких тварин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2019. 21 с.

5. Нечипорук Л.Д. Еколого-правове регулювання раціонального використання об'єктів тваринного світу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2009. 198 с. С. 106–116.

6. Тихий П.В. Еколого-правове регулювання спеціального використання дикої фауни : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2000. 20 с.

7. Шеховцов В.В. Право приватної власності на об'єкти тваринного світу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2009. 20 с.

8. Шовкун В.В. Правове регулювання племінної справи у тваринництві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2012. 19 с.

9. Lagerkvist C.J., Hess S. A meta-analysis of consumer willingness to pay for farm animal welfare. *European Review of Agricultural Economics*. 2011. Vol. 38. Issue 1. P. 55–78.

10. White S. Farm animal protection policymaking and the law: The impetus for change. *Alternative Law Journal*. 2018. 43. Issue 4. P. 244–249.

11. Garner R. Animal Ethics. Polity Press, 2005. 185 p. ; Bruce A. Animal Law in Australia: An Integrated Approach. LexisNexis, 2nd ed, 2017. Chs 1 & 2. 324 p.

12. Yermolenko V.M. The concept of animal rights through the lens of critical analysis. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2020. Вип. 4. С. 255–266.

13. Семчик В.І. Аграрне право як комплексна галузь права України. *Аграрне право як галузь права, юридична наука і навчальна дисципліна :* матеріали Всеукр. круг. столу (Київ, 25 травня 2012 року). Київ, 2012. С. 7–9.

14. Носік В.В. До питання про інноваційне оновлення аграрного права України: проблеми теорії і практики. *Актуальні правові проблеми інноваційного розвитку агросфери :* матеріали наук.-практ. конф. (Харків, 20 лист. 2020 року). Харків, 2020. С. 47–52.

15. Шеховцов В.В. Теоретико-правове розуміння тваринного світу: сутність та співвідношення із суміжними поняттями. *Проблеми законності*. 2020. Вип. 148. С. 120–131.

16. Луц Д.М. Тваринний світ як об'єкт правової регламентації. *Актуальні правові проблеми публічно-приватного партнерства у сфері аграрних, земельних екологічних та космічних відносин :* матеріали Міжнарод. наук.-практ. конф. (Київ, 22 лист. 2013 року). Київ, 2013. С. 147–150. С. 149.

17. Шеховцов В.В. Принципи фауністичного права: правовий та морально-етичний аспекти. *Актуальні правові проблеми земельних, аграрних та екологічних відносин в умовах сучасної земельної реформи :* матеріали наук.-практ. конф. (Харків, 22 травня 2020 року). С. 317–319.

18. Загальна епізоотологія / Б.М. Ярчук та ін. ; за ред. Б.М. Ярчука, Л.Є. Корнієнка. Біла Церква, 2002. 656 с. С. 7.

19. В Дании закопали миллионы зараженных норок. Теперь их хотят откопать. URL: https://www.bbc.com/russian/news-55107595

20. Коваленко Т.О., Марченко С.І. Правове регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 296 с. С. 139–158.

21. Ветеринарне право : підруч. / за ред. В.М. Єрмоленка. Київ : НУБіП України, 2015. 300 с. С. 37–38.

22. Про державну систему біобезпеки при створенні, випробуванні, транспортуванні та використанні генетично-модифікованих організмів : Закон України від 31 травня 2007 р. № 1103. *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 35. Ст. 484.

23. Дмитренко І.М. Щодо питання співвідношення понять біобезпека та ветеринарна безпека в системі права України. *Часопис Київського університету права*. 2017. Вип. 3. С. 230–233.

24. Сюйва І.С. Правове регулювання використання тварин у сільському господарстві. *Часопис Київського університету права*. 2018. Вип. 4. С. 245–248.

25. Слаута Г. Предмет правового регулювання карантину тварин. *Право. Людина. Довкілля*. 2020. Вип. 11. № 1. С. 69–75.

26. Про захист тварин від жорстокого поводження : Закон України від 21.02.2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 27. Ст. 230.

27. Про затвердження Порядку використання тварин у сільському господарстві наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 25 жовтня 2012 р. № 652. *Офіційний вісник України*. 2012. № 91. Стор. 88. Ст. 3703.

28. European Convention for the Protection of Animals Kept for Farming Purposes (Strasbourg, 10.03.1976). URL: https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/animals/docs/aw_european_convention_protection_animals_en.pdf

29. Council Directive 1999/74/EC of 19 July 1999 laying down minimum standards for the protection of laying hens. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0074&qid=1610609489360

30. Commission Implementing Regulation (EU) 2019/723 of 2 May 2019 laying down rules for the application of Regulation (EU) 2017/625 of the European Parliament and of the Council as regards the standard model form to be used in the annual reports submitted by Member States. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0723

31. Council Directive 2008/119/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of calves. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0119&qid=1610615318775

32. Council Directive 2008/120/EC of 18 December 2008 laying down minimum standards for the protection of pigs. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0120&qid=161061642084

33. Pedersen N.K. 'Detailed Discussion of European Animal Welfare Laws 2003 to Present: Explaining the Downturn' (Animal Legal and Historical Center 2009). URL: https://www.animallaw.info/article/detailed-discussion-european-animal-welfare-laws-2003-present-explaining-downturn

34. Sowery K. Sentient Beings and Tradable Product: The Curious Constitutional Status of Animals under Union Law. *Common Market Law Review*. 2018. Vol. 55. № 1.

35. Leone L. Farm animal welfare under scrutiny: issues unsolved by the EU legislator. *European Journal of Legal Studies*. 2020. Vol. 12. Issue 1. P. 47–84.

36. Fabrega J., Carapeto R. Regulatory review of the environmental risk assessment of veterinary medicinal products in the European Union, with particular focus on the centralised authorisation procedure. *Environmental sciences Europe*. 2020. Vol. 32. Issue 1. URL: https://enveurope.springeropen.com/track/pdf/10.1186/s12302-020-00374-x.pdf

37. Directive 2001/82/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to veterinary medicinal products. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0082&qid=1610980303227

38. Про затвердження Правил належної виробничої практики ветеринарних препаратів : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України № 606 від 10 листопада 2017 року. *Офіційний вісник України*. 2018. № 12. Стор. 46. Ст. 420.

39. Commission Directive 91/412/EEC of 23 July 1991 laying down the principles and guidelines of good manufacturing practice for veterinary medicinal products. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31991L0412&qid=1610980247105

40. Березовська І.А. Правові засади Належної виробничої практики (GMP) для ветеринарних препаратів у Євросоюзі: досвід для України. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2018. Вип. 137. С. 65–76.

41. Regulation (EU) 2019/6 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on veterinary medicinal products and repealing Directive 2001/82/EC. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0006&qid=1610980458627

42. Березовська І.А. Проблеми правового регулювання спрощеної реєстрації ветеринарних препаратів в Україні. *Науково-технічний бюлетень Державного науково-дослідного контрольного інституту ветеринарних препаратів та кормових добавок і Інституту біології тварин*. 2019. Вип. 20. № 2. С. 417–425.

43. Оверковська Т. Правове регулювання виробництва ветеринарних препаратів. *Economic And Law Paradigm Of Modern Society*. 2020. № 1. С. 106–113.

44. Anadon A., Martinez-Larranaga M. Residues of antimicrobial drugs and feed additives in animal products: regulatory aspects. *Livestock Production Science*. Vol. 59. Issue 2–3. P. 183–198.

45. Kuester A., Adler N. Pharmaceuticals in the environment: scientific evidence of risks and its regulation. *Philosophical Transactions of The Royal Society B-Biological Sciences*. 2014. Vol. 369. Issue 1656. URL: https://royalsocietypublishing.org/doi/pdf/10.1098/rstb.2013.0587

46. Antunes A.C. Lopes, Jensen V.F. Close to a Decade of Decrease in Antimicrobial Usage in Danish Pig Production-Evaluating the Effect of the Yellow Card Scheme. *Frontiers In Veterinary Science*. 2020. Vol. 7.

47. Veterinary pharmaceutical residues from natural water to tap water: sales, occur-rence and fate. *J Hazard Mater* / L. Charuaud et al. 2019. Vol. 361. P. 169–186. URL: https://doi.org/10.1016/j.jhazm at.2018.08.075

Nataliia Karpinska. Legal characteristics of application veterinary and sanitary measures application in animal husbandry

The article is devoted to the characteristics of the legal regulation of care for farm animals and the relationship regarding the use of veterinary drugs from the standpoint of the application of veterinary and sanitary measures through the prism of EU requirements.

A comprehensive analysis of the scientific literature allows us to conclude that in modern legal doctrine the importance of sanitary and phytosanitary measures as an integrating category, a category that stands at the crossroads of agricultural, environmental, social and international policies – is not fully understood and therefore significantly underestimated. Even WTO accession and European integration commitments have not led to a qualitative change in the development of doctrinal principles for reforming legislation, that govers sanitary and phytosanitary requirements in agriculture.

An analysis of the methodological basis of legal support for the use of veterinary and sanitary measures in animal husbandry is conducted, as a result of which three main methodological principles of updating approaches to veterinary and sanitary measures are identified: the impact of active development in many world legal systems of the animal welfare concept; formation of faunal law in the legal system of Ukraine; veterinary safety.

Analyzing the development of domestic legislation on sanitary and phytosanitary measures, it was concluded that the legislative framework in this area is quite extensive, branched, dynamic, so for their qualitative study classification is needed. Accordingly, the relationship between the application of veterinary and sanitary measures in animal husbandry is divided into two groups and characterized: the relationship between the application of veterinary and sanitary measures for keeping farm animals and the relationship of animal quarantine.

The conclusion was substantiated that it is necessary to abandon the automatic implementation of European legislation on the care of farm animals and pay attention to the scientific doctrine in the EU, which sometimes critically evaluates the relevant legislation, pointing to three significant problems arising from progressive EU legislation on animal welfare: slowdown since 2003 in four areas, the normative paradox of animal welfare legislation, in which rules on the commercial use of animals – based on the importance of animals as products – coexist with rules that convey moral respect and protection of animals as intelligent beings and the recognition that most scientific reports on animal welfare prepared by the European Food Safety Authority have not been incorporated into legislation.

Key words: animal husbandry, faunal law, use of veterinary drugs, EU requirements.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.20

Олексій Дніпров,
докт. юрид. наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту публічного права
ORCID ID: 0000-0002-7157-9748

ВЗАЄМОДІЯ ОРГАНІВ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ ТА ГРОМАДСЬКИХ ІНСТИТУЦІЙ: АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Статтю присвячено теоретичному та практичному аналізу адміністративно-правових аспектів взаємодії органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства в умовах розвитку та усталення громадянського суспільства у демократичній державі. Зазначено, що громадянське суспільство в широкому значенні – це об'єднання людей, між якими виникають стійкі взаємозв'язки під час досягнення поставлених цілей.

Наголошено на тому, що взаємодія органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства виступає вагомим чинником демократизації держави та є невід'ємним елементом правової демократичної держави, в якій відповідні права мають реальний, а не декларований характер. Участь громадянського суспільства у політико-правовому житті країни має забезпечувати ефективність прийняття управлінських рішень, а також сприяти формуванню системи права на основі ціннісного визначення прав і свобод людини, громадянина та захисту їх законних інтересів. Проте сьогодні в Україні існує низка проблем у цьому аспекті, які протягом тривалого часу залишаються невирішеними. Незважаючи на намагання органів публічної влади врегулювати на законодавчому рівні роль громадянського суспільства в різних сферах діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, реальна взаємодія між цими інституціями залишається на досить низькому рівні. Задля підвищення ефективності взаємодії органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства вона має відбуватись за чотирма напрямами.

Ключові слова: публічне управління, публічне адміністрування, взаємодія, органи публічної влади, органи виконавчої влади, громадянське суспільство, інститути громадянського суспільства.

Постановка проблеми. Нині громадянське суспільство вважається невід'ємним елементом демократичної правової держави. Інститути громадянського суспільства повною мірою здатні якісно впливати на сучасні державотворчі процеси шляхом участі у конструктивному діалозі з органами публічної влади. Прозорість, відкритість та публічність прийняття управлінських рішень є умовами побудови демократичної держави, в якій носієм влади виступає народ. Протягом останніх років громадянське суспільство загалом та аспекти його взаємодії з державою в особі уповноважених органів зокрема розглядаються переважно в рамках зближення України з Європейським Союзом, акцентуючи увагу на адаптації національного законодавства до європейських норм та стандартів. Однак, незважаючи на той факт, що питання взаємодії державних установ (в тому числі, органів виконавчої влади) з інститутами громадянського суспільства було визначено Угодою між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 27 червня 2014 року, окремі аспекти окресленої взаємодії було законодавчо регламентовано ще до того, як Україна вибрала курс на євроінтеграцію. Зокрема, в Україні у 2007 році було прийнято розпорядження Кабінету Міністрів України, яким схвалено Концепцію сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства, яка втратила чинність у 2012 році. У цьому ж році було прийнято Указ Президента України «Про Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні й першочергові заходи щодо її реалізації», що втратив чинність у 2016 році, а також новий Указ Президента України «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні», яким затверджено Національну стратегію сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки. З цього випливає, що правове регулювання функціонування інститутів громадянського суспільства трансформу-

© О. Дніпров, 2021

ється залежно від викликів сучасних реалій та перебуває у постійному русі.

Отже, питання взаємодії між органами виконавчої влади та громадянським суспільством не є чимось новим, адже воно набуло відповідного формування, становлення та розвитку, що відбувається сьогодні. Проте у зв'язку з постійними реформами правового характеру, швидкоплинною та несталою нормативно-правовою базою, а також практичними проблемами реалізації громадянським суспільством своїх конституційних прав, свобод і законних інтересів дослідження адміністративно-правових аспектів взаємодії органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства характеризується актуальністю та доцільністю.

Взаємодію органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства у різних її проявах досліджувала велика кількість науковців, серед яких доцільно відзначити таких, як В. Буряк, В. Гуцов, І. Загайнова, О. Зайчук, В. Карлова, С. Кравченко, В. Козак, А. Колодій, Т. Крушельницька, Е. Макаренко, В. Мартиненко, А. Михненко, Р. Науменко, Н. Нелезенко, Н. Оніщенко, І. Пантелейчук, С. Сороковська, Ю. Сурмін, О. Шкуропат, І. Шпильовий, Н. Щур. На жаль, наукові напрацювання щодо визначення перспектив удосконалення відповідної взаємодії здебільшого не отримали втілення в життя, а ті аспекти, які було реалізовано, визначаються низкою проблем прикладного характеру.

Метою статті є проведення теоретичного та практичного аналізу адміністративно-правових аспектів взаємодії органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства в умовах розвитку та усталення громадянського суспільства у демократичній державі.

Виклад основного матеріалу. Концепція громадянського суспільства притаманна європейському інтелектуальному, культурному й політичному розвитку доби капіталізму. Становлення громадянського суспільства є одним із пріоритетних напрямів розвитку європейського співтовариства. Громадянське суспільство, що складається з громадян, без яких воно неможливе, виступає своєрідним засновником правової демократичної держави [1, с. 17], тобто будь-яка правова демократична держава повинна мати належно сформоване й реально наявне громадянське суспільство з відповідними інститутами, що здатне дієво та раціонально впливати на загальнодержавну політику, забезпечуючи участь народу в публічному управлінні.

Громадянське суспільство – це сфера спілкування, взаємодії, спонтанної самоорганізації і самоврядування вільних індивідів на основі добровільно сформованих асоціацій, яка захищена необхідними законами від прямого втручання й регламентації з боку держави і в якій переважають громадянські цінності [2, с. 152]. На нашу думку, означене тлумачення потребує деякого коригування, адже до характерних рис громадянського суспільства навряд чи можна віднести спонтанність його виникнення. Перш за все людей, які безпосередньо формують громадянське суспільство, об'єднує певна мета, для якої вони об'єднались та якої прагнуть досягнути своїми діями. За таких обставин фактично громадянське суспільство в широкому значенні виступає об'єднанням людей, між якими виникають стійкі взаємозв'язки під час досягнення поставлених цілей. Говорячи про громадянське суспільство як невід'ємний елемент цілісного механізму демократичної держави, зазначаємо, що головною його метою виступає створення можливостей для реальної реалізації громадянами своїх прав та свобод. При цьому одним зі шляхів досягнення цієї мети є взаємодія з органами публічної влади загалом та органами виконавчої влади зокрема.

Громадянське суспільство можна розглядати як сукупність різних зв'язків і відносин між людьми задля якомога повнішого задоволення різноманітних інтересів, зокрема культурних, комунікативних, освітніх, економічних. Інтереси кожної конкретної людини, реалізація яких дає змогу задовольняти індивідуальні (групові, корпоративні) потреби, будуть приватними інтересами. Завданням державної влади є консолідація приватного й публічного інтересу [3, с. 33]. Зазначене підтверджує нашу тезу щодо мети громадянського суспільства, адже соціальні, культурні, економічні, екологічні та інші інтереси прямо випливають із регламентованих Конституцією та законами України прав і свобод людини та громадянина. Окрім того, побудова публічної влади у країні за європейськими стандартами передбачає налагодження взаємодії між органами публічної влади та громадянським суспільством в усіх сферах суспільного життя. Перш за все це стосується виконавчої влади, оскільки вона є найбільш численною гілкою державної влади та наділена значними повноваженнями щодо реалізації прав, свобод і законних інтересів громадян.

За таких обставин необхідно визначити кореляцію держави та громадянського суспільства. Зокрема, у наукових колах існують

такі три підходи до співвідношення громадянського суспільства й держави:

– держава й громадянське суспільство – збіжні соціальні системи;

– держава й громадянське суспільство – різні соціальні системи, первинною (провідною) є держава, що контролює громадянське суспільство;

– держава й громадянське суспільство – різні соціальні системи, держава виконує службову (підпорядковану) роль щодо громадянського суспільства [4, с. 59–60].

На нашу думку, участь громадянського суспільства в публічному управлінні та адмініструванні держави є одним із головних критеріїв ефективності і якості діяльності органів публічної влади за її відповідної оцінки. Громадянське суспільство та держава є неподільними системами та виступають невід'ємними елементами правової демократичної держави.

Питання взаємодії органів публічної влади і громадянського суспільства – це одне з ключових питань соціуму, від якого залежить його політична облаштованість і стабільність. Це пов'язано з тим, що громадянське суспільство визначає зміст державної влади, а характер державної влади впливає на розвиток громадянського суспільства. Означена взаємозалежність відобразилась у нормах Конституції України. Проте необхідно визнати, що наявні відносини «влада – громадянське суспільство», як вдало визначають А. Михненко та С. Кравченко, є контурною нормативно-правовою схемою, не наповненою реальним змістом. Формування механізму взаємодії між органами публічної влади (зокрема, органами виконавчої влади) та громадянським суспільством – це складний, системний процес, тому що, хоча й не існує єдиної універсальної моделі взаємодії громадянського суспільства і демократичної держави, в основі лежить роль демократичної держави як представника громадянського суспільства, а не навпаки [5, с. 8–9].

Визначивши загальнотеоретичні підвалини взаємодії органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства, маємо також звернути увагу на правову основу такої взаємодії. Звичайно, перелік нормативно-правових актів, які в тому чи іншому аспекті регулюють питання досліджуваної взаємодії, є невичерпним, тому визначимо лише базові, основі законодавчі акти. Зокрема, до них варто віднести Конституцію України як Основний Закон держави [6], Закон України «Про Кабінет Міністрів України» від 27 лютого 2014 року № 794-VII [7], Закон України «Про центральні органи виконавчої влади» від 17 березня 2011 року № 3166-VI [8], Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 року № 2939-VI [9], Закон України «Про звернення громадян» від 2 жовтня 1996 року № 393/96-ВР [10], Указ Президента України «Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні» від 26 лютого 2016 року № 68/2016 [11], Постанову Кабінету Міністрів України «Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади» від 4 січня 2002 року № 3 [12], Постанову Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо подальшого забезпечення відкритості у діяльності органів виконавчої влади» від 29 серпня 2002 року № 1302 [13], Постанову Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 3 листопада 2010 року № 996 [14], Постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяльності органів виконавчої влади» від 5 листопада 2008 року № 976 [15].

Сьогодні у наукових колах виділяють три такі основні види взаємодії органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства:

– залучення інститутів громадянського суспільства до консультацій та прийняття владно-управлінських рішень;

– громадський контроль за діяльністю органів виконавчої влади; їх інформаційна публічність, відкритість та прозорість;

– спільна реалізація соціально важливих програм [16, с. 244].

Ключовими аспектами взаємодії органів виконавчої влади та суб'єктів громадянського суспільства в Україні є інституційні заходи щодо утворення структурних підрозділів з питань взаємодії із засобами масової інформації та зв'язків з громадськістю в апаратах центральних і місцевих органів виконавчої влади, тому, на нашу думку, слід виділити такі послідовні етапи впливу на виконавчу владу інститутами громадянського суспільства:

1) створення органів виконавчої влади;

2) виконання органами виконавчої влади своїх повноважень;

3) контроль за діяльністю цих органів.

За такої постановки питання важливо, щоб означена взаємодія органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства мала перманентний, тобто постійний, характер і була безперервною.

Однак, як показує практика, для реалізації означеної взаємодії кожний етап має низку проблем. Означені проблеми при-

вертають увагу як представників наукової спільноти, так і суб'єктів публічної влади. Зокрема, Ю. Сурмін серед головних з них виділяє такі.

1) Інститути громадянського суспільства не справляють відчутного впливу на процес прийняття державно-управлінських рішень. Органи публічної влади та інститути громадянського суспільства не мають достатнього досвіду і навичок застосування процедур публічної політики й консультацій, що приводить до ухвалення неефективних рішень та недієвої політики.

2) Далеко не всі групи інтересів мають своє представництво у професійних неурядових організаціях, що ускладнює процес публічного консультування та врахування інтересів громадськості.

3) Неурядові організації мають стати необхідними владі, тобто розробляти й надавати такі продукти та послуги, належну якість яких влада забезпечити неспроможна.

4) Наявні правові механізми консультування з громадськістю не використовуються повною мірою ні органами влади, ні самими організаціям громадянського суспільства.

5) Більшість громадян позбавлена можливості реалізувати свої права на участь у процесі вирішення питань місцевого значення [16, с. 244–245].

Окрім того, Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки, затверджена Указом Президента України від 26 лютого 2016 року № 68/2016, визначає, що взаємодія органів державної влади, органів місцевого самоврядування з громадськістю залишається малоефективною через недостатню прозорість діяльності цих органів та забюрократизовані процедури такої взаємодії, низький рівень взаємної довіри [11]. Як наслідок, сьогодні в Україні відсутній ефективний громадський контроль за діяльністю органів державної влади (в тому числі, органів виконавчої влади), органів місцевого самоврядування; недостатньою є практика залучення громадськості до формування та реалізації державної політики й вирішення питань місцевого значення; потенціал організацій громадянського суспільства неповною мірою використовується органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування для надання соціальних та інших суспільно значущих послуг; спостерігається тенденція надання переваги у цій сфері державним і комунальним підприємствам та установам, що не сприяє підвищенню якості послуг та приводить до надмірного зростання бюджетних видатків; відсутня єдина державна інформаційно-просвітницька політика у сфері сприяння розвитку громадянського суспільства [11].

Вищезазначена Національна стратегія мала ліквідувати або хоча б мінімізувати наявні проблеми взаємодії суб'єктів публічної влади та інститутів громадянського суспільства. Проте вже кінець 2020 року, а питання досі залишаються відкритими. На нашу думку, така ситуація сформувалася через відсутність загальнодержавного масштабного розуміння концепції такої взаємодії. Аналіз цієї Національної стратегії показав, що вона не передбачає чітких шляхів вирішення означених проблем та не містить реальних заходів, спрямованих на їх вирішення. Все це в сукупності вказує на необхідність перегляду підходів до розроблення та формування Національної стратегії на наступний період.

За такої постановки проблеми пропонуємо взаємодію органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства визначити за такими напрямами:

– формування публічного діалогу між органами виконавчої влади та інститутами громадянського суспільства як на державному, так і на місцевому рівнях на умовах дотримання принципів законності, відкритості, прозорості;

– комунікація представників органів виконавчої влади з представниками громадянського суспільства під час участі останніх у політико-правовому житті держави; ст. 38 Конституції України регламентує, що громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування [6]; до безпосередніх форм залучення інститутів громадянського суспільства до політико-правових справ країни можна віднести, наприклад, збори членів громади, трудового колективу чи громадян за інтересами; громадську ініціативу; діяльність громадських інституцій при органах виконавчої влади, тобто діяльність громадських рад чи інших органів громадської самодіяльності; петиційні форми громадської активності; участь громадян у політичних партіях та громадських організаціях, через які проводиться моніторинг діяльності чинної владної системи; діалогові форми участі, тобто наукові конференції, фокус-групи, симпозіуми, збори, обговорення та інші форми дискусії;

– застосування ресурсів smart-суспільства, зокрема електронного врядування; так, відповідно до Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвер-

дження плану заходів з впровадження Ініціативи Партнерство «Відкритий Уряд»» від 18 липня 2012 року № 514-р задля підвищення якості надання адміністративних послуг, окрім правових (законодавчого та нормотворчого врегулювання) та інституційних (зокрема, створення регіональних центрів обслуговування громадян на основі наявних дозвільних центрів), заплановано запровадити інформаційні механізми реалізації (надання послуг в електронній формі, створення пілотної версії Єдиного державного порталу адміністративних послуг) [17];

– співпраця щодо запобігання та протидії корупційним проявам в апаратах органів публічної влади, в тому числі в органах виконавчої влади.

Висновки

Підбиваючи підсумки проведеного дослідження, доходимо висновку, що взаємодія органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства виступає вагомим чинником демократизації держави та є невід'ємним елементом правової демократичної держави, в якій відповідні права мають реальний, а не декларований характер. Участь громадянського суспільства у політико-правовому житті країни має забезпечувати ефективність прийняття управлінських рішень, а також сприяти формуванню системи права на основі ціннісного визначення прав і свобод людини, громадянина та захисту їх законних інтересів. Проте сьогодні в Україні існує низка проблем у цьому аспекті, які протягом тривалого часу залишаються невирішеними. Незважаючи на намагання органів публічної влади врегулювати на законодавчому рівні роль громадянського суспільства в різних сферах діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування, реальна взаємодія між цими інституціями залишається на досить низькому рівні. Задля підвищення ефективності взаємодії органів виконавчої влади та інститутів громадянського суспільства вважаємо, що вона має здійснюватися за такими напрямами:

– формування публічного діалогу між органами виконавчої влади та інститутами громадянського суспільства як на державному, так і на місцевому рівнях на умовах дотримання принципів законності, відкритості, прозорості;

– комунікація представників органів виконавчої влади з представниками громадянського суспільства під час участі останніх у політико-правовому житті держави;

– застосування ресурсів smart-суспільства;

– співпраця щодо запобігання корупційних проявах в апаратах органів публічної влади, зокрема органах виконавчої влади, та протидії ним.

Список використаних джерел:

1. Славна О. Громадянське суспільство як основа розвитку правової держави в контексті конституційної реформи. *Інтернаука. Серія: Юридичні науки*. 2017. № 1. С. 16–19.

2. Шайгородський Ю., Андрійчук Т., Дідух А. та ін. Влада і суспільство: діалог через громадські ради : монографія. Київ, 2011. 148 с.

3. Жаровська І. Публічні та приватні інтереси у механізмі сучасної державної влади. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2010. Вип. 525. Правознавство. С. 33–36.

4. Скакун О. Теорія держави і права : підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. 656 с.

5. Михненко А., Кравченко С., Пантелейчук І. та ін. Суспільство та влада: механізми взаємодії : навчально-методичні матеріали для слухачів дисципліни «Механізми взаємодії суспільства і влади». Київ : НАДУ, 2013. 80 с.

6. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

7. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27 лютого 2014 року № 794-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 13. Ст. 222.

8. Про центральні органи виконавчої влади : Закон України від 17 березня 2011 року № 3166-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 38. Ст. 385.

9. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 року № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

10. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 року № 393/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 47. Ст. 256.

11. Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні : Указ Президента України; Стратегія від 26 лютого 2016 року № 68/2016. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/68/2016#Text.

12. Про Порядок оприлюднення у мережі Інтернет інформації про діяльність органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 4 січня 2002 року № 3. *Офіційний вісник України*. 2002. № 2. Ст. 57.

13. Про заходи щодо подальшого забезпечення відкритості у діяльності органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 серпня 2002 року № 1302. *Офіційний вісник України*. 2002. № 36. Ст. 1700.

14. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 листопада 2010 року № 996. URL: https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/243788058.

15. Про затвердження Порядку сприяння проведенню громадської експертизи діяль-

ності органів виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 5 листопада 2008 року № 976. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/976-2008-%D0%BF.

16. Взаємодія органів державної влади та громадянського суспільства : навчальний посібник / за наук. ред. Ю. Сурміна, А. Михненка ; авт. кол.: Ю. Сурмін, А. Михненко, Т. Крушельницька та ін. Київ : НАДУ, 2011. 388 с.

17. Про затвердження плану заходів з впровадження Ініціативи Партнерство «Відкритий Уряд» : Розпорядження Кабінету Міністрів України ; План, Заходи від 18 липня 2012 року № 514-р.

Oleksii Dniprov. Interaction between the executive authorities and public institutions: administrative and legal aspect

The article is devoted to the theoretical and practical analysis of administrative and legal aspects of interaction of executive authorities with civil society institutions in the conditions of development and establishment of civil society in a democratic state. It is stated that civil society in the broadest sense is an association of people, between whom there are stable relationships while achieving goals.

It is emphasized that the interaction of executive authorities with civil society institutions is an important factor in the democratization of the state and is an integral element of a democratic state governed by the rule of law, in which the relevant rights are real rather than declared. The participation of civil society in the political and legal life of the country should ensure the effectiveness of management decisions, as well as contribute to the formation of the legal system based on the value of human and civil rights and freedoms and the protection of their legitimate interests. However, today in Ukraine there are a number of problems in this aspect, which have remained unresolved for a long time. Despite the efforts of public authorities to regulate at the legislative level the role of civil society in various spheres of activity of public authorities and local governments, the real interaction between these institutions remains quite low. In order to increase the effectiveness of the interaction between the executive authorities and civil society institutions, it should take place in four directions.

Key words: public administration, interaction, public authorities, executive authorities, civil society, civil society institutions.

УДК 342.92
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.21

Руслан Капран,
аспірант кафедри адміністративного та митного права
Університету митної справи та фінансів

ІСТОРІОГРАФІЯ ДОСЛІДЖЕНЬ ПРОБЛЕМАТИКИ ДЖЕРЕЛ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

У статті проаналізовано навчальні, довідникові та наукові публікації, присвячені дослідженню джерел адміністративного права, їх визначення та системи. Констатовано наявність достатньої кількості наукових праць, присвячених дослідженню історико-правових передумов, що вплинули на появу нових джерел адміністративного права, натомість набагато меншу кількість публікацій щодо особливостей кожного елементу системи джерел адміністративного права. Вказується, що поява альтернативних (відмінних від традиційного розуміння джерел адміністративного права) підходів до формування системи джерел адміністративного права спостерігається лише в сучасний період.

Щодо досліджень тих чи інших аспектів джерел адміністративного права здійснюється таке узагальнення: а) визнання джерелами адміністративного права або лише певних нормативних актів, або закону загалом, із подальшим переходом до ототожнення закону та права, тобто визнання джерелом права лише нормативних актів, які походять від держави (у працях учених дорадянського та радянського періодів); б) додання до традиційного переліку джерел окремих «нетрадиційних» джерел (щодо цього питання констатовано відсутність уніфікованості та системності в поглядах, які наявні в працях різних учених-адміністративістів у різні періоди); в) суттєве розширення системи джерел адміністративного права в сучасних навчальних та наукових публікаціях і сталість (традиційний підхід) у висвітленні цього питання в юридичних довідникових виданнях (словники термінів та енциклопедії). Наведено узагальнений аналіз змісту навчальних видань з 1999 р. по 2013 рр.: 1) у більш ранніх навчальних виданнях з адміністративного права тема, яка би висвітлювала джерела адміністративного права, часто окремо не виділяється, і лише характеризуються адміністративно-правові норми; 2) визначення джерел адміністративного права подається лише у зв'язку з актами правотворчості органів державної влади, що вміщують хоча б одне правило поведінки або цілком складаються з адміністративно-правових норм, якими регулюються відносини, що становлять предмет адміністративного права, як його розуміють у той чи інший період розвитку адміністративного права як галузі права. Джерела адміністративного права найчастіше визначають як зовнішні форми вираження. Відмінності у визначеннях пов'язані з більшим або меншим ступенем деталізації (наявність або відсутність конкретної вказівки на суб'єктів видання нормативних актів та наявності чи відсутності акцентування на уповноваженості відповідних суб'єктів; 3) поодинокі міркування щодо того, чи можна розширити традиційний перелік джерел адміністративного права (нормативний вимір) іншими джерелами. Зазначається про певний відхід від традиційного погляду на джерела адміністративного права лише в навчальних виданнях останнього десятиріччя. Наразі вже поширюється підхід, коли до джерел адміністративного права відносять національні джерела, міжнародні, неформалізовані джерела адміністративного права (норми природного права, загальні принципи права, звичаї, традиції та норми моралі), судові рішення (або судові прецеденти), до яких відносять рішення КСУ та ВС, ЄСПЛ та інших міжнародних судових установ. У наукових джерелах тривають дискусії щодо можливості віднесення до джерел адміністративного права доктрини, адміністративного договору та деяких інших.

Ключові слова: джерела адміністративного права, нормативні джерела, судовий прецедент, доктрина, «м'яке право» як джерело адміністративного права.

Постановка проблеми. Як вірно зазначено в наукових джерелах, попри наявність значної кількості наукових досліджень із проблематики джерел адміністративного права ця тема залишається актуальним напрямом наукових досліджень, зважаючи на постійний розвиток суспільних відносин та розширення сфери регулювання нормами адміністративного права (адже розширюється коло відносин, що становлять предмет адміністративного права) [1, с. 15]. Про спільність поглядів більшості науковців, але й наявність відмінних підходів на склад джерел адміністративного права зазначає і В.І. Курило [2, с. 30], а вже сам факт наявності відмінності в поглядах актуалізує потребу подальших наукових розробок задля вироблення певного уніфікованого підходу

© Р. Капран, 2021

до визначення та системи джерел адміністративного права.

Ознайомлення зі змістом навчальних, наукових та довідникових джерел, в яких розкривається проблематика джерел адміністративного права, дозволяє констатувати, що поява альтернативних (відмінних від традиційного розуміння джерел адміністративного права) підходів до її (системи) елементів спостерігається лише в сучасний період. З огляду на це лише в загальних рисах окреслимо той період історії, коли погляди на джерела адміністративного права були сталими, та зосередимось на більш детальному аналізі сучасного періоду, коли з'явилися, а згодом й набули ознак «масовості» (у сенсі збільшення їх кількості) праці з альтернативними поглядами на джерела адміністративного права. Оскільки предметом цієї публікації є історіографія наукового дослідження проблематики джерел адміністративного права, не будемо детально зупинятись на історичному аспекті питань формування формалізованих джерел адміністративного права, взявши за основу загальновизнану (адже вона подається в навчальних та наукових джерелах та суттєво ніким не оспорюється), та охарактеризуємо лише зміни в поглядах учених-адміністративістів на систему джерел адміністративного права.

З відсутністю чіткого поділу на галузі права вчені дорадянського періоду, як зазначає С.М. Мойсак, як джерела права виокремлювали або лише певні нормативні акти, або закон загалом, звичай та судову практику, з подальшим переходом до ототожнення закону та права, тобто визнання джерелом права лише того, «що є продуктом та волею» держави. Нормативними джерелами саме адміністративного права в період становлення радянської влади є, наприклад, такі: постанови про наркомати, положення про ради губернських, повітових та заштатних міст, положення про сільські ради, тимчасові правила про службу в державних установах, Адміністративний кодекс УРСР (1927 р.) тощо. Увесь подальший розвиток джерел адміністративного права в радянський період пов'язаний із правотворчою діяльністю держави, що означає визнання єдиним джерелом права нормативно-правових актів [3, с. 476, с. 477].

Науковий аналіз питань джерел адміністративного права більш пізнього радянського періоду, коли вже спостерігався чіткий розподіл вітчизняного права за галузями, пов'язаний з дослідженням більш масштабного питання – «джерел права» загалом з виокремленням видів цих джерел, а початок приділення уваги на «галузевому» (адміністративно-правовому) рівні пов'язується з прізвищами таких учених, як В.А. Власов, Ю.М. Козлов, А.Є. Луньов, С.С. Студенікін, Г.І. Петров, О.М. Якуба тощо. У сучасний період (починаючи з 2000 р.) зміну поглядів можна спостерігати з відмінним, порівняно з попередніми періодами, викладенням системи джерел адміністративного права в публікаціях як наукового, так і навчального змісту.

У першій групі (публікації наукового змісту) особливо слід відмітити публікації на рівні дисертаційних робіт, зокрема ґрунтовну наукову роботу О.В. Константия (2000 р. [4]). Результати своїх досліджень джерел адміністративного права загалом на рівні наукових статей та тез доповідей публікували В.І. Курило (2009 р. [2, с. 30–33]), С.М. Мойсак (2009 р. [3, с. 475–480]) О.Б. Чорномаз (2013 р. [5, с. 247–250]), Ю.В. Цуркаленко (2018 р. [6, с. 179–184]) та інші науковці. Висвітленню особливостей окремих формалізованих нормативних та інших (ненормативних) джерел адміністративного права присвячені наукові публікації В.М. Шаповала (2000 р. [7, с. 13–15]), О.О. Томкіної (2005 р. [8]), Н.О. Рибалко (2009 р. [9]), О.Б. Чорномаза (2015 р. [10, с. 204–210]), Р.Ю. Капинуса (2016 р. [11]), В.В. Решоти (2017 р. [12, с. 118–123]), Ю.В. Цуркаленко (2018 р. [13, с. 467–470]) та ін. Адміністративному договору, який в окремих сучасних наукових публікаціях інколи називають серед джерел адміністративного права, присвячено дисертаційну роботу К.К. Афанасьєва (2002 р. [14]). Натомість, попри велику кількість наведених та інших публікацій, майже в кожній з них висвітлюються лише певні аспекти проблематики, той чи інший різновид джерела, що свідчить про фрагментарність дослідження джерел адміністративного права. Також, як уже зазначалось вище, не сформовано ще певного уніфікованого підходу як до визначення поняття «джерела адміністративного права», так і до їх системи.

Метою статті є аналіз змін у наукових підходах до визначення як самого поняття «джерела адміністративного права», так і до системи цих джерел.

Виклад основного матеріалу. Про те, що існує певний більш-менш сприйнятий більшістю науковців підхід, на наш погляд, свідчить факт його викладення в навчальних джерелах, адже саме за ними здійснюється підготовка майбутніх фахівців-юристів. Якщо дослідити зміст навчальних посібників та підручників з адміністративного права різних років видання, можна побачити загальну тенденцію відсутності вказівки на будь-які інші, крім нормативних, джерела адміністра-

тивного права, з доданням в окремих посібниках чи підручниках до них актів судових органів, і лише в останнє десятиріччя з'явилися навчальні видання, в яких наводиться альтернативний (відмінний від традиційного) погляд на систему джерел адміністративного права. Наведемо приклади характеристики джерел адміністративного права, яка продемонструє динаміку або статику в поглядах науковців на це питання в різні роки. Акцентуємо, що наведені нижче приклади є прикладами тих навчальних джерел, які є доволі доступними, до них є вільний доступ у мережі Інтернет або в найбільших наукових бібліотеках. Звичайно, є й інші видання, але зважаючи на доволі обмежений доступ до їхнього змісту, навряд чи вони суттєво можуть вплинути на характеристику наявного стану відображення відповідної проблематики.

Узагальнений аналіз змісту навчальних видань з 1999 р. по 2013 рр. можна представити у вигляді таких висновків:

1) у більш ранніх навчальних виданнях з адміністративного права (див., наприклад, праці В.К. Колпакова (1999 р. [15]), А.Б. Агапова (2004 р. [16, с. 70-77])), тема, яка би висвітлювала джерела адміністративного права, часто окремо не виділяється, і лише характеризуються адміністративно-правові норми (тобто йдеться лише про нормативний аспект у галузі з акцентуванням на нормах та нормативно-правових актах);

2) визначення джерел адміністративного права подається лише у зв'язку з актами правотворчості органів державної влади, що вміщують хоча б одне правило поведінки або цілком складаються з адміністративно-правових норм, якими регулюються відносини, що становлять предмет адміністративного права, як його розуміють у той чи інший період розвитку адміністративного права як галузі права (див., наприклад, праці В.В. Богуцького (2000 р. [17, с. 35–38]) та Н.Б. Писаренко (2010 р. [18, с. 52-54]). При цьому найчастіше джерела адміністративного права визначаються як зовнішні форми вираження норм адміністративного права (наприклад, у працях О.П. Альохіна, А.О. Кармоліцького, Ю.М. Козлова (2003 р. [19, с. 46–50]); в Академічному курсі з адміністративного права України (2004 р. [20, с. 141]); у працях Т.О. Коломоєць (2008 р. [21, с. 10–11], 2011 р. [22, с. 20] та у співавторстві з П.С. Лютіковим та О.Ю. Меліховою (2012 р. [23, с. 14–15]); у працях С.Г. Стеценка (2008 р. [24]); С.М. Алфьорова, С.В. Ващенка, М.М. Долгополової, А.П. Купіна (2011 р. [25, с. 21]); В.К. Колпакова (2012 р. [26, с. 33–34]); А.А. Манжули (2016 р. [27, с. 24-27]) тощо). У визначеннях джерел адміністративного права в наведених працях спостерігається більша або менша ступінь деталізації, яка пов'язується з наявністю або відсутністю у визначенні цього поняття конкретної вказівки на суб'єктів видання нормативних актів (перелічення конкретних державних органів та організацій, органів місцевого самоврядування) та акцентуванням на те, що відповідні акти мають бути прийняті в межах їхньої встановленої законодавством компетенції (уповноваженість відповідних суб'єктів) (див., наприклад [18, с. 52–54; 20, с. 141]), а в переліку джерел, які пропонуються у відповідних навчальних виданнях, згадуються, як правило, лише нормативні акти (наприклад [17, с. 35–38; 19, с. 46–50; 21, с. 10–11; 22, с. 20; 24; 25, с. 21; 27]). Крім національних нормативних актів, у джерелах перелічуються міжнародно-правові акти, ратифіковані країною (див., наприклад [20, с. 141]). До переліку джерел інколи додаються й акти судових органів (наприклад, у працях В.К. Колпакова (2012 р. [26, с. 33–34]) та у його працях у співавторстві з О.В. Кузьменко ([28, с. 41–42])). Щодо джерел, в яких згадується про акти судових органів як джерела адміністративного права, слід зазначити на дві варіації викладення відповідної позиції, коли в одних джерелах не пояснюється, чи всі акти і чи всіх судових органів є джерелами адміністративного права (див., наприклад [26, с. 33–34; 28, с. 41–42]), а в інших як такі джерела розглядаються не звичайні акти судових органів, а наводяться міркування про можливість чи неможливість розглядати судовий прецедент як джерело адміністративного права. Так, наприклад, В.Б. Авер'янов у 2006 р., зазначаючи про відсутність в юридичній літературі однозначних підходів до поняття «джерело права», коли найчастіше під ним розуміють зовнішню форму виразу загальнообов'язкових правил поведінки, насамперед правових норм, розмірковує про випадки судових прецедентів (зокрема, рішення КСУ, які мають загальнообов'язкову силу під час вирішення необмеженої кількості індивідуальних спорів, тобто фактично набувають нормативного характеру, адже тягнуть скасування нормативно-правових актів парламенту, Президента, КМУ, ВР АРК) і робить висновок про можливість розглядати їх джерелами права [29, с. 136]. Про можливість віднесення до джерел адміністративного права (крім системи нормативних актів) також і рішень КСУ у 2010 р. зазначала й Н.Б. Писаренко [18, с. 52–54];

3) поодинокі міркування щодо того, чи можна розширити традиційний перелік

джерел адміністративного права (нормативний вимір) іншими джерелами, про які давно зазначається в загальнотеоретичних джерелах. Так, наприклад, В.Б. Авер'янов ще у 2006 р. зазначав, що значення джерела права може мати і правовий звичай, але в Україні немає випадків прямого санкціонування державою правових звичаїв у сфері публічної адміністрації, оскільки вони вже давно трансформовані в норми чинного адміністративного права [29, с. 136]. Тобто вказане джерело не визнавалось ним як джерело адміністративного права, адже в підсумку він їх визначав як зовнішню форму встановлення і виразу адміністративно-правових норм (актів правотворчості державних органів та органів місцевого самоврядування, що прийняті в межах компетенції, а також міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВР України) [29, с. 137]. У 2011 р. С.М. Алфьоров, С.В. Ващенко, М.М. Долгополова та А.П. Купін згадують про такі джерела, як судовий прецедент, релігійні норми, правові звичаї, нормативний договір та правова доктрина, але лише в контексті того, що вони визнаються джерелами права в загальній теорії права [25, с. 21].

Приблизно десятиріччя тому почали з'являтися навчальні джерела, в яких пропонується відмінний від традиційного підхід до визначення поняття «джерела адміністративного права». Так, наприклад, Р.С. Мельник та В.М. Бевзенко (2014 р.) визначають джерела адміністративного права як юридичну основу діяльності суб'єктів публічної адміністрації з виокремленням формалізованих національних джерел адміністративного права, формалізованих міжнародних (європейських) джерел адміністративного права, судових рішень, неформалізованих (норми моралі, традиції, звичаї, правова доктрина) джерел адміністративного права [30, с. 89–108]. Такий розширений підхід до системи джерел адміністративного права Р.С. Мельник підтверджує й у подальших своїх публікаціях (див., наприклад [31, с. 110–146]). В.І. Курило, А.А. Манжула, С.В. Діденко, І.Г. Орловська, Р.С. Мкртчян у підручнику з адміністративного права, співавторами якого вони є (2018 р.), зазначають про подвійне розуміння цієї категорії – у матеріальному сенсі й у формально юридичному, зосереджуючись на формально юридичному його значенні (як зовнішньої форми вираження правових норм), щодо якого стверджують про те, що воно є найбільш зрозумілим й уживаним. Джерела адміністративного права вказані автори визначають як засіб зовнішнього оформлення адміністративно-правових норм, який засвідчує їх державну загальнообов'язковість (засоби, форми вираження й закріплення публічної волі), та відносять до них: 1) національні джерела; 2) міжнародні; 3) неформалізовані джерела адміністративного права (норми природного права, загальні принципи права, звичаї, традиції та норми моралі); 4) судові рішення (або судові прецеденти), до яких відносять рішення КСУ та ВС, ЄСПЛ та інших міжнародних судових установ [32, с. 51–52]. У підручнику, виданому у 2020 р., система джерел адміністративного права представлена національними (Конституція України, законодавчі акти) джерелами, міжнародними (юридичні акти ЄС, «м'яке право») джерелами; рішеннями судових органів (Практика ЄСПЛ, рішення КСУ та ВС) та неформалізованими квазіджерелами адміністративного права [33, с. 59–79].

Але і в цей найсучасніший період розвитку доктрини адміністративного права традиційний підхід залишається, адже наявні й інші навчальні видання, в яких: а) у висвітленні поняття «джерела адміністративного права» традиційно перелічуються лише нормативні акти та акти судових органів [34, с. 166–167]; б) джерела адміністративного права традиційно визначаються як зовнішні форми вираження адміністративно-правових норм і перелічуються лише нормативні джерела (див., наприклад, праці В.В. Доненка (2016 р. [35, с. 17]), А.А. Манжули (2016 р. [27, с. 24–27])), інколи – з доданням до нормативних джерел актів судових органів [36, с. 30–31]. Можна навести й приклади навчальних видань, в яких питанням джерел адміністративного права взагалі не приділяється увага (див., наприклад [37, с. 5–8]).

Окремо слід зазначити про таку групу видань, як довідникові (словники термінів, правові енциклопедії тощо) джерела. У них (навіть доволі сучасних, виданих в останнє десятиріччя) найчастіше фіксується саме традиційний погляд на джерела адміністративного права, коли ними визнаються лише зовнішні форми відображення адміністративно-правових норм з переліченням лише нормативних актів різної юридичної сили (див., наприклад: 2010 р. [38, с. 58], 2014 р. [39, с. 117–118], 2017 р. [40, с. 59–60]). І навіть у найсучасніших юридичних енциклопедичних виданнях, які є «згустком» наукових та загальновизнаних уявлень про різні правові категорії та джерела адміністративного права, наразі не вказується однозначно про якийсь інший уніфікований підхід до таких джерел. Так само, як і в більшості навчальних джерел, що було продемонстровано вище, вказується, що «превалюючим для

вітчизняної адміністративістики є розуміння джерел адміністративного права як способів закріплення і зовнішнього вираження норм адміністративного права» [41, с. 295–296], тобто як «форми права», зазначаючи одночасно, що в загальнотеоретичній юриспруденції до джерел права відносять й «інші аспекти правового буття: правову свідомість (джерела в ідеальному зрізі); суспільні відносини, динаміка та властивості яких породжують необхідність виникнення правових норм (джерела в матеріальному зрізі); історичні пам'ятки права (джерела в історичному зрізі)». Вказується також на дві варіації виокремлення джерел: або шести джерел-форм права (правовий звичай, прецедент, нормативний договір, нормативно-правовий акт, доктрина та релігійно-правові норми), або лише перших чотирьох [41, с. 295–296].

У другій групі (наукові публікації), навпаки, спостерігається чимало обґрунтувань розширення традиційного переліку джерел. У дослідженні питань джерельної бази адміністративного законодавства наразі спостерігається певне пожвавлення, що пов'язане зі зміною підходу до предмету адміністративного права загалом, а отже, і до системи джерел цієї галузі права та ролі окремих її складників. Доволі чітко простежується зростання інтересу науковців до джерельної бази галузі приблизно з 2000 року. Так, наприклад, В.І. Курило у своїй науковій праці, присвяченій системі джерел адміністративного права, зазначає про потребу масштабування підходів до системи джерел адміністративного права та пропонує включати до системи джерел галузі адміністративно-правові концепції та доктрини, адміністративно-правові акти, акти органів державного управління, акти судових органів, адміністративні договори й угоди, природне право, адміністративно-правові звичаї та адміністративно-правові прецеденти [2, с. 31, с. 32]. Щодо тих чи інших виокремлених вище елементів системи джерел адміністративного права спостерігаються дискусії. Зокрема, С.М. Мойсак не розглядає доктрину джерелом сучасного адміністративного права, обґрунтовуючи свою позицію відсутністю прямої норми Конституції України або іншого закону з вказівкою на це [3, с. 479], а В.В. Решота в одній зі своїх наукових праць (2018 р.) підсумовує, що з юридичної точи зору немає підстав розглядати адміністративні договори як окреме джерело адміністративного права, адже вони не є загальнообов'язковими, не є нормативними, не визначають прав та обов'язків інших (ніж сторони договору) суб'єктів, тобто не відповідають усім ознакам джерел права, а отже, суди не можуть застосовувати їх як нормативну підставу обґрунтування своїх рішень [42, с. 129]. Такі ж дискусії наявні й щодо інших вказаних вище джерел, кожне з яких заслуговує окремих, присвячених окресленню притаманної їм специфіки, досліджень та відповідних публікацій. Можна констатувати також наявність доволі значної кількості наукових публікацій, присвячених дослідженню особливостей тих чи інших нормативних джерел адміністративного права, починаючи від Конституції України, продовжуючи іншими законодавчими та підзаконними актами, закінчуючи місцевим рівнем суб'єктів видання нормативно-правових актів.

Висновки

Отже, аналіз навчальних, довідникових та наукових публікацій, в яких характеризуються джерела адміністративного права, виявив, що довгий час навчальні видання або взагалі не присвячували належної уваги цій темі, або «транслювали» лише традиційний підхід, за яким джерелами адміністративного права визнавались лише нормативні акти, у складі яких наявні адміністративно-правові норми. Демократизація суспільства, серед іншого, мала й такий позитивний наслідок, як усвідомлення потреби зміни такого однобічного підходу, адже це значно знижувало можливості захисту прав людини. Саме з усвідомленням цього факту пов'язана подальша тенденція розширення в наукових, а згодом – й у навчальних джерелах, переліку складників системи джерел адміністративного права, коли до традиційного підходу, започаткованого ще радянською доктриною адміністративного права, за яким джерелами цієї галузі визнавались лише нормативно-правові акти держави (закріплення в такій формі надавало їм ознак загальнообов'язковості), доданням у подальшому до цих джерел актів судових органів з подальшим поступовим розширенням системи джерел адміністративного права, складники якої запозичувались із загальнотеоретичних наукових публікацій та доктрини міжнародного права (в частині актів «м'якого права»). Наразі слід констатувати незавершеність дискусій щодо складу системи джерел адміністративного права, адже в сучасних виданнях спостерігається як звужений підхід (лише нормативні акти, подекуди з доданням до них і актів судових органів), який справедливо називають застарілим та таким, що не відповідає сучасним реаліям концепції джерел адміністративного права, це так зване «неорадянське» розуміння [13, с. 467], так і доволі широкий підхід до системи таких

джерел, щодо складників якої продовжуються наукові дискусії. Можна стверджувати про тенденцію формування певної уніфікації поглядів учених-адміністративістів у частині окремих елементів цієї системи, адже все більше схожих поглядів фіксується саме у навчальних виданнях з адміністративного права, за якими й навчаються майбутні юристи. Найбільш консервативними досі залишаються юридичні довідникові (словники термінів, енциклопедії) видання, в яких переважає традиційний (застарілий) погляд на систему джерел адміністративного права.

Список використаних джерел:

1. Лутчин У.А., Мельник Р.С. «М'яке» право в системі джерел адміністративного права. *Сучасні виклики українського права у контексті європейської інтеграції*. 2016. № 1 (1). С. 15–18.

2. Курило В.І. Про систему джерел адміністративного права України. *Юридичний вісник*. 2009. № 2 (11). С. 30–33.

3. Мойсак С.М. Становлення джерел адміністративного права. *Актуальні проблеми політики* : зб. наук. пр. / редкол. : С.В. Ківалов (голов. ред.) та ін. Одеса : Фенікс, 2009. Вип. 38. С. 475–480.

4. Константий О.В. Джерела адміністративного права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2000. 19 с.

5. Чорномаз О.Б. Джерела адміністративного права: сучасний стан та перспективи розвитку. *Актуальні проблеми сучасного адміністративного права* : матеріали круглого столу (22 берез. 2013 р.). Запоріжжя : Клас. приват. ун-т, 2013. С. 247–250.

6. Цуркаленко Ю.В. Джерело сучасного адміністративного права: проблеми розуміння та способи їх вирішення. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. № 4. С. 179–184.

7. Шаповал В.М. Конституція України як форма адміністративного права. *Право України*. 2000. № 1. С. 13–15.

8. Томкіна О.О. Акти Кабінету Міністрів України: теоретичні засади видання та реалізації : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2005. 21 с.

9. Рибалко Н.О. Адміністративно-правові аспекти діяльності Президента України : автореф. ... дис. канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2009. 20 с.

10. Чорномаз О.Б. Акти Кабінету Міністрів України у системі джерел адміністративного права України. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2015. С. 204–211.

11. Капінус Р.Ю. Акти глав держав як джерела адміністративного права : монографія. Київ : Юридична думка, 2016. 179 с.

12. Решота В.В. Акти Президента України як джерела адміністративного права України у судовому правозастосуванні. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2017. Volume 4. Issue 3. С. 118–123.

13. Цуркаленко Ю.В. Акти судових органів у системі джерел адміністративного права як потреба сучасності. *Актуальні питання протидії злочинності в сучасних умовах* : матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції. Дніпро, 15.03.2018. С. 467–470.

14. Афанасьєв К.К. Адміністративний договір як форма державного управління (теоретико-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2002. 19 с.

15. Колпаков В.К. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 733 с.

16. Агапов А.Б. Административное право : учебник. Москва : Издательско-торговая корпорация «Дашков и Ко», 2004. 932 с.

17. Адміністративне право України : підручник для юрид. вузів і фак. / Ю.П. Битяк та ін. ; за ред. Ю.П. Битяка. Харків : Право, 2000. 520 с.

18. Адміністративне право : підручник / Ю.П. Битяк (кер. авт. кол.) та ін. ; за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, В.В. Зуй. Харків : Право, 2010. 624 с.

19. Алехин А.П., Кармолицкий А.А., Козлов Ю.М. Административное право : учебник. Москва : ИКД «Зерцало-М». 2003. 608 с.

20. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник: у 2 т. / ред. колегія В.Б. Авер'янов (голова) та ін. Київ : Видавництво «Юридична думка», 2004. Т. 1: Загальна частина. 584 с.

21. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. д.ю.н., проф. Т.О. Коломоєць. Київ : Істина, 2008. 457 с.

22. Коломоєць Т.О. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2011. 576 с.

23. Адміністративне право України : підручник. Вид. 2-ге, змін. і доп. / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Київ : Істина, 2012. 528 с.

24. Стеценко С.Г. Адміністративне право України : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2008. 624 с.

25. Адміністративне право. Загальна частина : навчальний посібник / С.М. Алфьоров та ін. Київ : Центр учбової літератури, 2011. 216 с.

26. Курс адміністративного права України : підручник / за ред. В.В. Коваленка. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 808 с.

27. Манжула А.А. Конспект лекцій з дисципліни «Адміністративне право. Адміністративна відповідальність». Дніпро : Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2016. 111 с.

28. Колпаков В.К., Кузьменко О.В. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 544 с.

29. Основи адміністративного судочинства та адміністративного права : навчальний посібник / за заг. редакцією Р.О. Куйбіди, В.І. Шишкіна. Київ : Старий світ, 2006. 576 с.

30. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : навчальний посібник / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ : Ваіте, 2014. 376 с.

31. Мельник Р.С. Загальне адміністративне право в питаннях і відповідях. Київ : Юрінком Інтер, 2020. 308 с.

32. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / В. Галунько та ін. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.

33. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / В. Галунько та ін. ; за ред. В. Галунька, О. Правоторової; Видання третє. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2020. 584 с.

34. Коломоєць Т.О., Колпаков В.К. Вступ до навчального курсу «Адміністративне право України» : навчальна лекція. Київ : Ін Юре, 2014. 240 с.

35. Доненко В.В. Конспект лекцій з дисципліни «Адміністративне право» для студентів факультету заочного навчання цивільних осіб. Дніпро : Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2016. 444 с.

36. Співак М.В. Курс лекцій з навчальної дисципліни «Адміністративне право». Київ : Національна академія внутрішніх справ, 2016. 218 с.

37. Середа В.В., Назар Ю.С., Костовська К.М. Адміністративне право України (у схемах та коментарях) : навчальний посібник. Львів : ЛьвДУВС, 2016. 300 с.

38. Словник базової термінології з адміністративного права : навчальний посібник / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Київ : Істина, 2010. 240 с.

39. Адміністративне право України : словник термінів / за заг. ред. Т.О. Коломоєць, В.К. Колпакова. Київ : Ін Юре, 2014. 520 с.

40. Службове право : словник термінів. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2017. 340 с.

41. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Харків : Право, 2016. Т. 5: Адміністративне право, 2020. 960 с.

42. Решота В.В. Адміністративні договори в системі джерел адміністративного права України. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія «Юридичні науки»*. 2018. № 4. Том 29 (68). С. 126–130.

Ruslan Kapran. Historiography of research on the problems of sources of administrative law

The article analyzes educational, reference and scientific publications devoted to the study of sources of administrative law, their definitions and systems. It is stated that there is a sufficient number of scientific papers devoted to the study of historical and legal preconditions that influenced the emergence of new sources of administrative law, instead, a much smaller number of publications on the specifics of each element of the system of sources of administrative law. It is pointed out that the emergence of alternative (different from the traditional understanding of the sources of administrative law) approaches to the formation of a system of sources of administrative law is observed only in the modern period. Regarding the research of certain aspects of the sources of administrative law, the following generalization is made: a) recognition as sources of administrative law or only certain normative acts, or law in general, with the subsequent transition to the identification of law and law, ie recognition as a source of law only normative acts originating from the state (in the works of pre-Soviet and Soviet periods); b) adding to the traditional list of sources of individual "non-traditional" sources (on this issue, it is stated that there is a lack of uniformity and systematization in the views that are available in the works of different scholars-administrators in different periods); c) significant expansion of the system of sources of administrative law in modern educational and scientific publications and consistency (traditional approach) in the coverage of this issue in legal reference books (dictionaries of terms and encyclopedias). A generalized analysis of the content of educational publications from 1999 to 2013 is given: 1) in earlier educational publications on administrative law, the topic that would cover the sources of administrative law is often not singled out, and only characterized by administrative law; 2) the definition of sources of administrative law is submitted only in connection with acts of law-making of public authorities that contain at least one rule of conduct or consist entirely of administrative law, which regulates the relations that are the subject of administrative law. Sources of administrative law are often defined as external forms of expression. Differences in definitions are related to a greater or lesser degree of detail (the presence or absence of a specific reference to the subjects of the issuance of regulations and the presence or absence of emphasis on the powers of the relevant subjects; 3) individual considerations as to whether it is possible to expand the traditional list of sources of administrative law (normative dimension) to other sources. Currently, the approach is widespread, when the sources of administrative law include national sources, international, informal sources of administrative law (norms of natural law, general principles of law, customs, traditions and norms of morality), court decisions (or court precedents), which include decisions of the Constitutional Court of Ukraine and the Supreme Court, the European Court of Human Rights and other international judicial institutions. Scientific sources continue to discuss the possibility of referring to the sources of administrative law doctrine, administrative agreement and some others.

Key words: sources of administrative law, normative sources, court precedent, doctrine, "soft law" as a source of administrative law.

УДК 352/354.075.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.22

Ігор Ковбас,
докт. юрид. наук,
доцент кафедри публічного права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Іван Торончук,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри європейського права та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Павло Крайній,
асистент кафедри публічного права
юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ ОРГАНІВ ПУБЛІЧНОГО ВРЯДУВАННЯ З КОНСУЛЬТАТИВНО-ДОРАДЧИМИ ОРГАНАМИ

Бурхливий розвиток інституцій громадянського суспільства, що спостерігається в демократичних країнах починаючи з другої половини XX століття, підштовхує наукове співтовариство, діючі політичні еліти та уряди переглядати існуючі моделі взаємодії між суспільством та державою. Зміна акценту щодо передачі певної частини повноважень від центральних та місцевих органів влади до різноманітних громадських інституцій (консультативних і дорадчих органів, що сформовані з представників громадськості, науковців тощо) робить необхідним перегляд існуючих думок та поглядів у частині вивчення моделей їх ефективної взаємодії, належного впорядкування публічно-владної діяльності, визначення їхнього місця у сфері надання публічних послуг. Основною метою таких змін є забезпечення в максимальному обсязі можливостей кожній особі мати змогу в повній мірі реалізувати свої права і свободи, одержувати необхідний перелік якісних, базових адміністративних послуг, звертатись із відповідними пропозиціями за наданням таких послуг та активно брати участь у вирішенні нагальних питань через громадські ради, консультативні комітети, консультативні комісії. Світовий досвід організації діяльності урядів, муніципалітетів, системи органів публічної адміністрації загалом яскраво демонструє тенденцію до залучення великої кількості лідерів громадської думки, експертів в окремих сферах суспільного життя для спільного вирішення проблем різного рівня складності. Це зводиться не лише до мінімального чи обмеженого впливу громадських інституцій, прийняття важливих рішень на відповідному рівні. Навпаки, у вітчизняній та зарубіжній науковій літературі особливу увагу приділяють саме закріпленню адміністративно-правового статусу конкретних консультативних органів, рад, комітетів. З їхньою допомогою кожна зацікавлена особа може стати рівноправним суб'єктом у здійсненні публічно-правового партнерства разом із главою держави, міністром чи мером. Саме тому вивчення міжнародного досвіду організації та здійснення взаємодії між органами публічної влади та інститутами громадянського суспільства для нашої держави є як ніколи доречним. Реформи в частині виокремлення окремих інструментів взаємодії суспільства для прийняття рішень стосовно будь-яких питань суспільного життя проводиться через громадські організації, громадські ради шляхом подання електронних петицій тощо. Однак, ураховуючи те, що нові інструменти взаємодії між особою та державою, особливо на локальному рівні, в Україні тільки-но знаходять своє нормативне закріплення і цим самим зводять дискусії до виявлення прогалин у правовому регулюванні такої взаємодії, цікавим є окреслення форм взаємодії між публічною адміністрацією, муніципалітетами та громадянським суспільством у різних країнах світу.

Ключові слова: публічна влада, публічне врядування, адміністративні послуги, громадські ради, консультативні комітети.

Постановка проблеми. Впровадження правового регулювання участі громадян у прийнятті важливих рішень разом із місцевою владою неможливе без вивчення її правової природи. Крім цього, важливим є виокремлення правових начал партнер-

© І. Ковбас, І. Торончук, П. Крайній, 2021

ського співробітництва між суспільством та державою, визначення його призначення, мети та цілей. Очевидно, що в кожній країні методи такої діяльності є різними. І важливим тут є вивчення досвіду зарубіжних країн, де налагоджено активну співпрацю між центральними та місцевими органами влади з різноманітними консультативно-дорадчими органами, комісіями, радами тощо.

Спосіб здійснення публічного управління на національному, регіональному та місцевому рівнях відіграє важливу роль у визначенні результатів, які сприяють якості життя кожного громадянина. Належне управління, тобто управління, яке дозволяє ефективно виконувати колективні прагнення громадян, залежить від способу організації взаємодії між владою та громадою. Розроблення і вдосконалення існуючих способів надання таких послуг є важливим фактором для досягнення ефективної реалізації прав і свобод громадян.

Тема взаємодії органів публічної адміністрації з інституціями громадянського суспільства досліджується за кордоном упродовж тривалого часу. В Україні вона стає дедалі популярнішою та дискусійнішою. Серед зарубіжних учених, які досліджують механізм взаємодії місцевої влади з громадянським суспільством, можна виділити Н. Алфасі, Н. Борджелі, В. Брайт, У. Камерон Дж. Ван дер Мір, А. Едвардс, О. Смолянко, Ю. Хабермаса тощо. З-поміж вітчизняних науковців вивченням даної проблематики займаються Т. Андрійчук, А. Буханевич, А. Дідух, О. Самбук, Л. Усаченко, Д. Іоненко, Ю. Шайгородський та інші.

Метою статті є вивчення зарубіжного досвіду налагодження взаємодії між державою та суспільством через конкретно створені консультативно-дорадчі органи; дослідження правових начал та основ такої взаємодії, особливостей її реалізації. Вивчення практики організації такого виду співпраці позитивно вплине на формування національної внутрішньої політики щодо налагодження ефективної діяльності громадських рад, інших дорадчих інституцій та органів задля впровадження належного публічного врядування в Україні. Крім цього, оскільки на даний час відбувається активна законотворча діяльність у частині закріплення адміністративно-правового статусу громадських рад, використання зарубіжного досвіду дасть змогу якісно розширити практичний горизонт для діяльності вказаного вище суб'єкта адміністративного права.

Виклад основного матеріалу. Участь громадськості у прийнятті важливих рішень є ідеєю, що обговорюється та вивчається тривалий час. Вона за своєю природою є багатогранною та складною. Участь громадськості через різноманітні форми організації, взаємодії та представництва, її вплив на формування того чи іншого підходу до вирішення важливих завдань є предметом жвавих дискусій. Дана проблематика знаходиться в авангарді досліджень конституційного, адміністративного, муніципального права тощо. Інтерес до цієї теми, здається, не згасає. І можна з упевненістю припустити, що велика кількість академічних та практичних робіт, що стосуються участі громадськості, лише продовжуватиме зростати. Варто погодитися з думкою О. Смолянко, про те, що «у демократичних країнах думка громадськості з тих чи інших питань істотно впливає на процес формування державної політики. Одним із механізмів взаємодії, консультацій держави з громадськістю є громадські ради й інші подібні органи. У період між виборами саме функціонування цих інститутів дозволяє громадськості впливати на публічну політику, поряд із впливом через голос політичної опозиції, засобів масової інформації, роботу лобістів і різноманітних груп інтересів. При цьому зазначені органи можуть бути створені як безпосередньо у формі порад, так і у формі різних комітетів, комісій, груп, консультаційних нарад і т. п.» [1].

Яскравим вираженням участі громадськості в прийнятті важливих рішень, які стосуються тієї чи іншої сфери суспільного життя, є нормативне закріплення на рівні Основного Закону важливості людини, її життя, здоров'я, честі та гідності як найвищої соціальної цінності [2]. Ось уже як майже тридцять років наша країна перебуває в пошуках оптимальних моделей надання можливостей кожному громадянину висловити свої думки, пропозиції з того чи іншого важливого питання. І в даному контексті не йдеться про можливість реалізації нею виборчих прав. Можливість безпосередньої участі в розробленні, обговоренні та прийнятті рішень на різних рівнях дозволяє говорити про участь суспільства як повноцінного суб'єкта, що бере участь у публічно-правовій сфері.

На нашу думку, взаємодія органів публічної адміністрації з дорадчими громадськими інституціями насамперед повинна спрямовуватись на досягнення практичного результату. Таким являється своєчасне, належне, якісне надання кожному суб'єкту звернення адміністративних послуг. Однак їх надання натепер має значну кількість недоліків, які зумовлені наявними прогалинами в законо-

давстві, та не в повній мірі враховує потреби приватних осіб (необґрунтовані адміністративні послуги, «подріблення» адміністративних послуг, проблеми доступу до інформації, необхідної для отримання таких послуг тощо) [3].

Однак незважаючи на активне прийняття нових нормативно-правових актів, що регулюють діяльність різних громадських консультативно-дорадчих інституцій, громадських рад, комісій, натепер їхній адміністративно-правовий статус не визначений однозначно. Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 3.11.2010 р. № 996» закріплюється Типове положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації [4]. Однак воно має ряд неузгодженостей та поверхнево врегульовує діяльність рад, особливо в частині реалізації їхніх повноважень. Саме тому вивчення правової природи начал взаємодії окремих громадських інституцій та публічної адміністрації в іноземних державах, на нашу думку, є вкрай необхідним.

Як показує зарубіжний досвід, зв'язок інституцій громадянського суспільства з органами публічної адміністрації має різні форми прояву. Також через специфіку та мовні відмінності такі інституції мають і різні назви (громадські ради, консультативні ради, консультативно-дорадчі комітети, комісії тощо). Однак їхня правова природа залишається незмінною та забезпечує максимальну взаємодію між різними інституціями та органами публічної адміністрації. Без належного правового врегулювання такої співпраці буде неможливо говорити про якісну зміну місця та ролі окремого індивіда в державі, забезпечення реалізації його прав у вигляді надання якісних адміністративних послуг.

На нашу думку, огляд практики залучення консультативно-дорадчих органів до вирішення питань різного рівня складності і значення варто розпочати зі Сполучених Штатів Америки. Цікавим видається аналіз, проведений В. Гінзбергом стосовно федеральних дорадчих комітетів. «Федеральні дорадчі комітети – які також можуть бути призначені як комісії, ради або робочі групи – створюються як тимчасові дорадчі органи, які можуть обійти бюрократичні обмеження для збору різноманітних точок зору щодо конкретних питань політики. Були створені дорадчі органи для вирішення цілого ряду питань, починаючи від політики щодо донорства органів і закінчуючи розробленням і впровадженням діяльності Міністерства національної безпеки. Такі комітети часто створюються для допомоги уряду в управлінні та вирішенні складних питань, що спричиняють розбіжності. Вони можуть бути уповноважені надавати незалежні поради або давати рекомендації різним органам федерального уряду за статутом Конгресу, створеним згідно з розпорядженням президента або на вимогу відповідного керівника агентства» [5]. Діяльність даної інституції здійснюється на підставі прийнятого в 1972 році Закону про Федеральні консультативні комітети. Традиція створення такого роду консультативних інституцій приписується Джорджу Вашингтону, який у 1794 р. призначив спеціальну групу уповноважених для розслідування повстання через віскі[1]. З 1842 р. Конгрес законодавчо контролював федеральні дорадчі органи – переважно шляхом обмеження фінансування та оплати праці членів комітету.

У 1940–1950-х рр. різноманітні галузі приватного сектору створювали консультативні комітети, які намагалися впливати на діяльність федеральних урядів. У 1950-х роках деякі з цих структур були створені під офіційною егідою з використанням керівних принципів, сформульованих Міністерством юстиції у 1950 році. З метою остаточного врегулювання питання щодо діяльності консультативних комітетів представниками Міністерства юстиції було розроблено збірник рекомендацій щодо створення дійсного федерального дорадчого комітету, який містив такі рекомендації:

– для використання такого комітету повинен існувати або статутний орган, або адміністративний висновок про необхідність використання такого комітету для виконання певних статутних обов'язків;

– порядок денний комітету повинен ініціювати та формулювати уряд;

– засідання повинні проводитись під керівництвом штатних державних службовців;

– про кожну зустріч необхідно вести повний протокол;

– комітет повинен бути суто дорадчим, а урядовці визначають дії, які слід вжити за рекомендаціями комітету [6].

[1] Податок на міцні спиртні напої викликав великі суперечки на початку 1790-х років, особливо на західному кордоні штату Пенсільванія, і, як наслідок, протести проти податків, які вважалися несправедливими, переросли в напад на збирачів акцизів, у тому числі побиття.

Далі робота такої інституції була визначена шляхом прийняття Закону про Федеральне використання дорадчих комітетів. Ним визначено, що вони повинні керуватись відповідними вимогами, хоча звітування про свою діяльність здійснюється ними залежно від того, хто призначає членів комітету.

Відповідно до статуту Адміністрація загальних служб (GSA) підтримує та адмініструє керівні принципи управління федеральними консультативними комітетами. Протягом 2008 фінансового року GSA повідомляла про 917 активних комітетів із майже 64 000 членів, які надавали поради та рекомендації 50 федеральним агентствам. Загальні операційні витрати цих комітетів у 2008 фінансовому році становили 344,3 млн доларів. Адміністратори агентств, президент та конгрес, імовірно, продовжать створювати федеральні дорадчі комітети протягом 111-го конгресу [5].

Таким чином, можливість прийняття важливих рішень у різних сферах суспільного життя за допомогою федеральних консультативних комітетів допомагає Президенту та Конгресу Сполучених Штатів Америки якісно здійснювати свої повноваження та враховувати при цьому думку широкого кола осіб. Крім цього, як бачимо, потужне фінансування діяльності комітетів дає змогу отримувати якісне та актуальне бачення тієї чи іншої проблеми. Те, що може бути не враховано політиками, органами влади коригується в результаті діяльності комітетів. І хоча система органів влади тут є відмінною від вітчизняної, варто взяти до уваги основоположні організаційні засади, які дозволяють забезпечити максимальний ефект від взаємодії консультативних органів з публічною адміністрацією при досягненні конкретного результату.

У Великій Британії можливості застосування консультативних рад при органах публічної адміністрації дещо схожі з тими, що їх запроваджено в Сполучених Штатах Америки. Наприклад, Консультативні комітети з питань охорони здоров'я (PHAC) є постійними комісіями, відповідальними за розроблення наших рекомендацій щодо охорони здоров'я. Кожен комітет складається з голови, основних та експертних питань. Кілька комітетів працює одночасно. Теми керівництва передаються комітету після направлення їх з Міністерства охорони здоров'я. Конкретно визначений комітет розглядає фактичні дані та робить рекомендації для людей, які працюють у системі охорони здоров'я, місцевому самоврядуванні, державному, приватному і добровільному секторах. Членами є представники закладів охорони здоров'я, місцевого самоврядування, професійних служб охорони здоров'я, наукових кіл і широкої громадськості [7].

Також у Великій Британії функціонує Консультативний комітет з питань міграції (MAC), який визначається як незалежний, не передбачений законом, обмежений у часі, позавідомчий державний орган, який консультує уряд з питань міграції. Він має повноваження у Великій Британії та працює з урядом, надаючи прозорі, незалежні та обґрунтовані факти. Роботу здійснює керівництво комісії Міністра внутрішніх справ. Однак 2020 рік був першим роком, коли MAC публікує щорічний звіт із подальшим розширенням аналізу, який проводить комітет, щоб продовжувати своє функціонування поряд з іншими комісіями.

Консультативний комітет з питань міграції пропонує всі рекомендації виходячи з того, що, на його думку, відповідає інтересам проживаючого населення, беручи до уваги те, що міграція по-різному впливає на різні групи. Комітет підтримується постійним секретаріатом державної служби, який налічує близько 20 осіб. У секретаріаті працюють економісти, соціальні дослідники, статистики та політичний комунікаційний персонал [8].

Такі приклади яскраво демонструють провідні позиції країн англо-саксонської правової сім'ї щодо впровадження ефективних способів здійснення належного публічного врядування. Такі консультативні комітети мають унікальну правову природу, оскільки вони не є в чистому вигляді громадськими організаціями. Водночас називати їх органами виконавчої влади теж некоректно. Це симбіоз, поєднання участі держави та суспільства, окремих публічних службовців і громадян, науковців-правників, що володіють спеціальними знаннями в різних сферах суспільного життя. Завдяки наявності консультативно-дорадчих комітетів можливість організації процедур надання адміністративних послуг з чисто політичної площини переходить в якісну практичну сферу, тим самим виводячи на новий рівень зв'язок суспільства, особи та держави.

Подібні консультативні комітети діють також в європейських державах. Наприклад, у Франції діє Технічний комітет з вакцинації, який виконує функцію Національної технічної консультативної групи з імунізації. У складі різноманітних технічних експертів він надає рекомендації щодо вакцинації. Комітет функціонує як незалежний експертний консультативний комітет, і його діяльність є конфіденційною, хоча його рекомендації оприлюднюються. Це допомагає приймати рішення щодо використання

нових вакцин, а також переглядати рекомендації щодо вакцин, які вже використовуються. Він отримує технічну експертизу з різних джерел, включаючи спеціалізовані національні центри [9]. У даному випадку можна простежити активну роль консультативних комітетів, діяльність яких може відкривати широкі можливості для гнучкого управління публічній адміністрації в певній вузько-спеціалізованій сфері.

Говорячи про особливості механізму формування консультативно-дорадчих органів у зарубіжних країнах, ми вважаємо, що це є предметом окремого наукового дослідження. Однак варто звернути увагу на спосіб «змішаного» формування, який передбачає такий механізм обрання їх складу: частина членів призначається органом державної влади чи органом місцевого самоврядування, інша – обирається заінтересованими інститутами громадянського суспільства або громадянами. Тому ми погоджуємось із думкою Т. Андрійчук, яка вважає що перевагою такого способу є досягнення більшої фахової рівноваги у складі цих органів та унеможливлення монополізації інтересів окремих груп громадськості [10].

На нашу думку, в Україні варто взяти до уваги досвід західних країн щодо можливості покращення правового регулювання консультативно-дорадчих інституцій (громадських рад, комітетів, комісій) в Україні, створення належних умов для їх функціонування, введення до їх складу, крім представників громадськості, науковців-правників, осіб, які здійснюють професійну практичну діяльність не в органах публічної влади. Це може якісно вплинути на покращення організації і здійснення сервісно-обслуговуючої функції держави та підвищення рівня захисту реалізації прав і свобод громадян.

Висновки

Як бачимо, наявність досконалої системи органів публічного врядування в тій чи іншій державі неможливе без залучення під час прийняття важливих рішень з різноманітних питань суспільного життя консультативно-дорадчих органів, комісій, громадських рад. Для України важливо врахувати досвід Сполучених Штатів Америки, Великої Британії, Франції, оскільки з прийняттям Типового положення про громадську раду при міністерстві, іншому центральному органі виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласній, Київській та Севастопольській міській, районній, районній у м. Києві та Севастополі державній адміністрації не деталізовано вимоги щодо професійних якостей майбутніх членів відповідних рад. Не зроблено акцент на залученні науковців, правників у сфері публічного врядування, надання публічних послуг. Варто врегулювати на нормативному рівні, в межах вищевказаного Положення, окрему норму, яка би вказувала на обов'язкову участь у діяльності громадських рад науковців, юристів-практиків з питань організації належного публічного врядування. Це значно посилило б інституційну роль дорадчого органу, дозволило йому продукувати якісні рекомендації, проекти рішень. Такі ради мають стати черговим кроком на шляху до забезпечення максимальної реалізації прав людини і громадянина через надання якісних адміністративних послуг та організацію належного публічного врядування. Також варто розглянути можливість окремого фінансування таких громадських інституцій, що, беззаперечно, слугуватиме мотиваційним фактором для залучення до їхньої роботи не лише громадських активістів, але й фахівців у окремій сфері.

Список використаних джерел:

1. Смолянко О. Международный опыт правового регулирования общественных советов. URL: https://www.lawtrend.org/freedom-of-association/obshhestvennye-sovety/mezhdunarodnyj-opyt-pravovogo-regulirovaniya

2. Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80

3. Ковбас І., Боднар С. Адміністративні послуги: поняття та порядок їх надання органами публічної адміністрації. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2016. № 1. С. 96–102.

4. Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики : Постанова Кабінету Міністрів України № 996. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/996-2010%D0%BF?find=1&text=%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%B% D1%8C

5. Ginsberg W.R. Federal Advisory Committees: An Overview. URL: https://fas.org/sgp/crs/misc/R40520.pdf (date of access: 20.03.2021).

6. Study of Monopoly Power: The mobilizaation program – United States. Congress. House. Committee on the Judiciary. URL: https://play.google.com/books/reader?id=jRpQAQAAMAAJ&hl=uk&pg=GBS.PR16 (date of access: 20.03.2021).

7. Public health advisory committees. URL: https://www.nice.org.uk/get-involved/meetings-in-public/public-health-advisory-committees (date of access: 20.03.2021).

8. Migration Advisory Committee. URL: https://www.gov.uk/government/organisations/migration-advisory-committee/about (date of access: 20.03.2021).

9. Daniel Floret, Paule Deutschb The French Technical Vaccination Committee. URL: https://www.nitagresource.org/sites/default/files/d9d108f05ec4bca1036d80da003cf0eefd6c8782_2.pdf (date of access: 20.03.2021).

10. Андрійчук Т. Громадські консультативно-дорадчі органи: проблеми організації та функціонування. *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України*. 2014. Вип. 3. С. 357–368.

Ihor Kovbas, Ivan Toronchuk, Pavlo Krainii. Features of the interaction of public administration bodies with advisory bodies

The rapid development of civil institutions, which has been observed in democratic states since the second half of the XX century, stipulates the scientific community, current political elites and governments to reconsider the existing models of interaction between society and the state. The shift of the focus to the transfer of some powers from central and local authorities to various public institutions (advisory and consultative bodies, formed of citizens, scholars, etc.) encourages the revision of the existing opinions and views in terms of studying the models of their effective interaction, proper organization of public authorities, as well as in terms of determining their place in the field of providing public services. The main objective of such changes is to ensure the maximum opportunity for each person to be able to fully exercise his/her rights and freedoms, receive all necessary, high quality, basic administrative services, apply for such services, as well as actively participate in solving any urgent issues through public councils, advisory committees and commissions. The world experience of organizing the activities of governments, municipalities, public administration systems clearly shows a tendency to involve a large number of public opinion leaders and experts in certain spheres of public life with the aim of solving problems of various complexity. This means not only minimal or limited influence of public institutions on making important decisions. On the contrary, numerous Ukrainian and foreign scientists lay particular emphasis on the necessity to consolidate the administrative and legal status of specific advisory bodies, councils and committees. With their help, each interested person can become an equal participant in the implementation of public-legal partnership with the head of the state, minister or mayor. Therefore, the study of international experience in the organization and implementation of interaction between public authorities and civil society institutions is currently more important for our country than ever. The reforms regarding the identification of certain instruments of social interaction for decision-making on any issues of public life are carried out through public organizations and public councils by submitting electronic petitions, etc. However, taking into the account the fact that in Ukraine, new tools of interaction between the individual and the state, especially at the local level, are just acquiring their normative consolidation (thus reducing discussions to identifying the gaps in the legal regulation of such an interaction), it is interesting to outline the forms of interaction between public administration, municipalities and civil society in different countries.

Key words: public authority, administrative services, public councils, advisory committees.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.23

Ірина Корчова,
аспірантка
Академії Державної пенітенціарної служби

ДОЦІЛЬНІСТЬ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ОСОБЛИВОГО ПОРЯДКУ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ЗА ЗВЕРНЕННЯМ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОГО НАГЛЯДУ (КОНТРОЛЮ) У СФЕРІ ТЕХНОГЕННОЇ ТА ПОЖЕЖНОЇ БЕЗПЕКИ

У статті розглянуто питання доцільності запровадження особливого порядку провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки. Звертається увага на те, що на момент наділення контролюючого органу правом звертатися до адміністративного суду з позовом про вжиття заходів реагування у вигляді призупинення діяльності відповідних суб'єктів законодавець називав відповідну категорію справ у Кодексі адміністративного судочинства України як «застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю), якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням», а також відносив їх до справ, де застосовується скорочене провадження. З викладенням Кодексу у новій редакції така категорія справ взагалі не згадується, що передбачає їх розгляд у загальному порядку. Водночас автором обґрунтовується необхідність віднесення останніх до термінових справ, що сприятиме вчасному усуненню загроз життю й здоров'ю людей, що створюються порушенням вимог законодавства у сфері техногенної та пожежної безпеки. До зазначеної категорії, як зауважено у роботі, слід віднести справи за зверненням посадових осіб контролюючого органу стосовно забезпечення допуску до здійснення перевірки. Натомість сьогодні посадові особи центрального органу виконавчої влади, який здійснює державний нагляд (контроль) у сфері техногенної та пожежної безпеки, фактично не можуть реалізувати можливість звертатися до суду з позовом про зобов'язання допустити їх до проведення перевірки.

Автором проаналізовано законопроєкт від 24 вересня 2020 року № 4150, яким пропонується запровадити особливості провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки. Зроблено висновок про недоцільність реалізації проєкту в наявному вигляді, при цьому обґрунтовано потребу встановити єдину процесуальну форму розгляду справ за позовами контролюючих органів, які наділені повноваженням ініціювати перед адміністративним судом питання про застосування заходів реагування.

Ключові слова: заходи реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки, забезпечення допуску до перевірки у сфері техногенної та пожежної безпеки, порядок провадження, загальний порядок провадження, особливий порядок провадження, термінові справи.

Постановка проблеми. Проблема забезпечення пожежної та техногенної безпеки є надзвичайно важливою, адже порушення вимог законодавства у відповідній сфері може спричиняти загибель людей, заподіяння шкоди їх здоров'ю. Задля запобігання таким наслідкам центральний орган виконавчої влади, який здійснює державний нагляд у сфері техногенної та пожежної безпеки, у разі виявлення порушень уповноважений ініціювати питання щодо застосування заходів реагування у вигляді призупинення діяльності відповідних об'єктів. Оскільки рішення про застосування останніх приймає суд, процесуальний порядок розгляду й вирішення справ за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки має бути оптимальним. Безперечно, провадження в таких справах повинне мати певні особливості, які б забезпечували їх оперативне вирішення. Сьогодні такі справи розглядаються згідно із загальними нормами, тому строк їх вирішення невиправдано тривалий. З огляду на це на порядку денному перебуває питання запровадження особливостей провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки.

Питання виокремлення адміністративних справ, провадження в яких здійсню-

© І. Корчова, 2021

ються в порядку, відмінному від загального, а також збільшення кількості таких справ піднімалося у працях І. Завальнюка, І. Качура, Ю. Кучер, К. Пащенка, А. Черникової. Водночас проблеми потреби існування особливого порядку провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки в науці не досліджувалися.

Метою статті є визначення доцільності запровадження особливого порядку провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки та визначення оптимальної процесуальної форми для такої категорії справ.

Виклад основного матеріалу. Як справедливо зазначила А. Черникова, публічно-правові відносини є досить розгалуженими, різновекторними. Спори, що при цьому виникають, також мають різний характер, який не дає змогу вписати їх вирішення в єдину процесуальну форму, один процесуальний порядок, єдині процесуальні умови [1, с. 105]. Це передбачає об'єктивну потребу в існуванні спеціальних правил провадження в окремих категоріях адміністративних справ.

Розгляд справ щодо вжиття заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки не є чимось новим для вітчизняних адміністративних судів. Існування відповідної категорії справ бере свій початок із введенням в дію Кодексу цивільного захисту України 1 липня 2013 року, ч. 2 ст. 68 якого проголосила, що в разі встановлення порушення вимог законодавства у сфері техногенної та пожежної безпеки, що створює загрозу життю та здоров'ю людей, посадові особи центрального органу виконавчої влади, який здійснює державний нагляд у сферах техногенної та пожежної безпеки, звертаються до адміністративного суду щодо застосування заходів реагування у вигляді повного або часткового зупинення роботи підприємств, окремих виробництв, виробничих дільниць, агрегатів, експлуатації будівель, споруд, окремих приміщень, випуску та реалізації пожежонебезпечної продукції, систем та засобів протипожежного захисту у порядку, встановленому законом [2].

Одночасно у зв'язку з прийняттям Кодексу цивільного захисту України ч. 1 ст. 183-2 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), що визначала перелік адміністративних справ, де застосовується скорочене провадження, була доповнена новим п. 5 «застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю), якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням». Натомість ч. 12 та ч. 13 ст. 183-2 КАС України регулювали питання скасування заходів реагування, застосованих судом за результатом розгляду справи зазначеної вище категорії [3].

Як бачимо, хоча КАС України не містив спеціальної статті, присвяченої правовому регулюванню застосування заходів реагування щодо державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки, певний ступінь диференціації правового регулювання був. Така диференціація проявлялась у тому, що, по-перше, кодифікований акт містив згадку про таку категорію справ, як «застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю), якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням», яку він відносив до справ скороченого провадження, по-друге, він установлював процесуальні особливості скасування заходів реагування, застосованих судом. Водночас слід зауважити, що заходи реагування щодо державного нагляду (контролю) не вичерпувалися сферою техногенної та пожежної безпеки, тому, за правилами ст. 183-2 КАС України, розглядалися як позови центрального органу виконавчої влади, який здійснює державний нагляд у сфері техногенної та пожежної безпеки, так і позови інших контролюючих органів.

З викладенням КАС України у новій редакції на підставі Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» Кодекс не згадує про таку категорію справ, як «застосування у випадках, передбачених законом, заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю), якщо вони можуть бути застосовані виключно за судовим рішенням».

Сьогодні зміст кодифікованого акта дає підстави стверджувати, що він виділяє дві форми провадження, а саме спрощене (ч. 2 ст. 12), призначене для розгляду справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення справи, та загальне (ч. 3 ст. 12), призначене для розгляду справ, які через складність або інші обставини недоцільно розглядати у спрощеному позовному провадженні. Натомість логіка побудови гл. 11 розд. II, що закріплює особливості позовного провадження в окремих категоріях адміністративних справ, передбачає виокремлення таких категорій адміністративних справ, як складні справи, термінові справи, типові та зразкові справи.

Аналіз нормативного матеріалу гл. 11 розд. II не дає підстав віднести справи про застосування заходів реагування (у тому числі, у сфері техногенної та пожежної безпеки) до жодної із зазначених категорій. З огляду на те, що для справ про застосування заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки є пріоритетним швидке вирішення, їх розгляд можливий у порядку спрощеного провадження. Як наслідок, максимальний строк розгляду таких справ скорочується до 60 днів з дня відкриття провадження у справі, хоча на практиці такі справи нерідко розглядаються в порядку загального провадження.

Отже, як бачимо, сьогодні в КАС України відсутні спеціальні правила провадження у справах про застосування заходів реагування (у тому числі, у сфері техногенної та пожежної безпеки). Однак вважаємо, що такий підхід до правового регулювання застосування заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки не є вдалим, адже не відповідає потребам оперативній протидії загрозам життю й здоров'ю людей, що забезпечується відповідними заходами.

На нашу думку, з огляду на характер справ про застосування заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки доцільно віднести останні до термінових. За визначенням К. Пащенка, термінові адміністративні справи необхідно розуміти як визначені КАС України справи щодо окремих категорій публічно-правових спорів, які потребують особливого порядку провадження в них, зумовленого невідкладними процесуальними діями і рішеннями, зволікання проведення (прийняття) яких призведе до порушення прав, свобод, інтересів суб'єктів публічно-правових відносин [4, с. 192]. Безумовно, зволікання з розглядом і вирішенням справ про застосування заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки може мати непоправні наслідки, що підтверджує нашу позицію про належність відповідних справ до термінових.

Натомість зовсім невирішеним є питання можливості звернення посадових осіб контролюючого органу до адміністративного суду з позовом стосовно надання дозволу на здійснення перевірки та зобов'язання суб'єкта господарювання забезпечити допуск до її здійснення.

Так, як засвідчує досвід роботи органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки, незважаючи на проголошений у ст. 11 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» обов'язок підконтрольних суб'єктів допускати посадових осіб органу державного нагляду (контролю) до здійснення заходів державного нагляду (контролю) за умови дотримання ними порядку здійснення державного нагляду (контролю) [5] непоодиноким є нехтування таким обов'язком. Нерідко посадові особи контролюючого органу протиправно не допускаються до перевірки, оскільки виявлення порушень вимог законодавства у сфері техногенної та пожежної безпеки може стати підставою для звернення контролюючого органу до суду з позовом про призупинення діяльності відповідних об'єктів, де наявні порушення, а за його задоволення буде обмеження діяльності підконтрольного суб'єкта. Як наслідок, постає питання про те, які дії мають вчинити посадові особи контролюючого органу за таких обставин.

Зазначимо, що свого часу Порядок проведення планових (позапланових) перевірок щодо додержання суб'єктом господарювання вимог законодавства у сфері цивільного захисту, техногенної та пожежної безпеки, затверджений наказом Міністерства внутрішніх справ України від 2 листопада 2015 року № 1337 (втратив чинність на підставі Наказу Міністерства внутрішніх справ від 17 січня 2019 року № 22), передбачав складання відповідного акта про недопущення до проведення планової (позапланової) перевірки [6]. Аналогічний підхід до документування факту недопущення запропонований у Методичних рекомендаціях з ведення службової документації щодо планових (позапланових) перевірок, затверджених Наказом ДСНС України від 11 січня 2018 року № 13 (п. 5 розд. 3), де зазначено, що якщо суб'єкт господарювання не допускає посадових осіб ДСНС до проведення перевірки загалом чи до окремих приміщень об'єкта перевірки, що здійснюється в установленому законодавством порядку, то посадовою особою, яка здійснює перевірку, складається акт про недопущення до проведення планової (позапланової) перевірки [7].

Водночас обмеження констатацією факту недопущення до здійснення перевірки не може гарантувати безпеку перебування на об'єктах, а оцінка стану техногенної та пожежної безпеки є неможливою без проведення відповідного заходу державного нагляду (контролю).

Задля цього згаданим вище Порядком передбачалась можливість для посадових осіб Державної служби України з надзвичайних ситуацій (далі – ДСНС України) або її територіальних органів звертатися у встановленому законом порядку до суду у випадку недопущення посадових осіб ДСНС України або її територіальних органів до проведення

перевірки загалом чи до окремих приміщень об'єкта перевірки, яка здійснюється в установленому законодавством порядку, з вимогою щодо зобов'язання суб'єкта господарювання забезпечити допуск до здійснення перевірки загалом або частини приміщень об'єкта перевірки [6]. Подібна норма відтворена у вищезгаданих Методичних рекомендаціях: після поштового відправлення або вручення акта про недопущення посадових осіб ДСНС до проведення планової (позапланової) перевірки ДСНС або її територіальні органи звертаються до адміністративного суду з відповідним позовом стосовно надання дозволу на здійснення перевірки та зобов'язання суб'єкта господарювання забезпечити допуск до її здійснення [7].

Однак реалізація права на звернення до суду з огляду на чинне тоді законодавство було фактично неможливим, і сьогодні ця проблема продовжує існувати.

Так, перешкодою в реалізації цього права є вимога ч. 4 ст. 5 КАС України, яка обмежує право суб'єктів владних повноважень звертатися до адміністративного суду лише випадками, прямо передбаченими Конституцією та законами України. Ця норма кореспондується з положеннями ч. 5 ст. 46 КАС України, відповідно до якої громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, громадські об'єднання, юридичні особи, які не є суб'єктами владних повноважень, можуть бути відповідачами лише за адміністративним позовом суб'єкта владних повноважень, коли право звернення до суду надано суб'єкту владних повноважень законом. Натомість зазначені вище норми Порядку № 1337 та Методичних рекомендацій не можуть бути підставами для звернення до суду, оскільки закріплені на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

Якісно новий підхід до регулювання застосування заходів реагування у сфері техногенної та пожежної безпеки та забезпечення допуску посадових осіб контролюючого органу до проведення перевірки, що здійснюється в установленому законодавством порядку, передбачений проєктом Закону про внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України щодо особливостей провадження у справах за зверненнями органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки від 24 вересня 2020 року № 4150 [8]. Законопроєкт пропонує доповнити Кодекс новою статтею 283-1 «Особливості провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки». Отже, ініціатори законопроєкту вбачають за необхідне виокремити цю категорію справ, що є новим для вітчизняної правової дійсності. З огляду на розміщення норми про особливості провадження у таких справах, на них пропонується поширити процесуальну форму термінових справ.

Розглянемо новели, які запропоновані законопроєктом № 4150. Так, перш за все варто звернути увагу на той факт, що провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки під час здійснення ними визначених законом повноважень передбачається здійснювати на підставі заяви таких органів про вжиття у випадках та з підстав, передбачених законом, до юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, у яких під час здійснення заходів державного нагляду (контролю) виявлено порушення законодавства у сфері техногенної та пожежної безпеки, заходів реагування, визначених законом; зобов'язання відповідача допустити посадових осіб органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки до здійснення заходів державного нагляду (контролю) [8].

Як уже зазначалося, сьогодні механізм забезпечення допуску посадових осіб контролюючого органу до проведення перевірки у сфері техногенної та пожежної безпеки, коли посадових осіб контролюючих органів не допускають до здійснення заходу державного нагляду (контролю), фактично відсутній, натомість таку прогалину має на меті усунути зазначений вище законопроєкт.

Крім того, адміністративні справи про вжиття заходів реагування та забезпечення допуску до перевірки пропонується вирішувати протягом п'яти днів після відкриття провадження, а рішення за результатами розгляду справи зазначеної категорії слід допускати до негайного виконання. Такі умови, безперечно, сприятимуть оперативному усуненню загроз життю й здоров'ю людей внаслідок порушення вимог техногенної та пожежної безпеки.

Водночас, як зазначає Головне науково-експертне управління Апарату Верховної Ради України у своєму висновку від 16 лютого 2021 року, прийняття цього законопроєкту є продовженням практики збільшення кількості адміністративних справ, щодо розгляду яких визначені ті чи інші особливості порівняно із загальним порядком, що може привести до того, що КАС України взагалі не міститиме загального порядку розгляду адміністративних справ, а для кожної категорії встановлюватимуться ті чи інші особливості, причому без будь-якої логіки таких дій [9].

На нашу думку, диференціація правового регулювання у напрямі виокремлення

провадження у справах про застосування заходів реагування у сфері державного нагляду (контролю) необхідна й важлива, однак спосіб, запропонований законопроєктом № 4150, не є вдалим. Це пов'язано з тим, що правом застосовувати заходи реагування у сфері державного нагляду (контролю) наділено кілька державних органів.

Так, ч. 5 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» встановлює, що повне або часткове зупинення виробництва (виготовлення) або реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг допускаються за постановою адміністративного суду, ухваленою за результатами розгляду позову органу державного нагляду (контролю) щодо застосування заходів реагування. Частина 7 ст. 7 цього ж Закону наголошує на тому, що на підставі акта, складеного за результатами здійснення заходу, в ході якого виявлено порушення вимог законодавства, орган державного нагляду (контролю) за наявності підстав для повного або часткового зупинення виробництва (виготовлення), реалізації продукції, виконання робіт, надання послуг звертається у порядку та строки, встановлені законом, з відповідним позовом до адміністративного суду [5].

Стаття 39 Закону України «Про охорону праці» наділяє посадових осіб центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони праці, повноваженням забороняти, зупиняти, припиняти, обмежувати експлуатацію підприємств, окремих виробництв, цехів, дільниць, робочих місць, будівель, споруд, приміщень, випуск та експлуатацію машин, механізмів, устаткування, транспортних та інших засобів праці, виконання певних робіт, застосування нових небезпечних речовин, реалізацію продукції, а також скасовувати або припиняти дію виданих ними дозволів і ліцензій до усунення порушень, які створюють загрозу життю працюючих [10]. Згідно зі ст. 20-2 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», до компетенції центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику із здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення й охорони природних ресурсів, належить обмеження чи зупинення (тимчасове) діяльності підприємств та об'єктів незалежно від їх підпорядкування та форми власності, якщо їх експлуатація здійснюється з порушенням законодавства про охорону навколишнього природного середовища, законодавства про оцінку впливу на довкілля, вимог дозволів на використання природних ресурсів, з перевищенням нормативів гранично допустимих викидів впливу фізичних та біологічних факторів і лімітів скидів забруднюючих речовин [11]. Безперечно, з огляду на те, що застосування заходів реагування у зазначених сферах спрямовано на упередження заподіяння шкоди життю людей, довкіллю, а їх невчасне застосування може спричинити незворотні наслідки, вирішення справ про вжиття заходів реагування у таких критично важливих сферах також потребує оперативності, однак сьогодні провадження у цих справах здійснюється аналогічно до провадження у справах щодо державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки. Більш того, проблема забезпечення допуску до проведення перевірки є актуальною для зазначених контролюючих органів.

Вважаємо, що у найближчому майбутньому законодавець зверне увагу на проблемні питання провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері охорони праці, охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення й охорони природних ресурсів, що зумовить потребу у доповненні КАС України новими статтями, які встановлюватимуть особливості провадження порівняно із загальним порядком. Однак з огляду на подібну правову природу відносин із застосування заходів реагування за зверненням різних контролюючих органів, їх мету, необхідність швидкого розгляду таких справ доцільно запровадити єдиний процесуальний порядок, встановивши особливості провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю), не обмежуючись сферою техногенної та пожежної безпеки.

Висновки

Отже, на наше переконання, провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки з огляду на специфічні риси не може здійснюватися за загальними правилами. Натомість єдині спеціальні правила доцільно встановити для розгляду й вирішення адміністративних справ за зверненням органів державного нагляду (контролю), які уповноважені застосовувати заходи реагування. Варто передбачити в параграфі 2 гл. 11 розд. II КАС України окрему статтю, яка б регламентувала провадження у справах за зверненням органів державного нагляду (контролю) під час здійснення ними визначених законом повноважень, що здій-

снюється на підставі заяви таких органів про застосування у випадках та з підстав, передбачених законом, до юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, у яких під час здійснення заходів державного нагляду (контролю) виявлено порушення законодавства, заходів реагування, визначених законом; зобов'язання відповідача допустити посадових осіб органів державного нагляду (контролю) до здійснення заходів державного нагляду (контролю). При цьому пропонуємо встановити скорочені строки розгляду таких справ (до п'яти днів з моменту відкриття провадження) та негайне виконання рішень за наслідками їх розгляду.

Список використаних джерел:

1. Черникова А. Диференціація процесуальної форми адміністративного судочинства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Київ, 2016. 20 с.

2. Кодекс цивільного захисту України : Закон від 2 жовтня 2012 року № 5403-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17#Text (дата звернення: 19.03.2021).

3. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон від 6 липня 2005 року № 2747-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text (дата звернення: 19.03.2021).

4. Пащенко К. Термінові справи в адміністративному судочинстві України у контексті процесуальних зловживань. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 5. С. 190–193.

5. Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності : Закон України від 5 квітня 2007 року № 877-V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text (дата звернення: 19.03.2021).

6. Порядок проведення планових (позапланових) перевірок щодо додержання суб'єктом господарювання вимог законодавства у сфері цивільного захисту, техногенної та пожежної безпеки, затверджений Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 2 листопада 2015 року № 1337. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1467-15#Text (дата звернення: 19.03.2021).

7. Методичні рекомендації з ведення службової документації щодо планових (позапланових) перевірок, затверджені Наказом ДСНС України від 11 січня 2018 року № 13. URL: https://www.dsns.gov.ua/ua/Nakazi/72465.html (дата звернення: 19.03.2021).

8. Проєкт Закону про внесення змін до Кодексу адміністративного судочинства України щодо особливостей провадження у справах за зверненнями органів державного нагляду (контролю) у сфері техногенної та пожежної безпеки від 24 вересня 2020 року № 4150. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70053 (дата звернення: 19.03.2021).

9. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України від 16 лютого 2021 року на законопроєкт № 4150. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70053 (дата звернення: 19.03.2021).

10. Про охорону праці : Закон України від 14 жовтня 1992 року № 2694-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text (дата звернення: 19.03.2021).

11. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25 червня 1991 року № 1264-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text (дата звернення: 19.03.2021).

Iryna Korchova. The expediency of introducing a special procedure in proceedings on the application of state supervision (control) bodies in the field of technogenic and fire safety

The article considers the question of the expediency of introducing a special procedure in proceedings at the request of state supervision (control) bodies in the field of technogenic and fire safety. It is noted that at the time of granting the supervisory authority the right to apply to the administrative court with a claim for response measures in the form of suspension of the relevant facilities, the legislator called the relevant category of cases in The Code of Administrative Proceedings of Ukraine – "application in cases provided by law supervision (control), if they can be applied only by court decision", and referred them to cases where summary proceedings are applied. With the new wording of the Code, this category of cases is not mentioned at all, which provides for their consideration in the general order. At the same time, the author substantiates the need to refer them to urgent cases, which will help prevent the timely threat to human life and health, which is created by violating the requirements of legislation in the field of technogenic and fire safety. This category, as noted in the paper, should include cases at the request of officials of the supervisory authority to ensure admission to the inspection. Instead, at present, officials of the central executive body that carries out state supervision (control) in the field of technogenic and fire safety, in fact, cannot exercise the ability to sue for the obligation to allow officials to conduct an inspection. The author analyzes the bill № 4150 dated 24.09.2020, which proposes to introduce the peculiarities of proceedings in cases at the request of state supervision (control) in the field of technogenic and fire safety. It is concluded that the bill is inexpedient in its current form; instead it is proposed to establish a single procedural form of consideration of cases on claims of regulatory authorities, which are empowered to initiate before the administrative court the application of response measures.

Key words: response measures in the field of technogenic and fire safety, ensuring admission to inspection in the field of technogenic and fire safety, procedure, general procedure, special procedure, urgent cases.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.24

Віктор Ладиченко,
докт. юрид. наук,
завідувач кафедри міжнародного та порівняльного правознавства
Національного університету біоресурсів і природокористування України

Ірина Кравцова,
аспірантка кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства
Національного університету біоресурсів і природокористування України

ТЕОРЕТИЧНІ АСПЕКТИ СПІВВІДНОШЕННЯ ВЕРТИКАЛЬНИХ ОБМЕЖЕНЬ ТА ПРИНЦИПУ СВОБОДИ ДОГОВОРУ

Свобода договору є основоположною для розвитку економіки держави. Можливість вільного волевиявлення щодо укладання договору, його форми та змісту, вибору контрагента та відсутність монополістичного впливу держави на таке волевиявлення є привабливим як для залучення іноземних інвестицій, так і виникнення бажання у вітчизняних інвесторів інвестувати саме у вітчизняні виробництва. Однак свобода договору не може бути абсолютною. З розвитком комерційних моделей та схем збуту та просування товарів на ринку, зростанням рівня конкуренції та тиску окремих домінуючих суб'єктів на інших учасників ринкових відносин, втручання держави у процес укладання договорів є невідворотнім та обов'язковим фактором для встановлення рівноправності та прозорості на ринку. Держава через відповідні державні органи влади може встановлювати правила та межі укладання договорів чи взагалі приймати рішення щодо можливості укладання договору загалом чи окремого його положення.

Свобода договору містить у собі декілька складників, одним з яких є вільне обрання сторонами виду та змісту правочин. Водночас боротьба за кінцевого споживача провокує суб'єктів господарювання знаходити нові канали збуту, розробляти нові дистриб'юційні схеми, запроваджуючи нові моделі просування товарів. Одним із наслідків таких змін є поява різних видів вертикальних обмежень. Вертикальні обмеження встановлюються у правочинах, що належать до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання, та можуть прямо впливати на подальшу цивільну право- та дієздатність сторони договору. У розрізі дослідження свободи договору постає справедливе питання: якщо сторони добровільно обирають обмеження своїх прав чи подальших дій, чи є такий договір обмеженням їх право- та дієздатності та порушенням принципу свободи договору?

У статті здійснено аналіз правомірності погодження суб'єктами господарювання вертикальних обмежень через призму свободи договору, проведено дослідження впливу держави в особі Антимонопольного комітету України на свободу укладання договору. Зроблені висновки щодо теоретичної та практичної сторони співвідношення вертикальних обмежень та принципу свободи договору. Окремо виділено поняття та види вертикальних обмежень.

Ключові слова: принципи права, свобода договору, диспозитивність, вертикальні обмеження, узгоджені дії, Антимонопольний комітет України, повноваження державних органів.

Постановка проблеми та її актуальність. Побудова нових господарських систем, розвиток інвестиційної діяльності на державному рівні, укріплення економічної стабільності неможливо без укорінення фундаментальних принципів права в повсякденній господарській діяльності. Ці принципи мають бути не тільки чітко визначеними, але й такими, що можуть застосовуватися до реалій сьогоднішніх правових відносин.

Принцип свободи – найважливіший принцип права [1]. Він є фундаментальним для визначення обсягу прав і свобод людини та визначає характер поведінки особи в правовідносинах [2].

Свобода договору – це один із принципів, який належить до загальних засад цивільного законодавства. Цей принцип, а саме теоретична сторона, докорінно досліджується цивілістами. Однак науковцями не було проведено дослідження теоретико-прикладного аспекту принципу свободи договору у розрізі господарських відносин, що встановлюють вертикальні обмеження. Наразі питання вертикальних обмежень стає все більш актуальним для суб'єктів господарювання, а про-

© В. Ладиченко, І. Кравцова, 2021

блематика їх застосування набуває вагомого значення з огляду на сучасні потреби розвитку господарських відносин.

Стан дослідження. Дослідженням питання принципу свободи договору займалися ряд науковців, як-от: С.М. Бервено, О.А. Беляневич, О.В. Басай, А.П. Бєляєва, Т.В. Бондар, М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, В.О. Горєв, О.В. Дзера, В.І. Дріш-люк, Н.С. Кузнєцова, А.В. Луць, В.В. Луць, В.С. Мілаш, Р.А. Майданик, С.С. Немченко, С.О. Погрібний, А.М. Статівка, В.В. Сергієнко, А.Н. Танага, Р.Ю. Ханик-Посполітак, Л.С. Явіч та інші. У своїх працях науковці зосереджували увагу на вивченні поняття, змісту, сутності свободи договору, залишаючи поза увагою практичний аспект даного принципу. Відтак відсутнє дослідження практичного втілення принципу свободи договору у правочинах, які фіксують вертикальні обмеження, а також впливу Антимонопольного комітету на свободу договору.

Метою статі є теоретично-прикладний аналіз втілення принципу свободи договору у правочинах, які закріплюють вертикальні обмежені дії. Дослідження повноважень впливу Антимонопольного комітету України на свободу договору.

Виклад основного матеріалу. Свобода договору – одна із засад цивільного законодавства, що відображена у ст. 3 Цивільного кодексу України [3]. Свобода договору є досить містким поняттям, у яке законодавець вклав наступний зміст (ст. 627 Цивільного кодексу України): 1) сторони є вільними в укладанні договору; 2) сторони є вільними у виборі контрагента; 3) сторони є вільними у визначенні умов договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Усі три прояви свободи договору в сукупності необхідні учасникам обороту для того, щоб повною мірою реалізувати свою майнову самостійність та економічну незалежність, конкурувати на рівних з іншими учасниками ринку товарів, робіт та послуг [4].

Науковці виокремлюють більш широкий перелік складників принципу свободи договору. Так, на думку Ф.І. Гавзе, свобода договору полягає у наступному: 1) договір є вільним погодженням волі сторін; 2) об'єктом договору може бути будь-який предмет або дія; 3) умови договору цілком визначаються волею сторін; 4) форма укладення договору цілком залежить від розсуду сторін; 5) розірвання договору може відбуватися на вимогу однієї зі сторін; 6) наслідки невиконання договору, якщо вони обумовлені у самому договорі, не можуть змінюватися судовими органами; 7) відповідальність за невиконання договору має бути суто цивільною [5, с. 289].

С.С. Немченко зазначає, що принцип свободи договору виражається в таких основних положеннях: 1) сторони цивільних правовідносин самі визначають, укладати їм договір чи ні, та з ким з партнерів вступати в договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення договірних відносин за Цивільним кодексом України вирішується самими сторонами договору; 2) сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх взаємні відносини; 3) сторони самостійно визначають умови (зміст) договору, що відповідно до ст. 628 Цивільного кодексу України означає те, що сторони договору мають право на волевиявлення; 4) у період дії договору сторони відповідно до закону мають право як змінити (повністю або частково) зобов'язання, що випливають із нього, так і припинити дію договору загалом, якщо інше не передбачено законом або самим договором [6, с. 101].

О.О. Мережко вважає, що зміст принципу свободи полягає у: 1) свободі суб'єктів на свій розсуд укладати договір; 2) свободі сторін договору визначати його зміст шляхом взаємної згоди; 3) обов'язку сторін під час укладання договору враховувати суспільні та державні інтереси, які виражені передусім у нормах публічного права; 4) обов'язковості добросовісного виконання договору [7, с. 169].

Науковець А.В. Луць стверджує, що до свободи договору належать: 1) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу договору у виборі сторонами форми договору; 3) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать; 4) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або подовжувати дію укладеного ним договору; 5) право визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; 6) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [8, с. 47].

Проаналізувавши всі наведені вище твердження, ми вважаємо, що фундаментальними складниками принципу свободи договору є ті, що чітко визначені у ст. 627 Цивільного кодексу України, всі інші – є похідними, однак безспірно такими, що заслуговують на увагу.

Свобода договору закріплена на свободі волевиявлення, а вона своєю чергою спи-

рається на свободу волі, що реалізується за допомогою диспозитивності норм цивільного права [9, с. 67]. Диспозитивні норми в цивільному праві надають можливість вибору між кількома варіантами поведінки в межах, встановлених законом, а також у відповідних випадках визначати зміст цивільних прав і обов'язків, розпоряджатися суб'єктивними правами на свій розсуд [6, с. 101]. Однак чи можна вважати принцип свободи договору абсолютною диспозитивністю? Вважаємо, що ні, адже абсолютна диспозитивність передбачає можливість особи вчиняти дії вільно та повністю на власний розсуд, керуючись своїм бажанням та інтересом. Відтак принцип свободи договору є відносною диспозитивністю, оскільки, як зазначає Н. Чубоха, «особи не є абсолютно вільними та безконтрольними з боку держави в укладанні договору та мають дотримуватися загальних заборон» [10, с. 78].

Свобода договору не може бути абсолютною. Вона існує в межах, встановлених законодавчими нормами, звичаями ділового обороту, вимогами розумності та справедливості. Обмеження свободи договору встановлюється для недопущення порушення суспільних інтересів, забезпечення належного рівня конкуренції на ринку та охорони прав суб'єктів ринкових відносин. Встановлення обґрунтованих обмежень свободи договору є необхідною умовою розвитку приватноправових відносин, і до цього покликана економічна та соціальна функція держави. Цим забезпечується баланс інтересів сторін, що домовляються про вступ до правовідносин, для запобігання тому, щоб один контрагент скористався легковажністю, недосвідченістю іншого, його нагальними потребами, які вимушують до укладення невигідного йому договору [11, с. 140].

У ринковій економіці не може бути абсолютної свободи договору. Як ідеальний стан вона допустима лише за умови реальної економічної рівності суб'єктів, а не тільки формально-правової. Вона можлива лише тоді, коли під час укладення та виконання договорів контрагенти не завдають ніякої шкоди економічним інтересам суспільства [12, с. 14].

Головним правовим засобом обмеження договірної свободи є імперативні норми, які діють навіть проти волі сторін, лишаючи можливості таких сторін приймати рішення самостійно. Обмеження принципу свободи договору можливо у випадках, коли: 1) укладення договору є обов'язковим для однієї зі сторін; 2) окремим суб'єктам заборонено укладати певні види договорів; 3) якась сторона обмежена або позбавлена можливості брати участь у формуванні умов договору; 4) законом встановлені певні приписи щодо умов договору; 5) вимагається відповідність договору типовим умовам договорів певних видів; 6) законом передбачається механізм укладення договору з попереднім узгодженням його умов, або отримання дозволу на це, або з використанням певних дій, які передують укладенню договору, та інше. [11].

Імперативні норми можуть містити заборону на включення певних умов до договору або зазначати про обов'язковість включення до договору відповідних умов. Закріплюючи імперативні норми у правових актах, законодавець не обмежує свободу договору, а, навпаки, її встановлює, визначаючи тим самим певні рамки та впорядковуючи договірні відносини. Встановлення імперативних норм має на меті захист більш слабкої сторони [13, с. 210].

З вищезазначеного вбачається, що обмеження принципу свободи договору здебільшого розглядається під кутом зовнішнього фактору, а саме впливу держави на договірні відносини суб'єктів господарювання. Однак чи можна вважати обмеженням принципу свободи договору випадки, коли сторони, укладаючи договір, з власної волі обмежують свої права на подальші дії. Зокрема, це стосується вертикальних обмежень у правочинах. З одного боку, сторони добровільно формують зміст правочину, приймаючи на себе певні права та обов'язки, але з іншого – подальше обмеження право- та дієздатності призводить до нехтування основного принципу цивільних правовідносин – принципу свободи договору.

Самі по собі вертикальні обмеження досить нове явище для України. За часів адміністративно-командного режиму, який був у Радянському Союзі, принцип свободи договору існував лише в певних його елементах. Угоди укладались в чітко визначеній формі, згідно з чітко встановленими правилами, з чітко визначеними контрагентами та відповідно до закріплених планів. Саме планам віддавався пріоритет, тоді як угоди були на другорядному місці. У разі розходження з планом, як вказує Г.Н. Амфітеатров, повинен був визначатися пріоритет плану, а не договору, тобто необхідно було виходити з провідної ролі плану і підпорядкуванню по відношенню до нього договору [14, с. 2].

Ринкова економіка провокує розвиток нових схем збуту та просування товарів на ринку. У зв'язку з цим виникають нові дистриб'юційні схеми, які спрямовані на завоювання ринку та приваблення споживачів. Вертикальні обмеження є одними із

проявів схем збуту товарів, до яких прикута особлива увага конкурентних органів країн світу. Підвищена увага спровокована тим, що вертикальні обмеження можуть порушувати конкурентне законодавство, оскільки вони обмежують свободу поведінки кожного учасника ринкових відносин, а отже, обмежують й саму конкуренцію.

В Україні вертикальні обмеження визначаються та регулюються Типовими вимогами до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно постачання та використання товарів, затвердженими Розпорядженням Антимонопольного комітету України від 12.10.2017 № 10-рп (надалі – Типові вимоги) [15]. Так, згідно з п. 2 розділу I Типових вимог, вертикальні обмеження – це обмеження, передбачені статтею 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» й зумовлені вертикальними узгодженими діями суб'єктів господарювання. Іншими словами, це обмеження, які учасники вертикальних узгоджених дій застосовують у договірних відносинах та які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції.

Типовими вимогами до узгоджених дій суб'єктів господарювання визначають:

– критерії так званої «безпечної гавані» ("safe harbours"), під час виконання яких певні вертикальні обмеження у гуртовій та роздрібній торгівлі дозволяються і не потребують дозволу Антимонопольного комітету України;

– перелік жорстких ("hardcore") та інших вертикальних обмежень, щодо яких «безпечна гавань» не застосовується та що потребують отримання попереднього дозволу Антимонопольного комітету України.

Вертикальні обмеження можуть виникати на будь-якій стадії виробничого чи дистрибуційного ланцюга як товару, так і послуги. Однак особливу увагу в рішеннях та роз'ясненнях Антимонопольний комітет України приділяє вертикальним обмеженням, які відображені у договорах купівлі-продажу, постачання та дистрибуції, що відносяться останнім до зони ризику. Основними видами вертикальних обмежень є:

– підтримка роздрібних цін;

– територіальне обмеження;

– селективна дистрибуція (вибіркова система постачання);

– ексклюзивне партнерство;

– продаж з «навантаженням»;

– одержання від покупця інформації про перепродаж поставленого йому постачальником товару;

– підтримка покупцем товарного запасу.

Справедливо зазначити, що вертикальні обмеження становлять загрозу конкурентному середовищу лише у випадку зловживання суб'єктом своїм ринковим становищем та/або здійснення дій, які виходять за межі дозволених законом. Загалом вертикальні обмеження можуть бути ефективними у розрізі окремих договірних відносин, забезпечуючи позитивний ефект благополуччя, покращуючи продуктивність та розподільчу ефективність інвестицій.

Аналізуючи принцип свободи договору через призму вертикальних обмежень, пропонуємо провести подальше дослідження у розрізі двох видів вертикальних обмежень, а саме територіальне обмеження та ексклюзивне партнерство, та визначити: 1) чи обмежують вертикальні обмеження свободу договору; 2) чи впливає Антимонопольний комітет України на свободу договору при погодженні вертикальних обмежень; визначити справедливу міру такого впливу.

Обмеження території продажу – це угода між виробником та дистриб'ютором, відповідно до якої виробник буде продавати товар дистриб'ютору за умови, що останній здійснюватиме перепродаж товару лише на виключній території, а виробник заборонятиме продаж товару іншим дистриб'юторам на цій території. Відповідно до п.2 розділу I Типових вимог виключна територія – це територія, у межах якої постачальник дозволяє здійснювати продаж контрактних товарів лише визначеному ним покупцеві або не дозволяє продаж жодному покупцеві. Таким чином, сторони вертикальних узгоджених дій визначають ексклюзивну ринкову територію продажу товарів (ексклюзивна територія).

Вертикальні обмеження території перепродажу включають:

– заборону дистриб'ютору продавати товар чи послуги за межами погодженої (дозволеної) території;

– заборону дистриб'ютору рекламувати чи іншим чином просувати товар через засоби масової інформації або в Інтернеті за межами ексклюзивної території;

– вплив на дистриб'ютора з метою проведення рекламних та маркетингових активностей на ексклюзивній території з метою зменшення фактичної можливості перехресних пасивних продаж;

– заборону дистриб'ютору проводити будь-які міжрегіональні пасивні продажі, тобто дистриб'ютор не може продавати товари чи послуги в межах ексклюзивної території, навіть якщо інші підприємства виступають перед дистриб'ютором з пропозицією чи проханням [16, с. 81].

Обмеження території продажу належить до «жорстких» вертикальних обмежень, окрім випадків, які чітко визначені Антимонопольним комітетом України та вказані у Типових вимогах.

Ексклюзивне партнерство – це така система дистрибуції, за якої компанія надає ексклюзивні права на свої товари чи послуги іншій компанії. Найбільш розповсюджені форми системи включають надання виключних прав на торгову марку та/або виключну територію розповсюдження. Метою постачальника у наданні ексклюзивності зазвичай є надання дистриб'ютору стимулів для просування товару та надання кращого обслуговування споживачами. Відповідно до Типових вимог виключне (ексклюзивне) постачання – це система, за якої постачальник погоджується продавати контрактні товари тільки визначеному покупцеві в межах визначеної території. І.М. Шиндировський зазначає, що при ексклюзивній дистрибуції виробник зберігає за собою право продавати свої товари тільки тим учасникам дистрибуції, яким він довіряє ексклюзивне право здійснювати просування своїх товарів у визначеному регіоні [17, с. 69].

Обмеження території продажу та ексклюзивне партнерство передбачають обмеження дієздатності однієї сторони, що виражається у можливості подальшого продажу товару на певній території чи певному колу осіб (як правило іншим дистриб'юторам). Такі обмеження можуть порушувати баланс справедливої конкуренції на ринку.

Антимонопольний комітет України в межах покладених на нього повноважень слідкує за дотриманням конкурентного законодавства. До повноважень Антимонопольного комітету України належать, зокрема, контроль за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції, формування та реалізація конкурентної політики, контроль за узгодженими діями, концентрацією. Антимонопольний комітет України наділений й виключними повноваженнями, такими як: розгляд заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проведення розслідування за цими заявами і справами, проведення перевірок суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю щодо дотримання ними вимог законодавства про захист економічної конкуренції та у разі виявлення порушень власним рішенням накладає штрафи на порушників антимонопольно-конкурентного законодавства без звернення до суду [18, с. 94].

Як вбачається із повноважень, Антимонопольний комітет України може напряму впливати на свободу договору шляхом заборони або обмеження прав на укладання певних договорів. Такі повноваження Антимонопольного комітету України є виправданими, адже для учасників ринкових відносин мають бути створені рівні та прозорі умови ведення господарської діяльності, що, крім іншого, включає запобігання виникненню чи припинення вже існуючих протиправних дій.

Наявність вертикальних обмежень не є прямим порушенням конкурентного законодавства, якщо вони здійснюються у межах, встановлених законом, та мають позитивний ефект для суспільних інтересів, що переважає наслідки обмеження конкуренції. В окремих випадках узгоджені дії навіть можуть бути дозволені Антимонопольним комітетом України або Кабінетом Міністрів України. Так, відповідно до ст. 10 Закону України «Про захист економічної конкуренції» учасники узгоджених дій мають довести, що ці дії сприяють [19]:

– вдосконаленню виробництва, придбанню або реалізації товару;
– техніко-технологічному, економічному розвитку;
– розвитку малих або середніх підприємців;
– оптимізації експорту чи імпорту товарів;
– розробленню та застосуванню уніфікованих технічних умов або стандартів на товари;
– раціоналізації виробництва.

Повертаючись до вертикальних обмежень у вигляді обмеження території продажу та ексклюзивного партнерства, слід продовжити аналіз питання, розглянувши окремі рішення Антимонопольного комітету України. Так, відповідно до Рішення № 192-р від 04 квітня 2019 р. Антимонопольний комітет України надав дозвіл компанії "Dow AgroScience Switzerland S.A." та "Syngenta Crop Protection AG" укласти Договір про дистрибуцію, згідно з яким компанія "Dow AgroScience Switzerland S.A." призначає компанію "Syngenta Crop Protection AG" своїм ексклюзивним дистриб'ютором певної агрохімічної продукції на території України [20]. Дане позитивне рішення підтверджує твердження, що сам факт існування вертикальних обмежень не може бути визнано Антимонопольним комітетом України як протиправне діяння, а саме антиконкурентні узгоджені дії суб'єктів господарювання, адже для цього мають бути наявні обставини, які можуть призвести до усунення чи обмеження конкуренції.

У розрізі питання територіальних обмежень слід звернути увагу на Рішенням

№ 448-р від 29 вересня 2016 року, яким Антимонопольний комітет України визнав, що ТОВ «Серв'є Україна» (оптовий продавець лікарських засобів на території України) та ТОВ СП «Оптіма-Фарм, ЛТД», ТОВ «БаДМ», ПрАТ «Альба-Україна», ТОВ «А'СТА», ТОВ «Людмила-Фарм» (дистриб'ютори ТОВ «Серв'є Україна») вчинили антиконкурентні узгоджені дії, за що їх було притягнуто до відповідальності у вигляді накладання штрафу на ТОВ «Серв'є Україна» на загальну суму 1 695 691 грн; ТОВ СП «Оптіма-Фарм, ЛТД» – 179 723 грн; ТОВ «БаДМ» – 902 655 грн; ТОВ «А'СТА» – 423 573 грн; ТОВ «Людмила-Фарм» – 25 712 грн [21]. В угодах з дистриб'торами ТОВ «Серв'є Україна» встановив:

– обмеження щодо територіального продажу;

– передумови обмеження паралельного імпорту;

– зобов'язання щодо звітування про обсяги, напрями реалізації лікарських засобів, споживачів та контрагентів дистриб'юторів, залишки продукції на складах; непрозорі механізми надання знижок та інші переваги для окремих дистриб'юторів, які призвели до необґрунтованого підвищення вартості лікарських засобів групи компаній Servier, реалізованих через процедури державних закупівель у 2011–2012 рр., а також до обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання внаслідок розподілу ринків поза колом покупців.

Щодо територіального продажу, то, зокрема, ТОВ «Серв'є Україна» з окремими дистриб'юторами передбачені окремі індивідуальні (спеціальні) умови придбання та реалізації лікарських засобів, а саме: (і) право розповсюджувати лікарські засоби ексклюзивно для постачання в лікувально-профілактичні заклади м. Донецька та Донецької обл.; (іі) отримання препаратів для подальшої реалізації через процедури державних закупівель 27-ми медичних закладів за спеціальними цінами, які є нижчими на 30–50% від прайсових цін придбання для інших дистриб'юторів. Таким чином, визначено, що умови співробітництва ТОВ «Серв'є Україна» з дистриб'юторами у частині надання індивідуальних (спеціальних) умов придбання та реалізації можуть призводити до розподілу ринків реалізації лікарських засобів групи компаній Servier за територіальним принципом, асортиментом товарів, за колом покупців або споживачів чи за іншими ознаками.

Отже, справа ТОВ «Серв'є Україна» показує, що обмеження території продажу як «жорстке» вертикальне обмеження у сукупності з іншими факторами визнається Антимонопольним комітетом України як антиконкурентні узгоджені дії, що порушують економічну конкуренцію та призводять до настання негативних наслідків для суспільства загалом.

На наш погляд, вищезазначені рішення демонструють той факт, що вертикальні обмеження можуть бути розцінені як порушення конкурентного законодавства, якщо вони завдають шкоди економічній конкуренції, створюють перешкоди чи обмежують свободи суб'єктів господарювання, створюють такі умови, що унеможливлюють змагання за частку ринку та споживача, та створюють умови, що прямо чи опосередковано негативно впливають на споживача. У інших випадках вертикальні обмеження можуть вважатися нормальною практикою договірних відносин, які спрямовані на стимулювання конкуренції, оптимізацію витрат суб'єктів господарювання, підвищення ефективності збуту товарів, покращення просування товарів, задоволення потреб споживачів та надання останнім додаткових благ.

Тому чи можна вважати добровільне обмеження дієздатності сторін шляхом встановлення вертикальних обмежень негативним явищем, яке порушує принцип свободи договору? Вважаємо, що частково так. З теоретичного погляду деякі вертикальні обмеження дійсно порушують свободу договору, що виражається у неможливості однієї сторони, наприклад, продавати товари на певній території чи певному колу осіб. Водночас з практичної сторони такі вертикальні обмеження не можуть вважатися порушенням принципу свободи договору, оскільки вертикальні обмеження встановлюються шляхом впорядкування прав, обов'язків та змісту договору, які приймаються вільним волевиявленням сторін, а це є складником свободи договору.

Висновки

Принцип свободи договору є основоположним у відносинах суб'єктів господарювання. Однак свобода договору не може бути безмежною. Її межі лежать, з одного боку, у рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а з іншого – моральних засадах суспільства, які ґрунтуються на засадах розумності, добросовісності та справедливості.

Свобода договору не є абсолютною і у випадках добровільного обмеження сторонами своїх прав, як-то погодження вертикальних обмежень, оскільки останні встановлюють для сторони певні рамки можливих подальших дій.

Попри те, що сторони виявлять волевиявлення щодо наявності вертикальних обмежень у договорах, Антимонопольний комітет України має право вплинути на рішення сторін шляхом заборони укладати відповідний договір чи обмеження окремих положень договору. Таким чином, Антимонопольний комітет України обмежує свободу договору. Однак таке обмеження є логічним та справедливим, оскільки воно покликане на захист економічної конкуренції, недопущення здійснення антиконкурентних узгоджених дій та забезпечення балансу інтересів усіх учасників ринкових відносин.

Свобода договору обмежується для захисту інтересів держави та суспільства, балансу інтересів окремих осіб та всього суспільства загалом, та щоб вільне волевиявлення суб'єктів господарювання не порушувало інтереси суспільства, при цьому кінцевим результатом такого обмеження є нормальне функціонування економіки та добросовісна економічна конкуренція.

Список використаних джерел:

1. Ладиченко В.В. Комплексний підхід до принципів права. *Держава і право* : зб. наук. праць. Юридичні і політичні науки. Вип. 26. Київ : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. С. 73–78.

2. Ладиченко В.В. Взаємозвязок права і свободи. *Юридична Україна*. 2011. № 10. С. 4–9.

3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV (зі змінами та доповненнями станом на 01.01.2021 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 15.03.2021).

4. Ханик-Посполітак Р.Ю. Свобода договору. *Наукові записки. Правознавство*. 2000. Том 18. С. 36–38. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/9991/Khatnyk-pospolitak_Svoboda_dohovoru.pdf (дата звернення: 15.03.2021).

5. Гавзе Ф.И. Договор по Гражданскому кодексу. Еженедельник сов. юстиции. 1923. № 13. 350 с. цит. за працею Денисов С.А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора. *Актуальные вопросы гражданского права* / Под ред. М.И. Брагинского; Исследовательский центр частого права; Российская школа частного права. Москва : Статут, 1998. С. 231.

6. Немченко С.С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 3. С. 101–103.

7. Мережко А.А. Договор в частном праве. Киев : Юстиниан, 2003. 176 с.

8. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві. Київ : Школа, 2004. 160 с.

9. Дрішлюк В.І. Принцип свободи договору в договірних відносинах у сфері надання медичних послуг. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 3-4. С. 67–69.

10. Чубоха Н. Договірна свобода як засада договірного права України. *Історико-правовий часопис*. 2018. № 1 (11). С. 76–81.

11. Цивільне право : підручник : у 2-х т. / В.І. Борисова (кер. авт. кол.), Л.М. Баранова, Т.І. Бєгова та ін.; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 2. 816 с.

12. Юсифов Шукур Магамед оглы. Принцип свободы договора в гражданском праве. *Юридический весник РГЭУ*. 2003. № 3. С. 11–17.

13. Цюкало Ю.В. Щодо розуміння свободи договору: теоретико-прикладний аспект. *Часопис Київського університету права*. 2013/1. С. 209–212.

14. Амфитеатров Г. Н. Нужен развернутый закон о договорах (краткое содержание доклада, прочитанного на Пленуме комиссии по разработке хозяйственного кодекса при Ком. Академии). *Бюллетень Госарбитража при СНК СССР*. 1933. № 19.

15. Типовими вимогами до вертикальних узгоджених дій суб'єктів господарювання стосовно постачання та використання товарів : Розпорядження Антимонопольного комітету України від 12.10.2017 № 10-рп. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1364-17#Text (дата звернення: 15.03.2021).

16. Su Zhiying, Feng Feng. Anticompetitive Effects of Vertical Territorial and Customer Restrictions and its Antitrust Regulation. *International Journal of Business and Social Science*. Vol. 6, No. 4(1). April 2015. P. 80-87. URL: https://ijbssnet.com/journals/Vol_6_No_4_1_April_2015/8.pdf (дата звернення: 15.03.2021).

17. Шиндировський І.М. Комерційне забезпечення функціонування посередників у каналах просування продукції. *Торгівля, комерція, підприємництво* : збірник наукових праць / редакц. кол. : Апопій В.В., Куцик П.О., Семак Б.Б. та ін. Львів : Львівська комерційна академія, 2015. Вип. 18. 138 с. С. 67–70.

18. Кравцова І. Штрафи за порушення антимонопольно-конкурентного законодавства як вид адміністративно-господарської санкції. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 7. С. 89–95.

19. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text (дата звернення: 15.03.2021).

20. Про надання дозволу на узгоджені дії : рішення Антимонопольного комітету України від 04.04.2019 № 192-р. URL: https://amcu.gov.ua/storage/app/sites/1/imported_content/5d690f053dc9f.pdf (дата звернення: 15.03.2021).

21. Про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та накладення штрафу : рішення Антимонопольного комітету України від 29.09.2016 № 448-р. URL: https://amcu.gov.ua/npas/rishennya-448-r-vid-29092016 (дата звернення: 15.03.2021).

Viktor Ladychenko, Iryna Kravtsova. Theoretical aspects of the correlation between vertical restraints and the principle of freedom of contract

Freedom of contract is fundamental to the development of the state's economy. The possibility of free expression of will to conclude a contract, its form and content, choice of counterparty, and the lack of monopolistic influence of the state on such expression of will is likable for attracting foreign investment and appearing the desire of domestic investors to invest in domestic industries. However, freedom of contract cannot be absolute. With the development of commercial models and schemes of marketing and promotion of goods on the market, increasing competition and pressure of individual dominant actors on other market participants, government intervention in the process of concluding contracts is an inevitable and mandatory factor for equality and transparency in the market. The state, through the relevant state authorities, may establish rules and limits for the conclusion of contracts or, in general, decide on the possibility of concluding a contract in general or its separate provisions.

Freedom of contract contains several components, one of which is the free choice by the parties of the type and content of transactions. At the same time, the struggle for the end consumer is provoking businesses to find new sales channels, develop new distribution schemes and introduce new models of product promotion. One of the consequences of such changes is the emergence of various types of vertical restraints. Vertical restrictions are set in transactions that relate to the vertical concerted actions of economic entities, and may directly affect the further civil and legal capacity of the party to the contract. In the context of the study of the freedom of contract, a fair question arises: if the parties voluntarily choose to restrict their rights or further actions, is such a contract a restriction of their legal capacity and a violation of the principle of freedom of contract?

The article analyzes the legality of approval of vertical restrictions by business entities through the prism of freedom of contract, a study of the influence of the state represented by the Antimonopoly Committee of Ukraine on the freedom of contract is conducted. Conclusions are made on the theoretical and practical side of the relationship between vertical restraints and the principle of freedom of contract. The concepts and types of vertical constraints are singled out.

Key words: principles of law, freedom of contract, dispositiveness, vertical restrictions, concerted actions, the Antimonopoly Committee of Ukraine, the powers of state bodies.

УДК 342.922
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.25

Ярослава Лакійчук,
канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник секретаріату Вченої ради
Національної академії внутрішніх справ

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ГАРАНТІЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ УЧАСНИКІВ ДОРОЖНЬОГО РУХУ

У статті система адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху розподілена на нормативно-правові та організаційно-правові. Відзначено велику кількість підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини дорожнього руху, які недостатньо пов'язані між собою або навіть суперечать один одному, не відображають основні принципи та засади актів міжнародного права, а саме те, що громадянин і його безпека мають буди центром державної політики України у сфері безпеки дорожнього руху, тому виникає нагальна потреба у запровадженні Концепції гарантій прав учасників дорожнього руху в Україні та прийнятті нового Закону «Про дорожній рух», який би врегулював відносини між суб'єктами забезпечення безпеки дорожнього руху, учасниками дорожнього процесу, а також визначив рівень їх відповідальності.

Використано міжнародний досвід розвинених країн, який є найбільш ефективним, сформований на базі багаторічних досліджень і практик, встановлено основи систем безпеки дорожнього руху та адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху.

Визначено, що правова природа адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху реалізується у рамках публічних правовідносин (адміністративно-правових), які є невід'ємною складовою частиною державного управління у сфері дорожнього руху і його безпеки та тісно пов'язані з державними інституціями та державним примусом.

Серед організаційних гарантій відзначено ефективність державного управління та сформульовано його цілі у сфері безпеки дорожнього руху, розкрито їх зміст.

Виділено напрями державної політики безпеки дорожнього руху, зокрема розвиток та вдосконалення вітчизняного законодавства про безпеку дорожнього руху; модернізацію системи управління безпекою дорожнього руху; поліпшення технічного стану, експлуатаційних характеристик та пропускної спроможності автомобільних доріг; забезпечення високої якості підготовки водіїв; підвищення дорожньо-транспортної культури населення; підвищення надійності та безпечності транспортних засобів; удосконалення медичного забезпечення безпеки дорожнього руху.

Ключові слова: права, адміністративно-правовий статус, учасники дорожнього руху, безпека дорожнього руху, гарантія, реалізація.

Постановка проблеми. У Законі «Про дорожній рух» [1] визначено, що держава регулює суспільні відносини у сфері дорожнього руху та його безпеки, визначає права, обов'язки й відповідальність суб'єктів – учасників дорожнього руху, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, об'єднань, підприємств, установ та організацій незалежно від форм власності та господарювання. Держава гарантує безпечний стан умов руху по дорогах. Оскільки, відповідно до Закону, гарантії прав громадян на ці умови забезпечуються шляхом виконання законодавства України про безпеку дорожнього руху, то очевидно, що ступінь зазначених вище прав учасників дорожнього руху буде визначатися, по-перше, ефективністю чинного законодавства, по- друге, якістю його виконання. Таким чином, законодавець пов'язує забезпечення прав громадян на безпечний дорожній рух перш за все з правовими, у нашому випадку адміністративно-правовими, та організаційними гарантіями.

У ст. 2 Закону України «Про дорожній рух» зазначено, що законодавство про дорожній рух складається з цього Закону та актів законодавства України, виданих на виконання Закону «Про дорожній рух». Безумовно, суб'єкти у сфері дорожнього руху, покликані здійснювати захист соціально-економічних прав учасників дорожнього руху, у своїй діяльності керуються Конституцією України, законами України, актами Президента України, постановами Кабінету Міністрів України, нормативно-правовими актами Міністерств та відомств

© Я. Лакійчук, 2021

України, локальним нормативно-правовими актами [1].

Законодавець не визначає поняття інституту гарантій прав учасників дорожнього руху, але чітко декларує їх існування в нормативно-правових актах. Українському законодавцеві за доволі обмежений час вдалося створити досить міцне правове поле у сфері захисту прав учасників дорожнього руху. Додатково до законів України питання захисту соціально-економічних прав учасників дорожнього руху захищені міжнародно-правовими актами [2, с. 97].

Практика свідчить про те, що, попри достатню регламентацію прав людини і громадянина, суперечки між людиною та державою, державою та суспільством і державними інституціями через порушення прав учасників дорожнього руху все ж таки виникають. Свідченням цього є численні судові позови. Ми згодні з визначенням, запропонованим В.Ф. Погорілком та М.І. Сірим, за яким юридичні гарантії – це передбачені законом спеціальні засоби практичного забезпечення прав і свобод [3, с. 40]. З огляду на предмет нашого дослідження це засоби забезпечення прав учасників дорожнього руху.

Слід також погодитися з думкою О.В. Батанова про те, що гарантії – це необхідне для набуття, володіння, користування та розпорядження муніципальними правами й свободами політико-правове і соціально-економічне оточення та спеціальний механізм, які разом забезпечують і захищають діяльність суб'єктів суспільного управління щодо реалізації наданих повноважень [4, с. 180].

Варто зазначити, що ЄС історично приділяє багато уваги питанням забезпечення безпеки дорожнього руху. Серед великої кількості документів ЄС, які присвячені проблемам безпеки дорожнього руху, особливої уваги заслуговують такі документи:

1) Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 64/255 про проголошення Десятиліття дій з безпеки дорожнього руху на 2011–2020 роки від 10 травня 2010 року [5];

2) Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Раді, Європейському економічному та соціальному комітету та Комітету регіонів «На шляху до європейського простору безпеки дорожнього руху: напрями політики з безпеки дорожнього руху, 2011–2020» (COM (2010) 0389) [6];

3) Резолюція Європейського парламенту від 27 вересня 2011 року про Європейську безпеку дорожнього руху на 2011–2020 роки (2010/2235 (INI)) [7].

Зазначені документи інтегрують у собі комплексний підхід до забезпечення безпеки дорожнього руху у світі, який сформований на базі багаторічних досліджень, практик та набутого досвіду в цій сфері.

Метою статті є вивчення ступеня гарантованості державою реалізації прав учасників дорожнього руху.

Виклад основного матеріалу. Нині в Україні увесь масив нормативно-правових актів, на жаль, не відображає основні принципи та засади актів права ООН та ЄС, а саме те, що громадянин і його безпека мають стати центром державної політики України у сфері безпеки дорожнього руху, а також те, що правова система України сприятиме підтримці справедливості серед учасників дорожнього руху за допомогою зусиль, спрямованих на підвищення безпеки більш вразливих учасників дорожнього руху. Міжнародний досвід свідчить про те, що основою системи безпеки дорожнього руху розвинених країн є національні концепції безпеки руху, що забезпечують системний підхід до вирішення проблем зазначеної сфери. Використання наявного та практично перевіреного досвіду інших країн для України є найбільш ефективним, швидким та маловитратним шляхом вирішення проблеми, особливо в умовах сучасної економічної кризи. Повною мірою такий підхід стосується як реалізації конкретних практичних заходів, так і вироблення принципів та побудови національної системи забезпечення безпеки дорожнього руху. Основою такої системи має бути принцип спільної відповідальності всіх складових частин суспільства.

Виходячи з цього, вважаємо доречним запровадження Концепції гарантій прав учасників дорожнього руху в Україні. Пропонуємо систему гарантій розділити на такі дві групи, як державні та локальні, позаяк «законність у суспільстві повинна бути гарантована не тільки державою, але й іншими суб'єктами суспільних відносин». Водночас ми погоджуємося з думкою Ж.М. Пустовіт про те, що в правовій державі «всі гарантії слід визначити як правові – такі, що поділяються на нормативно-правові та організаційно-правові» [8, с. 179].

На підставі детального аналізу правової природи адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху визначено, що вони реалізуються в рамках публічних (адміністративно-правових) правовідносин, які тісно пов'язані з державними інституціями та державним примусом і є невід'ємними складовими частинами державного управління у сфері дорожнього руху та його безпеки.

Систему адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху можна розподілити на нормативно-правові та організаційно-правові гарантії. Така класифікація теж має відносно умовний характер, але сприяє усвідомленню природи походження та сутності адміністративно-правових гарантій захисту прав учасників дорожнього руху.

У сукупності адміністративно-правових гарантій початковим та універсальним гарантом є закон, якість якого визначає ефективність діяльності організаційних гарантій, тому вивчення стану адміністративно-правових гарантій реалізації прав учасників дорожнього руху доцільно розпочати з аналізу Закону, що утворює основу законодавства, чинного у галузі забезпечення безпеки дорожнього руху.

Переходячи до розгляду змісту Закону, відзначимо, що його прийняття у 1993 році мало прогресивне значення, оскільки вперше була створена законодавча основа забезпечення безпеки дорожнього руху. Він відобразив ті позитивні зміни, які відбулися у державі щодо проблеми дорожньо-транспортної аварійності, проблеми захисту прав і законних інтересів учасників дорожнього руху.

Однак Закон «Про дорожній рух» не відповідає вимогам сьогодення, оскільки цим Законом не в повному обсязі визначено комплекс заходів із забезпечення безпеки дорожнього руху. Крім того, недостатньою мірою визначено механізм контролю й нагляду за дорожнім рухом та рівень відповідальності органів, на які покладаються обов'язки щодо забезпечення безпеки дорожнього руху. Також слід відзначити велику кількість актів, що регулюють суспільні відносини дорожнього руху, які недостатньо пов'язані між собою або навіть суперечать один одному. У зв'язку з цим виникає нагальна потреба у прийнятті Закону, який би регулював відносини між суб'єктами забезпечення безпеки дорожнього руху, учасниками дорожнього процесу та визначав рівень їх відповідальності.

Більшість галузевих фахівців переймається вирішенням прикладних проблем безпеки дорожнього руху, не вдаючись до аналізу засад галузевої політики. Ті ж, хто ведуть науковий пошук на вищому рівні узагальнення, рідко досягають консенсусу. Як наслідок, широке наукове визнання отримали тільки п'ять напрямів державної політики безпеки дорожнього руху, таких як реформування законодавства про дорожній рух; удосконалення системи підготовки водіїв; підвищення рівня правосвідомості учасників дорожнього руху; поліпшення експлуатаційних показників доріг і вулиць; створення ефективної системи надання медичної допомоги потерпілим від дорожньо-транспортних пригод (ДТП). Щодо решти галузевих пріоритетів єдиної позиції не існує.

Так, А.М. Редзюк вважає такими вдосконалення системи державного управління безпекою дорожнього руху; вдосконалення досліджень проблем БДР, системи аналізу ДТП та їх статистичного обліку; вдосконалення управління дорожнім рухом; підвищення ефективності контролю за виконанням правил дорожнього руху; безпеку конструкції колісних транспортних засобів [9, с. 6–9]. А.І. Берлач відносить до них профілактику аварійності, перехід на міжнародні стандарти організації дорожнього руху, оновлення автопарку країни [10, с. 25]. На думку В.Р. Щавінського, стратегічними напрямами галузевої політики є попередження дорожньо-транспортного травматизму, забезпечення реалізації прав і свобод громадян, а також зменшення негативного впливу колісних транспортних засобів на екосистему [11, с. 78].

Принципово відмінне бачення пріоритетів дорожньо-транспортної безпеки демонструє М.М. Долгополова. Ставлячи знак рівності між напрямами державної політики та функціями органів держави, вона робить спробу визначити пріоритетні напрями політики для окремих суб'єктів забезпечення безпеки дорожнього руху. За цього підходу кожне «зацікавлене» міністерство або відомство реалізує особливий, кореспондуючий тільки йому політичний напрям: Міністерство інфраструктури України забезпечує безпеку дорожнього руху на автомобільному транспорті; Державна служба автомобільних доріг провадить діяльність у сфері дорожнього будівництва та господарювання; МВС України здійснює надвідомчий контроль і нагляд, вдосконалює організацію руху, виконує адміністративно-юрисдикційні функції [12, с. 180–181].

Погодитись із логікою подібних тверджень доволі складно. По-перше, в теоретичному сенсі дуже важливо розрізняти напрями державної політики як «загальні вектори розв'язання суспільних задач зусиллями всіх інститутів публічної влади» [13, с. 283] та напрями діяльності (функції) органів управління як «шляхи реалізації конкретних адміністративних повноважень» [14, с. 79]. По-друге, більшість проблем безпеки дорожнього руху має міжгалузевий характер. Жодна ланка адміністративної системи не здатна вирішити їх самотужки. Очевидно, що за таких умов відомча дифе-

ренціація пріоритетів державної політики тільки перешкоджатиме її ефективному проведенню. По-третє, в умовах низької управлінської культури виділення відомчих пріоритетів може обернутися системним ігноруванням інших, «непріоритетних» напрямів діяльності.

У цьому контексті видаються слушними міркування О.А. Возіянова, який пише, що «під час формалізації державно-політичних пріоритетів необхідно виходити з того, що вони:

– обумовлені суспільно значущою проблематикою, кореспондуючими політичними цілями, ресурсною базою, наявним правовим та управлінським інструментарієм;

– виражають генеральні напрями діяльності публічно-владного апарату в системній єдності та взаємодії всіх його елементів;

– втілюють шлях до політичної мети, отже, не повинні ототожнюватися з останньою;

– мають прогресивний характер і передбачають досягнення якісно нових показників, станів або рівнів (таким чином, в основу відповідних дефініцій мають покладатись динамічні категорії, зокрема «створення», «удосконалення», «збільшення», «прискорення»)» [15, с. 44].

З урахуванням викладеного доцільно виділити такі напрями державної політики безпеки дорожнього руху.

1) Розвиток та вдосконалення вітчизняного законодавства про безпеку дорожнього руху. Як відомо, від якості нормативно-правових актів безпосередньо залежать ефективність організації правовідносин, забезпечення законності та правопорядку, динамічний розвиток відповідних галузей і сфер соціального життя, авторитет органів державної влади. На жаль, сучасний стан нормативно-правової регламентації суспільних відносин у сфері дорожнього руху (зокрема, щодо забезпечення його безпеки) не дає підстав розраховувати на позитивний соціально-економічний результат. Відсутність «стрижневого» закону з питань безпеки дорожнього руху; розпорошеність кореспондуючих норм по величезному масиву галузевих нормативно-правових актів; фрагментарність правового регулювання; застарілість та неузгодженість нормативного матеріалу; логіко-юридичні погрішності змісту законодавчих положень; безсистемність нормотворення та інші проблеми, з одного боку, змушують констатувати недосконалість нормативно-правової бази, а з іншого боку, дають змогу вбачати в окресленому напрямі державної політики стратегічний ресурс для оптимізації правовідносин та покращення основних показників безпеки дорожнього руху.

2) Модернізація системи управління безпекою дорожнього руху. За загальним визнанням, вітчизняна система забезпечення безпеки дорожнього руху перебуває в надзвичайно розбалансованому стані, що вкрай негативно позначається на її ефективності [16, с. 82; 17, с. 5–8]. Практично відсутня координація управлінської діяльності на міжгалузевому та міжрегіональному рівнях. Центральні органи виконавчої влади у сфері безпеки дорожнього руху провадять «свою» відомчу політику, всіляко відхрещуючись від відповідальності за загальний стан речей. Місцеві державні адміністрації та органи самоврядування часто-густо не можуть дійти згоди щодо розподілу сфер адміністративного впливу (причому зазвичай є не перетягування повноважень, а, навпаки, їх взаємне перекладання). Функції щодо управління безпекою дорожнього руху та контроль за здійсненням відповідного напряму управлінської діяльності виконує фактично один і той самий орган, а саме Міністерство внутрішніх справ України (думається, питання про відомчу «ангажованість» цього контролю є риторичним), тому для забезпечення сучасного рівня безпеки дорожнього руху в Україні пропонується перш за все створити окреме управління (як це вже зроблено в багатьох країнах Європи), наприклад, національне управління (агенція) безпеки дорожнього руху, яке буде координувати міжгалузеві співвідношення у цій сфері, тому що без єдиного координаційного управління та належного закону до нього неможливо якісно й ефективно захищати громадян від небезпеки на дорогах країни. Регулювання з боку правової системи слід вважати найважливішим компонентом державного управління у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху [18, с. 62–63].

3) Поліпшення технічного стану, експлуатаційних характеристик та пропускної спроможності автомобільних доріг. Невпинне збільшення кількості транспортних засобів та критична зношеність дорожньої інфраструктури з особливою гостротою висувають питання про активізацію будівництва, ремонту й реконструкції автомобільних доріг. На жаль, сьогодні це питання вирішується дуже повільно. За останні дев'ять років протяжність доріг загального користування збільшилась лише на 10 кілометрів (тобто на 0,005%), тоді як автопарк країни зріс щонайменше вдвічі. Більшість вітчизняних доріг не відповідає технічним правилам, нормам і стандартам. З огляду на хронічне бюджетне недофінансування темпи реконструкції

вулично-дорожньої мережі впали майже до мінімуму [19, с. 64–72]. Величезну проблему становить брак технічних засобів організації руху. Загалом на українських дорогах «не вистачає» близько 70 тис. дорожніх знаків. У деяких містах працює менше половини світлофорів. Далекими від оптимальних параметрів залишаються обсяги покриття та якість дорожньої розмітки.

4) Забезпечення високої якості підготовки водіїв. У соціально-технологічній макроструктурі «водій – транспортний засіб – дорога» найменш надійною ланкою є водій. За інформацією Департаменту патрульної поліції України, водії механічних транспортних засобів вчиняють 3,5 млн. порушень правил дорожнього руху на рік. З їх вини трапляються 65–75% усіх дорожньо-транспортних пригод [20].

5) Підвищення дорожньо-транспортної культури населення. Величезна кількість правопорушень на автомобільному транспорті пояснюється не лише браком водійської майстерності, але й тотальним нігілізмом у питаннях дисципліни руху, вирішення спірних дорожніх ситуацій, соціальних стандартів поведінки водіїв і пішоходів. Як показують останні соціологічні дослідження, третина вітчизняних водіїв не співвідносить власні дії з інтересами інших учасників дорожнього руху, в усьому керуючись особистісними та егоїстичними міркуваннями. Кожний четвертий водій вважає нинішній рівень порядку й дисципліни на дорогах незадовільним. Причому визнання цього факту зовсім не свідчить про шанобливе ставлення до правил дорожнього руху, адже практично всі респонденти допускають можливість їх порушення за певних «сприятливих» умов (неконтрольованість дорожньої ділянки, відсутність поблизу транспортних засобів тощо). Щодо пішоходів, то лише чверть із них за перетинання проїзної частини послуговується сигналами світлофора. Приблизно стільки ж взагалі переходять дорогу не там, де це дозволено, а там, де їм зручно. Результат подібної легковажності закономірний: протягом 2014–2020 років в Україні зафіксовано 123 743 ДТП за участю пішоходів.

6) Підвищення надійності та безпечності транспортних засобів. Аналіз причин аварійності на автомобільному транспорті дає змогу констатувати відсутність тенденції щодо збільшення кількості ДТП, обумовлених незадовільним технічним станом рухомого складу. Через несправності транспортних засобів трапляється близько 1 тис. аварій на рік, тобто 2,5–3% всіх ДТП. За світовими мірками, це далеко не критичний показник. Однак він повністю нівелюється надвисоким рівнем смертності й травматизму: на кожні 100 ДТП, спричинених технічними несправностями автомобілів (мотоциклів, автобусів), припадають 25 загиблих і 100 поранених осіб. Загрозлива віктимологічна ситуація вимагає від держави вжиття комплексу невідкладних заходів, спрямованих на підвищення вимог до конструкції транспортних засобів щодо забезпечення їх пасивної та активної безпеки; удосконалення контролю за технічним станом засобів пересування; посилення відповідальності за керування транспортними засобами із серйозними несправностями (дефектами рульового управління, гальмівної системи, тягово-зчіпного механізму автопоїзда тощо) [21, с. 140].

7) Удосконалення медичного забезпечення безпеки дорожнього руху. Істотний вплив на стан аварійності та тяжкість наслідків ДТП здійснює система медичного забезпечення. Від того, наскільки добре ця система організована, злагоджено функціонують її компоненти, повно вона відповідає об'єктивним соціально-економічним і дорожньо-транспортним умовам, залежать такі показники безпеки дорожнього руху, як загальна кількість автомобільних аварій, обсяг спричинених ними матеріальних збитків, питома вага загиблих і поранених внаслідок ДТП.

Велике значення для реалізації гарантій учасників дорожнього руху на безпечні умови руху по дорогах має діяльність органів виконавчої влади та місцевого самоврядування. Їх роль визначається тим, що вони здійснюють безпосереднє виконання законодавства про безпеку дорожнього руху. Безпосередній адміністративно-правовий вплив на учасників дорожнього руху у процесі діяльності органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування виявляється такими трьома напрямами:

– під час організації дорожнього руху, у процесі здійснення якого встановлюється правовий порядок дорожнього руху і створюються інші умови для забезпечення вільного та безперешкодного руху;

– під час здійснення дозвільної системи;

– у процесі здійснення адміністративно-юрисдикційної діяльності, під час вжиття заходів адміністративної відповідальності за порушення встановленого порядку та інших заходів адміністративно-правового примусу.

Висновки

На підставі викладеного можна зробити такі висновки.

Ступінь гарантованості реалізації прав учасниками дорожнього руху буде визна-

чатися, по-перше, ефективністю законодавства про безпеку дорожнього руху, по-друге, якістю його виконання, або адміністративно-правовими та організаційними гарантіями. Аналіз положень Закону показує, що його основними недоліками є нечітке визначення основних напрямів забезпечення безпеки дорожнього руху й розподілу повноважень щодо здійснення цієї діяльності між його суб'єктами; відсутність у законі положень про повноваження й відповідальність органів виконавчої влади; неконкретність положень закону та практична відсутність норм прямої дії.

Сутність державної політики у галузі забезпечення безпеки дорожнього руху повинна визначатися вирішенням двох основних завдань, таких як формування дієвого механізму адміністративно-правового регулювання у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху та практична реалізація програмно-цільового підходу як методології розроблення та здійснення заходів підвищення безпеки дорожнього руху.

Список використаних джерел:

1. Про дорожній рух : Закон від 30 червня 1993 року № 3353-XII. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3353-12.

2. Головко В.А. Адміністративно-правове забезпечення захисту соціальних та економічних прав учасників дорожнього руху в Україні: проблеми теорії та практики : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Донецьк, 2011. 216 с.

3. Погорілко В.Ф., Сірий М.І. Права та свободи людини і громадянина в Україні. Київ, 1997. 142 с.

4. Батанов О.В. Територіальна громада – основа місцевого самоврядування в Україні : монографія. Київ : Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2001. 260 с.

5. Резолюція № 64/255 Генеральної Асамблеї ООН. URL: http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/UN_GA_resolution-54-255-ru.pdf.

6. Повідомлення Комісії Європейському Парламенту, Раді, Європейському економічному та соціальному комітету та Комітету регіонів «На шляху до європейського простору безпеки дорожнього руху: напрями політики з безпеки дорожнього руху, 2011–2020». URL: http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COM&year=2010&number=0389.

7. Резолюція Європейського парламенту про Європейську безпеку дорожнього руху на 2011–2020 роки. URL: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2011-408.

8. Пустовіт Ж.М. Актуальні проблеми прав і свобод людини і громадянина в Україні : навчальний посібник. Київ : КНТ, 2009. 232 с.

9. Редзюк А.М. Проблема безпеки дорожнього руху в Україні та заходи щодо суттєвого зменшення загиблих і постраждалих у ДТП. *Автошляховик України*. 2005. № 5. С. 6–12.

10. Берлач А.І. Новели вітчизняного законодавства про дорожній рух: річні підсумки. *Організаційно-правові засади боротьби з правопорушеннями на транспорті* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (Одеса, 9–10 жовтня 2009 року). Одеса : ОДУВС, 2009. С. 22–25.

11. Щавінський В.Р. Порушення правил обгону, зустрічного роз'їзду, проїзду перехресть та зупинок транспортних засобів загального користування: адміністративно-деліктний аспект. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2009. № 3. С. 77–82.

12. Долгополова М.М. Управління загальнодержавною системою забезпечення безпеки дорожнього руху : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Харків, 2003. 210 с.

13. Краткий политологический словарь / под ред. Р.В. Стадниченка. Ярославль : НЕО, 2003. 530 с.

14. Фомин С.Д. Функциональный аспект государственно-политической деятельности. *Актуальные проблемы государственного управления*. 2000. № 4. С. 76–84.

15. Возиянов А.А. Неопарадигма национобезопасности : монография. Санкт-Петербург : Акт, 2009. 421 с.

16. Микитюк М.В. Правові основи управління профілактикою безпеки дорожнього руху. *Право України*. 2015. № 5. С. 81–85.

17. Редзюк А.М. Державна концепція підвищення безпеки дорожнього руху в Україні. *Автошляховик України*. 2006. № 2. С. 5–14.

18. Товстуха С.О. Шляхи вдосконалення державно-управлінських механізмів забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. *Державне управління та місцеве самоврядування* : тези XI Міжнародного наукового конгресу (Харків, 24 березня 2011 року). Харків : Магістр, 2011. С. 62–63.

19. Дмитрієв І.А., Бурмака М.М Сучасний стан та перспективи розвитку мережі автомобільних доріг загального користування. *Проблеми і перспективи розвитку підприємництва*. 2013. № 1. С. 64–72. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/piprp_2013_1_14.

20. Статистика ДТП в Україні за 2014–2020 роки. *Департамент патрульної поліції України*. URL: http://patrol.police.gov.ua/statystyka.

21. Гуржій Т.О. Адміністративно-правові проблеми забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні : монографія. Кіровоград : Тимченко, 2010. 440 с.

Yaroslava Lakiichuk. Administrative and legal guarantees of realization of rights of traffic participants

This article divided the system of administrative and legal guarantees of the rights protection of road users into normative-legal and organizational-legal. There are a large number of bylaws governing public relations of traffic, which are insufficiently interconnected or even contradict each other, do not reflect the basic principles of international law, namely that the citizens and their safety should be the center of state policy of Ukraine in the field of road safety. Therefore, there is an urgent need to introduce the Concept of guarantees of the rights of road users in Ukraine and to adopt the new Law "On Road Traffic", to regulate relations between road safety subject and road users as well as to determine the level of their responsibility.

The international experience of developed countries, which is the most effective, is formed on the basis of many years of research and practice. Said experience is used to establish the basics of road safety systems and administrative-legal guarantees for the rights protection of road users.

It is determined that the legal nature of administrative-legal guarantees of the rights protection of road users is realized within the framework of public legal relations (administrative and legal). These relations are an integral part of public administration in the field of road traffic and safety and are closely linked to state institutions and state coercion.

Among the organizational guarantees, the efficiency of public administration is noted and its goals in the field of road safety are formulated, their content is revealed.

The directions of the state road safety policy are singled out, in particular development and improvement of domestic legislation on road safety; modernization of the road safety management system; improvement of technical condition, operational characteristics and capacity of highways; provision of high quality driver training; -increasing the road transport culture of the population; increasing the reliability and safety of vehicles; improvement of medical provision of road safety.

Key words: rights, administrative and legal status, road users, road safety, guarantee, realization.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.26

Віктор Лещинський,
канд. наук з держ. упр.,
Київський національний університет будівництва та архітектури

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ЗАКОННІСТЮ ДОЗВІЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ МІСТОБУДУВАННЯ: ФУНКЦІОНАЛЬНИЙ ПІДХІД

Стаття присвячена наданню характеристики ефективності здійснення судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування за наслідками застосування функціонального підходу з урахуванням методів та способів його здійснення. Вихідним визначено положення щодо єдності процесуальної форми, що полягає у єдиних правилах розгляду для всіх категорій справ. Розгляд методів судового контролю законності дозвільної діяльності у містобудуванні здійснюється з урахуванням безпосереднього зв'язку з процедурою його проведення. Доведено, що ефективність судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування має оцінюватися за загальними критеріями, актуальними для оцінювання ефективності судового контролю у всіх сферах діяльності суб'єктів публічного адміністрування (співвідношення ідеальної моделі функціонування підконтрольного суб'єкта та результатів, отриманих за наслідками здійснення судового контролю; здійснення судового контролю з дотриманням вимог принципів верховенства права, законності, а також за належною судовою процедурою тощо). Водночас взято до уваги те, що специфічні риси містобудівної діяльності, насамперед вимоги до її безпеки, а також її здійснення переважно на підприємницькій основі, дають підстави для формулювання напрямів удосконалення законодавства, передусім процесуального, щодо забезпечення ефективності розглядуваного контролю. На підставі цього обґрунтовано необхідність виділення таких пріоритетів, як ретельніша оцінка інформації про стан підконтрольних об'єктів, активізація діяльності щодо постановлення окремих ухвал у разі наявності сумнівів у законності діяльності підконтрольного об'єкта в конкретному випадку; приділення адміністративним судом особливої уваги реалізації суб'єктом дозвільної діяльності таких вимог до прийняття актів, як добросовісність, розсудливість, пропорційність; створення процесуальних засобів максимального зменшення строків розгляду позовів, що подаються у зв'язку з прийняттям дозвільних рішень у сфері містобудування.

Ключові слова: ефективність судового контролю, законність, дозвільна діяльність, містобудування, функціональний підхід, адміністративне судочинство.

Постановка проблеми. На відміну від інших видів контрольно-наглядової діяльності щодо законності дозвільної діяльності у сфері містобудування, судовий контроль характеризується певною універсальністю, що відображається у положеннях щодо, зокрема, процесуальної форми його здійснення, адже процесуальна форма характеризується єдністю, що полягає у єдиних правилах розгляду для всіх категорій справ [1, с. 62]. Це твердження актуальне також стосовно процесуальної форми діяльності адміністративних судів під час здійснення правосуддя [2, с. 21].

Загальновідомою може вважатись теза щодо відповідності методів здійснення контролю специфіці сфери, у якій він здійснюється. Інакше контроль не відповідатиме принципам об'єктивності та дієвості [3, с. 448]. Вибір тих чи інших методів контролю тісно пов'язаний із процедурою його проведення. Так, В.Я. Малиновський зазначає про можливість здійснення планового та позапланового контролю; ключовими правами об'єкта контролю завжди залишається право на пояснення та оскарження; розмежування суб'єктів безпосереднього проведення перевірки та суб'єкта прийняття рішення (суб'єкти перевірки не можуть самі приймати остаточне рішення, його має приймати лише суб'єкт призначення перевірки) [4, с. 318–319], тому розгляд методів судового контролю законності дозвільної діяльності у містобудуванні безпосередньо пов'язаний із процедурою його проведення.

Найближчими до досліджуваної тематики можна визначити роботи з проблем ефективності судового контролю, форм

© В. Лещинський, 2021

та методів його здійснення, сутності принципу верховенства права у судовому процесі тощо. У цьому контексті варто відзначити напрацювання таких учених, як Б.Д. Гудз, В.Я. Малиновський, І.Є. Марочкін, О.М. Пасенюк, О.С. Ткачук, М.М. Ясинок. Водночас у наведених роботах недостатньою мірою враховується специфіка дозвільної діяльності у сфері містобудування як об'єкта судового контролю.

Метою статті є надання характеристики ефективності здійснення судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування за наслідками застосування функціонального підходу, що передбачає врахування методів та способів його здійснення.

Виклад основного матеріалу. Поняття процесуальної форми посідає чільне місце у характеристиці процесуальних галузей права. Окремі вчені навіть ідентифікують адміністративне судочинство та процесуальну форму діяльності адміністративних судів [2, с. 276]. Таке твердження є спірним з огляду на різні акценти зазначених понять, адже судочинство означає діяльність судів, а процесуальна форма – виключно зовнішню сторону такої діяльності [5, с. 30–31]. Втім, загальноприйнятим можна вважати твердження про те, що дотримання процесуальної форми ухвалення судового рішення належить до основних умов його правосудності, тому розгляд методів здійснення судового контролю передбачає опрацювання проблематики процесуальної форми здійснення правосуддя у конкретних випадках.

Розгляд судових справ у адміністративних судах у першій інстанції може відбуватися за правилами загального позовного (розділ 3 КАС України) або спрощеного (глава 10 розділу 3 КАС України) провадження. Спрощене провадження призначається для розгляду справ незначної складності. При цьому окремі категорії адміністративних справ, визначені КАС України, не можуть бути розглянуті у цьому порядку незалежно від їх складності (частини 1, 4 статті 257 КАС України).

Розгляд судами адміністративних справ щодо оскарження дозвільних актів суб'єктів публічної влади у сфері містобудування становить тільки одну форму судового контролю. Натомість усталеним є виділення також його іншої форми, сутність якої полягає у виявленні та реагуванні на правопорушення, допущені суб'єктами публічної влади під час розгляду судових справ, не пов'язаних із оскарженням відповідних актів [4, с. 301]. За результатами такої форми контролю суд виносить окрему ухвалу (стаття 249 КАС України). Аналіз актуальної практики винесення адміністративними судами окремих ухвал у сфері містобудування свідчить про порушення суб'єктами публічної влади процедур прийняття рішень як основної підстави постановлення таких ухвал. Такі порушення можуть стосуватись реєстрації права приватної власності на завершені об'єкти будівництва без достатніх на це підстав (відсутність необхідних дозвільних документів щодо будівництва об'єкта) [6]; подання від імені особи, але без достатніх доказів її згоди позовів щодо оскарження актів про видачу дозвільних документів [7]; незаконного прийняття рішень щодо організації розроблення містобудівної документації на місцевому рівні стосовно індивідуального дачного будівництва [8] та інших порушень процедури винесення актів, що дають право провадити містобудівну (будівельну) діяльність або створюють підстави для її подальшого проведення.

Відповідні судові процедури, як щодо вирішення судових справ по суті, так і щодо постановлення окремих ухвал, можуть бути охарактеризовані як такі, що становлять основу для визначення методів судового контролю щодо законності здійснення містобудівної діяльності, зокрема дозвільної діяльності у цій сфері. Водночас останнім часом набуло поширення вжиття терміна «способи» щодо судового контролю. В умовах відсутності чітких наукових позицій щодо відмежування зазначених термінів вважаємо актуальним їх розмежування в контексті законності здійснення дозвільної діяльності у сфері містобудування.

Спеціальними способами здійснення судового контролю у порядку адміністративного судочинства є покладення на суб'єкта публічної влади зобов'язання надати звіт про виконання рішення адміністративного суду; можливість накладення на суб'єкта публічної влади штрафу у зв'язку з невиконанням ним судового рішення; визнання протиправною діяльності суб'єкта владних повноважень у зв'язку з виконанням судового рішення [9].

В українській мові термін «спосіб» означає певну систему прийомів, прийом або дію, за допомогою чого досягається бажаний результат [10, с. 1375]. Порівняно зі значенням терміна «контроль» як такого, що спрямоване не тільки на відстеження належного стану підконтрольного об'єкта, але й на приведення його у відповідність до певної його ідеальної моделі, зазначені способи дійсно відображають способи впливу суду на підконтрольний об'єкт (у цьому разі суб'єкт виконання судового рішення), тому з наведеною позицією варто погодитись, а в подаль-

шому сприймати відповідні рішення суду саме як способи здійснення судового контролю щодо виконання рішення суду. Втім, стосовно цього дослідження варто зауважити, що виконання судових рішень є окремим специфічним інститутом адміністративної юстиції [11, с. 129], тому зазначені способи можуть бути застосовані щодо характеристики судового контролю стосовно законності дозвільної діяльності у сфері містобудування переважно в цьому контексті. Втім, окреслений підхід може бути застосовано до визначення способів судового контролю у цій сфері у повному обсязі, зокрема щодо вироблення наукового підходу до розуміння таких способів.

У частині 1 статті 5 КАС України визначено такі шляхи захисту суб'єктивних прав та інтересів адміністративним судом, як визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень; визнання дій (бездіяльності) суб'єкта публічної влади протиправними та накладення на нього зобов'язання щодо утримання від вчинення певних дій (вчинити певні дії). Аналіз практики розгляду адміністративними судами спорів у сфері містобудування дає підстави для виокремлення таких шляхів захисту зазначених прав та інтересів у цій сфері, які пов'язані з правопорушеннями у сфері дозвільної діяльності, як визнання протиправним та скасування рішення [12], визнання протиправними та скасування актів суб'єкта публічної влади, зобов'язання вчинити певні дії [13], визнання протиправним та скасування припису [14]. Таким чином, шляхи захисту адміністративним судом прав є подібними до тих, що застосовуються у сфері виконання рішень адміністративного суду. У статті 245 КАС України передбачено повноваження адміністративного суду під час вирішення справи, які можуть бути охарактеризовані як способи судового контролю, зокрема щодо дозвільної діяльності у сфері містобудування.

Способи здійснення судового контролю щодо дозвільної діяльності у сфері містобудування відповідають повноваженням адміністративного суду, що реалізуються ним за наслідками розгляду конкретної адміністративної справи, тому ці способи відображають зовнішню щодо підконтрольного об'єкта сторону судового контролю, яка передбачає відповідне веління суду до підконтрольного об'єкта. Отже, варто розмежовувати методи й способи здійснення судового контролю щодо дозвільної діяльності у сфері містобудування. Методи перебувають у площині внутрішньої організації здійснення такого контролю (процесуальної форми його здійснення) та охоплюються процедурами позовного (письмового, спрощеного) провадження, а також процедурами постановлення судом окремих ухвал. Способи перебувають у площині зовнішнього вираження здійснення такого контролю й виражаються у повноваженнях суду (частина 2 статті 245 КАС України), які застосовуються ним щодо підконтрольного об'єкта. У досліджуваній сфері найбільш часто застосовуваними повноваженнями варто визначити визнання протиправним та скасування рішення; визнання протиправними та скасування інших актів суб'єкта публічної влади із зобов'язанням вчинити певні дії.

Викладені положення щодо специфіки судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування дають змогу запропонувати окремі шляхи вдосконалення його ефективності, що сприятиме розвитку гарантій прав людини та суб'єктивних прав і законних інтересів приватних осіб у сфері містобудування.

Вихідним науковим напрацюванням стосовно визначення поняття ефективності судового контролю щодо законності діяльності суб'єктів публічного адміністрування, в тому числі суб'єктів здійснення дозвільної діяльності у сфері містобудування, варто прийняти наукову позицію Б.Д. Гудза щодо визначення таких показників ефективності судового контролю, як співвідношення ідеальної моделі функціонування підконтрольного суб'єкта та результатів, отриманих за наслідками здійснення судового контролю; здійснення судового контролю з дотриманням вимог принципів верховенства права, законності, а також за належною судовою процедурою; рівень довіри приватних осіб до судової влади як суб'єкта забезпечення законності у підконтрольній сфері; мінімально розумний строк вирішення судової справи [15, с. 17–18]. Актуальні напрацювання дають змогу доповнити цей науковий підхід. Так, А.В. Хворостянкіна в контексті розгляду європейських стандартів адміністративного процесу виділяє гарантії ефективної реалізації права на доступ до суду, прозорість системи здійснення судового контролю, незалежність та неупередженість суду, повноцінну реалізацію принципу рівних можливостей, дієвість (виконуваність) рішення суду [16].

Такий показник, як фактична ефективність здійснення контролю, є чи не єдиним показником, що має субстантивний характер, оскільки безпосередньо відображає результат здійснення контролю. Усі інші показники (дотримання належної процедури здійснення контролю, реалізація вимог

принципів законності та верховенства права, ефективний доступ до суду тощо) є скоріше засобами досягнення результату, але не відображають такий результат, тому їх варто назвати формальними показниками ефективності судового контролю. Поділ показників певних явищ, об'єктів, процесів на формальні та субстантивні є загалом усталеним у національній та світовій правовій науці та дістав застосування у характеристиці таких явищ, як, наприклад, верховенство права (виділення його субстантивних та формальних складових частин) [17, с. 329], виміри ефективного правового регулювання загалом (проблемо орієнтований характер, врахування економічного ефекту, врахування вимог верховенства права) [18, с. 93].

Висновки

Отже, ефективність судового контролю за законністю дозвільної діяльності у сфері містобудування має оцінюватися за загальними критеріями, актуальними для оцінювання ефективності судового контролю у всіх сферах діяльності суб'єктів публічного адміністрування (співвідношення ідеальної моделі функціонування підконтрольного суб'єкта та результатів, отриманих за наслідками здійснення судового контролю; здійснення судового контролю з дотриманням вимог принципів верховенства права, законності, а також за належною судовою процедурою тощо). Водночас специфічні риси містобудівної діяльності, насамперед вимоги до її безпеки, її здійснення переважно на підприємницькій основі, дають підстави для формулювання напрямів удосконалення законодавства, передусім процесуального, щодо забезпечення ефективності розглядуваного контролю. Зокрема, необхідно виділити такі пріоритети, як ретельніша оцінка інформації про стан підконтрольних об'єктів, активізація діяльності щодо постановлення окремих ухвал у разі наявності сумнівів у законності діяльності підконтрольного об'єкта в конкретному випадку; приділення адміністративним судом особливої уваги щодо реалізації суб'єктом дозвільної діяльності таких вимог до прийняття актів, як добросовісність, розсудливість, пропорційність; створення процесуальних засобів максимального зменшення строків розгляду позовів, що подаються у зв'язку з прийняттям дозвільних рішень у сфері містобудування.

Список використаних джерел:

1. Цивільне процесуальне право України : підручник : у 2 т. / за ред. М.М. Ясинка. Київ : Алерта, 2021. Т. 1. 330 с.

2. Адміністративне судочинство України: теорія та практика : монографія / кол. авт. ; за заг. ред. О.М. Нечитайла. Київ : ВАІТЕ, 2015. 288 с.

3. Державне управління : підручник : у 2 т. / ред. кол.: Ю.В. Ковбасюк (голова), К.О. Ващенко (заст. голови), Ю.П. Сурмін (заст. голови) та ін. Київ ; Дніпропетровськ : НАДУ, 2012. Т. 1. 564 с.

4. Малиновський В.Я. Державне управління : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2003. 576 с.

5. Організація судових та правоохоронних органів / за ред. І.Є. Марочкіна. Харків : Право. 448 с.

6. Про повідомлення для вжиття заходів відповідного реагування : окрема ухвала Восьмого апеляційного адміністративного суду від 8 липня 2019 р. у справі № 857/4568/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82898534 (дата звернення: 10.03.2021).

7. Про повідомлення для вжиття заходів відповідного реагування : окрема ухвала Одеського окружного адміністративного суду від 24 липня 2019 р. у справі № 420/3787/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83212606 (дата звернення: 10.03.2021).

8. Про повідомлення для вжиття заходів відповідного реагування : окрема ухвала Одеського окружного адміністративного суду від 1 жовтня 2019 р. у справі № 420/3132/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84670856 (дата звернення: 10.03.2021).

9. Судовий контроль як механізм підвищення ефективності судових рішень. *Судебно-юридическая газета.* URL: https://sud.ua/ru/news/blog/144287-sudoviy-kontrol-yak-mekhanizm-pidvischennya-efektivnosti-sudovikh-rishen (дата звернення: 10.03.2021).

10. Великий тлумачний словник сучасної української мови / за ред. В.Т. Бусела. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

11. Кузьменко О.В. Адміністративна юстиція в Україні : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2007. 156 с.

12. Про задоволення позову : Рішення Івано-Франківського окружного адміністративного суду від 3 вересня 2018 р. у справі № 809/1090/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76192518 (дата звернення: 10.03.2021).

13. Про задоволення позову : Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва від 5 лютого 2019 р. у справі № 640/18866/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79609589 (дата звернення: 10.03.2021).

14. Про задоволення касаційної скарги : Постанова Верховного Суду від 21 серпня 2019 р. у справі № 826/12524/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83799960 (дата звернення: 10.03.2021).

15. Гудз Б.Д. Судовий контроль за законністю адміністративної діяльності органів виконавчої

влади : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07. Київ : Б.в., 2013. 20 с.

16. Хворостянкіна А.В. Європейські стандарти адміністративного процесу / Міністерство юстиції України. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_6738 (дата звернення: 10.03.2021).

17. Ткачук О.С. Проблеми реалізації судової влади в цивільному судочинстві : монографія. Харків : Право, 2016. 600 с.

18. Стандарти європейського врядування : навчальний посібник / за ред. І.А. Грицяка. Київ : НАДУ, 2011. 184 с.

Viktor Leshchynskyi. Efficiency of judicial control over the legality of licensing activity in the field of urban planning: functional approach

The article is devoted to providing a description of the effectiveness of judicial control over the legality of permitting activities in the field of urban planning as a result of the application of a functional approach, taking into account the methods and methods of its implementation. The starting point is the provision on the unity of the procedural form, which consists in uniform rules of consideration for all categories of cases. Consideration of methods of judicial control of the legality of permitting activities in urban planning is carried out taking into account the direct connection with the procedure of its implementation. It is proved that the effectiveness of judicial control over the legality of permitting activities in the field of urban planning should be assessed by general criteria relevant to assessing the effectiveness of judicial control in all areas of public administration (the relationship between the ideal model of operation of the controlled entity and the results judicial control, judicial control in compliance with the requirements of the principles of the rule of law, legality, as well as due process of law, etc.). At the same time, it is taken into account that specific features of urban planning activity, first of all requirements for its safety, as well as its implementation mainly on a business basis, give grounds for formulating directions for improving legislation, especially procedural, to ensure effective control. Based on this, it is necessary to identify the following priorities: a more thorough assessment of information about the state of controlled objects, intensification of activities to issue individual decisions in case of doubt about the legality of the controlled object in a particular case; paying special attention by the administrative court to the implementation by the subject of the permit activity of such requirements for the adoption of acts as good faith, prudence, proportionality; creation of procedural means to minimize the terms of consideration of claims filed in connection with the adoption of permitting decisions in the field of urban planning.

Key words: efficiency of judicial control, legality, permitting activity, town-planning, functional approach, administrative proceedings.

УДК 351.86.071(477:1–522НАТО)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.27

Сергій Мельник,
докт. юрид. наук, доцент,
начальник
Інституту військової юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
ORCID ID: 0000-0002-3243-276X

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ СТАНДАРТІВ ПІВНІЧНОАТЛАНТИЧНОГО АЛЬЯНСУ У ФУНКЦІОНУВАННЯ ЗБРОЙНИХ СИЛ УКРАЇНИ

У статті висвітлено правові засади запровадження стандартів Північноатлантичного альянсу у функціонування системи Збройних Сил України. Акцентовано увагу на історичних аспектах становлення взаємодії України і НАТО у перші роки після проголошення державної незалежності. Проаналізовано процес формування договірних засад між Україною і НАТО, які лягли в основу формування системи правового забезпечення імплементації стандартів альянсу у національну практику розбудови воєнної організації України.

З урахуванням положень чинних законодавчих та підзаконних актів України, які регламентують запровадження стандартів НАТО у функціонування Збройних Сил України, запропоновано авторський варіант диференціації правових засад запровадження стандартів НАТО у діяльність Міністерства оборони України та Збройних Сил України на три рівні, такі як загальний законодавчий рівень, стратегічний нормативний рівень та операційний підзаконний рівень. Особливу увагу приділено характеристиці положень відомчих актів Міністерства оборони України, положення яких найбільш детально регламентують організаційно-технічні процеси переходу Збройних Сил України на стандарти Північноатлантичного альянсу.

Окреслено проблематику запровадження стандартів НАТО у функціонування сектору безпеки і оборони України. Зокрема, сьогодні Збройні Сили України продовжують використовувати частину міждержавних стандартів на продукцію військового призначення за стандартами колишнього СРСР, відчувається дефіцит фінансових ресурсів реформування армії України, підприємства оборонного комплексу потребують переоснащення за стандартами НАТО.

Доведено, що запровадження стандартів НАТО у практику функціонування Збройних Сил України є важливим завданням, яке вимагає комплексного перегляду та оновлення правових засад налагодження відповідного співробітництва. Перехід на стандарти НАТО забезпечить планомірне нарощування рівня боєздатності частин і підрозділів Збройних Сил України, сприятиме підвищенню ефективності використання державних ресурсів у сфері оборони, вдосконаленню системи підготовки військових частин і підрозділів, що входять до складу багатонаціональних військових формувань, а також зростанню авторитету України на міжнародній арені.

Ключові слова: Україна, Збройні Сили України, сектор безпеки і оборони, Міністерство оборони України, НАТО, стандарти, імплементація.

Постановка проблеми. На початку XXI століття одним із найбільш важливих завдань державного будівництва України є формування потужного оборонного потенціалу та створення ефективного сектору безпеки і оборони держави. Цивілізаційний вибір Українського народу щодо руху до інтеграції з Європейським Союзом (далі – ЄС) і розвиненими державами західного світу вимагає перегляду засад функціонування всіх передбачених законодавством України військових формувань, зокрема Збройних Сил України.

Партнерство Збройних Сил України зі структурами НАТО сьогодні здійснюється за багатьма напрямами і має значну кількість організаційно-правових форм. Одним із найбільш важливих чинників підвищення ефективності Українського війська є сприйняття й практичне запровадження стандартів Північноатлантичного альянсу. Беручи до уваги складність цього процесу, актуальним вважаємо науковий аналіз правового забезпечення адаптації засад управління та функціонування підрозділів Збройних Сил України до стандартів НАТО.

Аспекти щодо впровадження стандартів НАТО фрагментарно розкривались у наукових працях, які присвячені правовому забез-

© С. Мельник, 2021

печенню відносин партнерства України і НАТО. Зокрема, ідейно-інформаційним підґрунтям статті став науковий доробок таких авторів, як В. Головко, С. Мукосій, а також аналітичні матеріали Міністерства оборони України. Проте аспекти розкриття нормативних засад імплементації стандартів НАТО у діяльність Збройних Сил України досліджено вітчизняною юридичною доктриною недостатньо.

Метою статті є висвітлення регуляторного потенціалу нормативної бази, яка регламентує запровадження стандартів НАТО у функціонування Збройних Сил України.

Виклад основного матеріалу. Україна розпочала розвиток відносин з НАТО вже в перші роки після проголошення державної незалежності. У 1991 р. Україна і НАТО дали старт спільній взаємодії щодо питань науки й захисту довкілля. На початку 1992 р. українська сторона почала брати участь у діяльності Ради північноатлантичного співробітництва, а вже в березні цього ж року приєдналася до програми НАТО «Партнерство заради миру». Метою цієї програми було сприяння реформам, підвищення стабільності, зменшення світових загрози безпеці, створення міцних відносини у сфері безпеки між країнами-партнерами та НАТО [1]. Водночас правова основа взаємодії України й НАТО належним чином не формувалась. Причини цього полягали у площині інтегрованої військової системи управління збройних сил держав СНД і невизначеності питання про те, який саме військово-майновий комплекс належить Україні.

Базовим документом, який визначив принципи й магістральні напрями взаємодії України з НАТО, послужила Хартія про особливе партнерство між Україною та Організацією Північноатлантичного договору, яку було підписано в Мадриді 9 серпня 1997 р. (далі – Хартія) [2]. Відповідно до документа, взаємодія України й НАТО відбувається на засадах норм і принципів міжнародного права. На відміну від повноправного членства, Хартія не передбачала поширення на Україну ст. 5 Статуту НАТО, в якій ідеться про колективний захист в разі нападу на одного з її членів [3]. Положення Хартії визначили, що Українська держава зобов'язується здійснювати військову реформу в напрямах підвищення оперативно-технічної сумісності Збройних Сил України зі збройними силами НАТО і країн-партнерів, розробляти ефективні механізми демократичного й цивільного контролю над воєнною організацією держави. Це стало початком тривалого процесу організаційно-правового супроводження запозичення та впровадження у функціонування системи Збройних Сил України стандартів НАТО.

Загалом до 2005 р. Україна підтримувала партнерські відносини з НАТО, які мали дипломатично-технічний характер. Навесні 2005 р. з ініціативи тодішнього Президента України В. Ющенка було оновлено Воєнну доктрину України. Вперше в новітній історії документ визначав, що держава офіційно прагне повноправного членства в НАТО. Того ж року під час роботи Вільнюського саміту з боку керівництва Альянсу була підтверджена готовність допомогти Україні на цьому шляху [4]. Ключовою реформою на шляху України до НАТО мала стати реформа оборонної інфраструктури, що сформувалася ще за часів перебування держави у складі СРСР. Після цього головною метою зовнішніх військово-політичних відносин України й Північноатлантичного альянсу було приєднання до Плану дій щодо набуття членства (Membership Action Plan, або MAP). Документ передбачав програму заходів, спрямовану на вдосконалення національного законодавства у військовій сфері, а також здійснення військової реформи й підготовки фінансової, організаційної та безпекової систем держави до такого рішення.

Станом на початок 2021 р. у державі сформувалась певна система нормативно-правового забезпечення запровадження стандартів НАТО. Правові засади для запровадження стандартів НАТО у діяльність Міністерства оборони України та Збройних Сил України пропонуємо класифікувати на такі три рівні, як загальний законодавчий рівень, стратегічний нормативний рівень та операційний підзаконний рівень. На загальному законодавчому рівні запровадження стандартів НАТО визначено Законом України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII (далі – Закон про національну безпеку) [5]. Нормативний стратегічний рівень представлений стратегічними оборонними документами України, а саме Воєнною доктриною України від 5 вересня 2015 р. [6], Стратегічним оборонним бюлетенем від 6 червня 2016 р. [7], Стратегією національної безпеки України від 14 вересня 2020 р. [8]. Операційний підзаконний рівень представлений документами, які регламентують взаємодію України і НАТО, а також деякими відомчими актами Міністерства оборони України й Генерального штабу Збройних Сил України, положення яких регламентують технічні аспекти запровадження стандартів НАТО.

На законодавчому рівні Законом «Про національну безпеку» загалом визначено,

що набуття Україною членства у НАТО є фундаментальним національним інтересом держави. Відповідно, державна політика у сферах національної безпеки і оборони спрямовується на досягнення цієї цілі.

На стратегічному нормативному рівні питання зближення України і НАТО регламентовані більш детально. Чинна Воєнна доктрина України передбачає, що технічна сумісність зі збройними силами держав-членів НАТО є успішною запорукою реформування Збройних Сил України та їх розвитку за стандартами НАТО. Окрім зазначеного акта, у Стратегічному оборонному бюлетені вказується на те, що відсутність об'єднаного керівництва силами оборони, яке здійснювалося б відповідно до принципів і стандартів, прийнятих державами-членами НАТО, є проблемою для функціонування системи національної оборони України. Крім цього, у документі визначено доцільність переходу на принципи управління підрозділами, кадрової політики НАТО у Збройних Силах України. Задля цього Україна може розраховувати на одержання матеріальної технічної допомоги від Північноатлантичного альянсу задля упровадження стандартів Альянсу в усіх сферах військової діяльності та досягнення критеріїв, необхідних для набуття членства в Організації Північноатлантичного договору.

Положення п. 3.4 Оборонного бюлетеня стали одними з найбільш важливих правових підстав запровадження стандартів НАТО у національну практику розбудови сектору безпеки і оборони. Передбачено 21 напрям удосконалення національного законодавства України задля поглиблення інтеграції державних мілітарних структур України з НАТО. Кожен із напрямів значною мірою відповідає засадам запозичення стандартів альянсу. Пізніше у Стратегії національної безпеки також було визначено, що для зміцнення особливого партнерства з НАТО й набуття повноправного членства в Організації Північноатлантичного договору Україна планує досягти у максимально стислі строки достатньої взаємосумісності Збройних Сил України та інших складових частин сектору безпеки і оборони з відповідними структурами держав Альянсу. Задля цього на національному рівні слід активізувати реформи, які необхідно впровадити задля досягнення відповідності критеріям членства в НАТО у рамках імплементації річних національних програм під егідою Комісії «Україна – НАТО».

Основу операційного підзаконного рівня складає Комплексний пакет допомоги (далі – КПД) з підтримки України, який було затверджено за результатами проведення 8–9 липня 2016 р. у Варшаві саміту «Україна – НАТО». За словами тодішнього міністра оборони України, затвердження КПД стало «проривом» у розвитку вітчизняних Збройних Сил [9]. Відповідно до змісту КПД було окреслено 13 магістральних напрямів реформування сектору безпеки й оборони України. Найголовнішим і одним з найскладніших завдань, визначених КПД, є перехід Збройних Сил України на стандарти НАТО, які окреслюються універсальною абревіатурою STANAG (англ. "Standardization Agreement").

Фактично STANAG є міжнародною угодою, положення якої регулюють загальні правила, визначають спільний порядок дій, закріплюють єдину термінологію і встановлюють умови уніфікації технічних процесів, озброєння й військової техніки, іншої матеріальної частини озброєних сил НАТО й держав, з якими НАТО налагоджує партнерські відносини. Стандарти НАТО об'єднані у складну і взаємопов'язану ієрархію нормативних документів, систему яких експерти умовно поділяють на такі три групи, як документи адміністративні, оперативні й матеріально-технічні [10]. Для підготовки України до вступу в НАТО у процес функціонування Збройних Сил України слід запровадити значну кількість стандартів (нормативних документів), які будуть поступово перекладатися українською мовою з мови оригіналу і втілюватися в практику військового управління України. Загалом запровадження STANAG відбувається переважно навколо п'яти таких стратегічних цілей, як створення об'єднаної системи керівництва силами української оборони, ефективна політика планування й застосування ресурсів, посилення боєздатності частин і з'єднань за світовими стандартами, об'єднана з НАТО логістика, система медичного забезпечення.

23 травня 2018 р. було затверджено Пакет цілей партнерства України і НАТО. Згідно з ним, у діяльність Міністерств оборони України та Збройних Сил України підлягають запровадженню 219 стандартів та керівних документів НАТО. За офіційною інформацією, Міністерство оборони України станом на 1 січня 2021 р. опрацювало 192 документи НАТО [11]. Зокрема, запроваджено 128 стандартів та керівних документів НАТО, розроблено 145 національних і військових нормативно-правових актів та нормативних документів, щодо 52 стандартів прийнято позитивне рішення стосовно їх прийняття та запровадження у період найближчих п'яти років, у стадії опрацювання залишаються 27 стандартів НАТО.

Базовими підзаконними документами, які забезпечують організаційно-технічні аспекти запровадження стандартів НАТО у функціонуванні Збройних Сил України, є відомчі нормативні акти Міністерства оборони і Генерального Штабу Збройних Сил України. Зокрема, це Тимчасова інструкція з організації робіт у Міністерстві оборони України і Збройних Силах України щодо впровадження стандартів НАТО, затверджена заступником Міністра оборони України 9 вересня 2016 р., якою встановлюється порядок отримання стандартів і військових нормативних документів НАТО, їх перекладу, вивчення й практичного втілення в життя [12]. У документі було визначено, що стандарт НАТО становить комплекс заходів, що містить прийняття рішення на застосування у Збройних Силах його положень (норм, вимог); розроблення на підставі стандарту НАТО відповідного акта законодавства чи нормативного документа (або внесення відповідних змін та/чи доповнень до чинних документів); процедуру надання йому чинності в установленому порядку; застосування розробленого на його основі певного акта для повсякденної діяльності Міноборони і Збройних Сил України.

Також доцільно акцентувати увагу на деяких положеннях Наказу Міністерства оборони України «Про питання військової стандартизації» від 24 лютого 2020 р. № 56 [13]. Документ передбачає, що запровадження стандарту НАТО являє собою комплекс заходів, що включає вивчення та прийняття рішення про застосування у секторі безпеки і оборони положень (норм, вимог) стандарту НАТО (стандарту у сфері оборони держави-члена НАТО), прийняття до прямого застосування або розроблення на основі стандарту НАТО (стандарту у сфері оборони держави-члена НАТО) відповідного акта законодавства чи документа з військової стандартизації (внесення відповідних змін та доповнень до чинних документів), надання йому чинності в установленому порядку, застосування розробленого документа в діяльності складових частин сектору безпеки і оборони України. Крім цього, визначено мету військової стандартизації у Збройних Силах України та принципи її здійснення. Важливим також є визначення кола та компетенції суб'єктів військового управління щодо стандартизації, інформаційного забезпечення запровадження стандартів НАТО, фінансового забезпечення тощо.

Упровадження STANAG у практику функціонування Збройних Сил України є найбільш складним завданням, яке вимагає комплексного перегляду всієї інфраструктури вітчизняного Військово-промислового комплексу (ВПК) та функціонування системи Збройних Сил України. Перехід на стандарти НАТО забезпечить планомірне нарощування рівня боєздатності частин і підрозділів Збройних Сил України, сприятиме підвищенню ефективності використання державних ресурсів у сфері оборони, вдосконаленню системи підготовки військових частин і підрозділів, що входять до складу багатонаціональних військових формувань, і зростанню авторитету України на міжнародній арені [14].

Разом з очевидними успіхами щодо запровадження стандартів НАТО у функціонування сектору безпеки і оборони України слід поверхнево акцентувати увагу на проблематиці цього процесу. Зокрема, політика стандартизації продукції військового призначення, яку Україна прийняла від СРСР, відрізнялась від політики стандартизації в НАТО. Сьогодні в Україні продовжують використовувати частину міждержавних стандартів на продукцію військового призначення за стандартами колишнього СРСР. Це стосується передусім системи розроблення та впровадження у виробництво військової техніки, комплексних систем загальних технічних вимог та контролю якості ОВТ [15]. Проблема дефіциту фінансових ресурсів безпосередньо гальмує відповідні перетворення. Зокрема, на підприємствах оборонно-промислового комплексу та підприємствах інших форм власності запровадження стандартів НАТО потребує додаткових капіталовкладень у їхнє переоснащення. Дається взнаки також дефіцит кваліфікованих спеціалістів, які б володіли необхідними мовними компетенціями, які можна застосувати у сфері міжнародної співпраці Збройних Сил України і НАТО.

Висновки

В Україні створено базові нормативно-правові засади імплементації стандартів НАТО у функціонування Збройних Сил України і спостерігається стійка тенденція до продовження роботи у відповідному напрямі. Найбільш актуальним завданням щодо нормотворчості стосовно запровадження стандартів НАТО у функціонування Збройних Сил України має стати розроблення нормативно-правових механізмів щодо прискорення технічного переоснащення підрозділів Збройних Сил України, оптимізації системи військового управління військовими органами, частинами й підрозділами, визначення, переоснащення вітчизняного військово-промислового комплексу.

Список використаних джерел:

1. Партнерство заради миру. *Україна – НАТО* : офіційний інтернет-сайт. URL: https://ukraine-nato.mfa.gov.ua/ukrayina-nato/partnerstvo-zaradi-miru (дата звернення: 12.02.2021).
2. Хартія про особливе партнерство між Україною та Організацією Північно-Атлантичного договору від 9 серпня 1997 р. *Офіційний вісник України*. 2006. № 34. Ст. 2453.
3. 5 фактів про особливе партнерство між Україною та НАТО. *DW.COM*. URL: https://www.dw.com/uk/5-фактів-про-особливе-партнерство-між-україною-та-нато/a-39557684.
4. Головко В. Бухарестський саміт НАТО. URL: https://www.jnsm.com.ua/h/0404Q.
5. Про національну безпеку України : Закон від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.
6. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 р. «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2020. *Офіційне інтернет-представництво Президента України*. URL: https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037.
7. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 20 травня 2016 р. «Про Стратегічний оборонний бюлетень України» : Указ Президента України від 6 червня 2016 р. № 240/216. URL: https://www.president.gov.ua/documents/2402016-20137 (дата звернення: 18.03.2021).
8. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 вересня 2015 р. «Про нову редакцію Воєнної доктрини України» : Указ Президента України від 24 вересня 2015 р. № 555/2015. *Офіційне інтернет-представництво Президента України*. URL: https://www.president.gov.ua/documents/5552015-19443.
9. Комплексний пакет допомоги НАТО Україні – прорив у співпраці з альянсом: витримки з інтерв'ю Міністра оборони України «5 каналу» С. Полторака. URL: https://defence-ua.com/index.php/home-page/2186-kompleksnyy-paket-dopomohy-nato-ukrayini-proryv-u-spivpratsi-z-alyansom.
10. Мукосий С. О внедрении стандартов НАТО. URL: https://defence-ua.com/index.php/statti/296-sergej-mukosij-segodnya-ministerstvo-oborony-yavlyaetsya-lokomotivom-sredi-vsekh-organov-vlasti-po-vnedreniyu-standartov-nato (дата звернення: 30.01.2019).
11. Інформаційний матеріал щодо запровадження стандартів та керівних документів НАТО. *Офіційний веб-сайт Міністерства оборони України*. URL: https://www.mil.gov.ua/diyalnist/vprovadzhennya-standartiv-ta-inshih-kerivnih-dokumentiv-nato.html (дата звернення: 28.02.2021).
12. Збройні сили України: курсом до НАТО. Розповідає головнокомандувач Збройних Сил України, генерал армії Віктор Муженко. *Hi-tech.ua*. URL: https://hi-tech.ua/article/zbroyni-sili-ukrayini-kursom-do-nato (дата звернення: 29.01.2019).
13. Про питання військової стандартизації : Наказ Міністерства оборони України від 24 лютого 2020 р. № 56. *Офіційний інтернет-сайт Верховної Ради України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0240-20#Text (дата звернення: 29.01.2019).
14. Стандарти НАТО: механізм і темпи впровадження, адаптація до українських реалій. *Офіційний веб-сайт Міністерства оборони України*. URL: https://www.mil.gov.ua/news/2021/02/12/standarti-nato-mehanizm-i-tempi-vprovadzhennya-adaptacziya-do-ukrainskih-realij (дата звернення: 12.02.2021).
15. Впровадження стандартів НАТО у Збройних Силах: підсумки 2016 р. *Ukrainian Military Pages*. URL: https://www.ukrmilitary.com/2017/08/stanag.html (дата звернення: 29.01.2019).

Serhii Melnyk. Legal principles of input of standards of North Atlantic Treaty Organization are in functioning of the Armed Forces of Ukraine

In the article legal principles of input of standards of North Atlantic Treaty Organization are illuminated in functioning of the system of the Armed Forces of Ukraine. Attention is accented on the historical aspects of becoming of cooperation of Ukraine and NATO in the first years after proclamation of state independence. The process of forming of contractual principles is analyzed between Ukraine and NATO that underlay forming of the system of the legal providing of introduction of standards of alliance in national practice of development of military organization of Ukraine.

Taking into account positions of operating legislative and special acts of Ukraine, that regulate the input of standards of NATO in functioning of the Armed Forces of Ukraine the authorial variant of differentiation of legal principles of input of standards of NATO offers in activity of Department of defense of Ukraine and Armed Forces of Ukraine suggest to classify levels on three: general legislative level, strategic normative level and operating special level. The special attention is spared to description of positions of department acts Departments of defense of Ukraine, positions of that most in detail regulate the organizationally-technical processes of transition of the Armed Forces of Ukraine on the standards of North Atlantic Treaty Organization.

The range of problems of input of standards of NATO is outlined in functioning to the sector of safety and defensive of Ukraine. In particular, for today the Armed Forces of Ukraine continue to use part of intergovernmental standards on the products of military-oriented on the standards of the former USSR,

the deficit of financial resources of reformation of army of Ukraine, enterprise of defensive complex is felt need retooling on the standards of NATO.

It is well-proven that an input of standards of NATO in practice of functioning of the Armed Forces of Ukraine is an important task that requires a complex revision and updating of legal principles of adjusting of corresponding collaboration. Passing to the standards of NATO will provide the systematic increase of level of battle-worthiness of parts and subdivisions of the Armed Forces of Ukraine, will assist the increase of efficiency of the use of state resources in the field of a defensive, to perfection of the system of preparation of soldiery parts and subdivisions that enter in the complement of the multinational soldiery forming, and increase of authority of Ukraine in the international arena.

Key words: Ukraine, Armed Forces of Ukraine, sector of safety and defensive, Department of defense of Ukraine, NATO, standards, introduction.

УДК 342.941(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.28

Олексій Прокопенко,
докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,
професор кафедри тактичної та спеціальної фізичної підготовки
факультету № 2
Харківського національного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0001-5826-7830

Микола Комзюк,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри тактичної та спеціальної фізичної підготовки
факультету № 2
Харківського національного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-7656-1061

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРЕВЕНТИВНІ ЗАХОДИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ НАЦІОНАЛЬНОЮ ПОЛІЦІЄЮ УКРАЇНИ

Актуальність статті полягає в тому, що виконання поліцією покладених на неї обов'язків спрямоване на підтримання законності й правопорядку в державі. Однією зі складових частин правопорядку є забезпечення безпеки дорожнього руху, адже дотримання водіями правил безпеки під час керування автомобілем дає змогу запобігти травматизму та пошкодження майна учасників дорожнього руху. Поліція уповноважена вживати різних заходів для забезпечення безпеки дорожнього руху, зокрема адміністративно-превентивних, тому вивчення специфіки та підстав вжиття адміністративно-превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху є актуальним. Статтю присвячено вивченню правового регулювання адміністративних превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху Національною поліцією України. Досліджено такі превентивні заходи, як зупинка та огляд транспортного засобу, обмеження пересування транспортного засобу. Визначено, що адміністративно-превентивні заходи забезпечення безпеки дорожнього руху – це встановлені нормами законодавства адміністративно-правові засоби впливу на учасників дорожнього руху, які застосовуються працівниками поліції у встановленому порядку для попередження дорожньо-транспортних пригод та запобігання травматизму. Ознаки таких заходів полягають у тому, що вони застосовуються працівниками поліції від імені держави, а для їх застосування мають бути підстави, передбачені законодавством, порядок застосування превентивних поліцейських заходів встановлений законом. Запропоновані зміни до законодавчих актів, які регулюють вжиття адміністративно-превентивних заходів у сфері безпеки дорожнього руху. Зроблено висновок, що превентивними поліцейськими заходами у сфері забезпечення дорожнього руху є зупинка транспортного засобу, вимога залишити місце та обмеження доступу до визначеної території, обмеження пересування транспортного засобу, застосування технічних приладів і технічних засобів, що мають функції відеозапису, засобів фото- і кінозйомки, перевірка документів та опитування особи.

Ключові слова: превентивні заходи, дорожній рух, поліція, транспортний засіб.

Постановка проблеми. Виконання поліцією покладених на неї обов'язків спрямоване на підтримання законності й правопорядку в державі. Однією зі складових частин правопорядку є забезпечення безпеки дорожнього руху, адже дотримання водіями правил безпеки під час керування автомобілем дає змогу запобігти травматизму та пошкодження майна учасників дорожнього руху. Поліція уповноважена вживати різних заходів для забезпечення безпеки дорожнього руху, зокрема адміністративно-превентивних, тому вивчення специфіки та підстав застосування адміністративно-превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху є актуальним.

Проблеми правового регулювання повноважень поліції у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху привертали увагу дослідників уже достатньо давно. Зокрема, формування політики безпеки дорожнього руху вивчав Т.О. Гуржій [2, с. 176–181], але у цій праці висвітлено роль і значення у забезпеченні безпеки дорожнього руху не

© О. Прокопенко, М. Комзюк, 2021

тільки поліції, але й інших органів влади. Характеристику системи превентивних поліцейських заходів наводив у своїй праці О.А. Будь [3, с. 62–65], але предметом його дослідження були превентивні поліцейські заходи у всіх сферах суспільного життя, а не тільки у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Проблеми застосування поліцейських заходів під час нагляду за дорожнім рухом вивчав Р.М. Пилипів [4, с. 81–88]. Дослідником було висловлено низку пропозицій щодо внесення змін у чинне законодавство, яке регулює діяльність поліції.

Особливості реалізації адміністративно-правових норм у діяльності Національної поліції України стали предметом наукового дослідження О.В. Невядовського [5, с. 170–175], але ця стаття стосується реалізації всіх, а не тільки превентивних адміністративних норм у діяльності поліції. У праці О.Ю. Салманової вивчено сутність переконання як засобу забезпечення міліцією безпеки дорожнього руху [7, с. 77–80]. Водночас перелік адміністративно-превентивних заходів є більш широким, ніж тільки переконання. Порядок та умови зупинення транспортного засобу поліцією як один із видів превентивних поліцейських заходів вивчав В.А. Ташматов [8, с. 136–139]. Зазначена праця розкриває сутність та умови застосування одного з адміністративно-превентивних поліцейських заходів.

Праці наведених науковців, а також норми законодавчих актів дали змогу дійти певних висновків у роботі.

Об'єктом дослідження є правовідносини у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Предметом дослідження є адміністративно-превентивні заходи забезпечення безпеки дорожнього руху Національною поліцією України.

Метою статті є визначення особливостей застосування адміністративно-превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху Національною поліцією України.

Наукова новизна дослідження полягає у формулюванні пропозицій щодо внесення змін у чинне законодавство України, яке регулює порядок та умови застосування адміністративно-превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху.

Виклад основного матеріалу. Законодавство встановлює повноваження поліції, зокрема, у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Так, згідно з п. 1 і п. 11 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про Національну поліцію», поліція, відповідно до покладених на неї завдань, здійснює превентивну та профілактичну діяльність, спрямовану на запобігання вчиненню правопорушень, регулює дорожній рух та здійснює контроль за дотриманням Правил дорожнього руху його учасниками [1]. Отже, здійснення превентивних заходів для забезпечення безпеки дорожнього руху належить до компетенції Національної поліції України.

Т.О. Гуржій підкреслює соціально-економічне значення профілактики дорожньо-транспортних пригод. Будучи інструментом виявлення та ліквідації умов, причин і чинників, котрі сприяють аварійності, профілактика ДТП являє собою магістральний напрям забезпечення безпеки дорожнього руху. З огляду на колосальні масштаби дорожньої аварійності профілактика ДТП розглядається як важливий засіб охорони здоров'я та благополуччя нації [2, с. 180]. Наведені висновки науковця викликають підтримку. Дійсно, профілактична діяльність працівників поліції у сфері безпеки дорожнього руху сприяє зниженню аварійності та зменшенню кількості дорожньо-транспортних пригод.

О.А. Будь характеризує систему превентивних поліцейських заходів як сукупність адміністративно-правових засобів, прийомів впливу на суспільні відносини, що складаються в процесі виконавчо-розпорядчої діяльності органів Національної поліції України, які мають превентивний характер. Їх реалізація можлива суто в межах та на підставі правових норм, визначених Законом України «Про Національну поліцію», іншими нормами адміністративного законодавства України, за допомогою яких у процесі виконання покладених на поліцію повноважень можливе досягнення бажаного результату поліцейської діяльності, яким є охорона прав і свобод людини, гарантування публічної безпеки і протидія злочинності [3, с. 63]. Це визначення характеризує всі превентивні поліцейські заходи. Водночас адміністративно-превентивні заходи у сфері безпеки дорожнього руху мають свою специфіку.

Перелік превентивних заходів, які мають право застосовувати працівники поліції, встановлений у ст. 31 Закону України «Про Національну поліцію». Для забезпечення безпеки дорожнього руху найчастіше можуть застосовуватися такі превентивні заходи, як перевірка документів особи, опитування особи, зупинення транспортного засобу, вимога залишити місце та обмеження доступу до визначеної території, обмеження пересування транспортного засобу, застосування технічних приладів і технічних засобів, що мають функції відеозапису, засобів фото- і кінозйомки [1]. Наведені заходи спрямовані

не на припинення, а на попередження вчинення правопорушення в майбутньому.

Застосування кожного з названих превентивних заходів має відбуватися у встановленому порядку. Згідно з ч. 2 ст. 31 Закону України «Про Національну поліцію», під час проведення превентивних поліцейських заходів поліція зобов'язана повідомити особі про причини застосування до неї превентивних заходів, а також довести до її відома нормативно-правові акти, на підставі яких застосовуються такі заходи. Відповідно до ч. 3 ст. 35 Закону України «Про Національну поліцію», поліцейський зобов'язаний поінформувати водія про конкретну причину зупинення ним транспортного засобу з детальним описом підстави зупинки, визначеної у цій статті [1]. Досліджуючи проблеми правоохоронної діяльності поліції, Р.М. Пилипів наголошує на тому, що доведення до відома особи нормативно-правового акта, на підставі якого застосовується такий захід, є ні чим іншим, як посиланням на норму закону, яким цей захід передбачений, а іноді працівникам поліції необхідно додатково повідомити громадянину про орієнтування стосовно розшукуваної особи або транспортного засобу, рішення уповноваженого органу державної влади, який вирішив обмежити чи заборонити рух транспорту тощо [4, с. 87]. Отже, громадянину мають бути докладно повідомлені всі обставини, які стали підставами для застосування до особи превентивного поліцейського заходу.

В.О. Невядовський звертає увагу на те, що в діяльності Національної поліції сьогодні є певні особливості реалізації адміністративно-правових норм, що полягають у наявності правових прогалин і колізій, які потребують якнайшвидшого свого усунення задля чіткого розуміння поліцейським покладених на нього завдань та обсягу власних повноважень [5, с. 174]. Із цим твердженням дослідника важко не погодитися, адже правові підстави та порядок здійснення огляду транспортного засобу, встановлений у Законі України «Про Національну поліцію» та Кодексі про адміністративні правопорушення України, мають певні відмінності.

Наприклад, відповідно до ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію», в межах одного з превентивних поліцейських заходів, а саме поверхневої перевірки, можливо провести візуальний огляд транспортного засобу [1]. Законодавством встановлені підстави для поверхневої перевірки транспортного засобу, які полягають у виникненні підозри у вчиненні адміністративного правопорушення або злочину. Передбачено можливість поліцейського вимагати відкрити двері салону або кришку багажника на автомобілі. Поверхнева перевірка проводиться у присутності власника транспортного засобу, протокол про візуальний огляд транспортного засобу не складається.

Водночас у ст. 264 КпАП України встановлені підстави для проведення заходу забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення, а саме огляду транспортного засобу. Такий огляд може бути здійснено за відсутності власника транспортного засобу, але в присутності двох понятих, про огляд транспортного засобу необхідно скласти протокол. Відповідно до ст. 260 КпАП України, огляд транспортного засобу здійснюється для припинення адміністративних правопорушень [6]. Отже, під час порівняння норм ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» і ст. 264 КпАП України виникає низка проблемних питань.

1) Чим відрізняється поверхнева перевірка або візуальний огляд транспортного засобу, передбачений Законом України «Про Національну поліцію», від огляду транспортного засобу, передбаченого КпАП України?

За нашим переконанням, суттєві відмінності відсутні.

2) Якщо за візуального огляду транспортного засобу працівник поліції має право вимагати відкрити двері салону або кришку багажника автомобіля, то чому він не має такого ж права в межах огляду, передбаченого КпАП України?

3) Якщо візуальний огляд транспортного засобу може здійснюватися лише в присутності водія, то чому огляд автомобіля, передбачений КпАП України, працівник поліції має право здійснити без його власника, а лише в присутності понятих?

4) Чому про огляд транспортного засобу в порядку, встановленому КпАП України, необхідно складати протокол, а про візуальний огляд у межах поверхневої перевірки – не треба?

Проблема розмежування різних видів огляду, які можуть здійснюватися працівниками поліції, достатньо давно відома українській юридичній науці. Зокрема, О.Ю. Салманова зазначає, що в законодавстві необхідно чітко й остаточно сформулювати поняття огляду, підстави та порядок його застосування, а також визначити ознаки відмежування адміністративно-попереджувального огляду, зокрема, транспортного засобу від огляду задля припинення проступку, а також від огляду й обшуку, які здійснюються відповідно до кримінально-процесуального законодавства [7, с. 79]. За нашим переконанням, сукупність наведених

розбіжностей між нормами КпАП України та Закону України «Про Національну поліцію», які регулюють огляд транспортного засобу, дає змогу дійти висновку, що норми ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» і ст. 264 КпАП України мають бути приведені у відповідність одна до одної. В цих законодавчих актах повинні бути встановлені однакові підстави й порядок проведення огляду транспортного засобу.

Підстави для зупинки транспортного засобу передбачені у ч. 1 ст. 35 Закону України «Про Національну поліцію». Такими підставами є порушення водієм правил дорожнього руху, наявність очевидних ознак несправності транспортного засобу, прийняття рішення уповноваженим органом влади про обмеження або заборону руху [1]. На нашу думку, термін «очевидні ознаки, що свідчать про несправність транспортного засобу» підлягає уточненню. Зокрема, В.А. Ташматов стверджує, що до таких очевидних ознак належать порушення регулювання фар, поломка склоочисників вітрового скла, лампи лівої фари в режимі ближнього світла, відсутність болта кріплення коліс або тріщина дисків коліс, негерметична паливна система тощо [8, с. 137]. Звичайно, досвід керування автомобілем дає змогу дійти висновку про ознаки, які свідчать про його несправність, але такий досвід у різних водіїв та різних працівників поліції може бути дещо різнитися. З огляду на викладене вище вважаємо, що або в Правилах дорожнього руху, або в Законі України «Про дорожній рух», або в Законі України «Про Національну поліцію» необхідно передбачити перелік очевидних ознак несправності транспортного засобу, виявлення яких дає підстави працівнику поліції зупинити автомобіль.

Звернемо увагу на те, що ст. 37 Закону України «Про Національну поліцію» передбачає можливість обмеження пересування транспортного засобу для запобігання небезпеці, якщо є достатні підстави вважати, що річ або транспортний засіб може бути використана особою задля посягання на своє життя і здоров'я або на життя чи здоров'я іншої людини, або пошкодження чужої речі. Обмеження фактичного володіння річчю здійснюється шляхом вилучення речі в її фактичного володільця, обмеження її перенесення або перевезення [1]. Водночас норми ст. 265-2 КпАП України регулюють порядок тимчасового затримання транспортного засобу у разі вчинення низки адміністративних правопорушень. Встановлено умови доставлення транспортного засобу на спеціальний майданчик, строк затримання автомобіля, передбачено можливість повідомити іншу особу про затримання транспортного засобу [5]. Отже, фактично обмеження пересування транспортного засобу в порядку ст. 37 Закону України «Про Національну поліцію» та тимчасове затримання транспортного засобу в порядку ст. 265-2 КпАП України є однаковими поліцейськими заходами, але ст. 265-2 КпАП України встановлює суттєві гарантії права власності для власника затриманого транспортного засобу, зокрема строк затримання, умови повернення транспортного засобу, можливість повідомити іншій особі про затримання автомобіля.

Вважаємо, що для забезпечення прав і законних інтересів громадян України у ст. 37 Закону України «Про Національну поліцію» необхідно передбачити норми такого змісту: «Обмеження пересування транспортного засобу застосовується працівниками поліції у разі вчинення адміністративного правопорушення або злочину. У разі вчинення адміністративного правопорушення затримання транспортного засобу здійснюється в порядку, передбаченому КпАП України. За підозри у вчиненні злочину обмеження пересування транспортного засобу проводиться в порядку вилучення речових доказів, встановленому КПК України».

Науковці у сфері правоохоронної діяльності неодноразово висловлювали пропозиції щодо внесення змін до тих норм Закону України «Про Національну поліцію», які регулюють вжиття адміністративно-превентивних заходів. Зокрема, Р.М. Пилипів пропонував додати до повноважень працівника поліції право вимагати від водія зупиненого на законних підставах транспортного засобу відкрити вікно не менше, ніж на дві третини, ввімкнути світло в салоні автомобіля та не залишати автомобіль без конкретної команди поліцейського [4, с. 88]. Підтримуючи цю пропозицію науковця, відзначимо, що необхідно у ст. 35 Закону України «Про Національну поліцію» передбачити право працівника поліції вимагати від водія покинути салон транспортного засобу у разі виникнення підозри у вчиненні адміністративного правопорушення або злочину.

Висновки

Вивчення результатів наукових досліджень та норм законодавчих актів дає змогу дійти висновку, що адміністративно-превентивні заходи забезпечення безпеки дорожнього руху – це встановлені нормами законодавства адміністративно-правові засоби впливу на учасників дорожнього руху, які застосовуються працівниками поліції у встановленому порядку для попередження

дорожньо-транспортних пригод та запобігання травматизму.

Ознаки таких заходів полягають у тому, що вони застосовуються працівниками поліції від імені держави, для їх застосування мають бути підстави, передбачені законодавством, порядок застосування превентивних поліцейських заходів встановлений законом. Метою адміністративно-превентивних заходів забезпечення безпеки дорожнього руху є недопущення дорожньо-транспортних пригод, запобігання травматизму, вчиненню злочинів та адміністративних правопорушень.

Превентивними поліцейськими заходами у сфері забезпечення дорожнього руху є зупинка транспортного засобу, вимога залишити місце та обмеження доступу до визначеної території, обмеження пересування транспортного засобу, застосування технічних приладів і технічних засобів, що мають функції відеозапису, засобів фото- і кінозйомки, перевірка документів та опитування особи.

Правове регулювання адміністративно-превентивних заходів у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху потребує вдосконалення.

1) У ст. 34 Закону України «Про Національну поліцію» і ст. 264 КпАП України мають бути встановлені однакові підстави й порядок проведення огляду транспортного засобу.

2) У ст. 35 Закону України «Про Національну поліцію» необхідно передбачити конкретний і вичерпний перелік очевидних ознак несправності транспортного засобу, виявлення яких дає підстави працівнику поліції зупинити автомобіль.

3) Слід закріпити у ст. 37 Закону України «Про Національну поліцію» порядок обмеження пересування транспортного засобу працівниками поліції у разі вчинення водієм адміністративного правопорушення або підозри у вчиненні злочину.

4) Необхідно встановити у ст. 35 Закону України «Про Національну поліцію» право працівника поліції вимагати від водія покинути салон транспортного засобу у разі виникнення підозри у вчиненні адміністративного правопорушення або злочину.

Наведені пропозиції можуть започаткувати дискусію щодо уточнення правових підстав та порядку вжиття поліцією превентивних заходів у сфері безпеки дорожнього руху. Важливо, щоб ці заходи давали змогу забезпечити безпеку дорожнього руху, та гарантували непорушність права власності, конституційні права й свободи громадян України.

Список використаних джерел:

1. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 року № 580-VIII / Верховна Рада України. *Законодавство України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19 (дата звернення: 14 березня 2021 року).

2. Гуржій Т.О. Цілеформування державної політики безпеки дорожнього руху. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2009. № 2. С. 176–181.

3. Будь О.А. Характеристика системи превентивних поліцейських заходів крізь призму норм адміністративного законодавства України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 3 (24). С. 62–65.

4. Пилипів Р.М. Проблеми застосування поліцейських заходів під час нагляду за дорожнім рухом. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2017. № 2 (77). С. 81–88.

5. Невядовський В.О. Особливості реалізації адміністративно-правових норм у діяльності Національної поліції України. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 4 (75). С. 170–175.

6. Кодекс про адміністративні правопорушення України : Закон України від 7 грудня 1984 року № 8073-X / Верховна Рада України. *Законодавство України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10 (дата звернення: 14 березня 2021 року).

7. Салманова О.Ю. Переконання як засіб забезпечення міліцією безпеки дорожнього руху. *Право і безпека*. 2002. № 3. С. 77–80.

8. Ташматов В.А. Зупинення транспортного засобу поліцією як один із видів превентивних поліцейських заходів. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2016. № 2. С. 136–139.

Oleksii Prokopenko, Mykola Komziuk. Administrative and preventive measures to ensure road safety by the National Police of Ukraine

The relevance of the article is that the performance of police duties is aimed at maintaining law and order in the state. One of the components of law and order is road safety. After all, observance of safety rules by drivers while driving allows preventing injuries and damaging to the property of road users. The police are authorized to take various measures to ensure road safety, including administrative and preventive. That is why the study of the specifics and grounds for the application of administrative and preventive measures to ensure road safety is relevant. The article is devoted to the study of the legal regulation of administrative and preventive measures to ensure road safety by the National Police of Ukraine. Such preventive measures as stopping and inspecting a vehicle, restricting the movement of a vehicle and others have been investigated. It has been determined that administrative and preventive measures to ensure road safety are administrative and legal means of influence on road users established by the norms of legislation, which are used by police

officers in the prescribed manner to prevent road accidents and injuries. The features of such measures are that they are applied by police officers on behalf of the state, for their application there must be grounds provided by law; the procedure for the application of preventive police measures is established by law. Changes to legislative acts that regulate the application of administrative and preventive measures in the field of road safety are proposed. It is concluded that preventive police measures in the field of road traffic are stopping the vehicle, the requirement to leave the place and restrict access to a certain area, restricting the movement of the vehicle, the use of technical devices and equipment with video recording, photography and filming, checking documents and interviewing a person.

Key words: preventive measures, traffic, police, vehicle.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.29

Володимир Репело,
ад'юнкт
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ДЕРЖАВНОЇ МІГРАЦІЙНОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ

Метою статті є визначення адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби України та відповідних нормативно-правових актів, які містять норми, які цей статус урегульовують. У статті йдеться про адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби України. Визначено категоріальний апарат проблематики, наведено визначення понять «правовий статус», «адміністративно-правовий статус» із джерел енциклопедичного характеру, а також позиції щодо цього дослідників адміністративного та міграційного права (С. Гусаров, М. Єфремова, О. Воронятнікова). Встановлено, що під правовим статусом здебільшого розглядається сукупність визначених і законодавчо закріплених прав, свобод, обов'язків та відповідальностей, які визначають правове становище юридичної особо (Державної міграційної служби України), а правовий статус юридичних осіб визначається через її компетенцію. Наведено позиції авторів щодо визначення поняття «адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби України». Висвітлено елементи адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби України, такі як призначення, функції, організація діяльності, компетенція та юридична відповідальність посадових осіб, які працюють у Державній міграційній службі України та надають адміністративні послуги у сферах міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців. Акцентовано увагу на тому, що Державна міграційна служба України серед центральних органів виконавчої влади діє в системі Міністерства внутрішніх справ, а функціями служби можна назвати реалізацію державної політики у сферах міграції та нелегальній міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців шляхом здійснення адміністративної діяльності. Встановлено, що повноваження визначені не лише в Положенні про Державну міграційну службу, але й в інших нормативно-правових актах. Зазначено, що посадові особи несуть відповідальність на загальних засадах державної служби (кримінальну, адміністративну, дисциплінарну тощо).

Ключові слова: компетенція, повноваження, функції, права та обов'язки, організація діяльності, відповідальність.

Постановка проблеми. Україна взяла курс із отриманням незалежності на розбудову демократичної правової держави, а одним з елементів такої держави є міграційна політика держави. Державна міграційна служба України виконує широкий спектр різних адміністративних послуг, а її ефективна діяльність у системі Міністерства внутрішніх справ є однією з умов, за яких Україна продовжує євроінтеграційні процеси.

Після 2014 р. Державна міграційна служба України зазнала змін, було прийнято нове Положення, яке регулює основні аспекти її адміністративної діяльності, отже, в історичному контексті можна вважати, що зміни відбулись нещодавно й науковий доробок з адміністративного права потребує в подальшому висвітлення правового статусу Державної міграційної служби України, сфер відання, структури, завдань та повноважень щодо нової державної інституції.

Актуальність дослідження посилюється не лише важливістю цього центрального органу виконавчої влади як надавача громадянам адміністративних послуг, адже українці беруть активну участь у трудовій міграції, тому мільйони громадян щорічно потребують отримання послуг саме цієї структури. Водночас ефективність діяльності служби залежить від наукового аналізу чинних нормативних актів, які таку діяльність врегульовують, та висвітлення шляхів покращення нормативно-правової бази.

До наукового доробку, де висвітлюються питання адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби України, належать праці В. Авер'янова, О. Воронятнікова, В. Галунько, С. Гусарова, П. Діхтієвського, М. Єфремової, А. Комзюк, Є. Подорожнього, О. Салманова.

Метою статті є визначення адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби України та відповідних нормативно-правових актів, які містять норми, які цей статус урегульовують.

© В. Репело, 2021

Виклад основного матеріалу. Перед тим як розглядати безпосередньо адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби, варто зупинити увагу на категоріальному апараті цього наукового дослідження. В юридичній енциклопедії під правовим статусом визначається сукупність прав та обов'язків фізичних і юридичних осіб. Правовий статус юридичних осіб визначається через її компетенцію (права та обов'язки, визначені у нормативних актах про органи державної влади). В енциклопедії підкреслюється, що саме від повноти юридичної фіксації повноважень юридичних осіб залежить ефективність їхньої діяльності [10].

Поняття правового статусу використовувалось ще у Стародавньому Римі, з латини «статус» перекладається як «становище», «стан у ієрархії, структурі, системі». Вчені в Римі використовували це поняття для відображення правового становища особи на кшталт стану громадянства (*status civitatus*). Вже на початку XX ст. поняття «статус» у науковий доробок ввели американські соціологи, зокрема Р. Лінтон [1, с. 31].

М. Єфремова зазначає, що питання змісту та структури адміністративно-правового статусу органу має велике значення для вирішення проблем удосконалення організації його діяльності, корегування місця в загальній системі органів державної влади та підвищує результативність його діяльності [2, с. 192]. О. Воронятніков наводить авторське бачення поняття «правовий статус»: «поняття «правовий статус» слід розуміти як сукупність законодавчо закріплених прав, свобод, обов'язків і відповідальності, які визначають правове становище фізичної або юридичної особи» [1, с. 33]. Адміністративно-правовий статус дослідник вважає одним із різновидів саме правового статусу, якому, окрім загальних рис, що притаманні правовому статусу, властива низка особливостей та специфічних рис. Основою адміністративно-правового статусу дослідники з адміністративного права вважають комплекс конкретно визначених суб'єктних прав та обов'язків, що закріплені за відповідним суб'єктом адміністративного права. Також до елементів адміністративно-правового статусу науковці додають гарантії реалізації зазначених прав та обов'язків [1, с. 33]. О. Воронятніков зазначає, що «адміністративно-правовий статус слід розуміти як спеціальний стан суб'єкта, що відображає становище суб'єкта правових відносин (з відповідними правами й обов'язками) у сфері публічного управління» [1, с. 35].

О. Корєнєв вказує на те, що адміністративно-правовий статус органу виконавчої влади визначається його конкретним призначенням, місцем і роллю в системі управління, а загальними рисами правового статусу є підзаконний характер діяльності органів виконавчої влади; наділення його правом видавати підзаконні акти; підзвітність і підконтрольність органу нижчого щабля вищому; оперативна самостійність органу в межах його компетенції. Ю. Битяк вважає, шо правовий статус органу виконавчої влади виражається в їх компетенції (предмети відання, права, обов'язки, територіальні межі діяльності органу влади) [2, с. 193].

О. Воронятніков про Державну міграційну службу зазначає, що «адміністративно-правовим статусом Державної міграційної служби України є визначена нормами адміністративного права компетенція – предмети відання, права й обов'язки (повноваження); відповідальність за дії чи бездіяльність у межах власної чи делегованої компетенції; публічні, виконавчо-розпорядчі, дозвільно-реєстраційні, контрольні функції у сфері міграції» [1, с. 36]. Варто зауважити, що автор писав про контролюючі повноваження ще до того часу, коли такі повноваження були забрані. М. Єфремова зазначає, що «під адміністративно-правовим статусом Державної міграційної служби України слід розуміти ієрархічне положення останньої у системі органів виконавчої влади, яке визначається сукупністю адміністративно-правових норм, що закріплюють призначення, функції, організацію діяльності, компетенцію та юридичну відповідальність посадових осіб щодо надання адміністративних послуг у сферах міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців тощо» [2, с. 193]. Відштовхуючись від наведеного визначення, зазначаємо, що серед елементів адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби України є призначення, функції, організація діяльності, компетенція та юридична відповідальність посадових осіб, які працюють у Державній міграційній службі України та надають адміністративні послуги у сферах міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців [2, с. 193].

Отже, визначення М. Єфремової передбачає ширший спектр елементів адміністративно-правового статусу Державної міграційної служби, тому ми будемо розглядати його, відштовхуючись від зазначених дослідницею елементів. Відповідно до Положення про Державну міграційну службу України 2014 р., Державна міграційна служба України (ДМС) є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра внутрішніх справ, який

реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів (п. 1 Положення) [6]. Таким чином, Державна міграційна служба України серед центральних органів виконавчої влади діє в системі Міністерства внутрішніх справ, а функціями служби можна назвати реалізацію державної політики у сферах міграції та нелегальної міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців шляхом здійснення адміністративної діяльності. Державна міграційна служба України в такій адміністративної діяльності керується Конституцією, Законами України, актами Президента України і Кабінету Міністрів України, наказами Міністерства внутрішніх справ, іншими актами законодавства, дорученнями Президента України та Міністра внутрішніх справ [4, с. 64]. М. Єфремова наводить також функції Державної міграційної служби відповідно до сфери державної політики, яку реалізує служба, та покладених завдань. Зокрема, ними є надання адміністративних послуг у сферах міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців [2, с. 194].

Відповідно до п. 3 Положення про Державну міграційну службу України, на неї покладені два такі основні завдання, як «реалізація державної політики у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів; внесення на розгляд Міністра внутрішніх справ пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства» [6].

Питання організації діяльності також врегульовані нормами Положення про Державну міграційну службу, про затвердження Типового положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади [8] 2011 р., про утворення територіальних органів Державної міграційної служби [9] 2011 р. У Положенні не існує окремого пункту, який би визначав організаційну структуру Державної міграційної служби України, однак дослідники на основі аналізу норм Положення наводять таку організаційну структуру: територіальні органи (головні управління), управління міграційної служби в АР Крим, областях, м. Киві та м. Севастополі; територіальні підрозділи (відділи або управління в районах, районах у містах, містах обласного, республіканського значення; апарат служби; пункти тимчасового перебування іноземців; державні підприємства, установи та організації) [2, с. 194].

Наступним елементом адміністративно-правового статусу є компетенція Державної міграційної служби України. В юридичній енциклопедії під компетенцією розглядається «сукупність установлених в офіційній – юридичній чи неюридичній – формі прав і обов'язків, тобто повноважень будь-якого органу або посадової особи, які визначають можливості цього органу або посадової особи приймати обов'язкові до виконання рішення, організовувати та контролювати їх виконання, вживати у необхідних випадках заходів відповідальності тощо. Компетенція державних органів (органів місцевого самоврядування) та їх посадових осіб встановлюється правовими актами, отже, її реалізація забезпечується засобами державного примусу <...> Основною формою реалізації державними органами своєї компетенції є видання ними правових (нормативних та індивідуальних) актів, а особами – здійснення організаційно-розпорядчих дій щодо підлеглих їм суб'єктів» [3].

Авторський колектив на чолі з С. Гусаровим зазначає, що ядром правового статусу будь-якого суб'єкта права є права та обов'язки. Колектив називає повноваження Державної міграційної служби України колом прав та обов'язків, які служба реалізує та виконує щодо суб'єктів, які перебувають поза межами її системи, й стосовно суб'єктів, які перебувають у її безпосередньому підпорядкуванні [5, с. 127]. Пункт 4 Положення визначає коло повноважень відповідно до поставлених перед Державною міграційною службою завдань, усього 39 підпунктів. Також задля організації діяльності вона «забезпечує в межах повноважень, передбачених законом, здійснення заходів щодо запобігання корупції і контроль за їх реалізацією в апараті ДМС, її територіальних органах та територіальних підрозділах, на підприємствах, в установах та організаціях, що належать до сфери її управління; організовує проведення конкурсу на зайняття вакантних посад державної служби <...>, в установленому порядку призначає керівників підприємств, установ та організацій, що належать до сфери її управління, забезпечує в межах повноважень, визначених законом, організацію підвищення рівня професійної компетенції державних службовців і працівників апарату ДМС, її територіальних органів; контролює та координує діяльність територіальних органів та територіальних підрозділів ДМС; надає територіальним

органам та територіальним підрозділам методичну і практичну допомогу, проводить перевірки їх діяльності; організовує планово-фінансову роботу <...>, здійснює контроль за використанням фінансових і матеріальних ресурсів, забезпечує організацію та вдосконалення бухгалтерського обліку в установленому законодавством порядку; взаємодіє з громадськими об'єднаннями та міжнародними неурядовими організаціями, в тому числі тими, що надають гуманітарну та інші види допомоги біженцям та іншим категоріям мігрантів, шляхом реалізації спільних проєктів (програм); забезпечує у межах повноважень, передбачених законом, виконання завдань мобілізаційної підготовки та мобілізаційної готовності держави; організовує ведення діловодства та архівне зберігання документів в апараті ДМС відповідно до встановлених правил» [6].

Пунктом 6 встановлені такі права Державної міграційної служби для виконання покладених на неї завдань:

1) «залучати в установленому порядку до виконання окремих робіт, участі у вивченні окремих питань вчених і фахівців, працівників центральних та місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, а також підприємств, установ та організацій (за погодженням з їх керівниками);

2) одержувати безоплатно від державних органів та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності та їх посадових осіб, а також від громадян та їх об'єднань інформацію, документи і матеріали, необхідні для виконання покладених на ДМС завдань;

3) скликати наради, утворювати комісії та робочі групи, проводити наукові конференції, семінари з питань, що належать до її компетенції;

4) користуватися відповідними інформаційними базами даних державних органів, державною системою урядового зв'язку та іншими технічними засобами;

5) проводити перевірки стану додержання органами виконавчої влади, громадянами, органами реєстрації, підприємствами, установами та організаціями вимог законодавства у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів і вносити пропозиції щодо усунення причин порушення таких вимог;

6) ініціювати проведення спільних перевірок з правоохоронними органами та іншими центральними органами виконавчої влади у межах повноважень, передбачених законом;

7) створювати умови для тимчасового тримання іноземців та осіб без громадянства, затриманих за незаконне перебування на території України, до вирішення питання щодо їх примусового видворення або поміщення до пункту тимчасового перебування іноземців та осіб без громадянства, які незаконно перебувають в Україні, шляхом виділення приміщень в територіальних органах ДМС» [6].

Повноваження та завдання визначаються також в інших актах, наприклад у ст. 24 Закону «Про громадянство України» 2001 р. зазначено такі повноваження центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері громадянства, тобто Державної міграційної служби України:

– «встановлення належності до громадянства України;

– прийняття заяв разом із необхідними документами щодо прийняття до громадянства України, виходу з громадянства України дітей у випадках, передбачених ч. ч. 10–12 ст. 18 цього Закону, перевірки правильності оформлення документів, наявності умов для прийняття до громадянства України і відсутності підстав, з яких особа не приймається до громадянства України, наявності підстав для виходу з громадянства України і відсутності підстав, з яких не допускається вихід з громадянства України, надсилання заяв разом зі своїм висновком на розгляд Комісії при Президентові України з питань громадянства;

– підготовка подань про втрату особами громадянства України і разом із необхідними документами надсилання їх на розгляд Комісії при Президентові України з питань громадянства» [7].

Щодо питань відповідальності посадових осіб Державної міграційної служби України варто зауважити, що відповідальність поширюється на загальних засадах, які діють відповідно до законодавства про державну службу.

Висновки

Отже, Державна міграційна служба України є центральним органом виконавчої влади, який діє в системі Міністерства внутрішніх справ, а її функції стосуються реалізації державної політики у сферах міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців. Відповідно до поставлених завдань та сфер відання, Положення про Державну міграційну службу та інші акти містять норми щодо повноважень, тобто прав та обов'язків цієї державної інституції. Недоліком є відсутність окремого пункту в Положенні щодо структури Державної міграційної служби України.

Список використаних джерел:

1. Воронятніков О. Правовий статус Державної міграційної служби України. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 6. С. 31–37.
2. Єфремова М. Адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби України у системі органів публічної адміністрації. *Митна справа*. 2015. № 3 (2). С. 210–214.
3. Компетенція. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол.: Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998. URL: https://leksika.com.ua/16890902/legal/kompetentsiya.
4. Максименко А. Адміністративно-правовий статус Державної міграційної служби України. *Правова держава*. 2015. № 19. С. 63–68.
5. Гусаров С., Комзюк А., Салманова О. та ін. Міграційне право України : підручник. Харків : Дім реклами, 2016. 296 с.
6. Положення про Державну міграційну службу України : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 360. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/360-2014-%D0%BF#Text.
7. Про громадянство України : Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14#Text.
8. Про затвердження Типового положення про територіальні органи міністерства та іншого центрального органу виконавчої влади : Постанова Кабінету Міністрів України від 25 травня 2011 р. № 563. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/563-2011-%D0%BF#Text.
9. Про утворення територіальних органів Державної міграційної служби : Постанова Кабінету Міністрів України від 15 червня 2011 р. № 658. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/658-2011-%D0%BF#Text.
10. Шемшученко Ю., Пархоменко Н. Правовий статус. *Юридична енциклопедія* : в 6 т. / редкол.: Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998. URL: https://leksika.com.ua/10940217/legal/pravoviy_status.

Volodymyr Repelo. The administrative and legal status of the state migration service of Ukraine

The purpose of the article is to determine the administrative and legal status of the State Migration Service of Ukraine and the relevant regulations that contain rules that regulate this status. The article deals with the administrative and legal status of the State Migration Service of Ukraine. The categorical apparatus of the problem is determined, the definitions of "legal status", "administrative-legal status" from encyclopedic sources, as well as opinions on this issue by researchers of administrative and migration law (S. Gusarov, M. Efremov, O. Voronyatnikov and others). It is established that the legal status is mostly considered to be a set of certain legally enshrined rights, freedoms and responsibilities that determine the legal status of a legal entity (State Migration Service of Ukraine), and the legal status of legal entities is determined by its competence. The opinions of the authors on the definition of "administrative and legal statute of the State Migration Service of Ukraine" are given. Elements of the administrative and legal status of the State Migration Service of Ukraine are highlighted: appointment, functions, organization of activities, competence and legal responsibility of officials working in the State Migration Service of Ukraine and providing administrative services in migration, citizenship, registration of individuals, refugees. It is emphasized that the State Migration Service of Ukraine among the central executive bodies operates in the system of the Ministry of Internal Affairs, and the functions of the service include the implementation of state policy in the areas of migration and illegal migration, citizenship, registration of individuals, refugees through administrative activities. It is established that the powers are defined not only in the Regulations on the State Migration Service, but also in other regulations. It is noted that officials are responsible on the general basis of the civil service (criminal, administrative, disciplinary, etc.).

Key words: competence, powers, functions, rights and responsibilities, organization of activity, responsibility.

УДК 342;351.74
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.30

Олександр Юнін,
докт. юрид. наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України,
директор
Навчально-наукового інституту заочного навчання та підвищення кваліфікації
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ НАД ДІЯЛЬНІСТЮ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ

У дослідженні йдеться про аналіз наявного наукового доробку та нормативно-правової бази щодо таких понять, як «контроль», «громадський контроль», «громадський контроль над діяльністю органів виконавчої влади», «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України». Наголошується на важливості та актуальності проблематики у зв'язку з тим, що громадський контроль сприятиме підвищенню довіри до Національної поліції та є одним із важливих індикаторів зрілості громадянського суспільства. Зазначається, що в довідковій літературі або дослідники часто в питаннях сутності контролю використовують термін у плані перевірки кого-небудь або чого-небудь, разом із тим це поняття використовується у вузькому та широкому розумінні. Наголошується на відсутності в чинній нормативно-правовій базі визначення понять «громадський контроль» та «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України». Указується на особливості громадського контролю щодо відсутності можливості впливу на підконтрольного об'єкта в питаннях безпосередньо на усунення недоліків або притягнення порушників законодавства до відповідальності. Наводяться різні тлумачення поняття «громадський контроль» (Л. Гапоненка, А. Клочко та О. Собини, В. Крупника, Т. Наливайка, О. Полторакова). Зазначається, що в Законі «Про Національну поліцію» окремий розділ містить норми щодо громадського контролю, однак не наводиться визначення такого контролю; у Законі «Про національну безпеку України» наводиться термін «демократичний цивільний контроль», одним з елементів якого є громадський контроль над діяльністю Сектору безпеки і оборони, складовою частиною якого є й Національна поліція України. Наводяться визначення поняття «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України», запропоновані А. Клочко, О. Собиною, С. Медведенком, О. Покладом. На основі аналізу наукового доробку та чинної нормативно-правової бази запропоновано авторське визначення поняття «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України».

Ключові слова: контроль, громадський контроль, науковий доробок, понятійно-категоріальний апарат, посадові особи, законність, громадянське суспільство.

Постановка проблеми. Після здобуття незалежності Україна вибрала шлях до євроінтеграції, побудови демократичної правової держави на зразок західних демократій. Однак тривалий час, на жаль, євроінтеграція разом із намаганням реформувати владні інституції за високими стандартами західного світу залишалися формальними явищами. Після 2014 р. Україна пішла шляхом реального реформування державних інституцій за європейськими та західними загалом стандартами. Одним з елементів реформування постає Національна поліція. Після 1991 р. Україна отримала десятиліття досвіду існування каральних та репресивних органів в тоталітарному Радянському Союзі. Звісно, про жодний фактичний контроль над правоохоронними органами із боку громадян тоді не йшлося, тому і досвіду громадянського контролю над різними сферами життєдіяльності держави не існувало. Уже в XXI ст. в Україні все яскравіше починають простежуватися ознаки громадянського суспільства, яке жадало змін та дієвого контролю над діями влади. Після 2014 р. міліцію реформовано в Національну поліцію, де в основному акті, що регулює її діяльність (Закон «Про Національну поліцію»), питанням громадського контролю над діяльністю Національної поліції присвячено окремий розділ.

Важливість та вплив громадського контролю задля побудови правової демократичної держави, де поліція асоціюється із захистом прав і свобод громадян та має високий рівень довіри, важко переоцінити. Контроль із боку громадянського суспільства є запорукою довіри населення до поліції, оскільки в ситу-

© О. Юнін, 2021

ації, коли населення усвідомлює силу свого впливу на правоохоронні органи, автоматично підвищується й рівень довіри до такої інституції, оскільки вона починає сприйматися як органічна частина громадянського суспільства, яка підтримує правопорядок, а не як чужорідний каральний або репресивний елемент. Тривалий час правоохоронні органи значною частиною населення, на жаль, сприймалися саме як останні. Однак із функціонуванням громадського контролю подібне ставлення змінюється, а довіра до поліції є високою.

Поліція як державна інституція виникла відносно нещодавно, а вся адміністративно-правова база потребує подальшого дослідження та висвітлення в науковому доробку з адміністративного права та поліцеїстики задля пошуку шляхів поліпшення чинних нормативно-правових актів. Разом із тим однією з основ будь-якого дослідження є його категоріальний апарат. Як зазначалося вище, таке явище, як інститут громадського контролю в Україні, тривалий час не існувало, й лише після 1991 р. з появою таких реальних суспільних відносин науковий доробок з адміністративного права почав його висвітлювати (на відміну від існування та розвитку громадського контролю в західних демократіях протягом десятиліть та навіть століть). Тому проблематика категоріального апарату щодо громадського контролю над діяльністю Національної поліції України є достатньо актуальною та цінною для наукового доробку з адміністративного права загалом та зокрема для поліцеїстики як галузі адміністративного права.

До наукового доробку, де висвітлюються питання визначення понять щодо громадського контролю та громадського контролю над діяльністю Національної поліції України належать праці таких дослідників: В. Авер'янова, О. Андрійко, Д. Бахраха, Ю. Битяка, С. Гончарука, В. Кравчука, О. Поклада, Ю. Шемшученка та ін.

Метою статті є на основі аналізу наукового доробку та нормативно-правових актів визначити поняття такого терміна, як «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України».

Виклад основного матеріалу. Для висвітлення такого поняття, як «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України», необхідно звернути увагу на науковий доробок, де розглядаються такі категорії, як «контроль», «громадський контроль», «громадський контроль над діяльністю органів виконавчої влади», оскільки Національна поліція є саме центральним органом виконавчої влади.

Щодо поняття «контроль» варто зауважити, що йому приділено увагу в енциклопедичній та довідковій літературі. Наприклад, в Юридичній енциклопедії контроль визначається як «(франц. controle – перевірка, від старофранцузького contrerole – список, що має дублікат для перевірки) – перевірка виконання законів, рішень тощо. Є однією з найважливіших функцій державного управління. За об'єктами, суб'єктами і сферами поділяється на державний, відомчий, надвідомчий, виробничий та інші види контролю» [2]. Ще у створеному за радянських часів Словнику іншомовних слів контроль указується в декількох значеннях: «1) Перевірка, облік, спостереження за чим-небудь. 2) Установи, особи, що перевіряють діяльність будь-якої іншої організації або відповідальної особи, звітність тощо. 3) Заключна функція управління» [12, с. 417]. У Тлумачному словнику української мови цей термін визначається так: «1) Перевірка відповідності контрольованого об'єкта встановленим вимогам... 2) Перевірка, облік діяльності кого-, чого-небудь, нагляд за кимось, чимось... 3) Установа чи організація, що здійснює нагляд за ким-, чим-небудь або перевіряє його... 4) збірн. Контролери» [5]. Таким чином, у довідковій літературі контроль розглядається як перевірка, спостереження та, що важливо, перевірка відповідності встановленим вимогам об'єкта, який підлягає контролю.

Дослідники, вказуючи про сутність контролю, здебільшого використовують диференційований підхід, що залежить від наукової сфери дослідження. Часто цей термін використовують лише у сенсі перевірки кого- або чого-небудь. В. Суйц розглядає контроль як систему спостережень і перевірок, із ним погоджуються Е. Петрова, Р. Марченко та ін., акцентуючи увагу на тому, що контроль є однією з найважливіших функцій соціального управління. Л. Зверенчук розглядає поняття «контроль» виходячи з двох напрямів: як перевірка виконання прийнятих рішень і дотримання встановлених обмежень, а також як прояв відповідності дійсного стану запланованому, як спосіб і механізм порівняння результатів із завданнями [13, с. 189].

Якщо говорити саме про громадський контроль, то в Юридичній енциклопедії – це «один із видів соціального контролю, який здійснюється об'єднаннями громадян та самими громадянами. Є важливою формою реалізації демократії і способом залучення населення до управління суспільством

та державою. Об'єктом громадського контролю є діяльність державних органів, підприємств, установ і організацій, а також поведінка окремих громадян. Громадянський контроль повинен здійснюватися на засадах законності. Основним методом громадського контролю є перевірка виконання вимог чинного законодавства та прийнятих рішень на підконтрольних об'єктах. Вона може здійснюватися як самостійно, так і разом з органами державного контролю. За результатами перевірок на підставі складених при цьому протоколів та актів громад організації інформують відповідні державні органи про виявлені порушення, вносять пропозиції щодо притягнення правопорушників до відповідальності тощо» [1].

О. Поклад зауважує, що попри відсутність законодавчого визначення громадського контролю водночас це поняття трактують неоднозначно й дослідники. Він виділяє два основні підходи до розуміння поняття «громадський контроль», а саме у вузькому та широкому розумінні. Прибічники вузького розуміння обмежують його сутність контролем, який здійснюється шляхом подання громадянами звернень до органів публічної адміністрації із заявами, скаргами, запитами або пропозиціями; громадськими організаціями; представницькими органами трудових колективів та профспілками. В. Крупник громадський контроль розглядає як одну з функцій громадянського суспільства, яка проявляється у публічній перевірці діяльності органів влади з боку громадян та їх об'єднань на відповідність цілей, які влада проголошує, спрямованої на коригування діяльності та самих цілей діяльності. Інші дослідники ширше розглядають поняття «громадський контроль». О. Полтораков визначає громадський контроль системою відносин громадянського суспільства з державою, яка ґрунтується на підзвітності органів державної виконавчої влади органам державної законодавчої влади, недержавним структурам. Т. Наливайко визначає «громадський контроль» як організаційно-правову форму об'єднання громадян на добровільних засадах задля задоволення та захисту їхніх власних та громадських законних правових, економічних та інших інтересів [8, с. 142].

А. Клочко та О. Собина схожої думки щодо розходжень у науковій літературі трактування поняття «громадський контроль» і зазначають, що в літературі наводиться велика кількість його визначень. Вони наводять основні риси контролю: здійснюється громадянами або громадськими організаціями, є головною функцію громадянського суспільства, існує широкий спектр різноманітних форми контролю. Дослідники зауважують на тому, що контроль у класичному розумінні передбачає можливість впливу підконтрольного суб'єкта, однак громадський контроль лише дає можливість контролюючому суб'єкту вказати на недоліки підконтрольного за відсутності можливості безпосередньо впливати на процес усунення недоліків. Тому дослідниці наголошують на основній проблемі громадського контролю: діяльність представників громадян не можна назвати контролем у повному розумінні цього слова, оскільки вони не мають права притягати винних (виявлених під час контролю) у порушенні законів [4].

Л. Гапоненко розглядає вже таке поняття, як «громадський контроль над діяльністю органів виконавчої влади», й у контексті даного дослідження воно також потребує висвітлення, оскільки Національна поліція, як уже наголошувалося, є центральним органом саме виконавчої влади. Л. Гапоненко на основі аналізу наукового доробку та чинної нормативної бази пропонує розглядати такий контроль як «функцію громадянського суспільства, яка полягає у запобіганні порушенням, перевірці та оцінці виконання підконтрольними об'єктами завдань держави та в інших не заборонених законодавством формах із метою розвитку громадянського суспільства, захисту прав та свобод людини і громадянина, забезпечення законності та ефективності в діяльності органів виконавчої влади» [3, с. 46].

Р. Миронюк акцентує, що вже в Законі «Про вищу освіту», а саме у ст. 78, міститься розуміння громадського контролю у сфері вищої освіти (є правом суспільства та окремих громадян, працівників у сфері вищої освіти, осіб, які навчаються, органів громадського самоврядування, професійних спілок, організацій роботодавців та їх об'єднань, громадських організацій отримувати в установленому законодавством порядку доступ до інформації на всіх етапах прийняття рішень у сфері вищої освіти і науки, вносити пропозиції та зауваження до них, погоджувати прийняття визначених законом рішень) [9]. Дослідник називає таке визначення громадського контролю змістовно перевантаженим, у тому числі щодо суб'єктів, хоча у даному визначенні враховано загальні засади розвитку відкритої держави [7, с. 10].

Варто наголосити, що в законодавстві дійсно не існує чіткого визначення поняття «громадський контроль», також не існує визначення й поняття «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України, водночас у Законі «Про національну безпеку України наводиться термін «демо-

кратичний цивільний контроль»: «Комплекс здійснюваних відповідно до Конституції і законів України правових, організаційних, інформаційних, кадрових та інших заходів для забезпечення верховенства права, законності, підзвітності, прозорості органів сектору безпеки й оборони та інших органів, діяльність яких пов'язана з обмеженням у визначених законом випадках прав і свобод людини, сприяння їх ефективній діяльності й виконанню покладених на них функцій, зміцненню національної безпеки України» [10]. Одним з елементів такого контролю є так званий громадський нагляд, разом із тим Національна поліція України входить до складу Сектору безпеки і оборони. Разом із тим демократичний цивільний контроль передбачає широкий спектр суб'єктів такого контролю (судова гілка, парламентський контроль тощо). У Законі «Про Національну поліцію» Розділ VIII врегульовує питання здійснення громадського контролю над діяльністю поліції, однак там не наводиться визначення такого поняття [11].

О. Поклад указує таке авторське визначення поняття «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України»: «Це визначена законом діяльність представників громадськості (як індивідуальних, так і колективних суб'єктів), спрямована на перевірку (спостереження, нагляд) законності виконання завдань підрозділами Національної поліції щодо забезпечення публічної безпеки і порядку, охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави, протидії злочинності, надання в межах, визначених законом, послуг із допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги» [8, с. 143]. Дещо інше трактування наводить С. Медведенко: «...громадський контроль над діяльністю Національної поліції – це цілеспрямована діяльність громадськості (громадян України, іноземців, громадських організацій, представників установ і підприємств) щодо виконання органами Національної поліції України повноважень, дотримання ними законності, дисципліни, захисту прав і свобод людини, інтересів суспільства та держави» [6, с. 34].

А. Клочко та О. Собина зазначають: «Громадський контроль над діяльністю поліції з огляду на чинне законодавство можна сформувати як комплекс заходів, які здійснюються громадськістю (органами місцевого самоврядування, громадськими об'єднаннями, громадянами), що спрямовані на збирання, накопичення, аналіз інформації про діяльність працівників поліції, що, як результат, передбачає можливість та реальний механізм представлення цієї інформації до внутрішньовідомчого контролюючого органу з Національній поліції з метою усунення зазначених недоліків» [4, с. 199].

Висновки

Таким чином, у законодавстві поки що не нормовано визначення понять «громадський контроль» та «громадський контроль над діяльністю Національної поліції України», водночас не існує спеціального закону, який би врегульовував загальні засади інституту громадського контролю. Така ситуація призводить до достатньо широкого трактування таких понять. На основі аналізу чинного законодавства, довідкової літератури, наукового доробку з адміністративного права та поліцеїстики можна зазначити, що громадський контроль над діяльністю поліції Національної поліції України – це комплекс здійснюваних відповідно до Конституції і законів України представниками громадськості (окремими громадянами та/або громадськими об'єднаннями) заходів, які спрямовані на перевірку (спостереження, нагляд) дотримання законності підрозділами Національної поліції або окремими її посадовими особами під час виконання покладених на Національну поліцію завдань та службових повноважень співробітників поліції, а також на взаємодію поліції з громадськістю задля підготовки та виконання спільних проєктів, програм та заходів для задоволення потреб населення та поліпшення ефективності виконання поліцією покладених на неї завдань.

Список використаних джерел:

1. Андрійко О.Ф. Громадський контроль. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. URL: https://leksika.com.ua/16501001/legal/gromadskiy_kontrol.

2. Андрійко О.Ф. Контроль. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (гол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. URL: https://leksika.com.ua/10530412/legal/kontrol.

3. Гапоненко Л.В. Громадський контроль за діяльністю органів виконавчої влади: сутність та механізм реалізації. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2015. № 4. С. 43–47.

4. Клочко А.М., Собина В.О. Громадський контроль за діяльністю поліції в Україні. *Вісник Національного університету цивільного захисту України. Серія «Державне управління»*. 2017. Вип. 1. С. 194–201.

5. Контроль. *Тлумачний словник української мови E-slovnik*. URL: https://eslovnyk.com/%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%BB%D1%8C.

6. Медведенко С.В. Поняття та форми громадського контролю за діяльністю національної поліції України. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. № 2(27). С. 32–36.

7. Миронюк Р. Громадський контроль за діяльністю поліції : монографія. Дніпро : ДДУВС, 2020. 134 с.

8. Поклад О.В. Поняття та зміст громадського контролю за діяльністю поліції в України. *Право і суспільство*. 2016. № 2. С. 139–145.

9. Про вищу освіту : Закон України від 1 липня 2014 р. № 1556-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text.

10. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text.

11. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text.

12. Словник іншомовних слів / за ред. члена-кореспондента АН УРСР О.С. Мельничука. Київ : Українська радянська енциклопедія, 1974. 776 с.

13. Татарова Т. Поняття та зміст контролю в державному управлінні фінансами. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 6. С. 188–194.

Oleksandr Yunin. The concept of public control over the activities of the National Police of Ukraine

The study deals with the analysis of the available scientific achievements and regulatory framework for such concepts as "control", "public control", "public control over the activities of executive bodies", "public control over the activities of the National Police of Ukraine". The importance and urgency of the issue is emphasized due to the fact that public control will help increase confidence in the National Police and is one of the important indicators of the maturity of civil society. It is noted that in the reference literature or researchers often use the term in terms of checking someone or something in matters of control, however, this concept is used in a narrow and broad sense. It is emphasized that there is no definition of the terms "public control" and "public control over the activities of the National Police of Ukraine" in the current legal framework. The peculiarities of public control regarding the inability to influence the controlled object in matters directly to eliminate deficiencies or bring violators to justice are indicated. Different interpretations of the concept of "public control" are given (L. Gaponenko, A. Klochko and O. Sobyna, V. Krupnyk, T. Nalyvayko, O. Poltorakov). It is noted that in the Law "On the National Police" a separate section contains rules on public control, but does not provide a definition of such control, in the Law "On National Security of Ukraine" is the term "democratic civilian control", one of the elements of which is public control Security and Defense Sector, which includes the National Police of Ukraine. The definitions of "public control over the activities of the National Police of Ukraine" proposed by A. Klochko and O. Sobyna, S. Medvedenko, O. Poklad are given. Based on the analysis of scientific achievements and the current legal framework, the article proposes the author's definition of "public control over the activities of the National Police of Ukraine."

Key words: control, public control, scientific achievements, conceptual and categorical apparatus, officials, legality, civil society. Key words: control, public control, scientific achievements, conceptual and categorical apparatus, officials, legality, civil society.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.31

Юліанна Вітик,
аспірант кафедри конституційного права та прав людини
Національної академії внутрішніх справ

ПРИНЦИП ДОТРИМАННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ДІЯЛЬНОСТІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ УКРАЇНИ: СТАН НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

Актуальність статті полягає в тому, що одним із головних принципів діяльності поліції під час виконання законодавчо визначених завдань є принцип дотримання прав і свобод людини, змістом якого є нормативні положення про те, що під час виконання своїх завдань поліція забезпечує дотримання прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і сприяє їх реалізації; обмеження прав і свобод людини допускається виключно на підставах та в порядку, визначених Конституцією та законами України, за нагальної необхідності і в обсязі, необхідному для виконання завдань поліції; вжиття заходів, що обмежують права та свободи людини, має бути негайно припинене, якщо мета застосування таких заходів досягнута або немає необхідності подальшого їх застосування; поліцейським за будь-яких обставин заборонено сприяти, здійснювати, підбурювати або терпимо ставитися до будь-яких форм катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання. Таким чином, права і свободи людини є необхідною принциповою умовою змісту діяльності поліції, отже, неможливо здійснювати професійну правоохоронну діяльність без урахування принципу дотримання прав і свобод людини, гарантованих Конституцією, законами та міжнародними договорами України. Статтю присвячено характеристиці стану наукового дослідження принципу дотримання прав людини в діяльності Національної поліції України. Визначено, що значний інтерес учених до проблеми забезпечення дотримання прав людини поліцією під час виконання своїх завдань виражається у вигляді значної кількості науково-теоретичних досліджень, проведених у різних галузях юридичної науки, зокрема у галузі кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності. За результатами аналізу змісту проблемних аспектів у наукових дослідженнях у сфері реалізації принципу дотримання прав людини в діяльності поліції констатовано, що нині існує нагальна потреба конституційно-правового дослідження цієї проблем, що зумовлює потребу переосмислення емпіричного та напрацювання нового наукового змісту реалізації принципу дотримання прав людини в діяльності Національної поліції України з урахуванням науки конституційного права.

Ключові слова: правоохоронні органи, система, суспільство, держава, протидія злочинності.

Постановка проблеми. Системний аналіз положень національного законодавства свідчить про те, що Національна поліція України за своїм державно-правовим статусом є державним компонентом різних інституційних систем. Зокрема, вона є одним із центральних органів виконавчої влади, діяльність якого спрямовує та координує Кабінет Міністрів України через Міністра внутрішніх справ [1], входить до системи національних правоохоронних органів [2] та, відповідно до Концепції розвитку сектору безпеки і оборони України, затвердженої Указом Президента України від 14 березня 2016 р. № 92/20169, також є складником сектору безпеки й оборони України [3].

З огляду на трискладовий інституційний державно-правовий статус Національної поліції України за своїм змістом її діяльність пов'язана з реалізацією державної політики, яка уособлюється в завданнях надання поліцейських послуг у сферах забезпечення публічної безпеки і порядку; охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства й держави; протидії злочинності; надання в межах, визначених законом, послуг із допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги.

Одним із головних принципів діяльності поліції під час виконання законодавчо визначених завдань є принцип дотримання прав і свобод людини, змістом якого є нормативні положення про те, що під час виконання своїх завдань поліція забезпечує дотримання прав і свобод людини, гарантованих Конституцією та законами України, а також

© Ю. Вітик, 2021

міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, і сприяє їх реалізації; обмеження прав і свобод людини допускається виключно на підставах та в порядку, визначених Конституцією та законами України, за нагальної необхідності і в обсязі, необхідному для виконання завдань поліції; вжиття заходів, що обмежують права та свободи людини, має бути негайно припинене, якщо мета застосування таких заходів досягнута або немає необхідності подальшого їх застосування; поліцейським за будь-яких обставин заборонено сприяти, здійснювати, підбурювати або терпимо ставитися до будь-яких форм катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання.

Таким чином, права і свободи людини є необхідною принциповою умовою змісту діяльності поліції, отже, неможливо здійснювати професійну правоохоронну діяльність без урахування принципу дотримання прав і свобод людини, гарантованих Конституцією, законами та міжнародними договорами України.

Водночас у доповіді Організації Об'єднаних Націй (ООН), підготовленої за результатами роботи Моніторингової місії Організації Об'єднаних Націй з прав людини в Україні (ММПЛУ), що оприлюднена 11 березня 2021 р., висвітлено низку порушень прав людини по всій країні. Зокрема, зазначено, що хоча останніми роками на контрольованій українським урядом території зменшилась кількість випадків катування та жорстокого поводження, пов'язаних із конфліктом, проте досі відсутня відповідальність за катування і жорстоке поводження, зокрема у випадках, не пов'язаних з конфліктом, передусім тих, де відбувалося насильство з боку поліції. Місія ООН з прав людини підкреслює, що уряд України має притягнути винних до відповідальності не тільки за порушення прав людини, пов'язані зі збройним конфліктом, але й за всі інші порушення. У цьому контексті в доповіді зазначено, що після семи років від закінчення протестів усе ще не було притягнуто до відповідальності осіб за загибелі людей і вбивства [4].

З огляду на означені вище чинники вважаємо, що без сучасних наукових уявлень неможливо адекватно та виважено реагувати на загрози й виклики щодо прав і свобод людини в Україні. Отже, на наш погляд, постають проблемні теоретичні питання щодо розуміння дотримання прав і свобод людини, гарантованих Конституцією, законами та міжнародними договорами України, в професійній діяльності поліції задля як усунення, так і недопущення порушень прав і свобод людини.

Отже, ставимо за завдання провести теоретичний аналіз сучасного стану наукових напрацювань у сфері забезпечення дотримання прав і свобод людини саме в практичній правоохоронній діяльності.

Наведене завдання має велике науково-теоретичне значення, адже наукові здобутки в цій сфері формулюють загальне спрямування стану його розуміння, що дає змогу осмислити та визначити нові тенденції науково-теоретичного розвитку забезпечення дотримання прав і свобод людини в діяльності Національної поліції України для їх подальшого змістовного упровадження у практичну діяльність цього державного правоохоронного органу.

З огляду на поставлене у статті завдання вважаємо за доцільне провести більш детальний теоретичний розгляд наукових праць, присвячених висвітленню проблемних аспектів забезпечення дотримання прав і свобод людини у правоохоронній діяльності.

Метою статті є визначення стану науково-теоретичного базису у сфері забезпечення дотримання прав людини в правоохоронній діяльності та окреслення тенденцій подальших наукових пошуків у сфері забезпечення дотримання прав людини Національною поліцією України.

Теоретико-правовий аналіз вибраної нами проблеми ґрунтується на сучасних наукових працях національних учених. Зокрема, українські науковці О.П. Кучинська, С.І. Мінченко, В.О. Негодченко, В.В. Чернєй, С.С. Чернявський активно досліджують питання реалізації принципу дотримання прав і свобод людини у правоохоронній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Західноєвропейські вчені, зокрема Аннеке Оссе (Anneke Osse), констатують, що діяльність поліції і захист прав людини є динамічною сферою досліджень, що постійно розвивається. Останніми роками правозахисне співтовариство розширило сферу своєї уваги, охопивши не лише дії держави та її суб'єктів як порушників прав людини, але й позитивні зобов'язання держави в цій сфері. На основі цього поліцію можна розглядати як структуру, що має захищати права людини [5].

Теоретичні напрацювання в Україні, а саме у сфері вибраної нами проблеми, також характеризуються низкою наукових здобутків, зокрема системою поглядів, виражених у вигляді різноманітних досліджень, проведених за різними галузями юридичної науки.

У галузі кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності можна назвати наукові доробки, зокрема, О.П. Кучинської, Т.І. Фулея, Р.В. Баранніка, які на монографічному рівні на підставі системного аналізу чинного міжнародного та національного законодавства з урахуванням практики діяльності Європейського суду з прав людини розглянули процес формування та розвитку загальновизнаних міжнародних стандартів у галузі прав людини. Вони провели комплексне дослідження правових питань імплементації загальновизнаних міжнародних стандартів та принципів кримінального провадження в галузі прав людини у вітчизняне кримінальне процесуальне законодавство [6, с. 228].

В.В. Круглий у роботі «Забезпечення прав і свобод громадян при використанні їх допомоги в оперативно-розшуковій діяльності» провів дослідження теоретичних, правових та організаційних питань забезпечення прав і свобод громадян під час використання їх допомоги в оперативно-розшуковій діяльності органів внутрішніх справ. Він розкрив поняття, сутність, принципи та форми використання допомоги громадян в оперативно-розшуковій діяльності, запропонував та обґрунтував систему умов ефективності відносин, а також визначив, що основою побудови таких відносин є дотримання прав та свобод громадян [7, с. 110–117].

Значним внеском в аналіз наукових доробок у сфері дотримання прав людини є праця С.І. Мінченка «Теоретико-правові засади забезпечення прав людини в оперативно-розшуковій діяльності оперативних підрозділів МВС України», у якій автор дійшов висновку, що вжиті державними органами України заходи щодо приведення законодавства у відповідність до міжнародних стандартів, забезпечення прав громадян у різних сферах правоохоронної діяльності можуть дати реальні результати лише за створення ефективного механізму та умов для їх реалізації. З огляду на важливість якісного нормативно-правового регулювання оперативно-розшукової діяльності і конституційний принцип верховенства права необхідно враховувати специфіку правових відносин, що виникають у процесі оперативно-розшукової діяльності правоохоронних органів України. Крім того, посилилась динаміка збільшення кількості вжиття оперативно-розшукових заходів, що тимчасово обмежують права та свободи громадян, під час здійснення яких існують випадки порушень прав і свобод громадян [8, с. 42].

У сфері кримінального права досить відомою та значущою у становленні теоретико-наукових засад у сфері дотримання прав людини правоохоронними органами в Україні є праця В.О. Негодченка «Діяльність органів внутрішніх справ щодо попередження злочинів у сучасних умовах», у якій автор слушно зазначає, що діяльність органів внутрішніх справ у сучасних умовах вимагає принципово нового підходу до їх основних функцій, при цьому концептуальним є рівень реалізації головного призначення, яким є забезпечення надійної охорони законних прав та інтересів людини, суспільства й держави. Учений зазначає, що діяльність органів внутрішніх справ із попередження злочинів не має достатнього правового забезпечення, відсутні законодавча база державної системи соціальної профілактики, чітка регламентація статусу суб'єктів та об'єктів попереджувального впливу, їх прав та обов'язків, санкцій за їх невиконання, заходів попередження, що застосовуються. Обмеженими є ресурсні можливості надання криміногенним і віктимним групам населення допомоги в побутовій сфері, організації дозвілля, залучення населення до профілактичної діяльності. На думку автора, ці недоліки обумовлює наявна система оцінки роботи органів внутрішніх справ, їх служб і підрозділів, оскільки окремі з них переважно орієнтовані не на попередження, а на розкриття злочинів, що обов'язково приводить до збільшення кількості останніх. Діяльність органів внутрішніх справ щодо попередження злочинів слід переорієнтувати в напрямі віктимологічної профілактики, призначенням якої є допомога людям уникнути небезпеки стати жертвою злочину. Необхідно сприяти як відродженню традиційних (добровільні народні дружини, громадські пункти охорони порядку, ради профілактики на підприємствах), так і створенню нових громадських структур профілактичної спрямованості (комісії у справах неповнолітніх, спостережні комісії, вуличні, квартальні, будинкові комітети, ради шкіл, піклувальні, добродійні та інші організації). Не варто нав'язувати населенню готові форми участі в роботі з попередження злочинів, а навпаки, необхідно стимулювати громадянську активність, що ґрунтується на прагненні людей об'єднатися задля захисту своїх прав (асоціації батьків і педагогів, об'єднання представників малого бізнесу тощо). Аналіз практики свідчить про необхідність розроблення регіональних та місцевих державних комплексних програм попередження злочинів [9, с. 20].

В.О. Негодченко у своїй монографічній роботі «Забезпечення прав та свобод людини органами внутрішніх справ України» стверджує, що за сучасних умов ефективне забез-

печення прав і свобод людини в правоохоронній діяльності правоохоронних органів вимагає концептуально нових підходів, що обумовлюють докорінні зміни організаційно-правових засад функціонування органів внутрішніх справ, зокрема гуманізацію діяльності міліції та підвищення її авторитету, побудову відносин між міліцією і народом на засадах партнерства, удосконалення форм, методів та засобів забезпечення прав і свобод людини тощо. Необхідність суттєвого підвищення ефективності діяльності органів внутрішніх справ у цій сфері потребує ґрунтовного й послідовного наукового аналізу її організаційно-правових засад [10, с. 416].

Наведена вище наукова полеміка не виходить за межі суто певної галузевої (кримінально-виконавчої, оперативно-розшукової) діяльності щодо питання забезпечення дотримання прав людини. Водночас питання забезпечення дотримання прав людини поліцією під час виконання завдань не можна вирішити у відриві від напрацювань національних учених у сфері аналізу діяльності в цій сфері органів внутрішніх справ України, зокрема міліції.

За такого історичного орієнтиру склався науково-теоретичний досвід, отже, науково-теоретичні основи розуміння забезпечення дотримання прав людини під час здійснення правоохоронної діяльності певним державним органом. Становлення в Україні Національної поліції є відображенням нового якісного етапу в розвитку сучасної держави і права, який нині характеризується переосмисленням принципових ідей діяльності цього нового правоохоронного органу під час виконання ним своїх завдань, а також робить принциповий акцент на дотриманні прав людини в повсякденній діяльності поліції під час виконання нею своїх завдань.

У сучасних освітніх знаннях для поліцейського, як зазначає відомий учений В.В. Чернєй, у трирівневій системі професійної відомчої освіти, що повністю узгоджено із Законом України «Про Національну поліцію», має бути дотримано принцип стабільності й наступності в кадровому призначенні поліцейських (з урахуванням здібностей і професійних якостей кожного поліцейського); поступове підвищення рівня знань, умінь, навичок за ступенем просування по службі та необхідності реагування на умови службової діяльності; усі види професійної освіти, включаючи підготовку, спеціалізацію та підвищення кваліфікації, що взаємопов'язані з практичним навчанням [11, с. 3–7], що, на наш погляд, є однією з основ правильного розуміння принципу дотримання прав людини в поліцейській діяльності, а також, як зазначає С.С. Чернявський, підвищення наукового рівня й практичної спрямованості досліджень, що здійснюють відомчі вищі та науково-дослідні установи, створення сприятливих умов для оптимізації системи підготовки кадрів Національної поліції. Це першочергові кроки, що сприятимуть перетворенню відомчої науки на ефективний чинник безпосереднього впливу на якість і креативність правоохоронної діяльності. Зазначене дасть змогу створити необхідні умови для подальшої роботи щодо формування інноваційного механізму розвитку системи МВС України [12, с. 5–18].

Висновки

Таким чином, в Українській державі утверджуються нові спеціальні принципи діяльності правоохоронних органів, які становлять засадничі умови взаємовідносин між людиною та державою. У зв'язку з цим діяльність Національної поліції має ґрунтуватися на системі принципів, процесуально-правових правил, які прямо чи побічно спрямовані для забезпечення дотримання прав людини.

Водночас з урахуванням висловлених у сучасних наукових доробках позицій щодо забезпечення дотримання прав людини в правоохоронній діяльності можна констатувати, що нині відсутнє комплексне монографічне дослідження щодо забезпечення дотримання прав людини під час виконання Національною поліцією України своїх завдань з урахуванням науки конституційного права саме як галузі юридичної науки, що досліджує конституційні засади побудови держави та суспільства, основні права, свободи й обов'язки людини та громадянина, конституційні основи організації та діяльності органів державної влади тощо.

Щодо подальших напрямів наукових розробок у сфері забезпечення дотримання прав людини під час виконання поліцією своїх завдань зазначимо, що з огляду на різноплановість науково-теоретичних робіт у сфері вибраної нами проблеми доцільно більше аналізувати її з боку науки конституційного права, оскільки саме конституційно-правові норми виступають фундаментальними засадами принципу дотримання прав людини в діяльності Національної поліції України.

Список використаних джерел:

1. Про Національну поліцію : Закон України від 2 липня 2019 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19.6.

2. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3781-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12/conv#top.

3. Концепція розвитку сектору безпеки і оборони України : Указ Президента України від 14 березня 2016 р. № 92/20169. *Урядовий кур'єр*. 2016. № 52.

4. Ситуація з правами людини в Україні далі погіршується – ООН. URL: https://www.dw.com/uk/sytuatsiia-z-pravamy-liudyny-v-ukraini-dali-pohirshuietsia-oon/a-56843040?maca=ukr-rss-ukrnet-ukr-all-3816-xml.

5. Оссе А. Принципы деятельности полиции : методическое пособие по правам человека / пер. на рус. Н.В. Ишевской, М.О. Кузнецовой, О.С. Шарп. URL: https://amnesty.org.ru/keepme/uderstanding_policing_ru.pd.

6. Кучинська О.П., Фулей Т.І., Бараннік Р.В. Принципи кримінального провадження у світлі практики Європейського суду з прав людини : монографія. Ніжин : Аспект-Поліграф, 2013. 228 с.

7. Круглий В.В. Забезпечення прав і свобод громадян при використанні їх допомоги в оперативно-розшуковій діяльності. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2015. № 1. С. 110–117.

8. Мінченко С.І. Теоретико-правові засади забезпечення прав людини в оперативно-розшуковій діяльності оперативних підрозділів МВС України : монографія. Київ : ІНТЕРСЕРВІС, 2012. 348 с.

9. Діяльність органів внутрішніх справ щодо попередження злочинів у сучасних умовах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.08. Харків, 2003. 20 с.

10. Негодченко О.В. Забезпечення прав та свобод людини органами внутрішніх справ України : монографія. Дніпропетровськ : Поліграфіст, 2002. 416 с.

11. Чернєй В.В. Напрями вдосконалення освітнього процесу у вищих навчальних закладах МВС України: європейський досвід та вітчизняна практика. *Правоохоронна та правозахисна діяльність поліції в умовах формування громадянського суспільства в Україні* : матеріали підсумкової науково-практичної конференції (м. Київ, 9 квітня 2016 р.) / редкол. В.В. Чернєй, С.Д. Гусарєв, С.С. Чернявський. Київ : Національна академія внутрішніх справ, 2016. С. 3–7.

12. Чернявський С.С., Орлов Ю.Ю. Актуальні проблеми організації науково-дослідної та дослідно-конструкторської роботи в системі МВС України. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2016. № 1. С. 5–18.

Yulianna Vityk. Principle of respect for human rights in activities of the National Police of Ukraine: state of scientific research

The relevance of the article is that one of the main principles of the police in carrying out statutory tasks is the principle of respect for human rights and freedoms, the content of which is the normative provisions that in carrying out their tasks, the police human freedoms guaranteed by the Constitution and laws of Ukraine, as well as international treaties of Ukraine, the binding nature of which has been approved by the Verkhovna Rada of Ukraine, and promotes their implementation; 2) restriction of human rights and freedoms is allowed only on the grounds and in the manner prescribed by the Constitution and laws of Ukraine, when absolutely necessary and to the extent necessary to perform police tasks; 3) the implementation of measures restricting human rights and freedoms must be stopped immediately if the purpose of such measures is achieved or there is no need for their further application; 4) police officers are prohibited under any circumstances from aiding, abetting, inciting or tolerating any form of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. Thus, human rights and freedoms are a necessary fundamental condition for the content of police activities, and therefore it is impossible to carry out professional law enforcement activities without taking into account the principle of human rights and freedoms guaranteed by the Constitution, laws and international treaties of Ukraine. The article is devoted to the characteristics of the state of scientific research of the principle of observance of human rights in the activity of the National Police of Ukraine. It is determined that the significant interest of scientists in the problem of ensuring human rights by the police, in carrying out their tasks, is expressed in the form of a large number of scientific and theoretical studies conducted in various fields of law, including criminal procedure and investigative activities. According to the analysis of the content of problematic aspects in research in the field of implementation of the principle of human rights in the police, it is stated that there is an urgent need for constitutional and legal research of this problem, which necessitates rethinking the empirical and National Police of Ukraine, taking into account the science of constitutional law.

Key words: law enforcement agencies, system, society, state, crime prevention.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.32

Євгенія Павліченко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Олег Стець,
канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного, міжнародного та приватного права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

Роман Шелудяков,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри конституційного, міжнародного та приватного права
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ КОМПАРАТИВНОГО АНАЛІЗУ В СИСТЕМІ ЮРИДИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

У статті узагальнено наукові підходи до визначення сутності порівняльно-правового методу аналізу, визначено компаративістичні засади відомих методів наукового дослідження та обґрунтовано методологічні засади компаративістичного аналізу в системі юридичних досліджень.

У статті показано, що серед відомих видів методів наукового дослідження найважливіше значення належить компаративістичним дослідженням, в основу яких покладено метод порівняння. Особливо важливим є застосування даного методу в правовій науці.

Порівняння є основним логічним засобом пізнання об'єктивного світу. Порівняння є незмінним елементом усіх форм пізнання. Це безпосередньо стосується юридичної науки.

У статті доведено, що порівняльно-правовий метод є базовим методом методології порівняльного правознавства, що представлений єдністю способів дослідження й використовується для виявлення загальних та особливих ознак державно-правових явищ і встановлення закономірностей їх розвитку.

У статті відзначено, що порівняльно-правовий метод у методології юридичної науки є одним з основних способів пізнання. Він передбачає порівняння процесів, явищ і понять юридичного характеру з метою вивчення їх подібності, виявлення причин розбіжностей. Порівняння дозволяє встановити, яким чином відбувався розвиток права і в якій послідовності.

Практична цінність порівняльного методу в правовій науці полягає в тому, що він дозволяє знаходити оптимальні способи для вирішення соціальних проблем. Він дозволяє зрозуміти, чому одна й та ж дія в правовій культурі однієї держави є правомірною, а іншої – злочинною.

У статті відзначено, що оцінка компаративного правового елементу здійснюється в процесі аналітичної роботи й передбачає визначення системи правових об'єктів, що визначають самостійність компаративістичного значення.

Дослідження встановлено, що порівняльний метод у науковому сенсі може бути використаним під час співставлення характеристик двох або більше двох досліджуваних об'єктів з метою виявлення в них спільного й відмінного, формування класифікацій чи проведення типології. Об'єктами можуть виступати різні ідеї, результати досліджень, явища, процеси, якісні характеристики предметів тощо. Цей метод є загально емпіричним, дає підставу отримати теоретичні знання і є загальноприйнятим методом наукових досліджень. Він є основою для багатьох прикладних досліджень, оскільки дозволяє на підставі характерних ознак об'єктів створювати їх групи. Найбільш поширеними видами порівняльних методів є наступні: історико-типологічне порівняння, що дозволяє виділити загальні ознаки в незв'язаних між собою явищах за однакових умов розвитку; історико-генетичне порівняння показує схожість між об'єктами, об'єднаними спільним походженням і умовами розвитку, та їх взаємовпливу.

Ключові слова: аналіз, метод, порівняння, порівняльно-правовий метод, компаративістика, юридичні дослідження.

© Є. Павліченко, О. Стець, Р. Шелудяков, 2021

Постановка проблеми. Будь-які дослідження передбачать використання наукових методів. Науковий метод – це сукупність методів встановлення параметрів, структури, інших характеристик досліджуваних об'єктів.

Важливою стороною наукового методу, його невіддільною частиною для будь-якої науки є вимога об'єктивності, що виключає суб'єктивне тлумачення результатів. Не повинні прийматися на віру будь-які твердження, навіть якщо вони виходять від авторитетних учених.

Серед відомих видів методів наукового дослідження найважливіше значення належить компаративістичним дослідженням, в основу яких покладено метод порівняння. Особливо важливим є застосування даного методу в правовій науці, що підкреслює актуальність дослідження.

Метою статті є визначення сутності порівняння та обґрунтування методологічних засад компаративістичного аналізу в системі юридичних досліджень.

Аналіз сучасних досліджень і публікацій. Кожний вид людської діяльності передбачає використання певних прийомів, способів, операцій з метою досягнення визначеної мети.

М.Г. Білуха зазначає, що сукупність цих прийомів визначається таким поняттям, як «метод», та вказує, що метод з грецької означає шлях пізнання [1].

З точки зору А.М. Єріна, метод – це спосіб досягнення мети, розв'язання конкретної задачі; сукупність прийомів або операцій практичного впливу чи теоретичного освоєння об'єктивної дійсності з метою її пізнання [2].

О.В. Крушельницька дотримується думки, що методика дослідження – це система правил використання методів, прийомів та способів для проведення будь-якого дослідження. Дослідження передбачають використання наукових методів, де провідне місце належить порівняльним методам [3].

На думку О.В. Кустовської, порівняння – це пізнавальна операція, що лежить в основі суджень про подібність або відмінність об'єктів. За допомогою порівняння виявляються якісні та кількісні характеристики предметів [4].

У Великій юридичній енциклопедії за редакцією О.В. Петришина відзначено, що порівняти – це зіставити одне з іншим з метою виявити їх співвідношення. Найпростіший і важливий тип відносин, що виявляються шляхом порівняння, – це відносини тотожності і відмінності [5].

На думку Г.С. Цехмістрової, порівняння – це той метод, за допомогою якого шляхом порівняння виявляється загальне і особливе в історичних та інших явищах, досягається пізнання різних ступенів розвитку одного і того ж явища або різних співіснуючих явищ [6].

Компаративісти схильні до розробки спеціальної теорії пізнання щодо правової компаративістики. Такої думки дотримується А.Х. Саідов. Вчений визначає ієрархічність методів компаративістики [7].

Ю.А. Тихоміров вказує на розмежування методів порівняння з іншими засадами наукового пізнання. На його думку, порівняльне правознавство має свою специфічну методологію [8].

М.Н. Марченко розглядає порівняльний метод як важливий атрибут порівняльного правознавства. Такий компаративістичний прийом пізнання, на думку вченого, може бути реалізованим для порівняльного пізнання різних правових сімей та національних правових систем [9].

В.А. Туманов вказує на доцільність застосування методичного інструментарію компаративістик[10].

Отже, більшість вчених дотримуються думки, що порівняння – це науковий метод пізнання, у прогресі якого невідоме, тобто досліджуване явище, предмети зіставляють із уже відомими, досліджуваними раніше для виявлення загальних ознак або відмінностей між ними.

Під час визначення методу правової компаративістики використовується порівняння щодо дослідження правового компаративного елемента.

Порівняння є основним логічним засобом пізнання об'єктивного світу. Порівняння є незмінним елементом усіх форм пізнання. Це безпосередньо стосується юридичної науки.

Виклад основного матеріалу. Порівняльний метод у науковому дослідженні може бути використаним під час співставлення характеристик двох або більше двох досліджуваних об'єктів з метою виявлення в них спільного й відмінного, формування класифікацій чи здійснення типологізації. Об'єктами можуть виступати різні ідеї, результати досліджень, явища, процеси, якісні характеристики предметів тощо. Цей метод є загальноемпіричним, дає підставу отримати теоретичні знання і є загальноприйнятим методом наукових досліджень. Він є основою для багатьох прикладних досліджень, оскільки дозволяє на підставі характерних ознак об'єктів створювати їх групи. Найбільш поширеними видами порів-

няльних методів є наступні: історико-типологічне порівняння, що дозволяє виділити загальні ознаки в незв'язаних між собою явищах за однакових умов розвитку; історико-генетичне порівняння показує схожість між об'єктами, об'єднаними спільним походженням і умовами розвитку, та їх взаємовпливу.

Порівняльно-правовий метод є базовим методом методології порівняльного правознавства, що представлений єдністю способів дослідження й використовується для виявлення загальних та особливих ознак державно-правових явищ і встановлення закономірностей їх розвитку.

Відомо, що розвиток теорії порівняльно-правового методу почався в 60-х роках 20 століття. На початковому етапі становлення порівняльно-правового методу відбувалося в рамках широкомасштабної проблеми, а саме системи методів, що застосовуються правознавством. Таким шляхом були сформульовані фундаментальні положення, що характеризують порівняльно-правовий метод.

Завдяки розробці теорії порівняльно-правового методу в рамках юридичної компаративістики, який потім активно став застосовуватися іншими теоретичними юридичними науками, компаративістику називають методологічною юридичною наукою. Порівняльно-правовий метод ґрунтується на порівнянні пізнавальної діяльності.

Слід мати на увазі, що будь-яке наукове порівняння має три основні прояви:· логічний прийом пізнання; процес, або особлива форма пізнавальної діяльності; особливий пізнавальний результат.

У структурі наукового порівняння виділяються наступні елементи: об'єкт, який порівнюється;·об'єкт з яким порівнюють; властивості, за якими порівнюються об'єкти; юридична оцінка, висновки, зроблені на підставі порівняння.

Щодо використання порівняльно-правового методу в юридичній науці можна зазначити, що він завжди займав значне місце незалежно від того, як його розуміли. Становлення та розвиток юридичної науки з самого початку було пов'язане з використанням порівняльно-правового методу. Порівняльно-правовий метод не є самоціллю. Він служить певній пізнавальній задачі, як і спеціально-наукові методи правової науки.

Порівняльно-правовий метод є багатофункціональним, тобто він може бути використаний і на теоретичному, і на емпіричному рівні пізнання Для нього характерним є оціночний підхід.

Порівняльно-правовий метод є необхідним, але аж ніяк не єдиним елементом методологічного апарату порівняльного правознавства. Жоден з методів на практиці не діє в чистому вигляді, він завжди взаємозалежний з іншими методами. Порівняння як таке не може розглядатися у відриві від інших логічних прийомів пізнання (аналізу, синтезу, індукції, дедукції, узагальнення). Окремо один від одного ці компоненти загальної системи дослідницьких засобів існують лише як уявна абстракція. Таким чином, можна виділити порівняння і розглядати його окремо від інших логічних прийомів, але у загальному процесі мислення воно перебуває в нерозривному зв'язку та взаємодії з усіма іншими прийомами пізнання.

Порівняльно-правовий метод у методології юридичної науки є одним з основних способів пізнання. Він передбачає порівняння процесів, явищ і понять юридичного характеру з метою вивчення їх подібності, виявлення причин розбіжностей. Порівняння дозволяє встановити, яким чином відбувався розвиток права і в якій послідовності.

Завдяки порівняльному методу з'явилася нова наукова галузь – порівняльне правознавство, що займається вивченням і порівнянням різних правових систем світових держав. Під час вивчення зарубіжного досвіду правознавства держава може вдосконалювати власну юридичну систему, відмовлятися від застарілих недосконалих методів, використовувати позитивний досвід у розвитку свого законодавства.

Практична цінність порівняльного методу в правовій науці полягає в тому, що він дозволяє знаходити оптимальні способи для вирішення соціальних проблем. Він дозволяє зрозуміти, чому одна й та ж дія в правовій культурі однієї держави є правомірною, а іншої – злочинною. Методи порівняльного підходу включають різні способи порівняння:

– функціональний, що дозволяє зіставляти функції, які виконує той чи інший інститут держави;

– нормативний, що використовує терміни і категорії специфічних правових систем з метою аналізу норм права та законодавчих рішень;

– проблемний, який порівнює вирішення певних правових розбіжностей у рамках законодавчої системи та аналізує можливість застосування цих рішень у рамках свого законодавства;

– текстуальний, який аналізує, яке текстове оформлення найбільш продуктивно впливає на реалізацію правових норм у національному масштабі.

Порівняльне правознавство розглядається в спеціалізованій літературі в трьох

основних аспектах: як порівняльний метод дослідження; як галузь самостійної науки; як поєднання методу і окремої наукової дисципліни.

Більш сучасним вважається третій підхід, оскільки він визнає, що порівняльне правознавство може бути окремим методом всієї юридичної науки, який дозволяє вивчати перелічені питання, а також може бути самостійною наукою, оскільки має свій предмет дослідження, сферу застосування та практичне значення.

Як і будь-який науковий спосіб пізнання, методи порівняльного підходу реалізуються завдяки дотриманню основних принципів:

– порівняння правових норм, що регулює функціональну сторону правових рішень, тобто те, як вони вирішують потенційні соціальні проблеми;

– урахування умов історичного часу розвитку правової норми, її соціальної зумовленості;

– критичного розгляду отриманих даних.

Застосування методу в правознавстві дозволяє виявляти оптимальні способи вирішення правових питань.

Порівняння виступає загальною настановкою пізнання.

Отже, у системі порівняльного правознавства застосовується широке коло методів, особливістю яких є застосування порівняльного методу аналізу. Специфічною особливістю вказаного методу є як застосування прийомів аналізу й синтезу, індукції й дедукції, так і аналогії щодо існуючих явищ. Саме тому зазначений метод можна вважати переважаючим.

Порівняння слід розглядати як пізнавальну операцію, сутність якої зводиться до виявлення подібного й різного щодо правових об'єктів досліджень. В основі дослідження мають бути напрями класифікації та оцінка правових об'єктів різного спрямування.

Слід вказати, що оцінку правових компонентів треба пов'язувати із процесом класифікації, що визначає порівняльно-правову діяльність із компаративним правовим об'єктом. Це означає, що особливістю функціонально-правового компоненту в умовах правового середовища залишається суб'єкт пізнавальної діяльності.

Оцінка компаративного правового елементу здійснюється в процесі аналітичної роботи й передбачає визначення системи правових об'єктів, що визначають самостійність компаративістичного значення.

Компаративістичні прийоми пізнання формують оціночні показники юридичної діяльності та дають підставу визначити сутність правових процесів.

За результатами проведення порівняльного аналізу визначаються кількісні показники як правових норм, так і правових систем. Також у процесі порівняльно-правового аналізу можна визначити відмінності внутрішнього змісту навіть у рамках однієї правової системи та у порівнянні з існуючими.

Компаративістичний метод аналізу як основний прийом пізнання юридичних наук визначився як правовий внаслідок визначення порівняльного правознавства як самостійного напряму наукових досліджень.

Основною задачею порівняльного правознавства є визначення можливості поєднання існуючих прийомів пізнання із методами порівняння та здійснення спеціального аналізу компаративістичного характеру.

Порівняльний метод аналізу треба розглядати як практичний інструмент щодо удосконалення наукових досліджень в сфері права.

Метод порівняння містить у собі більш широкий спектр типових рішень, ніж замкнута правова наука. Порівняльний метод визначає природу правової дійсності.

Він залишається основою для оцінки отриманих результатів компаративістичного дослідження й може розглядатись як основа методологічних засад цього дослідження.

Висновки

На підставі проведених досліджень можна зробити висновки, що порівняльний метод дозволив виділитися окремій науковій галузі – порівняльного правознавства, що займається вивченням і порівнянням різних правових систем світових держав. Подальші дослідження передбачають вивчення існуючих видів порівняльно-правового методу та вибір найдоцільнішого з науково-практичного погляду під час дослідження правових систем.

Список використаних джерел:

1. Білуха М.Г. Основи наукових досліджень: Підручник для студ. екон. спец. вузів / М.Г. Білуха. Київ : Вища школа. 3-тє вид 2017. 271 с.

2. Єріна А.М. Методологія наукових досліджень: Навчальний посібник. Київ, 2004. 212 с.

3. Крушельницька О.В. Методологія та організація наукових досліджень : Навч. посібник / О.В. Крушельницька. Київ : Кондор, 2003. 192 с.

4. Кустовська О.В. Методологія системного підходу та наукових досліджень : курс лекцій. Тернопіль : Економічна думка, 2005. 124 с.

5. Методика проведення порівняльно-правових досліджень. Велика українська юридична

енциклопедія : у 2 т : Загальна теорія права, 2017. 952 с. / О.В. Петришин (відп. ред.) та ін.

6. Основи наукових досліджень : навчальний посібник. Цехмістрова Г.С. Київ : Видавничий Дім «Слово», 2003. 240 с.

7. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности) : учебник / Под ред. В.А. Туманова. Москва : Юристъ, 2003. 448 с.

8. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: полный курс. Москва : Издательство НОРМА, 2005. 698 с

9. Марченко, М.Н. Государство и право в условиях глобализации / М.Н. Марченко. Москва : Проспект, 2013. 400 с.

10. Саидов А.Х., Туманов В.А. (Ред.) Сравнительное правоведение: учебник. Москва : Юрист, 2003. 448 с.

Yevheniia Pavlichenko, Oleh Stets, Roman Sheludiakov. Methodological fundamentals of comparative analysis in the system of legal research

The article shows the essence of the comparative law research method as one of the specific ways of applying general scientific methods to the study of legal phenomena. It has been established that the comparative law method is the one that is most often interpreted in the legal science. It has been shown that a close relationship exists between the individual branches of the law based on the interaction and the mutual assistance between various methods of studying thereof.

It has been shown that, when studying legal phenomena, all comparative law method's strong points can be implemented only if its application is strictly systemic and purposeful. With all the variety of its possible particular manifestations, the research method as a whole must act as internally coherent and consistent in all its parts, and constitute a harmonious hierarchy of various levels of legal research.

It has been established that conducting research in the field of comparative jurisprudence involves the use of a wide range of both general scientific and special methods. The main emphasis is laid on the comparative law method that can act, among other things, as a subject of research and, at the same time, it can be used in a wide variety of aspects. It has been shown that the comparative law method is the most instrumental in revealing common features and identifying specific characteristics inherent in various countries or different time periods.

It has been proved that the comparative method is an integral part of the methodology of comparative studies applied in the legal sciences. This method acquired great importance at the beginning of the last century, when comparative legal research in the private law sphere became more active, while the needs of the trade practice determined trends towards the unification and the harmonization of national legislations. As a result, not only concrete comparative studies, but also the methodology of comparative jurisprudence developed in a new qualitative way.

The article proves that the comparative legal method is the basic method of the methodology of comparative jurisprudence, which is represented by the unity of research methods and is used to identify general and special features of state and legal phenomena and establish patterns of their development.

The article notes that the comparative legal method in the methodology of legal science is one of the main ways of cognition. It involves comparing processes, phenomena and concepts of a legal nature in order to study their similarities, identify the causes of differences. The comparison allows us to establish how the development of law, in what sequence it happened.

Key words: methodology, comparative law research, structuralism, analytical method, historical method, contextual law approach, comparison levels.

УДК 343.63
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.33

Олександр Біловол,
заступник начальника відділу нагляду за додержанням законів органами, які ведуть боротьбу з організованою злочинністю Управління нагляду у кримінальному провадженні Прокуратури міста Києва

ПСИХОЛОГІЧНЕ НАСИЛЬСТВО ЯК ВИД ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА

У статті проаналізовано психологічне насильство як одну з трьох форм об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого статтею 126-1 «Домашнє насильство» Кримінального кодексу України.

Розглянуто співвідношення фізичного й психологічного насильства, а також проаналізовано такі прояви психологічного насильства, як словесні образи, погрози, приниження, переслідування, залякування, інші діяння, спрямовані на обмеження волевиявлення особи, контроль у репродуктивній сфері.

Під час аналізу такого прояву психологічного насильства, як словесні образи, констатовано, що невербальні образи так само можуть завдати шкоди потерпілій особі, як і образи словесні. Більш того, окремі категорії осіб із певними фізичними вадами (глухі, глухонімі) взагалі можуть сприймати лише невербальні образи. Крім того, образи можуть бути висловлені у письмовій формі або електронному листуванні. У зв'язку з цим запропоновано в пункті 14 частини першої статті 1 Закону України від 7 грудня 2017 року «Про запобігання та протидію домашньому насильству» словосполучення «словесні образи» замінити на слово «образи».

Встановлено, що, за змістом Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210), переслідування не виступає окремим проявом психологічного насильства, а відмежовується від нього низкою ознак.

З'ясовано, що словесні образи, погрози, зокрема щодо третіх осіб, приниження, переслідування, залякування як окремі прояви психологічного насильства вчиняються не самі по собі, а для досягнення такої протиправної мети, як обмеження волевиявлення особи.

За результатами аналізу нормативної регламентації кримінальної відповідальності за психологічне насильство доводиться, що вона також підлягає удосконаленню. Замість використання у диспозиції статті 126-1 Кримінального кодексу України терміна «психологічне насильство» пропонується закріпити конкретні прояви психологічного насильства, які передбачені в дефініції цього поняття, закріпленого в пункті 14 частини першої статті 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству».

Ключові слова: об'єктивна сторона злочину, домашнє насильство, фізичне насильство, психологічне насильство, економічне насильство.

Постановка проблеми. У результаті змін, пов'язаних з підписанням та спробою імплементації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (CETS № 210) (далі – Стамбульська конвенція), Кримінальний кодекс України (далі – КК) було доповнено статтею 126-1 «Домашнє насильство». Аналіз юридичних публікації, а також практики застосування статті 126-1 КК дає змогу дійти висновку про існування низки питань, пов'язаних із тлумаченням та застосуванням такої форми об'єктивної сторони домашнього насильства, як психологічне насильство.

Дослідженню психологічного насильства як форми об'єктивної сторони домашнього насильства присвячені роботи А.О. Байди, І.В. Бевзюка, В.В. Гальцової, Н.В. Довгань-Бочкової, О.О. Дудорова, К.П. Задої, А.А. Запорожець, В.М. Зубатенко, Р.В. Кифлюка, І.С. Козьякова, Н.І. Лесяк, М.І. Панова, М.І. Хавронюка, С.В. Якімової. При цьому існування доволі різних точок зору щодо тлумачення ознак психологічного насильства, а також наявність різної практики притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину зумовлює необхідність подальших наукових досліджень у цій сфері.

Метою статті є розгляд різних підходів до тлумачення психологічного насильства, виявлення проблемних аспектів правозастосовної практики у цій сфері та розроблення пропозиції щодо вирішення цього питання.

© О. Біловол, 2021

Виклад основного матеріалу. Другою формою домашнього насильства у статті 126-1 КК названо саме психологічне насильство. Зміст цього поняття розкривається не у статті 126-1 КК, а у статті 1 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» від 7 грудня 2017 р. (далі – Закон). Так, відповідно до пункту 14 частини 1 цієї статті, психологічне насильство – це форма домашнього насильства, що включає словесні образи, погрози, зокрема щодо третіх осіб, приниження, переслідування, залякування, інші діяння, спрямовані на обмеження волевиявлення особи, контроль у репродуктивній сфері, якщо такі дії або бездіяльність викликали у постраждалої особи побоювання за свою безпеку чи безпеку третіх осіб, спричинили емоційну невпевненість, нездатність захистити себе або завдали шкоди психічному здоров'ю особи.

Р.В. Кифлюк відзначає, що психологічне насильство – це дії, які самі собою не нанесли фізичного болю, проте стали причиною душевних страждань потерпілого. Психологічне насильство сприймається потерпілим навіть болючіше, ніж фізичне. Воно здебільшого триваліше за фізичну шкоду. Психологічний стрес може викликати більш відчутні несприятливі наслідки, ніж фізичні, систематичні побої або інші насильницькі дії. Психологічна травма часом відчутніше сприймається, ніж побої. Не лише фізичне, але й психологічне насильство може бути само по собі жорстоке, нелюдське й принижувати гідність людини [9, с. 56].

Під час аналізу дефініції поняття «психологічне насильство» одразу привертають увагу наслідки, яка мають настати, щоб закріплені в пункті 14 статті 1 Закону діяння утворювали психологічне насильство. При цьому зазначені наслідки прямо не названі у статті 126-1 КК як ознаки об'єктивної сторони домашнього насильства. У зв'язку з цим виникає питання щодо визначення місця цих наслідків у структурі об'єктивної сторони домашнього насильства. Це питання буде розглянуто в наступних публікаціях під час аналізу суспільно небезпечних наслідків досліджуваного складу злочину.

Першими серед видів психологічного насильства названі словесні образи. Образа – це зневажливе висловлювання, негарний вчинок, що спрямовані проти кого-небудь і викликають у нього почуття гіркоти, душевного болю [2, с. 815]. Відповідно, словесна образа як ознака об'єктивної сторони домашнього насильства – це зневажливе висловлювання, спрямоване проти подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, яке викликає у нього почуття гіркоти, душевного болю.

Так, вироком суду ОСОБА_2 було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого статтею 126-1 КК за те, що винний, будучи двічі притягнутим до адміністративної відповідальності за статтею 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), перебуваючи за місцем проживання, маючи умисел та мету на систематичне вчинення домашнього насильства щодо колишньої дружини, з якою він проживає в одному будинку, вчинив щодо потерпілої акт психологічного насильства, а саме безпричинно словесно ображав її, висловлювався в адресу потерпілої нецензурною лайкою, погрожував фізичною розправою. Внаслідок систематичних протиправних дій потерпілій було завдано психологічних страждань, погіршилась якість її життя [3].

На думку М.І. Хавронюка, психологічне насильство, окрім словесних образ, включає невербальні образи [12, с. 383]. Вважаємо, що таке поширювальне тлумачення не може бути застосовано у цьому разі з огляду на те, що в дефініції поняття «психологічне насильство» міститься пряма вказівка не на будь-які образи, а саме на словесні образи[1]. Очевидно, що варіант тлумачення, запропонований правником, є шляхом удосконалення відповідної кримінально-правової заборони, а також дефініції поняття «психологічне насильство», адже невербальні образи так само можуть завдати шкоди потерпілій особі, як і образи словесні. Більш того, окремі категорії осіб із певними фізичними вадами (глухі, глухонімі) взагалі можуть сприймати лише невербальні образи. Крім того, образи можуть бути висловлені також у письмовій формі або електронному листуванні. У зв'язку з цим вважаємо за доцільне в пункті 14 статті 1 Закону словосполучення «словесні образи» замінити на слово «образи».

М.І. Хавронюк зазначає, що погрозу у статті 126-1 КК слід тлумачити широко. Це можуть бути погроза заподіяння фізичного насильства; шантаж – погроза розголосити компрометуючі або інші відомості, які потерпіла особа бажає зберегти у таємниці

[1] Невербальне спілкування – вид спілкування, для якого характерне використання невербальної (безсловесної) поведінки і невербальних комунікацій як головного засобу передачі інформації, організації взаємодії, формування образу, думки про співрозмовника, здійснення впливу на іншу людину [13].

(наприклад, повідомлення про засудження в минулому чи про наявність венеричного захворювання), або викрити у поведінці, яка компрометує особу, або заподіяти іншої шкоди (звільнити з роботи, розлучитися, позбавити засобів до існування, виселити з житла, відібрати дитину, знищити майно, заподіяти шкоду рідним чи близьким); залякування задля створення вигідної для себе обстановки, поставлення потерпілої особи в залежне становище (наприклад, доведення до потерпілої особи наміру продати її в рабство чи сутенерам для втягнення її в проституцію або піддати груповому зґвалтуванню). Погроза вбивством, на думку правника, потребує додаткової кваліфікації за статтею 129 КК, погроза знищення майна – за статтею 195 КК [7, с. 72, 73].

Загалом підтримуючи зміст погроз, які пропонує правник, маємо звернути увагу на те, що будь-яке залякування, зокрема таке, що вчиняється задля створення вигідної для кривдника обстановки, поставлення потерпілої особи в залежне становище, є самостійним різновидом психологічного насильства. Звісно, залякування має спільні риси з погрозами, однак під час залякування кривдник ставить за мету зробити потерпілу особу боязкою, лякливою, про що буде зазначено далі.

Крім того, вважаємо, що погроза вбивством чи погроза знищення майна також повністю охоплюється статтею 126-1 КК та не потребує додаткової кваліфікації за статтею 129 КК або статтею 195 КК. Протилежне буде означати порушення принципу *non bis in idem*. Про правильність таких висновків свідчать матеріали правозастосовної практики.

Так, вироком суду ОСОБА_1 було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого статтею 126-1 КК за те, що він, систематично вчиняючи домашнє насильство та будучи притягнутим до адміністративної відповідальності за частиною 1 статті 173-2 КУпАП, продовжив свої злочинні дії та вчинив сварку зі своєю співмешканкою ОСОБА_2, під час якої висловлювався на адресу останньої нецензурними словами, принижував її честь та гідність, погрожував фізичною розправою, тим самим завдав шкоди її психічному здоров'ю. Внаслідок умисних протиправних дій з боку ОСОБА_1 його співмешканка зазнала психологічного насильства, яке виразилось у словесних образах, залякуванні, приниженні її честі та гідності, які викликали у останньої психологічні страждання та погіршення якості її життя [4].

Адресатом словесних образ та погроз може бути не тільки подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, але й треті особи. Враховуючи те, що висловлювання словесних образ та погроз щодо третіх осіб може завдати шкоди потерпілій особі, про яку йдеться у статті 126-1 КК, доходимо висновку, що такими третіми особами є люди, доля яких турбує потерпілу особу. Це можуть бути, наприклад, нове подружжя, рідні нового подружжя, діти, які народились у потерпілої особи в новому шлюбі, близькі друзі потерпілої особи.

Наступним видом психологічного насильства виступає приниження. Принижувати – це ставити в принизливе становище, ображати; применшувати значення, роль кого-, чого-небудь, видавати менш значним [2, с. 1124]. Відповідно, у контексті домашнього насильства кривдник ставить потерпілу особу в принизливе становище, вдається до применшення її значення та/або ролі у певних процесах (вихованні дітей, заробітку коштів, формуванні сім'ї, значенні для рідних, близьких та інших оточуючих, авторитеті серед рідних та колег тощо).

Наступним видом психологічного насильства визначено переслідування. Згідно зі статтею 34 «Переслідування» Стамбульської конвенції, сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка полягає в повторному здійсненні загрозливої поведінки, спрямованої на іншу особу, що змушує його чи її боятися за свою безпеку, було криміналізовано.

Як слушно зазначають К.П. Задоя та Я.Г. Оленіна, за змістом Конвенції, переслідування відмежовується від психологічного насильства. Так, останнє, відповідно до статті 33 цього міжнародного договору, має дві форми (прояви), а саме примушування та погрози. Переслідування ж являє собою загрозливу поведінку, підпорядковану єдиній меті, якою є примушення особи боятися за свою безпеку. Психічне насильство може бути як багато-, так і одноактовим, тоді як переслідування завжди являє собою повторювану поведінку, тобто певну сукупність актів людської поведінки, об'єднаних спільною метою. Психічне насильство, за Стамбульською конвенцією, обов'язково призводить до тяжкого порушення цілісності психіки людини. Переслідування ж має змушувати особу боятися за свою безпеку. Окрім того, відповідно до пункту 185 Пояснювальної записки до Конвенції, загрозлива поведінка може бути спрямована не лише на жертву, але й на будь-яку особу в її соціальному колі, оскільки це поглиблює

відчуття страху та втрати контролю над ситуацією [8, с. 178].

Прояви переслідування визначені в пунктах 182–185 Пояснювальної записки до Стамбульської конвенції. Це, зокрема, фізичне слідування за особою, стеження за особою у віртуальному світі[2] (в чатах, на сторінках соціальних мереж тощо), поширення неправдивої інформації в Інтернеті, залишення непомітних слідів контакту з особистими речами, псування майна іншої особи, дії, спрямовані на домашню тварину особи.

Перелік проявів такої загрозливої поведінки не є вичерпним і має відповідати основним вимогам, передбаченим у статті 34 Стамбульської конвенції (умисність, повторюваність, необхідність змушувати особу боятися за свою безпеку) [8, с. 178].

Наступним видом психологічного насильства є залякування. Залякувати – це викликати в кого-небудь страх, переляк; робити кого-небудь боязким, лякливим [2, с. 403]. У нашому разі має йтися про виклик страху (за свою волю, безпеку та/або волю, безпеку своїх рідних, близьких, сімейну та/або фінансову стабільність тощо) у потерпілої особи.

Перелік інших діянь, спрямованих на обмеження волевиявлення особи [1, с. 76], може бути доволі широким. Так, М.І. Хавронюк зазначає, що основними способами вчинення цих діянь та іншого психологічного насильства вважають ізоляцію (зокрема, депривація – повне чи часткове позбавлення можливості задовольняти свої психофізіологічні чи соціальні потреби, в тому числі позбавлення інформації або суворий контроль за нею, а також сенсорна депривація – повне чи часткове позбавлення сенсорних можливостей, тобто можливостей користуватися одним чи кількома з почуттів – бачити, чути, відчувати запах, смак тощо); дискредитацію (позбавлення права на власні думку і слово, осміяння й неконструктивна критика); монополізацію сприйняття (примусова фіксація уваги на агресорі, тому що він є основним джерелом погроз); посилення тривіальних вимог (встановлення безлічі дрібних правил, не порушити які неможливо, отже, виникають постійні приводи для причіпок, що викликає хронічне почуття провини); демонстрацію «всемогутності» (демонстрація і підкреслювання власної надмірної компетентності); «випадкові індульгенції» (агресор іноді нагороджує жертву увагою і теплими почуттями, але робить це або рідко, або для того, щоби підкріпити поведінку, потрібну агресору, або парадоксальним і несподіваним образом – так, щоб викликати дезорієнтацію і приголомшення); приниження і глузування, осміяння в присутності інших людей; контроль за задоволенням фізичних потреб (у їжі, сні, відпочинку тощо), що веде до фізичного виснаження жертви; погрози з приводу та без приводу, що легко переходять у фізичне насильство; таке, що поєднується з погрозами, завдання фізичного болю без заподіяння тілесних ушкоджень (тягання за волосся, щипання, здушування шиї, грудей чи мошонки, виламування назовні пальців тощо); використання психоактивних речовин (алкоголю тощо); використання емоційного чи психологічного перенавантаження, стану стресу, індивідуальної схильності до навіювання, безвольності потерпілої особи, її недостатнього розумового розвитку чи емоційно-вольової незрілості; непослідовні і непередбачувані вимоги; часті й непередбачувані перепади настрою агресора, в яких «винувата» жертва; примушування до безглуздої і безцільної роботи. Ці способи застосовуються, як правило, у певній сукупності, поєднанні [7, с. 72–73].

Тут потрібно зробити певне уточнення. Завдання фізичного болю без заподіяння тілесних ушкоджень (тягання за волосся, щипання, здушування шиї, грудей чи мошонки, виламування назовні пальців тощо), яке поєднується з погрозами, слід роз-

[2] Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) 11 лютого 2020 року розглянув першу справу про кібернасилля. Йдеться про позов, який подала громадянка Румунії Джина-Аврелія Бутуруга. Заявниця скаржилася на насильницьку поведінку свого колишнього чоловіка, але в Румунії кримінальне провадження припинили. Жінка вимагала, щоби правоохоронці оглянули сімейний комп'ютер, стверджуючи, що колишній чоловік протиправно дивився її електронні сторінки, включаючи акаунт у "Facebook", робив копії розмов, приватних документів та фотографій. Місцева Феміда вирішила, що оскаржувані дії колишнього чоловіка не є складовою частиною насилля. Судді вирішили, що його поведінка була недостатньо серйозною, щоб кваліфікуватись як правопорушення. Крім того, влада не розглядала справу з точки зору домашнього насильства. ЄСПЛ нагадав, що домашнє насилля не є виключно фізичним, а включає також психологічне насильство чи цькування. Кібернасилля може набувати форми вторгнення в комп'ютер жертви, а також доступ і маніпулювання даними та зображеннями, включаючи особисті дані. В контексті домашнього насильства кіберспостереження часто здійснюють інтимні партнери. Отже, ЄСПЛ погодився з аргументом заявниці, що такі дії, як моніторинг, доступ чи збереження кореспонденції подружжя без права на це, мають бути враховані, коли національні органи розслідують факти домашнього насильства. Суд звернув увагу на те, що держава повинна у таких справах захищати права й свободи, визначені у статтях 3 та 8 Конвенції 1950 р. («Заборона катування» і «Право на повагу до приватного і сімейного життя») [10].

цінювати як фізичне насильство, поєднане з насильством психологічним, а не як суто психологічне насильство.

За результатами проведеного дослідження було встановлено, що протягом року майже кожна друга опитана жінка була ображена та відчула на собі приниження (48%), зокрема в присутності інших людей (46%); ігнорування та байдуже ставлення на собі відчули 40% респонденток; були залякані 40%; насміхалися з чогось цінного для жінки у 38% випадків; агресивно критикували зовнішність (36%). Кожна четверта жінка протягом останніх 12 місяців відчула обмеження особистої свободи (заборона виходити з дому, спілкуватися з людьми, перегляд особистих СМС чи переписки в Інтернеті проти бажання або без дозволу жінки) або погрози завдати шкоди близьким людям чи тваринам [11].

Виходячи з дефініції поняття «психологічне насильство», зазначаємо, що словесні образи, погрози, у тому числі щодо третіх осіб, приниження, переслідування, залякування є діяннями, які спрямовані на обмеження волевиявлення особи, тобто названі діяння вчиняються не просто самі по собі, а для досягнення відповідної протиправної мети. Це питання буде проаналізовано більш детально в наступних публікаціях під час дослідження суб'єктивної сторони домашнього насильства.

Контроль у репродуктивній сфері означає, як правило, заборону або примушування до вагітності. При цьому примушування до аборту чи стерилізації, на думку М.І. Хавронюка, вимагає додаткової кваліфікації за частиною 2 або 4 статті 134 КК [7, с. 71]. На нашу думку, такі дії повністю охоплюються відповідними частинами статті 134 КК та не потребують додаткової кваліфікації за статтею 126-1 КК. Інакше з урахуванням санкції статті 134 КК є порушення принципу *non bis in idem*.

Аналізуючи нормативну регламентацію кримінальної відповідальності за психологічне насильство, ми дійшли висновку, що вона також підлягає удосконаленню. Вважаємо за доцільне замість використання у диспозиції статті 126-1 КК терміна «психологічне насильство» закріпити конкретні прояви психологічного насильства, які передбачені в дефініції цього поняття, закріпленого в пункті 14 частини 1 статті 1 Закону. На користь цієї пропозиції можна навести низку аргументів.

По-перше, як і щодо фізичного насильства, Стамбульська конвенція прямо не вимагає закріплення в кримінальному законодавстві сторін спеціальної норми щодо домашнього насильства [15, с. 114]. Натомість у Конвенції йдеться про вжиття сторонами необхідних законодавчих або інших заходів для забезпечення того, щоб умисну поведінку, яка призводить до тяжкого порушення психічної цілісності шляхом примушування або погроз, було криміналізовано.

По-друге, як було зазначено вище, наявність двох різних законодавчих дефініцій щодо одного й того ж поняття, закріплених у Законі та КК, видається таким, що, по-перше, суперечить правилам законодавчої техніки; по-друге, певною мірою ускладнює практику застосування відповідних положень КК; по-третє, не сприяє чіткості ведення статистичного обліку задля кількісної оцінки вчинених кримінальних правопорушень, пов'язаних із домашнім насильством, що, зрештою, не сприяє адекватному плануванню заходів у такому напрямі протидії [16, с. 193].

По-четверте, з огляду на диспозицію статті 126-1 КК переслідування визначається складовою частиною психологічного насильства. Проте, як слушно зазначено в юридичній літературі [8, с. 178], у Стамбульській конвенції ці суспільно-небезпечні діяння розрізняються та мають відмінні риси.

По-четверте, як було зазначено вище, психологічне насильство не вчинюється само по собі, а переслідує конкретну злочинну мету, якою є обмеження волевиявлення особи. При цьому така мета прямо не передбачена у статті 126-1 КК, а випливає зі змісту поняття «психологічне насильство», закріпленого в пункті 14 частини 1 статті 1 Закону. Вважаємо, що конститутивні ознаки складу злочину мають бути прямо передбачені в диспозиції відповідної кримінально-правової норми.

По-п'яте, окрім суспільно-небезпечних наслідків, передбачених у статті 126-1 КК, обов'язковими наслідками виключно психологічного насильства є побоювання потерпілої особи за свою безпеку чи безпеку третіх осіб, емоційна невпевненість, нездатність захистити себе або шкода психічному здоров'ю особи. При цьому такі наслідки безпосередньо закріплені не у статті 126-1 КК, а в пункті 14 частини 1 статті 1 Закону. На нашу думку, такий підхід до законодавчої регламентації кримінальної відповідальності за домашнє насильство не може бути підтримано, оскільки конститутивні ознаки складу злочину мають бути прямо передбачені в диспозиції відповідної кримінально-правової норми.

Так, наприклад, М.І. Панов та В.В. Гальцова пропонують статтю 126-1 КК викласти в такій редакції. «Стаття 126-1. Жорстоке

поводження в сім'ї. 1. Систематичне приниження людської гідності, шантаж, примус до вчинення протиправних дій, які особа не бажає вчинити, поєднані з погрозою застосування будь-якого фізичного насильства щодо подружжя або іншого члена сім'ї» [14, с. 26].

Запропонована редакція викликає кілька зауважень. Перш за все недоцільно передбачати в різних статтях кримінальну відповідальність за фізичне та психологічне насильство, як це пропонують науковці. М.І. Хавронюк слушно зазначає, що фізичне насильство має таку назву через те, що виражається у фізичному впливі (контакті) на організм (тіло) потерпілої особи, але такий вплив (контакт) може відбуватися за допомогою не лише механічних, оптичних, електричних, але й хімічних, біологічних чи інших чинників і, якщо потерпіла особа перебуває у свідомості, практично завжди поєднується із негативним впливом на психіку останньої (психічним або психологічним впливом), тобто на її волю [7, с. 71]. З цього випливає, що зазначені види домашнього насильства часто поєднуються між собою. На це вказують також результати аналізу правозастосовної практики.

Так, вироком Оболонського районного суду м. Києва ОСОБА_2 було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого статтею 126-1 КК за те, що винний, будучи неодноразово притягнутим до адміністративної відповідальності за вчинення домашнього насильства щодо своєї цивільної дружини ОСОБА_1, систематично впродовж тривалого часу вчиняв домашнє насильство щодо останньої, яке виражалося у фізичному насильстві (шарпання за одяг, спричинення тілесних ушкоджень). Окрім цього, він вчиняв дії психологічного насильства, що виражалися у словесних образах та нецензурних висловлюваннях, приниженні людської честі та гідності, залякуванні та погрозах у бік потерпілої, в результаті чого ОСОБА_2 завдає систематичні фізичні та психологічні страждання ОСОБА_1, а ця ситуація для ОСОБА_1 має психотравмуючий характер, супроводжуючись періодично виникаючими емоційними переживаннями негативного спектру, а саме тривоги, страху, приниження, сорому [5].

Також викликають запитання види психологічного насильства, які пропонується передбачити. Не зрозуміло, чому науковці пропонують відійти від того переліку видів психологічного насильства, що закріплені в пункті 14 частини 1 статті 1 Закону. До того ж, на думку правників, відповідні дії завжди мають бути поєднані з погрозою застосування будь-якого фізичного насильства. Вважаємо, що такий підхід суттєво обмежує можливості кримінально-правової протидії психологічному насильству, адже, як показує аналіз матеріалів правозастосовної практики, доволі часто, але не завжди психологічне насильство полягає у висловлюванні погроз застосування фізичного насильства.

Так, допитаний у судовому засіданні обвинувачений ОСОБА_4 пояснив, що останні 10 років перебуває на обліку в лікаря-нарколога через алкоголізм, з 2016 р. мешкає разом із ОСОБА_2. Два роки тому з Росії повернулася матір співмешканки – потерпіла ОСОБА_3, 1938 р. н., господарка будинку, і відтоді вони проживають однією родиною. З грудня 2019 р. у нього й матері ОСОБА_2 трапляються сварки на побутовому підґрунті, в ході яких він виражався на адресу матері співмешканки нецензурною лайкою. Причини сварок у них були вкрай різноманітними, зокрема, через його нетверезий стан, ремонт, після чого ОСОБА_3 викликала поліцію, починала скаржитися на біль у серці. Причиною злочину вважає «його розшатану психіку». Розумів, що нецензурною лайкою виражається на адресу особи похилого віку і що це незаконно. Вироком суду ОСОБА_4 визнано винною у вчиненні злочину, передбаченому статтею 126-1 КК [6].

Також не може бути підтримана пропозиція щодо віднесення до кола потерпілих лише подружжя або інших членів сім'ї. Такий підхід не узгоджується з вимогами Стамбульської конвенції та практикою Європейського суду з прав людини.

Висновки

На підставі усього зазначеного вважаємо, що у статті 126-1 КК має бути прямо передбачена кримінальна відповідальність за такі види психологічного насильства, як образи, погрози, зокрема щодо третіх осіб, приниження, залякування, контроль у репродуктивній сфері, інші діяння, спрямовані на обмеження волевиявлення особи, а також за переслідування, вчинене задля цього.

Список використаних джерел:

1. Бевзюк І.В., Козьяков І.С. Поняття та зміст психологічного насильства. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2018. № 4/2 (58). С. 70–81.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і доп.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

3. Вирок Березнівського районного суду Рівненської області від 21 серпня 2020 р. у справі № 555/797/20 / Єдиний державний реєстр судо-

вих рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91105679 (дата звернення: 27.08.2020).

4. Вирок Білопільського районного суду Сумської області від 14 серпня 2020 р. у справі № 573/960/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90973476 (дата звернення: 31.08.2020).

5. Вирок Оболонського районного суду м. Києва від 4 листопада 2019 р. у справі № 756/14384/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85407744 (дата звернення: 27.08.2020).

6. Вирок Чернігівського районного суду Запорізької області від 13 липня 2020 р. у справі № 329/460/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/90351142 (дата звернення: 30.08.2020).

7. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі (науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України). Київ : Ваіте, 2019. 288 с.

8. Задоя К.П., Оленіна Я.Г. Відповідність кримінального законодавства України положенням Конвенції Ради Європи про попередження та боротьбу з насильством стосовно жінок та домашнім насильством 2011 року щодо переслідування. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2016. № 4. С. 177–179.

9. Кифлюк Р.В. Особливості розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень, пов'язаних з насильством в сім'ї : дис. ... канд юрид. наук : спец. 12.00.09. Київ, 2020. 233 с.

10. «Колишній читав мої соцмережі і листування»: ЄСПЛ розглянув першу справу про кібернасилля. *Ракурс*. URL: https://racurs.ua/ua/n133526-kolyshniy-chytav-moyi-socmereji-i-lystuvannya-iespl-rozglyanuv-pershu-spravu-pro-kibernasyllya.html (дата звернення: 23.08.2020).

11. Короткий звіт за результатами дослідження «Попередження насильства над жінками, які перебувають у складних життєвих обставинах: стан розвитку та забезпечення діяльності» (на прикладі м. Києва). Київ : МБФ «Українська фундація громадського здоров'я». URL: http://www.healthright.org.ua/wp-content/uploads/2014/10/analit-report-on-VAW-context-in-Ukraine-01-11-2012-short-version.doc (дата звернення: 02.09.2020).

12. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка, Київ : Дакор. 2019. 1384 с.

13. Невербальне спілкування. *Вікіпедія*. URL: https://tinyurl.com/y5l2zhd4 (дата звернення: 20.08.2020).

14. Панов М.І., Гальцова В.В. Проблеми кримінальної відповідальності за насильство в сім'ї. *Юридична Україні*. 2019. № 3. С. 19–28.

15. Плутицька К.М. Проблеми кваліфікації фізичного домашнього насильства. *Вісник Запорізького національного університету. Юридичні науки*. 2018. № 3. С. 112–117.

16. Якімова С.В., Лесяк Н.І. Домашнє насильство як вид кримінального правопорушення за законодавством України. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 3. С. 192–194.

Oleksandr Bilovol. Psychological violence as a type of domestic violence

The article analyzes psychological violence as one of the three forms of the objective side of the crime provided for in Article 126-1 "Domestic Violence" of the Criminal Code of Ukraine.

The ratio of physical and psychological violence is considered, as well as such manifestations of psychological violence as verbal insults, threats, humiliation, harassment, intimidation, other actions aimed at restricting the will of the person, control in the reproductive sphere.

In the analysis of such manifestations of psychological violence as verbal insults, it was stated that non-verbal insults can harm the victim in the same way as verbal insults. Moreover, certain categories of people with certain physical disabilities (deaf, deafblind) can generally perceive only nonverbal images. Moreover, certain categories of people with certain physical disabilities (deaf, deafblind) can generally perceive only nonverbal images. In addition, images can also be expressed in writing or e-mail. In this regard, it is proposed in paragraph 14 of the first part of Article 1 of the Law of Ukraine of December 7, 2017 "On Prevention and Counteraction to Domestic Violence" to replace the phrase "verbal insults" with the word "insults".

According to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (CETS № 210), harassment is not a separate manifestation of psychological violence, but is distinguished from it by a number of features.

It was found that verbal insults, threats, including against third parties, humiliation, harassment, intimidation, as separate manifestations of psychological violence, are committed not by themselves, but to achieve such an illegal goal as restricting the will of the person.

According to the results of the analysis of the normative regulation of criminal liability for psychological violence, it is concluded that it is also subject to improvement. Instead of using the term "psychological violence" in Article 126-1 of the Criminal Code of Ukraine, it is proposed to enshrine specific manifestations of psychological violence, which are provided in the definition of this concept enshrined in paragraph 14 of Article 1 of the Law of Ukraine "On Prevention and Counteraction to Domestic Violence".

Key words: objective side of crime, domestic violence, physical violence, psychological violence, economic violence.

УДК 343.35(100+477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.34

Олена Драган,
докт. юрид. наук, доцент,
проректор з наукової роботи
Університету державної фіскальної служби України
ORCID ID: 0000-0002-5696-6360

ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗБАГАЧЕННЯ

У статті охарактеризоване незаконне збагачення як один із проявів корупції, що невпинно зростає впродовж останніх років та загрожує економічній безпеці нашої держави. Вказується, що через зміни соціально-економічних умов така категорія кримінальних правопорушень постійно трансформується в нові види і форми. Одночасно видозмінюються й засоби вчинення цих правопорушень.

Наголошено на тому, що встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, повернення активів, режими кримінальної конфіскації, а також пов'язані з ними механізми забезпечення повернення корупційних доходів є важливими напрямами діяльності правоохоронних органів. В Україні триває процес приведення антикорупційної політики у відповідність із міжнародними стандартами у сфері запобігання і протидії корупції. Однак, попри широке міжнародне визнання криміналізації незаконного збагачення, воно не одержало загального визнання як антикорупційний захід. Україна – не перша держава, яка проходить випробування на конституційність норми про переслідування за незаконне збагачення. Результати аналізу рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 у справі № 1-135/2018 (5846/17) продемонстрували комплексність розуміння природи і проблематики впровадження кримінальної відповідальності за незаконне збагачення. Констатовано, що застосування такого інструменту впливу на поведінку особи неминуче пов'язане із правами людини, а саме необхідністю їх обмеження.

Досліджено перспективний зарубіжний досвід боротьби із кримінально караним незаконним збагаченням. Визначено країни, які встановили кримінальну відповідальність, та країни, які мають адміністративну відповідальність за незаконне збагачення; наведено відповідні положення національних нормативних актів. Викладено окремі аспекти доцільності встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення крізь призму практики Європейського суду з прав людини.

Обґрунтована необхідність пошуку підходящої моделі правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин, що матимуть наслідком рекомендації щодо вдосконалення вітчизняного законодавства, усунення порушень закону та їх попередження.

Ключові слова: незаконне збагачення, кримінальне правопорушення, корупційні доходи, міжнародний досвід, рішення Конституційного Суду України, практика ЄСПЛ.

Постановка проблеми. Незаконне збагачення в Україні впродовж останніх років зростає й загрожує економічній безпеці нашої держави. Через зміни соціально-економічних умов така категорія кримінальних правопорушень постійно трансформується в нові види і форми. Видозмінюються й засоби вчинення цих правопорушень. Усе це зумовлює необхідність проведення досліджень із цієї проблематики і пошуків найбільш ефективних заходів попередження незаконного збагачення.

Аналіз останніх досліджень. Питання незаконного збагачення розглядається багатьма науковцями, такими як О.І. Гузоватий, О.О. Книженко, В.М. Киричко, М.В. Кочеров, Г.С. Крайник, В.Н. Кубальський, М.І. Мельник, Д.Г. Михайленко, В.О. Навроцький, В.Я. Тацій, О.О. Титаренко, В.І. Тютюгін, М.І. Хавронюк, О.Ю. Шостко, І.М. Ясінь та ін. Проблеми боротьби із незаконним збагаченням перебувають і у полі зору практиків.

Незважаючи на все це, і досі є багато прогалин у вітчизняному правовому регулюванні та правозастосуванні із незаконним збагаченням, що мають бути вирішені. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення, повернення активів, міжнародне співробітництво у цій сфері, режими кримінальної конфіскації, а також пов'язані з ними механізми забезпечення повернення корупційних доходів є доволі важливими напрямами діяльності правоохоронних органів.

Мета статті. Інститут незаконного збагачення у галузі кримінального права покликаний виявляти, попереджати розвиток

© О. Драган, 2021

корупційного збагачення посадових осіб органів влади. Аналіз позиції Конституційного Суду України з цього питання із посиланням на зарубіжний досвід боротьби із кримінально караним незаконним збагаченням та пошуки оптимальної моделі для українського законодавства дають змогу розробити рекомендації щодо шляхів подальшого розвитку законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення у вигляді спеціальної статті фактично являє собою останній елемент контролюючого характеру у механізмі кримінально-правової протидії корупції, що спрямований на забезпечення невідворотності відповідальності за всі злочинні форми корупційного (незаконного) збагачення [1, с. 147].

Відповідно до статті 62 Конституції України особа вважається невинуватою у скоєнні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у скоєнні злочину [2].

Рішення Конституційного Суду України від 26.02.2019 у справі № 1-135/2018 (5846/17) за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України щодо визнання такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною) статті 368-2 Кримінального кодексу України про незаконне збагачення, фактично декриміналізувало один із ключових злочинів, задля боротьби з якими створювали нові антикорупційні органи [3].

Конституційний Суд України у своєму рішенні також звернув увагу на те, що за вказаною Конвенцією держава-учасниця розглядає можливість криміналізації незаконного збагачення «за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи». При цьому, на думку Суду, у разі криміналізації будь-якого суспільно небезпечного діяння треба виходити насамперед із принципів та норм Конституції України, адже закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй. Далі Суд із посиланням на юридичну визначеність як елемент верховенства права, закріпленого статтею 8 Конституції, детально виклав позиції ЄСПЛ щодо якості закону, змісту презумпції невинуватості щодо неприпустимості притягнення особи до відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, вимог чіткості, точності, однозначності та юридичної визначеності як складника принципу верховенства права, закріпленого у ст. 8 Конституції України.

При цьому Суд указав на те, що Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) у Доповіді «Верховенство права», схваленій на її 86-му пленарному засіданні, яке відбулося 25–26 березня 2011 року, зазначила, що одним із неодмінних елементів верховенства права є юридична визначеність (пункт 41); юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними (пункт 46).

Конституційний Суд України зауважує, що елементом принципу презумпції невинуватості є принцип *in dubio pro reo*, згідно з яким у оцінюванні доказів усі сумніви щодо вини особи тлумачаться на користь її невинуватості.

Вирішуючи цю справу, Конституційний Суд України вказав на те, що виходить із того, що законодавче визначення ознак такого злочину, як незаконне збагачення, у статті 368-2 Кодексу не відповідає принципу юридичної визначеності. Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України (стаття 9 Основного Закону України) [3].

Необхідно зауважити, що Україна – не перша держава, яка проходить випробування на конституційність норми про переслідування за незаконне збагачення.

Подібні суперечки щодо нібито неконституційності редакції статті мали місце і у Литві. Однак, розглянувши це питання, литовський Конституційний Суд визнав норму «незаконного збагачення» такою, що відповідає Основному Закону держави, пославшись, зокрема, на «прагнення зробити економічно невигідними злочини, пов'язані з корупцією, власністю, економікою, фінансами, інші корисливі злочини, а також запобігти таким діянням і нанесенню збитків державі та суспільству» [4]. Литовська Республіка визнала незаконне збагачення злочином, стаття 189-1 Кримінального кодексу Литовської Республіки передбачає, що особа, яка на основі речового права воло-

діє майном вартістю понад 500 мінімальних розмірів прожиткового мінімуму і знала або повинна була знати, що таке майно не могло бути придбане за рахунок законних доходів, підлягає покаранню у формі штрафу або арешту, або тюремного ув'язнення на строк до 4 років з обов'язковою конфіскацією власності. Дія цієї статті поширюється і на юридичних осіб. Водночас є й адміністративна відповідальність за незаконне збагачення, яка полягає в тому, що якщо вартість майна менша зазначеного порога, то особа повинна сплатити податки із цього майна і може бути притягнута до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу в розмірі від 10% до 50% від вартості майна [5, с. 824].

Конституційний Суд Республіки Молдова визнав інститут незаконного збагачення таким, що відповідає Конституції, визнавши, що оспорювані положення не перевищують межі конституційних норм і виправдані інтересами державної безпеки і боротьби з корупцією. Водночас судом зауважено, що обов'язок доводити незаконне збагачення лежить виключно на державних органах (п. 107); а норма ст. 330-2 Кримінального кодексу не вимагає від державного службовця «раціонально обґрунтувати» своє майно [6].

Міжнародно-правові приписи про кримінальну відповідальність за незаконне збагачення передбачені, зокрема, у Конвенції ООН проти корупції 2003 року, статтею 20 якої передбачено, що за умови дотримання своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи кожна держава-учасниця цієї конвенції розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисного незаконного збагачення, тобто значного збільшення активів посадової особи органу публічної влади, яке перевищує її законні доходи, які вона не може раціонально обґрунтувати [7]. Погоджуємося із науковцями у тому, що у статті йдеться не про обов'язковість, а про можливість імплементації цих приписів у національне законодавство, реалізація якої зумовлена дотриманням своєї конституції та основоположних принципів своєї правової системи [8]. Конвенція ООН проти корупції рекомендує країнам встановити кримінальну відповідальність за незаконне збагачення, а таким визнається наявність у публічної посадової особи якоїсь власності, яку вона не вказала у декларації і яку не може пояснити.

Багато країн не встановили кримінальної відповідальності, але у них адміністративна відповідальність такого обсягу, що вона цілком адекватна криміналізації. Наприклад, Італія використовує таку санкцію, як конфіскація [5].

Підкреслюємо те, що більшість країн Європи і США неохоче здійснюють криміналізацію незаконного збагачення як окремого кримінально караного діяння. Причинами називають, зокрема, порушення принципів кримінального судочинства та конституції щодо презумпції невинуватості, а також наявність у національному законодавстві достатніх превентивних заходів для боротьби з корупцією, включаючи незаконне збагачення. Серед 33 країн, що ратифікували Конвенцію, Сполучені Штати Америки та Канада відмовилися визнавати як окремий склад кримінального правопорушення незаконне збагачення [9].

Необхідно зазначити, що вперше поняття злочину незаконного збагачення було введене в Аргентині у 1964 році. Того ж року аналогічне поняття було запроваджене в Індії. У 1971 році в Гонконзі незаконне збагачення було криміналізоване указом про запобігання хабарництву, який з успіхом виконується з того часу. Тоді ж багато країн ввели злочин незаконного збагачення до свого кримінального законодавства, і тепер уже близько 45 країн покладаються на цей інструмент у боротьбі з корупцією.

Розуміння незаконного збагачення як справді корупційно небезпечної проблеми почало з'являтися наприкінці 70-х років XX століття. Першою серед міжнародних організацій, яка визначила невідповідність доходів і видатків посадовців обійманим посадам, виконуваним функціям як незаконне збагачення та необхідність його криміналізації, стала Організація Американських Держав. У ст. IX Міжамериканської конвенції про боротьбу з корупцією встановлюється вимога визнання як злочину суттєвого збільшення майна урядового чиновника, що він не може зрозуміло пояснити стосовно його законних заробітків під час виконання своїх функцій [9].

У Литві відповідна стаття була введена до Кримінального кодексу 2010 року, і в ній вказано, що у разі, якщо певній особі належить право власності на майно, вартість якого перевищує 500 мінімальних прожиткових мінімумів, і яка водночас усвідомлює або мала чи могла усвідомлювати, що таке майно не могло бути придбане з використанням законного доходу, це карається штрафом або арештом, або позбавленням волі на строк до чотирьох років.

У Кримінальному кодексі Аргентини (1964 року) передбачено, що будь-яка особа, яка у відповідь на законну вимогу не надає виправдання походженню свого якого-небудь

значного збагачення чи використовуваної нею з метою прикриття третьої особи під час перебування на державній посаді та в період до двох років після припинення виконання таких обов'язків, карається позбавленням волі на строк від двох до шести років, штрафом у розмірі від 50 до 100 відсотків суми збагачення і довічною абсолютною поразкою в правах.

Аналізуючи ст. 20 Конвенції, можна зазначити, що вона встановлює презумпцію походження майна державної посадової особи внаслідок вчинення корупційних правопорушень. Тобто особа повинна доводити свою невинуватість. Своєю чергою це є порушенням класичного принципу кримінального процесу про невинуватість осіб, вину яких не доведено в судовому порядку [5, с. 823]. Федеративна Республіка Німеччина ратифікувала Конвенцію 12.11.2014, але від імплементації ст. 20 відмовилася, бо в національному законодавстві закріплено злочин отримання хабаря, який є одним зі способів незаконного збагачення [10].

Об'єднане Королівство Великої Британії та Північної Ірландії не імплементувало ст. 20 Конвенції через те, що створення положень закону щодо незаконного збагачення як правопорушення було розглянуте під час розробки законодавчих пропозицій, які стали Законом «Про хабарництво» 2010 року, і відхилено, оскільки ці положення суперечили основним принципам правової системи Великобританії та були несумісними з презумпцією невинуватості та пунктом 2 статті 6 Європейської Конвенції [5, с. 824].

Після декриміналізації з метою створення нової кримінально-правової норми, присвяченої незаконному збагаченню, Верховною Радою України 31.10.2019 прийнято нову редакцію норми незаконного збагачення, викладену у статті 368-5 КК України, що так само у більшості науковців та практиків викликало стурбованість щодо її відповідності принципам права [11].

Частина перша вказаної статті передбачає відповідальність за набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, активів, вартість яких більше ніж на шість тисяч п'ятсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи. Кримінальна відповідальність за ч. 1 ст. 368-5 КК України – позбавлення волі на строк від п'яти до десяти років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років [12]. Цей Закон набрав чинності 07 листопада 2019 року. Як зазначається у пояснювальній записці до проєкту зазначеного Закону, встановлення кримінальної відповідальності за незаконне збагачення є зобов'язанням України за Меморандумом про взаємодію із Міжнародним валютним фондом від 22 квітня 2014 року, а також за статтею 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції 2003 року, ратифікованої Верховною Радою України 18 жовтня 2006 року.

Слушною видається думка вчених, які стверджують, що, попри широке міжнародне визнання криміналізації незаконного збагачення, воно не одержало загального визнання як антикорупційний захід. Ця норма продовжує викликати активні дискусії та суперечки. Так, М.А. Рубащенко вважає, що нова редакція лише завуальовує порушення конституційних принципів, наведених у рішенні Конституційного Суду України, а тому український парламент «реанімував» «незаконне збагачення» шляхом виключення спірного елементу «відсутність доказів законності/відсутність раціонального обґрунтування», що тільки посилило неконституційність закону [13, с. 13].

Також викликає стурбованість відповідність нової норми принципу правової визначеності. Європейський суд з прав людини у рішенні у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства № 1» (*The Sunday Times v. the United Kingdom No. 1*) від 26 квітня 1979 року зазначив, що «норма не може розглядатися як «право», якщо її не сформульовано досить чітко, що дає змогу громадянинові регулювати свою поведінку» (пункт 49). У рішенні ЄСПЛ у справі «S.W. проти Сполученого Королівства» від 23.09.1998 вказано, що будь-який злочин має бути чітко визначений у законі, при цьому необхідно, аби кожен міг зрозуміти з тексту відповідної статті, а якщо потрібно – за допомогою судового тлумачення, за яку дію або бездіяльність передбачена кримінальна відповідальність [14].

Висновки

Підсумовуючи викладене, можна зазначити, що поняття «незаконне збагачення» та його наступна трансформація у національному кримінальному законодавстві відбувається й понині. Законодавець хоч і намагається врахувати рекомендації міжнародної спільноти, але водночас піддається впливу політичних чинників. Чимало вже зроблено, у т.ч. поняття «незаконне збагачення» знову криміналізоване в Україні.

Список використаних джерел:

1. Верховенство права : доповідь № 512/2009, Страсбург, 4 квітня 2011 р. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія). URL: https://www.venice.coe.int/

webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr (дата звернення: 15.04.2021).

2. Конституція України від 28.06.1996: зі змінами і допов. від 03.09.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 15.04.2021).

3. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року у справі № 1-135/2018(5846/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text (дата звернення: 15.04.2021).

4. Рішення литовського Конституційного Суду. URL: http://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/l70/ta1688/summary (дата звернення: 15.04.2021).

5. Зінченко К.С., Шевчук С.В. Проблемні питання, які пов'язані зі статтею 368-2 КК України та шляхи їх вирішення. *Молодий вчений*. 2018. № 11 (63). С. 822–825. URL: http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2018/11/185.pdf (дата звернення: 15.04.2021).

6. Рішення Конституційного Суду Республіки Молдова. URL: htpp://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=358414&lang=2 (дата звернення: 15.04.2021).

7. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16 (дата звернення: 15.04.2021).

8. Киричко В.М. Законодавчий вірус у системі КК України: визначення і актуалізація проблеми на прикладі ст. 368-2 КК «незаконне збагачення». *Проблеми законності*. 2016. Вип. 133. С. 142–151.

9. Гарбазей Д.О. Незаконне збагачення: міжнародно-правовий аспект. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2013. № 6-1, Т. 2. С. 212–217.

10. Komparativni pregled: Kriminalizacija nezakonitog bogaćenja javnih funkcionera u pojedinim evropskim zemljama. URL: http://www.skupstina.me/images/dokumenti/biblioteka-i-istrazivanje/2017/3.pdf (дата звернення: 15.04.2021).

11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів : Закон України № 263-IX від 31.10.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/263-20#Text (дата звернення: 15.04.2021).

12. Кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг (Розділ XVII). *Кримінальний кодекс України* від 23 квітня 2021 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page14#Text (дата звернення: 15.04.2021).

13. Рубащенко М.А. Незаконне збагачення: міфічна природа та загрози криміналізації. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2019. № 1 (12). С. 1–31.

14. S.W. проти Сполученого Королівства : Рішення ЄСПЛ від 23 вересня 1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_106#Text (дата звернення: 15.04.2021).

Olena Dragan. Concerning criminal liability for illicit enrichment

The article describes illicit enrichment as one of the manifestations of corruption, which has been growing steadily in recent years and threatening the economic security of our country. It is indicated that due to changes in socio-economic conditions, this category of criminal offenses is constantly transformed into new types and forms. At the same time, the means of committing these offenses are also being changed. It was emphasized that the establishment of criminal liability for illegal enrichment, asset recovery, criminal forfeiture regimes, as well as related mechanisms for ensuring the return of corruption income are important areas of law enforcement activities. The process of bringing anti-corruption policy in line with international standards in the field of corruption prevention and counteraction is underway in Ukraine. However, despite wide international recognition of the criminalization of illicit enrichment, it has not received general recognition as an anti-corruption measure. Ukraine is not the first state to test the constitutionality of the rule on prosecution for illicit enrichment. The results of the analysis of the decision of the Constitutional Court of Ukraine of February 26.02. 2019 in case No. 1-135/2018 (5846/17) demonstrated a comprehensive understanding of the nature and problems of criminal liability for illicit enrichment. It is stated that the use of such a tool to influence a person's behaviour is inevitably related to human rights, namely the need to limit them.

Prospective foreign experience in combating criminally punishable illicit enrichment has been studied. The countries that have established criminal liability and the countries that have administrative liability for illicit enrichment have been identified; the relevant provisions of national regulations are given. Some aspects of the expediency of establishing criminal liability for illicit enrichment through the prism of the case law of the European Court of Human Rights are outlined.

The necessity of finding a suitable model of legal regulation of the relevant sphere of public relations is substantiated, which will result in recommendations on improving domestic legislation, eliminating violations of the law and preventing them.

Key words: illicit enrichment, criminal offense, corruption proceeds, international experience, decisions of the Constitutional Court of Ukraine, case law of the European Court of Human Rights.

УДК 34.343.21
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.35

Олена Олійник,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права
Інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ВПЛИВ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НА ПОДОЛАННЯ ПРОГАЛИН У КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Метою статті є з'ясування шляхів подолання прогалин у кримінальному праві України. В статті йдеться про неповноту окремих нормативно-правових приписів, що регулюють кримінально-правові відносини, тобто про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за змістом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в даному конкретному випадку. При цьому під прогалинами в кримінальному праві автор в своєму дослідженні пропонує розуміти повну або часткову відсутність в їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують, так би мовити, «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання. Так, аналіз сучасного закону про кримінальну відповідальність і практики його застосування демонструє, що прогалини в даній сфері існували й існують на цей час. Автор статті демонструє, що, на відміну від розширювального тлумачення, коли йдеться про справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг чітко позначити відповідною термінологією, прогалина існує у тому разі, коли законодавець взагалі не передбачив певні обставини (ситуацію) в нормативно-правовому акті. Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізняти відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання (сфера non jus). Прогалини в кримінальному праві слід розглядати через призму неповноти відповідних елементів і ознак складу кримінального правопорушення. Одним з варіантів виходу з такої ситуації може слугувати аналогія права, адже аналогія закону прямо заборонена положеннями діючого КК України. За результатами здійсненого дослідження автор дійшов висновку, що подолання прогалин також може здійснюватися й шляхом безпосереднього застосування загальних принципів права. Таке звернення є наступним після аналогії закону й аналогії права, субсидіарним засобом подолання прогалин. Зроблено висновок, що прогалинами в кримінальному праві визнається повна або часткова відсутність у їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують, так би мовити, «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання.

Ключові слова: прогалини в кримінальному законодавстві, шляхи подолання прогалин, аналогія права, аналогія закону, принципи права.

Постановка проблеми. Проблематиці вивчення правової природи такого явища, як правова прогалина, присвячували свої праці такі вітчизняні та зарубіжні вчен, як П.А. Альбрехт, П.С. Берзін, Ф. Бидлінскі, О. Кармаза, М.А. Кауфман, М.С. Кельман, В.В. Лазарєв, О.Г. Мурашин, С. Погребняк, А.В. Савченко, О.Ф. Скакун, Є.О. Харитонов, Я. Шапп та багато інших.

Водночас окремі аспекти порушеного нами питання залишились поза увагою вітчизняних та зарубіжних науковців.

Можна сказати, що сьогодні поняття прогалин у праві взагалі і в кримінальному праві зокрема залишається недослідженим. Іноді навіть заперечується сама можливість існування прогалин у кримінальному праві. Водночас аналіз закону про кримінальну відповідальність і практики його застосування демонструє, що прогалини в цій сфері існували й залишаються існувати. Прогалину можна розглядати як неповноту у змісті права (в тому числі й у формі його відбиття), однак лише стосовно фактів суспільного життя, які знаходяться у сфері правого регулювання [1, с. 30]. Отже, прогалини в законодавстві – це повна або часткова відсутність законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [2, с. 148].

Метою статті є з'ясування шляхів подолання прогалин у кримінальному праві України.

© О. Олійник, 2021

Виклад основного матеріалу. Прогалина (у буквальному сенсі цей термін означає пусте, незаповнене місце, пропуск чогось, в переносному – хибу, недогляд, недолік) є «незапланованою неповнотою» нормативно-правових приписів, необхідних для вирішення конкретного випадку, тобто йдеться про нестачу для вирішення існуючої проблеми такого нормативного припису, який за змістом його тексту (навіть при найбільш широкому трактуванні) підлягав би застосуванню в даному конкретному випадку [3, с. 30; 4, с. 197]. Прогалини в праві, на думку В.В. Лазарєва, є дефектами у виявленні державної волі, її оформленні, в неповному або недостатньому використанні засобів юридичної техніки, в наявності прогалин і протиріч в діючому праві [5, с. 83–84].

На відміну від розширювального тлумачення, коли ми маємо справу з обставинами, які законодавець передбачав, але не зміг чітко позначити відповідною термінологією, прогалина існує у тому разі, коли законодавець взагалі не передбачив певні обставини (ситуацію) в нормативно-правовому акті. Крім того, від прогалин у законодавстві слід відрізняти відсутність приписів щодо тих суспільних відносин, які знаходяться поза сферою правового регулювання (сфера non jus). У цьому разі це просто «юридично порожній простір, який оточує середовище права», тоді як у ситуації з прогалиною передбачає відсутність у позитивному праві відповіді на питання, що потребує юридичного рішення [6, с. 44–56].

С. Погребняк вказує, що задля подолання прогалин зазвичай використовують такі засоби, як аналогія закону й аналогія права, при цьому, враховуючи відмінність між прогалинами в законодавстві та прогалинами в праві, можна припустити, що подолання перших прогалин здійснюється не лише завдяки аналогії закону та аналогії права, а й шляхом застосування норм права, що регулюють ці ж суспільні відносини та закріплені в інших джерелах права (тобто йдеться не про пошук відповіді, як законодавець урегулював би ці відносини, а як ці відносини врегульовані іншими, ніж законодавство, джерелами права) [6, с. 46]. У юридичній літературі аналогія закону визначається, зокрема, як: вирішення справи або окремого юридичного питання на основі правової норми, розрахованої на подібні випадки [7, с. 402], або вирішення конкретної справи на основі норми права, яка розрахована на регулювання подібних суспільних відносин, близьких за значенням і характером [8, с. 304]. Спочатку реалізується механізм аналогії закону, і тільки за неможливості його використання – механізм аналогії права.

Слід зазначити, що крім аналогії права та закону існує також й такий спосіб подолання прогалин без внесення змін до законодавства, як субсидіарне застосування норм права [9, с. 69]. У доктрині субсидіарне застосування норм права, зокрема, розглядається як: додаткове застосування одного інституту або галузі права до відносин, що регулюються іншим інститутом або галуззю права [7, с. 403], або використання конкретних приписів суміжного правого інституту або суміжної (спорідненої) галузі права [1, с. 34]. Необхідно мати на увазі, що під час усунення прогалин за допомогою аналогії закону подібність врегульованих та неврегульованих правом відносин має бути істотною в юридичних ознаках. Призначення аналогії закону полягає у тому, що від подібності матеріальної основи відносин відбувається перехід до подібностей на юридичній основі, за допомогою чого і відбувається розповсюдження дії норми на відносини, подібні предмету його регулювання [9, с. 69].

Крім доктрини, термін «аналогія» також вживається й у законодавстві. Якщо йдеться про кримінальне законодавство, то в даному випадку необхідно приймати до уваги положення ч. 4 ст. 3 КК України щодо заборони застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією. Це означає, що такий спосіб виходу з ситуацією застосування закону виключається. Загалом у юридичній літературі досить поширеною є думка, що в кримінальному праві немає місця для застосування аналогії. Про це прямо говориться і в кримінальному законі, проте: по-перше, виключивши аналогію як спосіб криміналізації діянь, закон не вказує на неприпустимість її застосування за межами цієї сфери; по-друге, практика застосування кримінального закону за останні роки зазнала численних випадків фактичного відновлення і використання аналогії, попри її законодавче скасування; по-третє, сама по собі законодавча заборона на застосування аналогії не дає ніяких рекомендацій судовим і слідчим органам щодо того, як їм діяти в разі виявлення пробілу [10].

Так, на наш погляд, у певній формі аналогія права наявна у Загальній частині КК України, оскільки у ч. 1 ст. 14 готуванням до вчинення кримінального правопорушення є підшукування або пристосування засобів чи знарядь, підшукування співучасників або змова на вчинення кримінального правопорушення, усунення перешкод, а також інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення. Останнє – «...а також інше умисне створення умов для вчинення кримінального правопорушення» – і є, на наш погляд, проявом ана-

логії права, адже в законі надати вичерпний перелік всіх дій, які б підпадали під стадію готування до вчинення кримінального правопорушення, просто неможливо.

Прогалини, які зустрічаються в диспозиціях діючих кримінально-правових норм, – це неповнота, пов'язана з прорахунками, допущеними законодавцем під час опису ознак складів кримінальних правопорушень. Ці прогалини слід розглядати через призму неповноти відповідних елементів і ознак складу кримінального правопорушення. Так, неповнота в описі об'єкта кримінального правопорушення може виявитися під час звернення до предмета кримінального правопорушення. Що стосується прикладів прогалин, допущених під час опису об'єктивної сторони, суб'єкта і суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, то, наприклад, ознаки об'єктивної сторони, порівняно з іншими, є більш різноманітними, змістовними, складними, структурованими, такими, що можуть мати альтернативний або оціночний характер. Отже, прогалини, допущені законодавцем під час опису об'єктивної сторони, в КК України зустрічаються частіше. Про це свідчать десятки змін і доповнень, внесених у диспозиції статей Особливої частини КК України після набрання чинності цим Кодексом у 2001 році.

Виняток із принципу «ніякого покарання без закону» міститься в п. 2 ст. 7 ЄКПЛ, згідно з яким цей принцип «не є перешкодою для судового розгляду, а також для покарання будь-якої особи за будь-яку дію чи бездіяльність, яка на час її вчинення становила кримінальне правопорушення відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями» [11]. Цей припис був включений у Конвенцію з метою «лікування хвороб» антидемократичних режимів, покарання «посиленої державою злочинності» [12, с. 45] і є надзвичайно важливим прикладом безпосереднього застосування принципів права. Тим не менш, аналогія цілком виправдана в інших галузях права, що дає нам можливість припускати існування презумпції припустимості аналогії: подолання прогалини шляхом застосування аналогії можливо, якщо не доведено існування непереборної прогалини [6, с. 45].

Немає сумнівів, що подолання прогалин також може здійснюватися й шляхом безпосереднього застосування загальних принципів права. Таке звернення є наступним після аналогії закону й аналогії права субсидіарним засобом подолання прогалин. У разі звернення до загальних принципів права треба виходити не від схожості відносин: по-перше, йдеться про застосування права для регулювання відносин, що за суттю не є подібними до інших, що вже внормовані правом (специфічність таких відносин є більш значущою); по-друге, загальні принципи є вимогами, що діють в усіх галузях та інститутах права, а це дозволяє припустити, що такі вимоги мають діяти і щодо певних конкретних відносин (тому для регулювання відносин, що не є подібними до інших, треба виробити конкретне правило (adhoc норму), яке б найкращим чином узгоджувалося із загальними принципами права, відтак, наприклад, суддя ніби зобов'язаний підтримати точку зору законодавця, передбачити його варіант вирішення цього питання) [6, с. 44–56].

Зрозуміло, що застосування загальних принципів права є засобом, що вкрай рідко використовується під час здійснення правосуддя. Це пояснюється сучасним станом розвитку позитивного права, коли практично всі ситуації, що вимагають правового регулювання, отримали відповідну пряму або опосередковану регламентацію законодавця, відтак загальні принципи мають безпосередньо допомогти лише тоді, коли законодавець не запропонував суду жодного правила, придатного до застосування [6, с. 54].

Нагадаємо, що досконалих законів і норм не буває. Прогалини в праві (законодавстві) завжди були є і будуть. Це навіть стосується самих стабільних правових систем, оскільки апріорі неможливо передбачити всі ситуації, які на перспективу потребуватимуть правового регулювання. Поряд із цим прогалину в праві не можна ототожнювати з помилкою в праві. Остання можлива у випадках, коли правотворчий орган: помилково вважає якісь відносини такими, що не підлягають правовому регулюванню; помилково покладається на конкретизацію права в ході його застосування; помилково передає питання на розсуд того, хто застосує право; видає норму, яка не потрібна; помилково вирішує питання в установленій нормі (у перших трьох випадках «помилка в праві» домислює наявність прогалин) [7, с. 400].

Висновки

Таким чином, прогалинами в кримінальному праві визнається повна або часткова відсутність у їх змісті положень, що врегульовують відповідні життєві ситуації та забезпечують так би мовити «запуск, роботу» відповідних елементів механізму кримінально-правового регулювання. При цьому існують різні критерії (підстави) систематизації найбільш типових прогалин (залежно від моменту виникнення: первинні та похідні; залежно від обсягу застосованого правового регулювання: повні та част-

кові; залежно від «місця» прогалини у змісті конкретного джерела кримінального права: Конституція України; КК України; КПК України; «регуляторні закони»; підзаконні нормативно-правові акти; міжнародні договори тощо; залежно від можливості подолання (у процесі правозастосування): такі, що можуть бути подолані; такі, що не можуть бути подолані), водночас це є темою для окремого дослідження.

Отже, положення КК України, що закріплені у ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 3 та ч. 4 ст. 3, розглядаються як передумови для вирішення питання про подолання колізій та прогалин у законі про кримінальну відповідальність, оскільки на противагу принципам, які використовуються в цивілістичних галузях вітчизняного законодавства, наука кримінального права міцно обмежена рамками існуючих в цій галузі принципів.

Враховуючи специфіку кримінального права, пропонується застосовувати як принципи права загалом, так і принципи кримінального права зокрема задля подолання прогалин кримінального закону, а також у разі необхідності застосовувати аналогію права.

Список використаних джерел:

1. Харитонов Є.О. Цивільне право України. Елементарний курс : навч. посіб. Суми : Університетська книга, 2006. 352 с.

2. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін.]. Київ : Укр. енцикл., 2003. Т. 5. П–С. 736 с.

3. Шапп Я. Система германского гражданского права / [пер. с нем.]. М. : Междунар. отношения, 2006. 360 с.

4. Быдлински Ф. Основные положения учения о юридическом методе. Ч. 2. *Вестник гражданского права*. 2006. № 2, т. 6. С. 185–226

5. Лазарев В.В. Пробелы в праве. Казань : Казан. ун-т, 1969. 95 с.

6. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 44–56

7. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник / [пер. з рос.]. Харків : Консум, 2008. 656 с.

8. Кельман М.С., Мурашин О.Г. Загальна теорія держави і права : підручник. Київ : Кондор, 2008. 477 с.

9. Кармаза О. Способи подолання прогалин у житловому законодавстві України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Серія : Юридичні науки. 2011. Вип. 86. С. 67–71

10. Кауфман М.А. Пробелы в уголовном праве и способы их преодоления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Москва, 2009. 51 с. URL: https://www.iuaj.net/node/397.

11. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : підпис. від 4 листоп. 1950 р. ; зі змін. та допов., внесеними Протоколом № 11 від 11 трав. 1994 р., Протоколом № 14 від 13 трав. 2004 р. *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

12. Альбрехт П.А. Забута свобода: принципи кримінального права в європейській дискусії про безпеку / [пер. з нім.]. Одеса : Астропринт, 2006. 160 с.

Olena Oliinyk. The influence of the principles of criminal law on overcoming gaps in the criminal legislation of Ukraine

The purpose of the article is to find out ways to overcome the gaps in the criminal law of Ukraine. The article deals with the incompleteness of certain normative-legal prescriptions regulating criminal-legal relations, ie about the lack for solving the existing problem of such normative-prescribing, which according to the content of its text (even in the broadest interpretation) would be applicable in this particular case. Thus under gaps in criminal law the author in the research suggests to understand full or partial absence in their maintenance of the provisions regulating the corresponding life situations and providing so to speak "start, work" of the corresponding elements of the mechanism of criminal law regulation. Thus, the analysis of the modern law on criminal liability and the practice of its application shows that gaps in this area have existed and remain. The author of the article demonstrates that in contrast to the broad interpretation, when it comes to circumstances that the legislator foresaw, but could not clearly indicate in the appropriate terminology, the gap exists when the legislator did not foresee certain circumstances (situation) in the normative legal act. In addition, gaps in the legislation should be distinguished from the lack of regulations on those public relations that are outside the scope of legal regulation (non-jus). Gaps in criminal law should be considered through the prism of incompleteness of the relevant elements and features of the criminal offense. One of the ways out of this situation may be the analogy of law, because the analogy of the law is expressly prohibited by the provisions of the current Criminal Code of Ukraine. Based on the results of the study, the author came to the conclusion that bridging the gaps can also be done through the direct application of general principles of law. Such an appeal is the next, after the analogy of law and the analogy of law, a subsidiary means of overcoming gaps. It is concluded that gaps in criminal law are the complete or partial absence in their content of provisions that regulate the relevant life situations and ensure, so to speak, "launch, operation" of the relevant elements of the mechanism of criminal law regulation.

Key words: gaps in criminal law, ways to overcome gaps, analogy of law, analogy of the law, principles of law.

УДК [343.97:343.352](477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.36

Віталій Плекан,
канд. юрид. наук,
прокурор відділу Генеральної інспекції
Офісу Генерального прокурора

ОСОБЛИВОСТІ ТА ПРИЧИНИ ВИНИКНЕННЯ КОРУПЦІЇ В ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ УКРАЇНИ

Проблема корупції й надалі залишається однією з найболючіших тем для українського суспільства та загрозою на шляху демократичних перетворень в Україні. Правоохоронні органи, що покликані забезпечити ефективну протидію корупції, реалізацію конституційних прав і свобод громадян, дотримання законності в державі, виявилися ураженими корупційними явищами, що суттєво дискредитує авторитет влади, створює загрозу демократії і негативно впливає на інвестиційний клімат України.

У статті автор розглянув окремі аспекти існування корупції в правоохоронних органах як підсистеми корупції в органах публічної влади та суспільстві у цілому. Звернуто увагу на кореляцію між рівнем корупції та ступенем закритості правоохоронних органів, наявністю у них дискреційних повноважень. Наголошується на формуванні у працівників правоохоронних органів специфічного ставлення до правових норм, відповідних професійних знань та досвіду роботи, що ускладнює виявлення таких фактів, сприяє їх уникненню від кримінальної відповідальності. Частково досліджено питання корпоративної етики правоохоронних органів, що полягає у свідомому замовчуванні керівниками вищої ланки корупційних діянь та порушень, учинених підпорядкованими працівниками.

Проаналізовано причини, що зумовлюють виникнення корупційних явищ серед працівників правоохоронних органів, формування корупційної поведінки, зміну морально-ціннісних орієнтирів, їх професійну деформацію. На основі опрацювання та аналізу стану корумпованості правоохоронних органів узагальнено причини виникнення корупції та виокремлено найбільш вагомі серед них за їхньою правовою природою та сферами впливу. Запропоновано класифікувати такі причини на економічні, організаційно-управлінські, політико-правові, соціальні, ідейні та морально-психологічні. Серед морально-психологічних виокремлено суб'єктивні, що зумовлені індивідуально-психологічними особливостями, та об'єктивні, що пов'язані зі ставленням громадськості до корупційних явищ.

Перспективою подальших досліджень виступають питання створення дієвої системи запобігання і протидії корупції, виявлення та подолання її соціальних передумов і наслідків, викриття корупційних діянь, притягнення до відповідальності винних у їх вчиненні.

Ключові слова: корупція, правоохоронні органи, причини виникнення, професійна деформація, протидія корупції.

Постановка проблеми. Правоохоронні органи повинні займати ключове місце у питаннях боротьби з корупцією і, по суті, забезпечити імунітет держави від злочинності. Очевидно, що корумповані правоохоронні органи не в змозі ефективно протидіяти тим явищам і процесам, які реально загрожують безпеці особистості, суспільства і держави. У зв'язку із цим найбільшу небезпеку для громадян створює не лише корупційна злочинність чиновників, а саме вчинена працівниками правоохоронних органів, тому корупцію слід розглядати не тільки як об'єкт правового дослідження, а й як психологічне і моральне явище, адже це не лише певні дії, а й система негативних поглядів, переконань, установок, спосіб мислення, який формує стиль життя працівника правоохоронного органу. Саме такі факти формують у населення дефекти правосвідомості, негативне відношення до всієї правоохоронної системи і стимулюють існування та розвиток так званої «тіньової юстиції».

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням особливостей та причин виникнення корупції, у тому числі в правоохоронних органах, приділяли увагу провідні вітчизняні та зарубіжні вчені, серед яких: М.А. Багмет, Н.В. Болва, І.А. Ботнаренко, А.А. Венедіктов, Ю.Е. Венедіктова, С.А. Гадойбоєв, В.Д. Гвоздецький, І.С. Гуреєв, К.О. Іванова, З.Р. Кісіль, А.В. Красовський, А.С. Кучапіна, М.І. Мельник, С.А. Мозоль, С.В. Невмержицький, О.В. Ніколенко,

© В. Плекан, 2021

С. Роуз-Аккерман, О.В. Ткаченко, А.Л. Тіньков, Н.В. Шинкаренко, Ф.П. Шульженко та ін.

Метою статті є визначення особливостей корупції у правоохоронних органах, виокремлення причин її виникнення та їх узагальнення.

Виклад основного матеріалу. У рамках досліджень, проведених Європейською бізнес-асоціацією спільно з інвестиційною компанією Dragon Capital впродовж 2016–2020 рр., іноземні інвестори серед перешкод для іноземних інвестицій в Україну виокремили недовіру до судової системи та широко розповсюджену корупцію. Своєю чергою, для подолання цих явищ першочерговими кроками для української влади іноземні інвестори зазначають необхідність перезапуску правоохоронних органів, ефективні антикорупційні заходи (у тому числі засудження топ-чиновників за корупцію).

Окрім цього, за даними онлайн-моніторингу сприйняття реформ, що провела компанія TNS спільно з Національною радою реформ, 56% громадян України вважають, що передусім необхідно очистити від корупції правоохоронні органи.

Факти корупції всередині правоохоронних органів особливо вражають суспільство і громадськість, підривають довіру громадян до всієї системи правоохоронних органів та державних інституцій. Корупція у правоохоронних органах негативно впливає на результати боротьби зі злочинністю. Вона є тим чинником, який сприяє уникненню злочинцями від відповідальності, впливає на дотримання самими працівниками правоохоронних органів дисципліни та законності [1, с. 483], призводить до девальвації моральних цінностей, змінює мотивацію службових осіб у сфері державного управління, а також громадян у різних сферах соціального життя [2, с. 141].

Не викликає сумніву, що запобігання корупції – це стратегічний напрям антикорупційної політики будь-якої держави. Як складник такої діяльності запобігання корупції у правоохоронних органах водночас є також складовою частиною протидії злочинності. Отже, воно базується на тих самих загальних засадах запобігання злочинності, які вироблені теорією та практикою протидії злочинності [3, с. 133].

Корупція є явищем, яке саморозвивається і самодетермінується в межах усієї правоохоронної системи, а також детермінує цілу низку інших негативних соціальних явищ [4, с. 37]. Їй властиві всі ознаки системи як корупції у цілому. Зокрема, такими ознаками є: цілісність, структура, наявність рівнів та їх ієрархія, самоорганізація, функціонування і розвиток, самовідтворення, взаємозв'язок з іншими системами і суспільством, як метасистема тощо. При цьому корупцію у правоохоронних органах слід розглядати як підсистему корупції в органах публічної влади та корупції в суспільстві у цілому, яка за своєю правовою природою відноситься до політичної корупції. Носіями політичної корупції виступають окремі депутати, судді, чиновники, правоохоронці, олігархи (кожен з яких фінансово утримує одну або декілька політичних партій), а також представники органів місцевого самоврядування.

Елементарний аналіз викладеного дає змогу зробити висновки про те, що часто правоохоронні органи перебувають під контролем правлячої політичної еліти й обслуговують її комерційні інтереси.

Слід погодитися з думкою М. Іванця, який зазначає, що сама природа правоохоронної діяльності та правоохоронних органів засвідчує подвійну природу у відносинах протидії та запобігання корупції: з одного боку, багато інституцій правоохоронного спрямування є суб'єктами запобігання корупції, з іншого – вони є об'єктами корупційного впливу і самі стають об'єктами антикорупційної діяльності [5, с. 62].

Оскільки правоохоронні органи піддані впливу системної корупції в органах публічної влади, то й специфіка правоохоронної діяльності, владно-розпорядчі, дозвільні та репресивні функції зумовлюють специфічні особливості корупції в правоохоронних органах.

Так, експертка Комісії ЄС з питань корупції Ф. Речанатіні у своєму дослідженні, присвяченому питанню корумпованості в органах публічної влади, зазначає, що рівень корупції зростає в тих органах публічної влади, котрі володіють монополією на надання послуг і здебільшого взаємодіють із бізнесом та громадянами. Ці чинники спричиняють виняткову корумпованість зокрема працівників поліції [6, с. 7]. Відповідно, корупція у правоохоронних органах у цілому є наслідком безальтернативного (монопольного, неконкурентного) надання населенню специфічного виду соціальних послуг. Виходячи із законів конкуренції, обмеження конкуренції викликає зростання корупції.

Такої ж точки зору дотримується І. Ботнаренко, яка зазначає, що наявність дискреційних повноважень (сукупність прав та обов'язків державних органів, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або мож-

ливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень), можливості діяти на власний розсуд створюють умови для вчинення корупційних правопорушень [7, с. 37].

Ще однією особливістю корупції в правоохоронних органах є висока латентність, що передусім зумовлена високим рівнем закритості та непрозорості в їхній роботі, наявністю у працівників правоохоронних органів знань кримінального і кримінального процесуального законодавства, криміналістики, досвіду роботи. Здебільшого працівники правоохоронних органів, підготовлені до боротьби зі злочинністю, використовують свій досвід і знання як інструмент для приховування своїх корупційних діянь. У них формується специфічне ставлення до правових норм, що ґрунтується на всіх наслідках їх застосування, – від позитивних до негативних. При цьому працівники правоохоронних органів оцінюють недоліки правоохоронної системи, що часто дає їм змогу уникати кримінальної відповідальності за вчинені діяння [8, с. 39].

Також досить часто працівники правоохоронних органів скоюють злочини щодо осіб, які порушили закон (злочинців, адміністративних правопорушників), які, побоюючись відповідальності, не повідомляють про такі факти.

Високій латентності корупційних злочинів серед співробітників правоохоронних органів сприяє саме керівництво підрозділів, яке навмисно не реагує на порушення, що вчиняються підпорядкованими працівниками.

Водночас І. Вершков та С. Погодін уважають, що корупція у правоохоронній системі підриває віру населення у здатність органів влади до позитивних дій в інтересах усього суспільства, піднімаючи вирішення проблеми на вищий політичний рівень [9, с. 70]. Аналогічну позицію займають Є. Невмержицький та Ф. Шульженко, зазначаючи, що збитки, які корупція серед правоохоронних органів завдає суспільству, неможливо виміряти загальною статистикою [10, с. 86].

Також слід ураховувати, що правоохоронці відчувають негативний вплив корупції на формування і розвиток їх особистості не тільки як посадові особи органу виконавчої влади внаслідок їх професійної деформації, а й як пересічні громадяни, змушені в більшості своїй на побутовому, повсякденному рівні вступати в корупційні відносини. Професор Р. Сміт відзначає, що державні службовці є особливо цікавими для членів організованих злочинних груп як об'єкти корупції в силу наявності у них доступу до значного обсягу конфіденційної та особистої інформації [11, с. 6].

Такий негативний вплив злочинності, перш за все організованої, на правоохоронні органи, як правило, здійснюється у двох формах: підкупу і насильства. Нездатність держави в певних випадках забезпечити особисту безпеку співробітників правоохоронних органів та їхніх близьких, їхнього майна змушує їх вступати в різного роду корупційні відносини з метою забезпечення їхньої безпеки. Більше того, як свідчить практика, співробітники правоохоронних органів і самі досить часто вишукують контакти з кримінальними елементами, щоб дорожче «продати свої послуги» [12, с. 21].

Як наслідок, відслідковується симбіоз двох, на перший погляд, непримиренних ворогів – організованої злочинності і правоохоронних органів, які з нею борються, в основі якого лежить корупція [13, с. 70].

Існування корупції у системі правоохоронних органів загалом дає підстави вважати її вкрай небезпечним явищем, одним із проявів професійної деформації.

Більшість науковців за своєю правовою природою виділяє дві основні групи причин корупційної злочинності (у тому числі серед працівників правоохоронних органів): об'єктивні (їх ще можна назвати зовнішніми) та суб'єктивні (відповідно, це внутрішні причини).

Об'єктивні пов'язуються зі специфікою професійної діяльності, відсутністю належної організації виконання працівником своїх службових обов'язків, несприятливими умовами несення служби, недотриманням принципу невідворотності покарання тих осіб, які вчинили такі діяння, а також відсутністю адекватного юридичного покарання за вчинення правопорушень з ознаками корупції, його відповідності ступеню завданої шкоди державі, громадянам та правоохоронним органам [14, с. 110].

Суб'єктивними є причини, безпосередньо зумовлені рівнем розвитку та виховання особистості працівника, недостатньою розвиненістю морально-ділових та вольових якостей, відсутністю уявлення про належну та гідну поведінку [15, с. 106].

За сферами впливу серед об'єктивних причин слід виділити економічні, організаційно-управлінські, політико-правові та соціальні, а серед суб'єктивних – ідейні та морально-психологічні.

Як і будь-яка девіантна поведінка, корупція за своєю природою має компенсаторний механізм, пов'язаний із незадоволеними потребами. Працівники правоохоронних органів у тому числі прагнуть використову-

вати службове становище для задоволення своїх різних матеріальних потреб.

До економічних причин корупції у правоохоронних органах відносять: відсутність стабільного розвитку економіки, у тому числі на міжнародному рівні; майнову поляризацію населення, за якою має місце велика різниця у доходах населення держави [16, с. 100]; відсутність системи диференційованої грошової винагороди; житлові проблеми; відсутність еквівалентної компенсації за понаднормову службу; проблеми із забезпеченням дошкільними закладами дітей працівників правоохоронних органів [17, с. 15]; відсутність ефективних економічних механізмів захисту економіки від злочинних діянь; прогалини у податковому законодавстві, внаслідок чого недостатнім є контроль над доходами; недостатнє фінансування та матеріально-технічне забезпечення правоохоронних органів.

Також низький рівень економічного розвитку України призводить до недостатнього фінансування державою правоохоронних органів, а отже, до обмеження заробітних плат працівників і зменшення обсягу їх соціальної допомоги. Це, своєю чергою, провокує працівників правоохоронних органів на пошук додаткових і часто незаконних джерел доходів.

Так, у 2016 р. детективи Національного антикорупційного бюро України затримали старшого слідчого в особливо важливих справах Генеральної прокуратури України, який під час проведення обшуку заволодів знайденими талонами на значний обсяг пального, які належали сільській раді. У подальшому цей слідчий неодноразово використовував дані талони для заправлення свого особистого автомобіля, а також автомобіля своєї дружини [18].

Проблему низького рівня заробітної плати К. Іванова пропонує вирішити шляхом заохочення працівників правоохоронних органів за виявлення корупційних злочинів у розмірі 50% від суми штрафу за хабар [19, с. 45]. Інші вчені зауважують на відсутності прямого зв'язку між заробітною платою та діяльністю працівника, оскільки потреби людини безмежні і вони завжди ростуть швидше за її прибутки, звідси ніяка заробітна плата не зможе задовольнити постійно зростаючі потреби людини [20, с. 143; 21, с. 77]. Однак із такими твердженням важко погодитися.

По-перше, низький рівень матеріального забезпечення державних службовців не тільки не стимулює їх до ефективної роботи, він спонукає їх до пошуку нових джерел доходів. Як зазначає С. Роуз-Акерман, з огляду на те, що державні службовці мало заохочені рівнем офіційної заробітної плати, хабарі впливають на них як стимуляційні бонуси [22, с. 148]. Таку ж думку поділяє В. Щегорцова, зазначаючи, що низька заробітна плата спонукає державних службовців до корупційних діянь [23, с. 443].

По-друге, досвід розвинених країн свідчить про пряму пропорційну залежність матеріальної привабливості служби в поліції і зниження корупціогенних факторів в їх рядах. Підвищення матеріального забезпечення співробітників поліції призвело до різкого скорочення корупції поліцейських нижчої ланки, які брали хабарі у дрібних порушників, але збереглася на рівні керівної ланки поліції [24, с. 22].

На практиці в умовах переходу від однієї економічної моделі та політичної системи суспільства в іншу корупція стала засобом виживання для одних працівників правоохоронних органів та неодмінною умовою вирішення першочергових життєвих проблем для інших.

До політико-правових причин корупції належать: прогалини у законодавстві; недостатність правового регулювання питань відповідальності, протидії корупційній злочинності; імунітет деяких посадових осіб, що вчинили корупційні злочини; поширеність політичної корупції в Україні, що використовує правоохоронні органи як інструмент боротьби з опозиційними партіями; відсутність відомчих директивних документів, які б конкретизували й адаптували прописані в законодавстві форми і методи боротьби з корупцією до специфіки роботи правоохоронних органів; стабільна політична криза, що призводить до недостатніх зусиль у боротьбі з корупцією у правоохоронних органах.

Унаслідок отримання від Радянського Союзу спадщини неправомірного політичного впливу, який слугував захисту владних осіб та ділових інтересів, судова влада історично сприймалася як фаворит українських еліт. Зокрема, Генеральна прокуратура України часто виконувала функції захисту політичних та економічних інтересів українських президентів та їхніх соратників. Те ж саме стосується інших державних установ, щодо яких олігархи та інші еліти використали свій політичний вплив для призначення відповідних прокурорів, суддів і слідчих на потрібні посади. Поширеність цієї проблеми відображається у сприйнятті громадськістю корупції в Україні [25, с. 22].

Як справедливо зазначають вчені і практики, реформи, які відбуваються в державі (зокрема, з реорганізації органів прокуратури, поліції, державного управління,

судової влади), бездумні та безсистемні. Їх наслідки ніким не прогнозуються, у тому числі з позиції корупційності тих законів, які приймаються на реалізацію відповідних реформ [26, с. 6].

Також унаслідок поспішного і неповного реформування кримінального процесуального та оперативно-розшукового законодавства фактично була зупинена робота оперативних підрозділів щодо попередження злочинів, виявлення та припинення латентних кримінальних правопорушень. Діяльність цих підрозділів тепер спрямована на виконання доручень слідчих і прокурорів щодо проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій у рамках кримінальних проваджень.

Лише завдяки зусиллям Євросоюзу та США було встановлено антикорупційні бар'єри, зокрема такі, як запровадження електронного декларування статків чиновників, а фінансова залежність від зарубіжних партнерів із постійними нагадуваннями, що допомога Україні буде надаватися лише за умови розвитку антикорупційних інституції, і стала поштовхом до впровадження подальших антикорупційних реформ.

Соціальними причинами корупції є позитивне ставлення громадян до можливості вирішити певні питання незаконним шляхом; низька правосвідомість; незнання законодавства; почуття безкарності суб'єкта корупційного злочину.

Низька правосвідомість зумовлена загальною деформацією соціально значущих ціннісних орієнтирів, комерціалізацією всіх життєвих сфер, зведенням нанівець правової пропаганди і виховання населення, повним розвалом системи суспільної профілактики злочинності. Критикуючи корупцію у правоохоронних органах, громадяни самі є її детермінантами, ініціативно пропонують хабарі і готові «відкупитися» за вчинене правопорушення або злочин.

На думку О.В. Ніколенко, корупційні злочини здебільшого є «двостороннім актом» службової (посадової) особи правоохоронного органу та особи. Держава повинна звертати більшу увагу на проблему підвищення рівня правосвідомості та правової культури працівників правоохоронних органів. У цьому контексті важливо підвищити вимоги до працівників правоохоронних органів, проводити щодо них постійну роз'яснювальну роботу, спрямовану на переконання важливості дотримання закону, непорушення прав та свобод особи тощо [27, с. 6].

Соціальна нестабільність державно-правового режиму породжує не лише злочинну діяльність громадян, віддалених від державної служби і політичної діяльності, а й державних службовців, у тому числі співробітників правоохоронних органів, що становить велику суспільну небезпеку [28, с. 108].

До переліку важливих причин також слід віднести і моральний стан працівників, які нехтують вимогами закону в цілях отримання неправомірної вигоди, оскільки держава не може надати можливості представникам влади жити достойно в матеріальному плані. Як наслідок, відбувається дегенерація, виродження моральних принципів у виконанні службових обов'язків, а високі моральні принципи й етичні норми здебільшого не реалізуються і залишаються декларативними.

На думку С.А. Мозоля, усунення, нейтралізація чи обмеження дії соціальних передумов корупції у правоохоронних органах потребує системних змін в основних сферах соціального життя, насамперед у функціонуванні публічної влади [29, с. 21].

Організаційними причинами корупції в правоохоронних органах є: недостатньо ефективна організація контролю над діяльністю підпорядкованих працівників; нереагування начальницьким складом на правопорушення, що вчиняються підпорядкованими працівниками; низька підготовленість працівників правоохоронних органів до протидії та боротьби з корупційним злочинами; прорахунки керівництва; реорганізації і ліквідації служб, кадрові перестановки та інші дії, що дестабілізують функціонування системи; неефективна робота служб внутрішньої безпеки; відсутність професійного ядра в правоохоронних органах; невчасне та формальне проведення атестацій і спеціальних перевірок персоналу; відсутність відомчого контролю над відповідністю рівня життя працівників правоохоронних органів та їхніх доходів; недостатня наукова забезпеченість правоохоронних органів тощо [30, с. 41].

Серед організаційних причин корупції А. Тіньков ще виділяє широке коло повноважень чиновників, що стосуються прав та свобод громадян, особливий статус (судді, прокурори, слідчі), централізованість та єдиноначальність [31, с. 11].

Дійсно, неможливо повною мірою реалізовувати свої права без контакту з правоохоронним органами, наприклад під час отримання дозволу на зброю чи довідки про несудимість. Особливий статус стає синонімом безкарності працівників правоохоронних органів, а командно-адміністративні методи управління створюють передумови для використання своїх владних повноважень із метою отримання вигоди.

Окрім цього, прогалини та недоліки, допущені керівником в організації індиві-

дуально-виховної роботи в колективі, використовуються корупціонерами в реалізації своїх протиправних дій. Однією з найбільших помилок керівників, що призводять до вказаних наслідків, є низький рівень уваги керівника до оцінки позитивних результатів роботи своїх підлеглих.

Інституційні причини корупції в правоохоронних органах пов'язані з високим рівнем закритості та непрозорості в роботі державних органів; значним лобістським складником процесу законотворчості; кадровою політикою держави, яка базується на принципах «кумівства», непотизму, кронизму, протекціонізму, фаворитизму, сімейності, клановості, містечковості, трайбалізму; корпоративною етикою правоохоронних органів.

Як уважають М. Камлик і Є. Невмержицький, значною мірою корупцію стимулює наявність істотних залишків старої командно-адміністративної системи як надмірно великого управлінського апарату з необґрунтовано широкими повноваженнями, зокрема розпорядчо-дозвільного змісту, та переважання в ньому, передусім за рахунок керівних посад, службовців старої генерації з консервативною психологією, які не сприймають потреби демократичних перетворень [32, с. 61].

Яскравим прикладом залишку командно-адміністративної системи в діяльності правоохоронних органів є існування так званої корпоративної етики правоохоронних органів, або «кругової поруки». Оскільки принцип солідарної відповідальності керівника з підпорядкованим працівником ніхто не відміняв, начальники вищої ланки не зацікавлені в оприлюдненні корупційних фактів, учиненими підпорядкованими їм працівниками, оскільки це може призвести і до їх відповідальності. Тому такі факти, як правило, замовчуються, співробітники-корупціонери переводяться на інші посади, а за відсутності покровительства з боку вищого керівництва звільняються з правоохоронних органів за власним бажанням. Як правило, насадженням цієї етики займаються особи, прямо чи опосередковано причетні до корупційних правопорушень, вона носить руйнівний характер і спрямована на приховування вчинених правопорушень [33, с. 242].

До ідейних причин корупції в правоохоронних органах слід віднести: терпимість співробітників до корупційних явищ; відсутність комплексних заходів щодо системної зміни моральних орієнтирів та цілеспрямованого формування в колективах нульового рівня толерантності до корупції та будь-якого порушення вимог закону; недоліки кримінальної політики; створення засобами масової інформації образу працівника правоохоронного органу як злочинця-корупціонера; неналежну виховну роботу в профільних навчальних закладах; комерціалізацію освіти, що негативно впливає на якість підготовки кадрів.

Дійсно, ієрархія мотиваційних цінностей чиновників свідчить про те, що перші місця в ній займають цінності особистого благополуччя, комфорту, збагачення, а бажання допомагати людям, тобто сутнісне призначення чиновника, – на останньому місці. Нерідко серед працівників правоохоронних органів перебувають особи з високим рівнем матеріального достатку, отриманого від незаконних та протиправних дій, на що орієнтуються й інші працівники (особливо коли ці особи тривалий час залишаються непокараними).

Не менш важливою групою причин виникнення корупції у правоохоронних органах є морально-психологічні, що умовно можна розділити на суб'єктивні й об'єктивні. До суб'єктивних морально-психологічних причин слід віднести психічні процеси, що проявляються у зовнішній поведінці співробітника і залежать від його індивідуально-психологічних особливостей. Визначальними у цьому аспекті є такі негативні якості людини, як корисливість, тобто прагнення отримати додаткові блага, використовуючи свої службові повноваження; конформізм, тобто схильність діяти під впливом інших людей, для запобігання прийняттю самостійних рішень; аморальність, що виражається у свідомому зневажанні моральних норм; відчуття безкарності, що проявляється у відсутності реальних вироків щодо корупціонерів.

Водночас одним із критеріїв оцінки діяльності правоохоронних органів є громадська думка громадян. За 30 років від моменту здобуття Україною незалежності замість традиційних моральних цінностей центральне положення у свідомості громадян зайняли імперативи особистого успіху, наживи і збагачення, гроші стали мірилом та еквівалентом життєвого благополуччя. Корупція у масовій свідомості сприймається як норма і необхідний елемент ділової та правової культури. Так ось наявність «подвійних стандартів оцінки корупції» в нашому суспільстві можна віднести до об'єктивних морально-психологічних причин.

Висновки

Таким чином, корупцію у правоохоронних органах слід розглядати як негативне явище, що самодетермінується в межах усієї системи та зумовлює професійну деформа-

цію працівника правоохоронного органу. Особливостями її правової природи є наявність тісного взаємозв'язку з політичною корупцією в державі, системний вплив організованої злочинності на морально-етичні цінності працівників правоохоронного органу, висока латентність, специфіка правоохоронної діяльності, що створює монополію на надання специфічного виду соціальних послуг, специфіка суб'єктів злочину, у яких сформоване професійне ставлення до правових норм та які володіють знаннями криміналістики, кримінального і кримінального процесуального законодавства.

Причини корупційної злочинності працівників правоохоронних органів залежно від їх природи діляться на суб'єктивні та об'єктивні. Водночас за сферами впливу серед об'єктивних причин слід виділити економічні, організаційно-управлінські, політико-правові та соціальні, а серед суб'єктивних – ідейні та морально-психологічні. Ураховуючи викладене, комплекс заходів протидії корупції в правоохоронних органах має бути спрямований на їх подолання з урахуванням специфіки їх виникнення та взаємозв'язку між собою.

Список використаних джерел:

1. Ткаченко О.В. Корупція в органах внутрішніх справ як фактор порушення прав людини. *Держава і право*. 2006. № 33. С. 482–487.

2. Гвоздецький В.Д. Корупція як соціальне, психологічне і моральне явище. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. № 63. С. 139–145.

3. Мельник М.І. Корупція – корозія влади (соціальна сутність, тенденції та наслідки, заходи протидії) : монографія. Київ : Юридична думка, 2004. 400 с.

4. Гадойбоєв С.А. Поняття та причини корупції серед особового складу органів внутрішніх справ України. 2002. № 5. С. 36–44.

5. Іванець М.Г. Корупція як негативний фактор в діяльності правоохоронних органів. *Актуальні проблеми правознавства*. 2018. № 3. С. 59–63.

6. Recanatini F., A. Prati and G. Tabellini. Why are some public agencies less corrupt than others? Lessons for institutional reform from survey data // Sixth Jaques Polak Annual Research Conference, 3-4 November 2005. Washington, DC, 2005. P. 13–14. URL: https://www.imf.org/external/np/res/seminars/2005/arc/pdf/reca.pdf.

7. Ботнаренко І.А. Корупційні ризики в діяльності органів поліції. Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції. *Збірник тез доповідей V Міжнародної науково-практичної конференції*, 31.03.2017. Київ, 2017. С. 37–38.

8. Королева М.В. Коррупция и иные факторы, способствующие преступности в сфере правоохранительной деятельности. *Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации*. 2007. № 1(1). С. 28–33.

9. Вершков И.И., Погодин С.Б. Борьба с коррупцией в условиях состязательного процесса. *Право и политика*. 2004. № 5. С. 68–72.

10. Невмержицький С.В. Корупція і національна безпека : навчальний посібник / за ред. С.В. Невмержицького, Ф.П. Шульженко. Київ : КДАУ, 2000. 194 с.

11. Russell G. Smith, Tony Oberman and Georgina Fuller. Corruption of public officials by organized crime: understanding the risks, and exploring the solutions. Chapter 7 – University of Adelaide, Australia, 2020. P. 80-96. URL: https://www.elgaronline.com/view/edcoll/789900/ 979900903.00013.xml.

12. Даньшин И.Н. Организованная преступность. *Збірник наукових праць Харківського центру з вивчення організованої злочинності спільно з Американським університетом у Вашингтоні*. 2001. № 2. С. 4–31.

13. Кісіль З.Р. Корупційні дії як передумова виникнення професійної деформації працівників міліції. *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення*. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. С. 69–72.

14. Ткаченко О.В. Адміністративно-правові засади протидії корупції в органах внутрішніх справ : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2008. 208 с.

15. Шинкаренко Н.В. Причини виникнення корупції в органах Національної поліції України. *Право і безпека*. 2016. № 3(62). С. 104–107.

16. Болва Н.В. К вопросу о причинах коррупционных проявлений в профессиональной деятельности сотрудников органов внутренних дел. *Вестник Сибирского юридического института МВД Росси*. 2011. № 1(9). С. 25–31.

17. Багмет М.А. Противодействие коррупции в полиции: криминологическое исследование : автореф. дис. ... кан. юрид. наук : 12.00.08 ; Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина. Москва, 2014. 22 с.

18. НАБУ затримало співробітника ГПУ за зловживання службовим становищем. *Офіційний вебсайт Національного антикорупційного бюро України*. URL: https://nabu.gov.ua/novyny/nabu-zatrymalo-spivrobitnyka-gpu-za-zlovzhyvannya-sluzhbovym-stanovyshchem.

19. Иванова К.О., Егоров Е.Н. Анализ причин коррупции в правохранительных органах и методы их протитодейвствия в российском законодательстве. *Евразийский союз ученых*. 2018. Вып. 46. Т. 1. С. 44–47.

20. Мейтус В.Ю. Коррупция: Экономический и информационный анализ. Киев : Нора-принт, 2003. 257 с.

21. Гаврилов М.В. Моделирование в антикоррупционной политике. *Правоведение*. 2006. № 2. С. 74–85.

22. Роуз-Аккерман С. Корупція та урядування: причини, наслідки та зміни / пер. С. Кокізюк, Р. Ткачук. Київ : К.І.С., 2004. 296 с.

23. Щегорцова В.М. Мотивація як засіб подолання корупції в органах державного управління України. *Ефективність державного управління*. 2008. Вип. 14/15. С. 441–450.

24. Латов Ю.В. Зарубежный опыт противодействия коррупции в полиции. *Terra Economicus*. 2013. № 2. Т. 11. С. 16–24.

25. Thomas H. Speedy Rice, Alora Jiang and Artem Shaipov. Corruption, ethics and integrity in public administration in Ukraine. Elgar Handbooks in Public Administration and Management. 2020. 512 p.

26. Венедиктов А.А., Венедиктова Ю.Е. Взаимосвязь коррупции с результатами реформы правохранительной системи Украины. *APRIORI. Серия «Гуманитирные науки»*. 2017. № 2. С. 1–12.

27. Ніколенко О.В. Функціональні елементи механізму протидії корупційній злочинності в правоохоронних органах. *Наше право*. 2013. № 12. С. 105–112.

28. Мозоль С.А., Мозоль І.А. Корупція у правоохоронних органах: стан, тенденції та основні напрямки запобігання. *Право і суспільство*. 2011. № 1. С. 19–23.

29. Тіньков А.Л. Запобігання та протидія політичній корупції в системі державного управління України : дис. ... канд. наук з державного управління : 25.00.02 ; Національна академія державного управління при Президентові України. Київ, 2013. 222 с.

30. Гуреев И.С. Анализ причин и факторов, порождающих коррупцию в правохранительных органах. *Ростовский научный журнал*. 2017. № 3. С. 6–19.

31. Камлик М.І., Невмержицький Є.В. Корупція в Україні. Київ : Знання, 1998. 179 с.

32. Красовский А.В. Виды коррупционных проявлений в органах внутренних дел и их детерминанты. *Юридическая наука и практика. Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2015. № 4(32). С. 241–244.

33. Кучапина К.С. Коррупция в органах внутренних дел: причины, последствия, организация противодействия. *Правовая культура*. 2011. № 1(10). С. 220–222.

Vitaliy Plekan. The peculiarities and causes of corruption in law enforcement agencies of Ukraine

The problem of corruption remains one of the most painful topics for Ukrainian society and a threat to democratic changes in Ukraine. Law enforcement agencies, which are called to combat corruption effectively, ensure realization of constitutional rights and freedoms of citizens, and uphold the rule of law in the country, have been hit by corruption, which significantly discredits the authority of the government, threatens democracy and negatively affects Ukraine's investment climate.

In the article the author considered some aspects of the existence of corruption in law enforcement agencies as a subsystem of corruption in public authorities and in society as a whole. Attention is drawn to the correlation between the level of corruption and the degree of secrecy of law enforcement agencies, the presence of discretionary powers. Emphasis is placed on the formation of law enforcement officers specific attitude to rules of law, relevant professional knowledge and work experience, which complicates the detection of such facts, helps to avoid criminal liability.

The issue of corporate ethics of law enforcement agencies, which consists in the deliberate omission by senior executives of corruption and violations committed by subordinate employees, has been partially investigated. The reasons that cause the occurrence of corruption among law enforcement officers, the formation of corrupt behavior, changes in moral values, their professional deformation are analyzed. Based on the study and analysis of the state of corruption in law enforcement agencies, the causes of corruption are summarized and the most important among them are identified by areas of influence.

Prospects for further research are the creation of an effective system for preventing and combating corruption, identifying and overcoming its social preconditions and consequences, exposing acts of corruption, bringing to justice those responsible for their commission.

Key words: corruption, law enforcement agencies, causes, professional deformation, anti-corruption.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.37

Микола Остренко,
ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ДІЮЧИЙ ПОРЯДОК «РЕАБІЛІТАЦІЇ ПОМЕРЛИХ» ЯК ЕЛЕМЕНТ ІНСТИТУТУ РЕАБІЛІТАЦІЇ В ЧИННОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Актуальність статті полягає в тому, що сучасне законодавство, зокрема кримінальне процесуальне, на сучасному етапі розвитку нашої держави переживає реформацію та трансформацію в бік гуманізації та лібералізації відносин. Одним з ключових напрямів розвитку у даному випадку є інститут реабілітації, основним завданням якого, на нашу думку, є повне поновлення раніше засудженого, обвинуваченого в правах, обов'язках та повноваженнях та проведення компенсаторно-відшкодувальних заходів. Метою статті є дослідження існуючого порядку «реабілітації померлих», передбаченого КПК України та співвідношення з теоретичними положеннями інституту реабілітації у кримінальному процесі, запропонованого сучасними вченими-процесуалістами, та подальше підтвердження чи спростування позиції, що визначений механізм має відношення до інституту реабілітації у кримінальному процесі України. В статті досліджено комплекс кримінальних процесуальних норм, що закріпляють порядок «реабілітації померлого». Розглянуто низку судових рішень, за результатами чого зроблено висновок про те, що терміном «реабілітація померлого» вбачається дещо поверхневе ставлення до інституту реабілітації та не вирішуються основні завдання реабілітації. Автором здійснено пропозиції щодо заміни терміну «реабілітація померлого» на «спростування обвинувачення померлого», визначеного у нормах п. 6 ч. 2 ст. 52, п. 5 ч. 1 ст. 284, ст. 525 КПК України. Також здійснити зміни норм ч. 1 ст. 63 Закону України «Про Нотаріат» у місці установлення та повідомлення спадкоємцям про смерть спадкодавця та ч. 3 ст. 1230 Цивільного Кодексу України у місці отримання спадкоємцем права на відшкодування шкоди незалежно від смерті чи стану здоров'я спадкодавця, доповнити Цивільний Кодекс України нормою ч. 3-1 ст. 1230, у котрій закріпити порядок створення рахунку померлого спадкодавця, на який буде здійснюватися нарахування коштів та набуття власності на який матимуть право спадкоємці у порядку, визначеному законом. Наголошено, що рішення про так звану «реабілітацію померлого» не виправдовує померлого, не закриває кримінальне провадження із пред'явленою підозрою / обвинуваченням, не повертає його родичам утрачених прав померлого, майна та не відшкодовує майнової шкоди останнім. Судова практика просто «надає можливість» родичам померлого довести невинуватість останнього, наділивши їх тягарем вирішення завдань кримінального процесу, що є обов'язком органів, що здійснюють кримінальне провадження.

Ключові слова: кримінальний процес, судовий вирок, реабілітація померлого, спростування обвинувачення померлого.

Постановка проблеми. Сучасне законодавство, зокрема кримінальне процесуальне, на сучасному етапі розвитку нашої держави переживає реформацію та трансформацію в бік гуманізації та лібералізації відносин. Одним з ключових напрямів розвитку у даному випадку є інститут реабілітації, основним завданням якого, на нашу думку, є повне поновлення раніше засудженого, обвинуваченого в правах, обов'язках та повноваженнях та проведення компенсаторно-відшкодувальних заходів.

Для усвідомлення явища реабілітації як правової інституції необхідно здійснити аналіз поняття «реабілітації померлого» як діючого порядку захисту померлого, передбаченого нормами КПК України. А також установити, чи можна відносити його до теоретичних положень реабілітації у кримінальному процесі.

Ступінь розробленості проблеми. На питання реабілітації звертали увагу у своїх працях багато відомих дослідників, у тому числі й такі вчені, як Б.Т. Безлєпкін, Л.В. Бойцова, О.В. Капліна, А.О. Орлова, М.І. Пастухов, О.О. Подопригора, М.С. Строгович, Т.Т. Таджиєв, Д.В. Татьянін, М.Є. Шумило, А.М. Смірнова та інші. Однак науковий ана-

© М. Остренко, 2021

ліз норм стосовно реабілітації, передбаченої КПК України, потребує подальшого аналізу та врегулювання.

У проведеному дослідженні А.М. Смірнова приділено значну увагу інституту відшкодування шкоди жертвам правосуддя та зловживання владою, закріплену в нормах міжнародно-правових договорів. [1, с. 42–62]

Своєю чергою у працях Г.О. Яшиної було здійснено дослідження міжнародно-правового досвіду реабілітаційних заходів, в якому надається пріоритет природі встановлених норм законодавства зарубіжних країн [2, с. 56–73].

Метою дослідження є дослідження існуючого порядку «реабілітації померлих», передбаченого КПК України, та співвідношення з теоретичними положеннями інституту реабілітації у кримінальному процесі, запропонованого сучасними вченими-процесуалістами, та подальше підтвердження чи спростування позиції, що визначений механізм має відношення до інституту реабілітації у кримінальному процесі України.

Виклад основного матеріалу. Перш ніж здійснити аналіз чинного порядку проведення «реабілітації померлих», на нашу думку, слід визначитися з тим, які саме ознаки повинні містити реабілітаційні заходи на думку вітчизняних та зарубіжних учених. Так, на думку російського вченого процесуаліста Г.О. Яшиної, «исполнение решений о реабилитации подразумевает под собой не только взыскание с казны РФ или соответствующего субъекта денежных сумм, в порядке возмещения вреда, причиненного необоснованным преследованием. Прежде всего, исполнение решения о реабилитации включает в себя выполнение должностными лицами тех обязанностей, которые гарантируются государством, а именно: исполнение прокурором обязанности принести официальное извинение от лица РФ; направление судом информации по месту работы, учебы, жительства, в средства массовой информации, опровергающей сведения, порочащие честь, достоинство и доброе имя лица; восстановление должностными лицами органов государственной власти лица, подлежащего реабилитации, в трудовых, жилищных, пенсионных и иных правах; исполнение решения о возмещении вреда Министерством Финансов РФ» [2, с. 181], натомість С.О. Рогачев вважає, що «реабилитация – это признание государством в лице дознавателя, следователя или суда незаконности и необоснованности уголовного преследования лица путем вынесения постановления, определения или приговора и обеспечение возможности реабилитированному восстановить нарушенные права и возместить весь причиненный ему вред» [3, с. 160].

Вітчизняні вчені-процесуалісти мають схожу думку стосовно природи та дотримання принципу публічності. Так, на думку М.Є. Шумила, «реабілітація – це форма реалізації принципу відповідальності держави перед особою у сфері кримінального судочинства. Вона є інститутом публічного права, в якому правопоновлюючі кримінально-процесуальні відносини врегульовані на засадах офіційності з використанням на субсидіарних умовах положень цивільного, трудового, пенсійного та інших галузей права, де роль лідируючого суб'єкта належить державі в особі суду». [4, с. 600]; О.В. Капліна вважає, що «реабілітація – це комплекс соціально-правових заходів, направлених на повне відновлення у попередніх правах громадянина, протиправно притягнутого до кримінальної відповідальності або засудженого, та відшкодування завданого йому збитку» [5, с. 183]; зрештою, М.Р. Мазур у своєму дослідженні дійшла до наступного висновку: «український законодавець розглядає реабілітацію як виправдання особи, закриття кримінальної справи щодо неї за реабілітуючими підставами, а наступне відновлення її порушених, обмежених прав – наслідком реабілітації. Таким чином, реабілітованою вважається особа, стосовно якої винесені, постановлені (ухвалені) такі акти і яка має право на поновлення порушених прав та законних інтересів та право на відшкодування завданої шкоди» [6, с. 174].

Таким чином, можна зрозуміти, що реабілітація у кримінальному процесі повинна мати наступний критерій: дотримання принципу публічності та усебічного (комплексного) поновлення органами / органом державної влади у втрачених правах особи, незаконно притягнутої до відповідальності (підозрюваного, обвинуваченого, засудженого). Маючи вищевикладений критерій, можна дослідити чинний порядок так званої «реабілітації померлих», який міститься у деяких нормах чинного КПК України та установити чи має він відношення до теоретичних положень інституту реабілітації у кримінальному процесі.

Реабілітація померлих у КПК України відображена як елемент у нормах: «В інших випадках обов'язкова участь захисника забезпечується у кримінальному провадженні: <...> 6) щодо реабілітації померлої особи – з моменту виникнення права на реабілітацію померлої особи» (п. 6 ч. 2 ст. 52); «Кримінальне провадження закривається

в разі, якщо: <...> 5) помер підозрюваний, обвинувачений, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого» (п. 5 ч. 1 ст. 284); «Втрачені матеріали кримінального провадження можуть бути відновлені за заявою учасника судового провадження. Близькі родичі обвинуваченого, який помер, мають право подати відповідну заяву, якщо це необхідно для його реабілітації» (ст. 525) [7]. Що саме законодавець має на увазі під зазначеним терміном «реабілітація померлого» не визначено. Не унормовано цілу низку питань: хто користуватиметься правами померлого реабілітанта? Хто саме із близьких родичів має право приймати участь у процесі реабілітації на правах померлого реабілітанта? Яку саме низку порушених прав необхідно повернути спадкоємцю реабілітанта? Чи має право спадкоємець реабілітанта користуватися повним спектром прав померлого? Чи є необхідність у набутті статусу потерпілого спадкоємцю померлого у ході процесу реабілітації?

Щодо норм, які передбачають можливість реабілітації померлого (п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України), суддівська практика виразила окрему думку. Так, відповідно до Окремої думки суддів Касаційного кримінального суду у провадженні № 51-4744 км18 за касаційною скаргою засудженого ОСОБА_3 на вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 25 липня слідує, що «...системне тлумачення норм КПК доводить, що правовий статус засудженого у кримінальному провадженні є різновидом спеціального статусу обвинуваченого. Це означає, що положення п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК (а відтак і ст. 440 КПК) підлягають застосуванню в разі смерті не тільки обвинуваченого, але й засудженого». Йдеться про застосування зазначених норм не лише на стадії судового розгляду провадження та не лише відносно тільки підозрюваного та обвинуваченого, але й стосовно засудженого. «Смерть особи, яка вчинила злочин, робить провадження у кримінальній справі безпредметним. Зазначене зумовлене неможливістю реалізації мети і завдання кримінального провадження у зв'язку зі смертю засудженого». У зазначеній частині суд посилається на те, що дійсно смерть обвинуваченого, засудженого несе наслідок безпредметності та незавершеності завдання кримінального процесу, що за собою повинно тягнути, як наслідок закриття провадження. «...Якщо обставини, передбачені п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК, виникають під час судового провадження, суд постановляє ухвалу про закриття кримінального провадження (ч. 7 ст. 284 КПК)...» У вказаній частині суд доходить висновку про необхідність прийняття рішення про закриття кримінального провадження за вищевказаними підставами у судовому засіданні, тобто на стадії судового розгляду. «...Буквальне тлумачення п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК дозволяє дійти висновку про те, що кримінальне провадження може продовжуватися після смерті обвинуваченого лише з метою його реабілітації...». Тобто на будь-якій стадії кримінального провадження у разі смерті підозрюваного, обвинуваченого, засудженого за наявності відповідних підстав провадження повинно тривати далі з метою реабілітації померлого [8].

Наприклад, підставою для продовження кримінального провадження з метою реабілітації померлого може бути вирішення деяких питань, що потребують вирішення у ході експертного дослідження. Так, згідно з рішенням Центрального суду м. Миколаєва від 08.05.2018 р. у справі № 490/7579/17 слідує, що «...Органами досудового розслідування та державним обвинуваченням ОСОБА_5, який наразі помер, обвинувачується у вчиненні злочину, передбаченого частиною 5 статті 27 – частиною 3 статті 185 Кримінального Кодексу України. Його дружина ОСОБА_6 наполягає на продовженні розгляду кримінального провадження з метою реабілітації померлого. У суді нею заявлене клопотання про проведення почеркознавчої експертизи з метою вирішення питання про те, чи дійсно її чоловік ОСОБА_5 24 червня 2017 року підписував заяву про згоду на огляд належного йому автомобіля «БМВ32ОД» /державний реєстраційний номер НОМЕР_1 /...» [9].

Вироком Олександрівського районного судому Кіровоградської області у справі № 397/1087/17 від 16.07.2020 р. здійснено наступне тлумачення положень п. 5 с. 1 ст. 284 КПК України: «...п. 5 с. 1 ст. 284 КПК України передбачає закриття кримінального провадження у разі смерті підозрюваного, обвинуваченого, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого. Одним із завдань кримінального провадження є забезпечення швидкого, повного й неупередженого розслідування та судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, тому смерть особи позбавляє сенсу подальше провадження щодо можливо вчиненого нею кримінального правопорушення. Померла особа не може бути суб'єктом кримінального правопорушення, тому смерть особи, яка підозрюється, обвинувачується в учиненні кримінального правопорушення, виключає постановку питання про її кримінальну відповідальність. Це відповідає вимогам ст. 61

Конституції України, згідно з якою юридична відповідальність особи має індивідуальний (особистий) характер. Єдиним винятком із такої ситуації є випадок, коли провадження необхідне для реабілітації померлого. З позиції КПК України, реабілітація померлого – це можливість доведення невинуватості померлого в учиненні кримінального правопорушення шляхом продовження кримінального провадження щодо нього після його смерті, що здійснюється за ініціативи інших осіб. Закриття кримінального провадження на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України належить до нереабілітуючих підстав, тобто означає, що відносно особи зібрано достатньо доказів, які підтверджують учинення нею діяння, що містить ознаки кримінального правопорушення, однак в силу певних обставин подальше провадження виключається. Враховуючи цю обставину, можливість продовження кримінального провадження щодо померлого є позитивним явищем, оскільки дає шанс на встановлення істини в провадженні – винуватості або невинуватості цієї особи» [10]. Така позиція свідчить про те, що ставлення до реабілітації померлого у конкретному кримінальному провадженні має характер тотожності закриттю кримінального провадження, такому, що нівелює будь-які претензії стосовно померлого. Водночас для судді у конкретному провадженні реабілітація відіграє роль можливості доведення у суді невинуватості померлої особи. Тобто суд ставить під сумнів здійснення дотримання принципу змагальності у кримінальному провадженні, оскільки з огляду на цю позицію порушується принцип невинуватості особи. Суд зобов'язує представників померлої особи доводити, що вона невинувата. На нашу думку це ніяк не може бути пов'язано із реабілітацією, та така думка є хибною, тому що передусім не надає права особі повністю бути відновленою у втрачених правах, відшкодувати шкоду їй та/або її родичам, а зобов'язує доводити свою невинуватість, що є грубим порушенням засад Конституції та загальних прав людини і громадянина.

Як у подальшому показує дослідження емпіричного матеріалу судових вироків, судові органи наділяли близьких родичів, хто подав скарги з метою реабілітації померлого, відповідними правами, як учасників кримінального провадження. Так, судовою ухвалою Апеляційного суду Дніпропетровської області у справі № 201/7483/17 від 14.06.2017 р. визначено «...Зазначені вище дії ОСОБА_2, яка є членом сім'ї померлого підозрюваного, на думку колегії суддів, свідчать про її намір реабілітувати свого сина ОСОБА_3, у зв'язку з чим вона наділяється правами підозрюваного в частині, необхідній для його реабілітації» [11]. Таким чином, суд наділив скаржника правами підозрюваного / обвинуваченого з метою доведення невинуватості померлого. Знову ж таки, своїм рішенням суд наділив близького родича правами підозрюваного, зобов'язавши останнього доводити невинуватість померлого. Так, сьогодні скасування підозри / обвинувачення померлого в інший спосіб виглядає неможливо, оскільки головним завданням кримінального провадження є притягнення до відповідальності усіх винуватих та непритягнення невинуватих, а також передусім установлення об'єктивної істини. У зв'язку із цим передчасне скасування підозри / обвинувачення померлого лише за фактом смерті останнього буде передчасним та ускладнити подальше здійснення кримінального провадження. Рішення про так звану «реабілітацію померлого» не виправдовує померлого, не закриває кримінальне провадження із пред'явленою підозрою / обвинуваченням, не повертає його родичам утрачених прав померлого, майна та не відшкодовує майнової шкоди останнім. Судова практика просто «надає можливість» родичам померлого довести невинуватість останнього, наділивши їх тягарем вирішення завдань кримінального процесу, що є обов'язком органів, що здійснюють кримінальне провадження.

Що стосується прийняття рішення про продовження проведення судового провадження з метою реабілітації померлого суд приймає таке рішення за скаргами, заявами та клопотаннями різних родичів померлого, які не завжди є близькими. Наприклад, судом м. Житомира у справі № 278/668/15-к від 02.03.2016 р. прийнято рішення про продовження провадження за наступних обставин: «Сестра померлого обвинуваченого ОСОБА_3 29.04.2015 року подала суду заяву про проведення судового розгляду у зв'язку з необхідністю реабілітації померлого брата ОСОБА_2, що в силу п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України є підставою для проведення судового розгляду». Та за результатами судового розгляду судом прийнято наступне рішення: «ОСОБА_2 виправдати за обвинуваченням за ч. 1 ст. 366 КК України у зв'язку із відсутністю в його діянні складу злочину» [12].

Судом м. Нова Одеса у справі 473/1589/16-к від 19.11.2018 прийнято рішення про продовження провадження за наступних обставин: «З заявою про здійснення кримінального провадження за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 286 КК України, з метою його реабілітації, звернулася мати обвину-

ваченого – ОСОБА_2». Та за результатами судового розгляду судом прийнято наступне рішення: «Кримінальне провадження № 12015150000000415 за обвинуваченням ОСОБА_1 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 3 ст. 286 КК України, закрити на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України, у зв'язку із смертю обвинуваченого» [13].

Олександрівським районним судом Кіровоградської області у справі № 397/1087/17 від 16.07.2020 р. прийнято рішення про продовження провадження за наступних обставин: «Згідно свідоцтва про смерть, ОСОБА_1 помер ІНФОРМАЦІЯ_2, але його матір'ю подано клопотання про продовження розгляду кримінального провадження стосовно її сина з метою його реабілітації». Та за результатами судового розгляду судом прийнято наступне рішення: «...ОСОБА_1 визнати винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, а кримінальне провадження № 12017120310000263 по обвинуваченню ОСОБА_1 та ОСОБА_2 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, в частині висунутого обвинувачення ОСОБА_1 у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, закрити на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України, у зв'язку із смертю обвинуваченого ОСОБА_1...» [14]. У даному випадку судом прийнято рішення відповідно до ступеню доказовості вини обвинуваченого по суті. Таким чином, суд, прийнявши таке рішення, більше не вбачав підстав для продовження кримінального провадження з метою реабілітації померлого.

Так, на прикладі попередньо представлених рішень можна побачити, що суддя наділяв мати, сестру правами підозрюваного, обвинуваченого у частині, необхідній для реабілітації відповідно до положень, визначених у п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК України.

Оріхівським районний судом Запорізької області у справі № 323/2080/15-к від 13.06.2016 р. серед підстав продовження провадження було зазначено: «20.04.2016 року обвинувачений ОСОБА_1 помер, однак ухвалою суду від 13.06.2016 року судове провадження щодо нього було продовжено на підставі п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України, оскільки захисник обвинуваченого ОСОБА_1, адвокат ОСОБА_2, вважала це за необхідне для реабілітації померлого від пред'явленого обвинувачення». Та за результатами розгляду ухвалено наступне: «ОСОБА_1, ІНФОРМАЦІЯ_1, та ОСОБА_3, ІНФОРМАЦІЯ_4, визнати невинуватими за обвинуваченням у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 296 КК України, та виправдати їх за відсутністю складу злочину...» [15]. У зазначеній ситуації судом прийнято рішення на підставі клопотання захисника. В окремих випадках з метою реалізації права на реабілітацію померлого та продовження кримінального провадження суд залучає захисника померлому. Так, Дзержинським міським судом Донецької області прийнято ухвалу у справі № 225/1312/19 від 12.03.2019 за наступних обставин: «У підготовчому засіданні судом було з'ясовано, що обвинувачена померла. У померлої обвинуваченої захисника у даному кримінальному провадженні не було. За таких обставин у підготовчому засіданні суд має вирішити питання про закриття кримінального провадження унаслідок смерті обвинуваченої. п. 5 ч. 1 ст. 284 КПК України передбачає можливість закриття провадження з цієї підстави, крім випадків, якщо провадження є необхідним для реабілітації померлого. А відтак суду слід з'ясувати питання щодо необхідності реабілітації померлої» [16], та на вищевказаній підставі було залучено захисника померлій.

Дзержинським районним судом м. Кривого Рогу Дніпропетровської області у справі № 1-127/11 від 29.12.2020 р. серед підстав продовження провадження було зазначено: «Розгляд справи в частині обвинувачення, пред'явленого ОСОБА_1 померлій ІНФОРМАЦІЯ_6 ОСОБА_5 за ст. 356 КК України продовжено в даному провадженні за клопотанням родичів померлої: ОСОБА_2, ОСОБА_4 і ОСОБА_4 з метою її посмертної реабілітації в разі недоведеності пред'явленого щодо неї звинувачення». Та за результатами розгляду ухвалено наступне: «ОСОБА_2, ОСОБА_4, ОСОБА_4, ОСОБА_6 (посмертно) в пред'явленому їм обвинуваченні в скоєнні злочину, передбаченого ст. 356 КК України (по епізоду вивезення обладнання у вересні 2004 року) визнати невинними і виправдати їх на підставі п. 2 ч. 1 ст. 6 КПК України у зв'язку з відсутністю складу злочину» [17].

На думку судді Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська, яка відображена ухвалою від 25.06.2017 р. у справі № 201/10268/17, «Суд погоджується з таким доводом представника скаржника, оскільки дійсно сторона обвинувачення перед закриттям кримінального провадження у зв'язку зі смертю підозрюваного, зобов'язана встановити коло близьких осіб підозрюваного, роз'яснити їм належним чином, в тому числі шляхом фіксування такого факту у протоколі допиту, право на реабілітацію померлого та продовження досудового розслідування і судового провадження з метою встановлення винуватості або невинуватості помер-

лої особи, й отримати від них письмове підтвердження реалізації цього права, однак, як встановлено судом при розгляді цієї скарги, таких дій прокурором належним чином здійснено не було, оскільки повідомлення на ім'я ОСОБА_2 про надання доказів реабілітації підозрюваного не може вважатися належним роз'ясненням останній її права на реабілітацію свого близького родича, підозрюваного у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 286 КК України, а отже, доводи прокурора в цій частині є безпідставними» [18]. Орган, що здійснює кримінальне провадження, був зобов'язаний встановити близьких родичів померлої та у допиті належним чином роз'яснити про те, що останні мають право на реабілітацію померлого, при тому, що ст. 42 КПК України (підозрюваний, обвинувачений) не містить права на реабілітацію померлої особи.

Таким чином, можна конкретніше визначитися із тим, що згідно із суддівською практикою розуміється під порядком «реабілітації померлого»:

– кримінальне провадження у разі смерті підозрюваного, обвинуваченого, засудженого підлягає закриттю;

– закриття здійснюється на будь-якій стадії органом, який безпосередньо його здійснює;

– продовження кримінального провадження допускається за клопотанням, заявою, скаргою близького родича / захисника у кримінальному провадженні (на підставі п. 6 ч.2 ст. 52 КПК України); На нашу думку, подібна форма продовження кримінального провадження є нехарактерною для здійснення кримінальної процесуальної реабілітації, оскільки початком такої є встановлення незаконності прийнятого рішення органом, що здійснював кримінальне провадження. Незаконність дій встановлюється прийнятим рішенням у дисциплінарному або кримінальному провадженні стосовно конкретної особи.

– орган, що здійснює кримінальне провадження, наділяє правами суб'єкта оскарження підозрюваного / обвинуваченого у частині реабілітації;

– реабілітація є «можливістю» доведення невинуватості померлого підозрюваного / обвинуваченого / засудженого;

– форма, порядок подачі та коло суб'єктів, які мають право на оскарження закриття кримінального провадження для його продовження з метою реабілітації померлого, не врегульовані; за формально-логічним методом правонаступником можна вважати близького родича, якого визнано представником підозрюваного / обвинуваченого після смерті особи та який безпосередньо приймав участь у кримінальному провадженні. Та надалі у разі скасування незаконно пред'явленої підозри / обвинувачення / засудження остання матиме право на відшкодування шкоди, завданої померлій особі. З іншого боку, є коло спадкоємців, які відповідно до норм ст.ст. 1261-1265 ЦК України [19] мають можливість вступити або вже вступили у право спадщини та які є зацікавленою стороною по факту. Інші випадки у разі відмови від успадкованої відшкодованої шкоди передбачені нормами ЦК України. У визначенні кола спадкоємців можуть виникнути труднощі, оскільки імовірні спадкоємці повідомляються про відкриття спадщини у такому порядку: «нотаріус або в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, отримавши від спадкоємців повідомлення про відкриття спадщини, зобов'язана повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких відоме» (ст. 63 Закону України «Про нотаріат») [20]. У зв'язку із цим права спадщини на відшкодовану шкоду можуть бути позбавлені інші родичі померлої особи. Водночас право на успадкування отриманої відшкодованої шкоди може бути реалізовано спадкоємцями у випадку, передбаченому ч. 3 ст. 1230 ЦК України, «до спадкоємця переходить право на відшкодування моральної шкоди, яке було присуджено судом спадкодавцеві за його життя». Таке формулювання сьогодні є досить некоректним та утворює додаткові труднощі спадкоємцям із отримання відшкодованої шкоди, завданої померлим незаконно притягнутим до кримінальної відповідальності спадкодавцем.

– форма прийнятого рішення про реабілітацію померлої особи здійснюється лише у вигляді закриття кримінального провадження та не несе за собою будь-яких юридичних наслідків, проте може бути підставою для подання позову про відшкодування шкоди у цивільному судочинстві, або прийняття такого рішення у ході закриття кримінального провадження на підставі норм Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» [21];

– прийняте рішення про закриття кримінального провадження не передбачає відшкодування завданої моральної та майнової шкоди, повернення втраченого майна, корпоративних прав.

Таким чином, дослідивши діючий порядок «реабілітації» померлого, визначений

чинним КПК України, можна дійти висновку, що в ньому вбачається дещо поверхневе ставлення до інституту реабілітації та не вирішуються основні завдання реабілітації. При дотриманні принципів публічності досліджуваний порядок не ставить на меті прийняття рішення з усебічного поновлення особи у втрачених правах внаслідок незаконного кримінального переслідування. Метою зазначеного порядку є лише скасування незаконно пред'явленої підозри / обвинувачення / засудження. До реабілітаційного порядку особа переходить у разі, якщо відносно останньої прийнято рішення про закриття кримінального провадження за обставин, що виключають кримінальну караність, наслідком чого повинно бути відкрито дисциплінарне або кримінальне провадження відносно осіб, що приймали незаконне рішення [22, с. 194] (ч. 2 ст. 130 КПК України) [7], а у випадку незаконного засудження – виправдання померлого. Вищевказані критерії, на нашу думку, відповідають ознакам терміну «реабілітації» (піздньолат. *Rehabilitatio, поновлення*). На нашу думку, вищевикладений порядок більше підходить до порядку «скасування / спростування / недоведеності пред'явленої підозри / обвинувачення органами слідства, прокуратури, суду», а у випадку смерті засудженого – виправдання. Таким чином, на нашу думку, слід замінити термін «реабілітація померлого» на «спростування обвинувачення померлого», визначеного у нормах п. 6 ч. 2 ст. 52, п. 5 ч. 1 ст. 284, ст. 525 КПК України. У разі, якщо «спростування обвинувачення померлого», його виправдання та послідуюча реабілітація здійснювалась за участю захисника померлого обвинуваченого / засудженого без безпосередньої участі близьких родичів, відповідною державною установою необхідно створити особовий рахунок померлої особи, на якому буде зберігатися кошти на відшкодування майнової та немайнової шкоди, правом на володіння та розпорядження якими спадкоємці набуватимуть у порядку норм Глав 84-90 ЦК України від 16.01.2003 та Глави 7 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993. У зв'язку із чим маємо наступні пропозиції, а саме:

– доповнити ч. 1 ст. 63 Закону України «Про нотаріат» наступним положенням «*...зобов'язана повідомити про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких відоме. А також чинити усі можливі дії для установлення та повідомлення спадкоємцям, місце знаходження яких на момент відкриття спадщини невідомо*»;

– замінити ч. 3 ст. 1230 ЦК України наступним положенням «*До спадкоємця переходить право на відшкодування моральної шкоди, яке було присуджено судом спадкодавцеві незалежно від його смерті чи стану здоров'я*» та доповнити зазначену статтю положенням ч. 3-1 ст. 1230 ЦК України «*З метою здійснення скасування обвинувачення померлого, його виправдання або подальшої реабілітації незаконно притягнутого до кримінальної відповідальності померлого спадкодавця Національний банк України зобов'язаний відкрити особовий банківський рахунок на ім'я померлого спадкодавця, на який буде здійснюватися нарахування коштів Казначейством України із державного та/або місцевого бюджету на відшкодування завданої шкоди. Набуття права власності на особовий рахунок спадкодавця мають право спадкоємці у загальному порядку, визначеному Цим Кодексом. У разі відсутності спадкоємців, які повинні були у передбачений законом строк вступити у спадщину, відшкодовані судом кошти на користь спадкодавця повертаються на рахунок державного органу, що здійснював попередньо відрахування*».

Список використаних джерел:

1. Смирнов А.М. Правовой статус жертв правосудия и злоупотребления властью как особый вид правового статуса человека : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харьков 2004. 180 с.

2. Яшина Г.О. Конституционно-правовые основы реабилитации в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Пенза 2015. 233 с.

3. Рогачев С.О. Реабилитация в уголовном процессе : ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва 2009. 177 с.

4. Шумило М.Є., упоряд. О.В. Капліна. Вибрані праці. Харків : Право 2019. 1168 с.

5. Капліна О.В. Проблемы реабилитации в уголовном процессе Украины : ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків 1998. 238 с.

6. Мазур М.Р. Захист прав та законних інтересів реабілітованих у кримінальному процесі : ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів 2011. 238 с.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 20.11.1994 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 01.03.2021).

8. Окрема думка суддів Касаційного кримінального суду у провадженні № 51-4744 км18, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79382568 (дата звернення: 01.03.2021).

9. Рішення Центрального суду м. Миколаєва від 08.05.2018 р. у справі № 490/7579/17, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82704044 (дата звернення: 01.03.2021).

10. Вирок Олександрівського районного судому Кіровоградської області від 16.07.2020 р. у справі № 397/1087/17, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90425632 (дата звернення: 01.03.2021).

11. Ухвала Апеляційного суду Дніпропетровської області від 14.06.2017 р. у справі № 201/7483/17, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/67319098 (дата звернення: 01.03.2021).

12. Рішення суду м. Житомира від 02.03.2016 р. у справі № 278/668/15-к, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/56194517 (дата звернення: 01.03.2021).

13. Рішення суду м. Нова Одеса від 19.11.2018 у справі 473/1589/16-к, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77938712 (дата звернення: 01.03.2021).

14. Рішення Олександрівського районного суду Кіровоградської області від 16.07.2020 р. у справі № 397/1087/17, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90425632 (дата звернення: 01.03.2021).

15. Рішення Оріхівського районного суду Запорізької області у справі від 13.06.2016 р. у справі № 323/2080/15-к, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/58262716 (дата звернення: 01.03.2021).

16. Ухвала Дзержинського міського суду Донецької області від 12.03.2019 р. у справі № 225/1312/19, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80369843 (дата звернення: 01.03.2021).

17. Вирок Дзержинського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 29.12.2020 р. у справі № 1-127/11, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/93890407 (дата звернення: 01.03.2021).

18. Ухвала Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 25.06.2017 р. у справі № 201/10268/17, веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/67987135 (дата звернення: 01.03.2021).

19. Цивільний кодекс України від 16.03.2003, веб-сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 01.03.2021).

20. Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993, веб-сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text (дата звернення: 01.03.2021).

21. Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинові незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 01.12.1994: веб-сайт. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 10.10.2020).

22. Суховіліна А.О. Інститут реабілітації в кримінально-процесуальному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Харків 2012, 260 с.

Mykola Ostrenko. The current procedure for "rehabilitation of the dead" as an element of the institution of rehabilitation in the present Criminal Procedure Code of Ukraine

The relevance of the article is that modern legislation, in particular criminal procedure, at the present stage of development of our state is undergoing reform and transformation towards the humanization and liberalization of relations. One of the key areas of development in this case is the institution of rehabilitation. The main task of which, in our opinion, is the full restoration of the previously convicted, accused in the rights, duties and powers, and the implementation of compensatory and compensatory measures. The aim of the article is to study the existing procedure of "rehabilitation of the dead" provided by the CPC of Ukraine and the relationship with the theoretical provisions of the institute of rehabilitation in criminal proceedings, proposed by modern scholars and further confirm or refute the position that the mechanism is relevant to the institute of rehabilitation in criminal proceedings. The article examines a set of criminal procedural norms that establish the procedure for "rehabilitation of the deceased" A number of court decisions were considered, as a result of which it was concluded that the term "rehabilitation of the deceased" refers to a somewhat superficial attitude to the institution of rehabilitation and does not solve the main tasks of rehabilitation. The author made proposals to replace the term "rehabilitation of the deceased" with "refutation of the accusation of the deceased", defined in the provisions of paragraph 6 of Part 2 of Art. 52, item 5 part 1 of Art. 284, of Art. 525 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. Also make changes to the rules of Part 1 of Art. 63 of the Law of Ukraine "About Notaries" in the place of establishment and notification of the heirs of the death of the testator and Part 3 of Art. 1230 of the Civil Code of Ukraine in the place of receipt by the heir of the right to compensation regardless of the death or health of the testator, to supplement the Civil Code of Ukraine with Part 3-1 of Art. 1230, in which to establish the procedure for creating an account of the deceased testator, to which the funds will be accrued, and the acquisition of property to which the heirs will be entitled in the manner prescribed by law. It is emphasized that the decision on the so-called "rehabilitation of the deceased" does not acquit the deceased, does not close the criminal proceedings with suspicion/accusation, does not return to the relatives the lost rights of the deceased, property and does not compensate the property. Judicial practice simply "gives the opportunity" to the relatives of the deceased to prove the innocence of the latter, giving them the burden of solving the problems of criminal proceedings, which is the responsibility of the bodies conducting criminal proceedings.

Key words: criminal trial, court verdict, rehabilitation of the deceased, refutation of the accusation of the deceased.

УДК 343.64(477:438)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.38

Олександр Розумовський,
адвокат,
аспірант
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ЗА ЧИННИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Останнім часом активно досліджуються питання щодо правової природи «зловживання правом» у кримінальному процесі, однак погляди науковців є різними й часто діаметрально протилежними. У чинному кримінальному процесуальному законодавстві України не міститься прямої заборони на зловживання правом як загальної засади, а лише йдеться про недобросовісність та зловживання правом учасниками кримінального провадження у конкретних правовідносинах.

У статті окреслено практику зловживання процесуальними правами сторонами під час проведення досудового розслідування та судового розгляду у кримінальному процесі України. Проаналізовано погляди науковців щодо зловживання процесуальними правами. Надано тлумачення понять «зловживання процесуальними правами» та «процесуальна диверсія». Зроблено висновок про те, що зловживання процесуальними правами сторонами кримінального процесу є особливою формою правопорушень. Окреслено питання правової категорії учасників сторін кримінального процесу: сутність, наслідки, суб'єкти, відповідальність.

Наведено практику Європейського суду з прав людини та позиції Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо зловживання процесуальними правами сторонами у кримінальному провадженні. Окрім цього, наведено норми чинного кримінального процесуального законодавства України, які встановлюють відповідальність за зловживання правом, та визначено, що у кримінальному процесі не існує закріплення такого поняття, як зловживання процесуальними правами. Установлено причини виникнення таких прогалин, як зловживання правом, та запропоновано шляхи, які могли б допомогти мінімізувати дане явище. Зроблено розподіл питань, пов'язаних зі зловживаннями своїми процесуальними правами на підставі закріплення у Кримінальному процесуальному кодексі України.

Проведено дослідження практики Європейського суду з прав людини та національної судової практики Верховного Суду, пошук дієвих механізмів підвищення ефективності кримінального провадження шляхом протидії зловживанню процесуальними правами.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, суд, ЄСПЛ, джерела права, сторони кримінального процесу, зловживання процесуальними правами, процесуальна диверсія.

Постановка проблеми. На жаль, часто у процесі здійснення практичної діяльності щодо захисту прав, свобод та законних інтересів осіб під час проведення досудового розслідування і судового розгляду у кримінальному провадженні виникають питання, пов'язані з тим, коли ти або твій опонент починаєте зловживати своїми процесуальними правами з метою створення штучних перешкод для вирішення правового конфлікту. При цьому, як виявляється на практиці, суд не завжди, а то й зовсім не здійснює заходів, спрямованих на уникнення цих пасток для врівноваження процесуальних прав і обов'язків усіх учасників кримінального провадження. Слід зазначати, що дана проблема є характерною для будь-якої галузі юридичного процесу в Україні. Хоча саме поняття «зловживання процесуальними правами» з'явилося в науковій юридичній літературі вже досить давно, але заборона зловживання процесуальними правами існує лише у цивільному, господарському та адміністративному судочинстві.

За рішенням Касаційного адміністративного суду у складі ВС від 13.03.2019 у справі № 814/218/14 під поняттям «зловживання процесуальними правами» слід розуміти форму умисних, несумлінних дій учасників процесу, що знаходить своє вираження, зокрема, у вчиненні дій, неспівмірних із наслідками, до яких вони можуть призвести; використанні наданих прав усупереч їх призначенню з метою обмеження можливості реалізації чи обмеження прав інших учасників провадження; перешкоджанні діяльності

© О. Розумовський, 2021

суду з правильного та своєчасного розгляду і вирішення справ; необґрунтованому перевантаженні роботи суду» [25]. Окрім цього, у науковій юридичній літературі зустрічається поняття «процесуальна диверсія», що є будь-якими деструктивними діями з використанням процесуальних прав особи, яка бере участь у розгляді судової справи, з метою максимально ускладнити опоненту виграш правового спору в цілому або завдати збиток його певним інтересам, що в будь-якому разі порушує право особи на справедливий суд, про яке так часто наголошують національні суди та Європейський суд із прав людини в контексті порушення ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, що ми підтримуємо.

У чинному кримінальному процесуальному законодавстві України відсутнє закріплення такого поняття. Нині зустрічаються досить різні погляди щодо розуміння поняття «зловживання процесуальними правами» учасників провадження, що загалом можуть бути об'єднані у дві важливі групи. Перша визначає зловживання з медичних питань, які представлені працями науковців із галузі психіатрії та психології, в яких досліджується поняття «кверулянство» *(paranoia querulans),* та означає параноїдальний розлад, тобто розлад, пов'язаний із патологічним бажанням та потребою звертатися до суду та брати участь у судових провадженнях, що фактично відбиває крайні прояви зловживання у поведінки учасників провадження [1, с. 64]. Натомість друга група наукова є правовою та присвячена дослідженню питань щодо зловживань процесуальними правами у рамках різних галузей процесуальних прав [2, с. 51]. Необхідно визначити, що у рамках другого наукового підходу бракує єдності у розумінні феномену зловживання процесуальними правами як у національній, так і в зарубіжній юридичній літературі. Так, перша група вчених, до яких приєднується і Д.А. Фурсов, узагалі заперечує введення поняття «зловживання процесуальними правами» [3, с. 243]. Друга група (А.В. Юдин та ін.), навпаки, намагається безпідставно його розширити, включаючи до його змісту не лише зловживання процесуальними правами з боку учасників процесу, а й зловживання процесуальними правами з боку суду [4, с. 976]. Хоча, на нашу думку, останнє фактично являє собою зловживання повноваженнями з боку судових органів, а тому має розглядатися крізь призму заборони свавілля держави в контексті основоположного принципу верховенства права. Поширеним, як зазначає Д.Д. Луспеник, є також змішування зловживанням процесуальними правами з такими суміжними явищами, як невиконання процесуальних обов'язків [5, с. 164] або невикористання процесуальних прав (наприклад, у разі неявки сторін у судове засідання), що являють собою самостійні явища правової реальності [6, с. 85], що ми підтримуємо. Отже, питання процесуальних диверсій хоч із медичної групи, хоч із правової залишаються одними із найбільш актуальних у судовій практиці. При цьому слід звернути увагу, що йдеться про відповідні тактичні прийоми, а не повноцінну стратегію захисту, оскільки процесуальна диверсія лише частково, хоча зазвичай і на досить тривалий час, блокує переваги іншої сторони, відволікає іншу сторону від суті питання, яке розглядається, проте не вирішує спір остаточно.

Оскільки випадки звернення до Європейського суду з прав людини (далі, ЄСПЛ) з боку фізичних або юридичних осіб стають усе більш частішими, вивчення цього питання, безумовно, повинне мати ключовий та визначальний вплив. Питання, пов'язані зі «зловживанням правом», розглядали переважно вчені-цивілісти: М.М. Агарков, М.Й. Бару, С.М. Братусь, В.П. Грибанов, М.С. Малеін. Саме ці відомі вчені сприяли закладенню міцного наукового фундаменту, на якому поступово будувалися дослідження їхніх сучасних колег, зокрема І.В. Спасибо-Фатєєвої та Т.А. Цувіної. Тому саме ця галузь права має у своєму активі найбільшу кількість досліджень із питань щодо зловживання процесуальним правом. У контексті кримінального процесу України та вивчення практики ЄСПЛ визначенням цього питання займалися: А.В. Юдин, В. Петренка, О. Свірін, А. Смітюха та ін.

Метою статті є визначення важливого теоретичного аспекту щодо засади неприпустимості сторін зловживання своїми процесуальними правами, зіставлення його з поняттям «процесуальна диверсія», намагання наукового висвітлення способів та засобів боротьби з ними виходячи з практики рішень Європейського суду з прав людини; проведення аналізу практики на національному рівні судового механізму захисту суб'єктивних матеріально-правових можливостей сторін кримінального процесу з метою нівелювання корупційних ризиків.

Виклад основного матеріалу. На нашу думку, розуміння правової природи зловживання правом полягає у тому, що зловживання правом, або, так би мовити, «процесуальна диверсія», є особливим видом процесуального правопорушення й є під-

ставою для юридичної відповідальності. Так, М. Вопленко зазначає, що зловживання правом має ознаки латентного чи явного правопорушення [7, с. 14]. При цьому О. Барміна вказує на те, що зловживання правом може виявлятися у трьох формах: шкідлива поведінка, стосовно якої відсутні каральні норми; правопорушення та злочин [8, с. 12]. І це є дійсним тому, що відсутність у чинному законодавстві України каральних норм ще не свідчить про відсутність протиправності. На жаль, задекларовані у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України права не завжди мають законодавчий механізм його реалізації. А заборона в положеннях закону неналежної поведінки для тієї чи іншої сторони кримінального процесу або особи не завжди містить указівку на її правові наслідки. Хоча ці недоліки з практичного погляду допустимо вирішувати через диспозитивні повноваження відповідних суб'єктів правозастосування. Наприклад, слідчий (дізнавач) має право обмежити стороні захисту час на ознайомлення з матеріалами кримінального провадження шляхом звернення до слідчого судді з клопотанням про встановлення строку ознайомлення з матеріалами кримінального провадження. Окрім цього, можливо обмежити час на дачу показань підозрюваним чи обвинуваченим, коли такі особи умисно затягують процес.

Більш точно, на нашу думку, правову природу зловживання правом у кримінальному процесі визначила К. Рябцева, яка вважає, що зловживання суб'єктивним правом у кримінальному провадженні являє собою особливу форму протиправної поведінки учасника кримінальних процесуальних правовідносин, за якої винувате здійснення суб'єктивного права спричинює необґрунтовану шкоду або створює умови для спричинення такої шкоди правам інших осіб, організацій чи інших суб'єктів права, а також суперечить призначенню кримінального судочинства [9, с. 257]. Водночас, на думку О.Ю. Хабло, не викликає сумніву те, що зловживання правом – завжди умисне діяння, яке характеризується ознаками, що відрізняє його від такого правового явища, як «правова помилка» [10, с. 11]. Підтримуючи його, О.О. Маліновський доповнює, що можливість зловживання суб'єктивним правом детермінована свободою розсуду правомочного суб'єкта [11, с. 10]. Тобто свобода розсуду особи на вибір поведінки суб'єктом породжує й низку відповідних питань про певні межі правомірної поведінки особи в конкретних правовідносинах, вихід за які передбачатиме певну відповідальність учасників кримінального процесу. Так, підозрюваний чи обвинувачений мають право не свідчити проти себе або своїх близьких під час проведення досудового розслідування або судового розгляду та відмовитися від дачі показань. Це право є абсолютним та безспірним. Чи допустима така поведінка підозрюваного або обвинуваченого без негативних для них правових наслідків у вигляді відповідальності за досить вагомих правових гарантій щодо гарантування права на захист шляхом відмови від дачі показань узагалі? А ви можете, своєю чергою, спитати: а якщо такі показання є обмовою іншої особи третьої особи й остання притягається до відповідальності й унаслідок таких дій може бути незаконно засуджена за вчинення кримінального правопорушення, яке вона не вчиняла? Але існують будь-які правові наслідки для підозрюваного чи обвинуваченого у разі дачі ними завідомо неправдивих показань (як одного з виду зловживань правом або процесуальною диверсією), що обтяжують кримінальний процес у часі й у процесуальних засобах або діях? За рішенням суду це може вплинути лише на розмір покарання. Водночас потерпілий несе кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивих показань. У даному разі постає питання про рівність сторін кримінального процесу.

Не менше питань виникає відносно слідчого (дізнавача) щодо вибору ним процесуальних або слідчих (розшукових) дій під час проведення досудового розслідування. Чи існують межі повноважень слідчого (дізнавача) під час здійснення цього вибору та реалізації тієї чи іншої слідчої (розшукової) дії, відповідних тактичних прийомів? Чи може наступити та в якому вигляді відповідальність за порушення цих меж? Як бачимо, зловживати процесуальними правами, якими вони наділені, мають можливість усі учасники кримінального провадження.

За проведеним дослідженням щодо наслідків зловживання своїми процесуальними правами можна зазначити, що серед науковців немає одностайної думки. Так, О. Даровський уважає, що зловживання правом за наслідками можливо класифікувати на таке, що спричинило шкоду, і таке, що не спричинило шкоду, але посягає на її спричинення [12, с. 8]. Водночас Д. Іванюк відстоює точку зору про те, що зловживання правом, як наслідок, завжди спричинює шкоду й є протиправним діянням [13, с. 348]. На думку О. Малиновського, зловживання правом правозначиме лише тоді, коли воно спричинює шкоду в юридичному значенні, коли воно тягне за собою настання негативних наслідків, які вказані в чинному законодавстві, як результат здійснення права [11, с. 69].

Зловживання своїм правом, уважаємо ми, завжди має наслідок спричинення відповідної шкоди іншим учасникам кримінального провадження чи правовідносинам, що виникають під час його здійснення й перешкоджають досягненню завдань.

Як було викладено вище, на національному рівні інститут заборони зловживання своїми процесуальними правами наявний у цивільному, адміністративному та господарському судочинстві України. Однак при цьому у кримінальному процесі законодавець оминув закріплення такого поняття. Достеменно невідомо, чим саме зумовлена ця ситуація, але, за статистичними даними, у період із 15.12.2017 донині існує понад однієї тисячі судових рішень у кримінальних провадженнях, у яких зазначено поняття «зловживання процесуальними правами». Слід зазначити, що усунення існуючих прогалин у законодавчому регулюванні виходячи із завдань, які поставлені перед судом у системі судоустрою України, з метою досягнення усіх завдань покладено на Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду (далі – ККС ВС). Тому в ухвалі ККС ВС від 30.05.2018 у справі № 676/7346/15-к визначено, що хоча у КПК України не передбачено загального положення про заборону зловживання процесуальними правами, однак заборона зловживання такими є загальноправовим принципом і поширюється на всі галузі права [14]. Із нашої точки зору, дана правова позиція ККС ВС має фундаментальне значення, позаяк за відсутності закріплення у нормах позитивного права у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України засади заборони зловживання учасниками кримінального провадження своїми процесуальними правами суд фактично екстраполював дію цієї загальноправової засади (вочевидь, природного права) у кримінальний процес Україні.

На жаль, сьогодні у судових рішеннях ККС ВС відсутнє сформульоване визначення поняття «зловживання процесуальними правами», але є посилання та власні переклади, трактування ККС ВС практики Європейського суду з прав людини, зокрема, ухвала від 17.09.2019 у справі № 202/4467/14-к, у якій зазначено: «Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях, зокрема у справі «Юніон Аліментаріа проти Іспанії» від 7 липня 1989 р., указував на недопустимість зневілювання ключового принципу – верховенства права у випадках, коли поведінка учасників судового засідання свідчить про умисний характер їхніх дій, спрямований на невиправдане затягування процесу чи зловживання своїм процесуальним правом» [16].

Водночас у Постанові ККС ВС від 09.04.2019 у справі № 306/1602/16-к зауважує, що процесуальний закон забезпечує дотримання прав осіб, а не використання їх для зловживання [16]. А в ухвалі від 18.09.2018 у справі № 1-9/11 суд виходить із позиції, що законодавець чітко передбачив правила поведінки сторін у кримінальній справі на подання доказів, участь в їх дослідженні та доведенні їх переконливості, виступ у судових дебатах, оскарження процесуальних рішень суду, тобто учасники судового процесу мають діяти відповідно до загальних положень судового розгляду, а не зловживати своїми правами. Водночас варто зазначити, що законодавець усе ж здійснює послідовне закріплення процесуальних запобіжників від можливої недобросовісності та зловживання процесуальними правами учасників судового розгляду [17]. Тобто ККС ВС застосовує практику Європейського суду з прав людини і намагається усунути наявні прогалини із зазначених вище питань.

Досліджуючи питання, пов'язані зі зловживанням своїми процесуальними правами, становиться можливим виділити їх у різні групи за своєю суттю, природою та змістом прояви сторонами кримінального процесу, де головною підставою у такому розподілі буде закріплення у Кримінальному процесуальному кодексі України, зокрема:

Прямо закріплені у положеннях КПК України:

1. Повторне заявлення відводу судді (ч. 4 ст. 81 КПК України), правова позиція викладена у Постанові ККС ВС від 06.11.2019 у справі № 300/474/17 [18].

2. Довготривале ознайомлення з матеріалами кримінального провадження (ч. 10 ст. 290 КПК України), правова позиція викладена у Постанові ККС ВС від 11.07.2018 у справі № 396/3082/14 [19].

3. Обмеження підстав для оскарження вироку на підставі угоди про визнання винуватості (ч. 4 ст. 394 КПК України), правова позиція викладена в Ухвалі ККС ВС від 28.09.2020 у справі № 308/2389/20 [20].

Безпосередньо не закріплені у положеннях КПК України:

1. Неявка учасників кримінального провадження на судові засідання, правова позиція викладена у Постанові ККС ВС від 24.09.2020 у справі № 755/10138/16-к [21].

2. Неотримання повідомлень, що надсилалися на вказану особою адресу та відсутність зацікавлення станом розгляду касаційної скарги, правова позиція викладена в Ухвалі ККС ВС від 30.05.2018 у справі № 676/7346/15-к [14].

3. Подання клопотання про залучення до участі перекладача на стадії судового розгляду, за попередньої відсутності такої потреби, правова позиція викладена у Постанові ККС ВС від 19.02.2019 у справі № 236/1798/16-к [22].

4. Численні необґрунтовані клопотання про заміну призначених захисників у кримінальному провадженні, правова позиція викладена у Постанові ККС ВС від 25.09.2019 у справі № 234/11287/17 [23].

5. Висловлювання коментарів сторін кримінального процесу, які ображають честь і гідність суддів, критика, оцінка поглядів на обличчі, відведення очей, зітхань, правова позиція викладена в Ухвалі ККС ВС від 18.09.2018 у справі № 1-9/11 [17].

6. Посилання сторони обвинувачення про незабезпечення судом проведення повного судового слідства, правова позиція викладена в Ухвалі ККС ВС від 27.03.2018 у справі № 1118/6354/12 [24].

Висновки

Таким чином, сьогодні існує проблема зловживання процесуальними правами сторонами кримінального процесу або застосування сторонами так званої «процесуальної диверсії» з метою безпідставного затягування кримінальних проваджень. При цьому у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України відсутнє закріплення заборони зловживання процесуальними правами як самостійної загальної засади. Але ця прогалина може бути усунена, якщо звернутися до рекомендацій ККС ВС, якими вбачається, що Верховним Судом уводиться в дію вищевказана засада як загальноправова у кримінальному провадженні, що свідчить про природно-правовий підхід суду до даного явища та є значним кроком і в майбутньому являтиме собою підставу для подальшого закріплення інституту заборони зловживання учасниками кримінального провадження процесуальними правами безпосередньо у положення кримінального процесуального законодавства України, не обмежуючись поодинокими рішеннями Європейського суду з прав людини та Касаційним кримінальним судом у складі Верховного Суду, Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду та Великої Палати Верховного Суду.

Список використаних джерел:

1. Berg A. De samhallsbesvarliga. Forhandlingar от psykopati och kverulani i 1930-och 40-talens Sverige. Gothenburg, 2019. 384 p.; Levy B. From Paranoia Querular.; to Vexatious Litigants: a Short Study on Madness between Psychiatry and the Law. Pan 1 History of Psychiatry. 2015. Vol. 26(1). P. 36–49; Coffey C. A., Brodsky S. L., Sams D. M. I'll See You in Court..Again: Psychopathology and Hyperlitigious Litigants. The Journal ofht American Academy of Psychiatry and the Law. 2017. Vol. 45. № 1. P. 62–71.

2. Taruffo M. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedure Fairness. The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 1998. 384 p Kirby N. When Rights Cause Injustice: a Critique of the Vexatious Proceedings Act 200; (NSW). Sydney Law Review. 2009. Vol. 31. P. 163–184; Taggart M. Alexander Chaffers and the Genesis of the Vexatious Actions Act 1896. The Cambridge Law Journal. 2004. Vol. 63. № 3. P. 656–684; Smith S. Vexatious Litigants and their Judicial Control – the Victorian Experience. Monash UniversityLaw Review. 1989. № 5. Vol. 15. P. 48–67.

3. Фурсов Д.А. Теория правосудия в кратком трехтомном изложении по гражданским делам. Т. 2: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. Москва : Статут, 2009. 158 с. ; Приходько А.И. Воспрепятствование разрешению дел в арбитражных судах. Москва : Волтерс Клувер, 2006. 248 с.

4. Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском и уголовном судопроизводстве: межотраслевой анализ. *Lex Russica*. 2006. № 5. С. 981.

5. Луспеник Д.Д. Зловживання процесуальними правами: законодавча регламентація, способи виявлення та шляхи протидії. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2015. № 6. С. 150–171.

6. Юдин А.В. Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судо-производстве. Санкт-Петербург : С.-Петерб. гос. ун-т, 2005. 360 с.

7. Вопленко Н.Н. Злоупотребление правом как родовое понятие юридической науки. *Вестник ВолГУ. Серия 5 «Юриспруденция»*. 2011. Вып. 1(14). С. 7–15.

8. Бармина О.Н. Злоупотребление правом как общеправовая категория: теоретико-правовой анализ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. 29 с.

9. Рябцева Е.В. Понятие «злоупотребление правом» в уголовном процессе. *Криминалистические чтения* : сборник научных трудов / под ред. О.Я. Баева. Воронеж : Воронеж. гос. ун-т, 2013. Вып. 15. 364 с.

10. Хабло О.Ю. Зловживання у сфері кримінального процесу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 2008. 22 с.

11. Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен : автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Москва, 2008. 52 с.

12. Даровских О.И. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2013. 26 с.

13. Іванюк Д. Юридична природа та ознаки поняття зловживання правом у кримінальному

процесі: загальнотеоретичний аспект. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2010. № 3. С. 340–349.

14. Ухвала Верховного Суду Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 30.05.2018. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74440103 (дата звернення: 22.03.2021).

15. Ухвала Верховного Суду Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 17.09.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84449788 (дата звернення: 22.03.2021).

16. Постанова Верховного Суду Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 09.04.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81203038 (дата звернення: 22.03.2021).

17. Ухвала Верховного Суду Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 18.09.2018. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77009381 (дата звернення: 22.03.2021).

18. Постанова Верховного Суду Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 06.11.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85541577 (дата звернення: 23.03.2021).

19. Постанова Верховного Суду Касаційного кримінального суду від 11.07.2018. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75345713 (дата звернення: 23.03.2021).

20. Ухвала Верховного Суду Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 28.09.2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91855156 (дата звернення: 23.03.2021).

21. Постанова Верховного Другої судової палати Суду Касаційного кримінального суду від 24.09.2020. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91855151 (дата звернення: 23.03.2021).

22. Постанова Верховного Суду Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 19.02.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80080039 (дата звернення: 23.03.2021).

23. Постанова Верховного Суду Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 25.09.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84660079 (дата звернення: 23.03.2021).

24. Ухвала Верховного Суду Першої судової палати Касаційного кримінального суду від 27.03.2018. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73125015 (дата звернення: 23.03.2021).

25. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 13.03.2019. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/80481133 (дата звернення: 03.04.2021).

Oleksandr Rozumovskyi. Abuse of procedural rights under the current criminal procedure legislation of Ukraine

Recently, issues related to the legal nature of "misapplication of rights" in criminal proceedings have been actively studied, but the views of scholars are different and often diametrically opposed. The current Criminal Procedure Code of Ukraine does not contain a direct prohibition of misapplication of rights as a general principle, but only on dishonesty and misapplication of rights by participants in criminal proceedings in specific legal relations.

This author of the article outlines the practice of misapplication of procedural rights by the parties during the pre-trial investigation and trial in the criminal process of Ukraine. The views of scholars on the abuse of procedural rights were analyzed. An interpretation of the concepts of "misapplication of procedural rights" and "procedural diversion". The author concluded that the misapplication of procedural rights by the parties of the criminal process is a special form of offense. The issues of the legal category of participants in the criminal proceedings were outlined: essence, consequences, subjects, responsibility.

The case law of the European Court of Human Rights and the position of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court on the misapplication of procedural rights by the parties in criminal proceedings were presented. In addition, the norms of the current criminal procedural legislation of Ukraine, which establish responsibility for misapplication abuse of rights, were given, and it was determined that in the criminal process there is no consolidation of such a concept as misapplication of procedural rights. The causes of gaps such as misapplication of rights have been identified and ways have been suggested that could help minimize this phenomenon. The distribution of issues related to the misapplication of their procedural rights on the basis of enshrined in the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The author of the article studied the case law of the European Court of Human Rights and the national case law of the Supreme Court. This search was made to determine effective mechanisms to improve the efficiency of criminal proceedings by combating the misapplication of procedural rights.

Key words: European Court of Human Rights, court, sources of law, parties of criminal proceedings, misapplication of procedural rights, procedural diversion.

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.39

Андрій Ткачик,
аспірант кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ

СИСТЕМА ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ДІЙ, СПРЯМОВАНИХ НА ОБМЕЖЕННЯ ТАЄМНИЦІ СПІЛКУВАННЯ

Актуальність статті полягає у тому, що за наявності конституційних гарантій прав громадян в інформаційній сфері законодавством України передбачено тимчасові обмеження реалізації цих прав. Такі винятки з прав на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції встановлюються лише судом у випадках, передбачених законом, із метою запобігання злочину чи з'ясування істини під час розслідування кримінальних справ, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Чинне законодавство встановлює, що процесуальні дії, спрямовані на обмеження таємниці спілкування, як правило, проводяться на підставі ухвали слідчого судді. Такий складний порядок доступу правоохоронних органів до матеріальних носіїв інформації, що становить таємницю спілкування, свідчить про пріоритетний характер цього виду таємниці в системі інформації з обмеженим доступом, передбаченій вітчизняним законодавством. Наголошено, що питання щодо системи процесуальних дій, у ході яких обмежується таємниця спілкування, не знайшло свого достатнього висвітлення в науковій літературі. Здебільшого обмеження таємниці спілкування зводиться до негласних слідчих (розшукових) дій, пов'язаних з утручанням у приватне спілкування. Однак перелік таких випадків набагато ширший. З'ясовано, що колегія суддів Касаційного кримінального суду сформулювала свій правовий висновок про те, що процесуальні документи, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ухвали, постанови, клопотання), що не були відкриті стороні захисту на момент звернення до суду з обвинувальним актом, оскільки вони не були у розпорядженні сторони обвинувачення – за наявності відповідного клопотання, можуть бути відкриті під час судового розгляду у суді першої чи апеляційної інстанції. Зроблено висновок, що неодноразово у практичній діяльності та науковій літературі виникає питання про можливі порушення прав людини оперативними підрозділами під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій у зв'язку з відсутністю належного судового контролю та прокурорського нагляду в ході їх здійснення.

Ключові слова: злочин, особисте життя, інформація, суд, процесуальні документи.

Постановка проблеми. За наявності конституційних гарантій прав громадян в інформаційній сфері законодавством України передбачено тимчасові обмеження реалізації цих прав. Такі винятки з прав на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції встановлюються лише судом у випадках, передбачених законом, із метою запобігання злочину чи з'ясування істини під час розслідування кримінальних справ, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Метою статті є розгляд системи процесуальних дій, спрямованих на обмеження таємниці спілкування.

Виклад основного матеріалу. Даючи офіційне тлумачення положень частин 1, 2 ст. 32 Конституції України у системному зв'язку з ч. 2 ст. 34 Конституції, Конституційний Суд України дійшов висновку, що збирання, зберігання, використання та поширення державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами конфіденційної інформації про особу без її згоди є втручанням в її особисте та сімейне життя, яке допускається винятково у визначених законом випадках і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини [1].

Дане конституційне положення логічно продовжено в ч. 2 ст. 14 КПК, згідно з якою втручання у таємницю спілкування можливе лише на підставі судового рішення у випадках, передбачених КПК, із метою виявлення та запобігання тяжкому чи особливо тяжкому злочину, встановлення його обставин, особи, яка вчинила злочин, якщо в інший спосіб неможливо досягти цієї мети.

Чинне законодавство встановлює, що процесуальні дії, спрямовані на обмеження таємниці спілкування, як правило, прово-

© А. Ткачик, 2021

дяться на підставі ухвали слідчого судді. Такий складний порядок доступу правоохоронних органів до матеріальних носіїв інформації, що становить таємницю спілкування, свідчить про пріоритетний характер цього виду таємниці в системі інформації з обмеженим доступом, передбаченій вітчизняним законодавством.

Питання щодо системи процесуальних дій, у ході яких обмежується таємниця спілкування, не знайшло свого достатнього висвітлення в науковій літературі. Здебільшого обмеження таємниці спілкування зводиться до НСРД, пов'язаних з утручанням у приватне спілкування. Однак перелік таких випадків набагато ширший.

Як слушно вказує С. Грібов, не зрозуміло, чому НСРД, під час яких цілком може мати місце втручання у приватне спілкування, не належать до цієї категорії. Зазначене, зокрема, стосується візуального спостереження за особою, річчю або місцем, аудіо-, відеоконтролю місця. Окремі науковці, досліджуючи питання втручання в приватне спілкування, пропонують доповнити цей інститут НСРД, що матиме назву «безпосереднє спостереження та технічне документування юридично значущих фактів», до якої належатимуть НСРД, передбачені ст. ст. 260, 269 та 279 КПК України. Аналіз змісту НСРД, передбачених ст. ст. 271, 272 КПК України, як за матеріалами практики, так і згідно з положеннями наукових праць, дає підстави стверджувати, що вони пов'язані втручанням у приватне спілкування. Ці дії передбачають участь у конфіденційному спілкуванні інших людей особи, яка без їх відома збирає щодо них інформацію, зокрема таку, що стосується їхнього особистого життя. Сторони спілкування при цьому розраховують на збереження в таємниці змісту спілкування, будучи введеними в оману з використанням неправдивих відомостей – дезінформації [2, с. 244–245].

Варто погодитися з думкою, що втручання в спілкування може відбуватися не лише під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, перелік яких визначено в ст. 258 КПК України, а й під час інших слідчих дій, у тому числі гласних [3].

Таким чином, можна виокремити таку систему процесуальних дій, спрямованих на обмеження таємниці спілкування.

Зокрема, на підставі ухвали слідчого судді суду першої інстанції проводяться такі процесуальні дії спрямовані на обмеження таємниці спілкування:

– тимчасовий доступ до речей та документів;

– обшук.

На підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду, слідчого судді Вищого антикорупційного суду проводяться такі негласні слідчі (розшукові) дії:

– аудіо-, відеоконтроль особи;

– накладення арешту на кореспонденцію, огляд і виїмка кореспонденції;

– зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж;

– зняття інформації з електронних інформаційних систем;

– спостереження за особою;

– аудіо-, відеоконтроль місця.

Неоднозначним залишається питання щодо того, чи може таємниця спілкування обмежуватися в ході проведення обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи. Згідно з ч. 1 ст. 267 КПК, слідчий має право обстежити публічно недоступні місця, житло чи інше володіння особи шляхом таємного проникнення в них, у тому числі з використанням технічних засобів.

Відповідно до п.п. 1.11.7 Інструкції обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи полягає у таємному проникненні слідчого чи уповноваженої особи без відома власника чи володільця, приховано, під псевдонімом або із застосуванням технічних засобів у приміщення та інше володіння для встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи або безпосередньо з метою виявлення і фіксації слідів злочину, проведення огляду, виявлення документів, речей, що мають значення для досудового розслідування, виготовлення копій чи їх зразків, виявлення осіб, які розшукуються, або з іншою метою для досягнення цілей кримінального провадження.

Метою зазначеної НСРД, відповідно до наведених вище положень КПК та Інструкції, є: а) виявлення і фіксація слідів учинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, речей і документів, що мають значення для їх досудового розслідування; б) виготовлення копій чи зразків зазначених речей і документів; в) виявлення та вилучення зразків для дослідження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину; г) виявлення осіб, які розшукуються; ґ) встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи.

Таким чином, обстеження включає у себе дії, які дають змогу зібрати відомості, речі і документи, що мають значення для досудового розслідування, або дії, без проведення яких є неможливим проведення аудіо-, відеоконтролю особи всередині публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи або негласно отримати зразки для порівняльного дослідження.

Ураховуючи наведене, вважаємо, що в ході обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи слідчий, працівники оперативних підрозділів не мають права втручатися у таємницю спілкування, зокрема в особисте листування особи, інші форми спілкування, зафіксовані на матеріальних чи електронних носіях, які знаходяться в публічно недоступних місцях, житлі чи іншому володінні особи. Така позиція зумовлена змістом даної НСРД, яка переважно носить організаційно-допоміжний характер.

Слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проведення НСРД, якщо прокурор, слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинене кримінальне правопорушення відповідної тяжкості; 2) під час проведення НСРД можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

Як вірно зазначає О.Г. Шило, правове значення цих положень закону полягає у тому, що вони визначають межі здійснення дискреційних повноважень за колом осіб та у часі, що є суттєвою гарантією забезпечення конституційних прав як самого підозрюваного, обвинуваченого, так і інших осіб, які, спілкуючись із ним у той чи інший спосіб, обґрунтовано розраховують на приватність такого спілкування [4, с. 445].

Варто зауважити, що ухвала слідчого судді про дозвіл на проведення НСРД, які обмежують таємницю спілкування, обов'язково має бути розсекречена та долучена до матеріалів кримінального провадження, оскільки відсутність ухвали слідчого судді про дозвіл на проведення негласних слідчих (розшукових) дій унеможливлює використання їх результатів у доказуванні.

Так, Колегія суддів Касаційного кримінального суду у своїй ухвалі про направлення кримінального провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду висловила бажання відійти від правового висновку, викладеного у постанові ВСУ від 16 березня 2017 р. [5]. Згідно із цим правовим висновком, невідкриття матеріалів сторонами одна одній у порядку ст. 290 КПК після закінчення досудового розслідування, а також додаткових матеріалів, отриманих до або під час судового розгляду, є підставою для визнання судом відомостей, що містяться в них, недопустимими як доказ.

Колегія суддів Касаційного кримінального суду сформулювала свій правовий висновок про те, що процесуальні документи, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій (ухвали, постанови, клопотання), що не були відкриті стороні захисту на момент звернення до суду з обвинувальним актом, оскільки вони не були у розпорядженні сторони обвинувачення – за наявності відповідного клопотання, можуть бути відкриті під час судового розгляду у суді першої чи апеляційної інстанції. Таке відкриття на цих стадіях кримінального провадження процесуальних документів, які стали правовою підставою для проведення негласних слідчих (розшукових) дій, не тягне за собою за вказаних обставин визнання відомостей, які містяться у них, та результатів проведення таких дій недопустимими доказами відповідно до ст. 290 КПК.

Велика Палата Верховного Суду вважає, що для доведення допустимості результатів НСРД мають бути відкриті не лише результати цих дій, а й документи, які стали правовою підставою їх проведення (клопотання слідчого, прокурора, їх постанови, доручення, ухвала слідчого судді), оскільки змістом цих документів сторони можуть перевірити дотримання вимог кримінального процесуального закону стосовно негласних слідчих (розшукових) дій.

За наявності відповідного клопотання процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) і яких не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК, оскільки їх тоді не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не було розсекречено на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні, але суд не має допустити відомості, що містяться у цих матеріалах кримінального провадження, як докази [6].

В іншій справі Велика Палата Верховного Суду зробила висновок, що процесуальні документи, які стали підставою для проведення НСРД (ухвали, постанови, клопотання) та які на стадії досудового розслідування не було відкрито стороні захисту в порядку, передбаченому ст. 290 КПК із тієї причини, що їх не було у розпорядженні сторони обвинувачення (процесуальні документи не були розсекречені на момент відкриття стороною обвинувачення матеріалів кримінального провадження), можуть бути відкриті іншій стороні під час розгляду справи у суді за умови своєчасного вжиття прокурором усіх необхідних заходів для їх отримання. Якщо сторона обвинувачення не вжила необхідних та своєчасних заходів, що

спрямовані на розсекречення процесуальних документів, які стали процесуальною підставою для проведення НСРД і яких немає в її розпорядженні, то в такому разі має місце порушення норм ст. 290 КПК [7].

Висновки

Неодноразово у практичній діяльності та науковій літературі виникає питання про можливі порушення прав людини оперативними підрозділами під час проведення НСРД у зв'язку з відсутністю належного судового контролю та прокурорського нагляду в ході їх здійснення.

Виходом із цієї ситуації є залучення особи, яка під час судового розгляду клопотань про НСРД буде забезпечувати дотримання прав осіб, щодо яких будуть застосовуватися обмеження. У зв'язку із цим пропонуємо викласти ч. 1 ст. 261 КПК в такій редакції: «Слідчий суддя зобов'язаний розглянути клопотання про надання дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії протягом шести годин із моменту його отримання. Розгляд клопотання здійснюється за участю особи, яка подала клопотання, та адвоката, делегованого центром безоплатної правової допомоги». Такий адвокат повинен мати допуск до державної таємниці, а доступ до матеріалів клопотання про надання дозволу на проведення НСРД буде надаватися слідчим суддею перед його судовим розглядом.

Список використаних джерел:

1. Рішення Конституційного суду України від 20 січня 2012 року у справі № 1-9/2012 за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень ч. 1, 2 ст. 32, ч. 2, 3 ст. 34 Конституції України.

2. Грібов М.Л. Удосконалення термінологічного апарату глави 21 Кримінального процесуального кодексу України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.* 2017. № 1. С. 238–249.

3. Лук'янчиков Є.Д., Лук'янчиков Б.Є. Визначення та система негласних слідчих (розшукових) дій. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2014. № 1(9). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n1/14lydsrd.pdf.

4. Шило О.Г. Теоретико-прикладні основи реалізації конституційного права людини і громадянина на судовий захист у досудовому провадженні в кримінальному процесі України. Харків : Право, 2011. 472 с.

5. Постанова ВСУ від 16 березня 2017 р. № 5-364 кс 16. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/VS170204.html.

6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к (провадження № 13-37кс18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79298340.

7. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 жовтня 2019 р. у справі № 640/6847/15-к (провадження № 13-43кс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174578.

Andrii Tkachyk. System of procedural actions directed on limitation of the secret of communication

The relevance of the article is that in the presence of constitutional guarantees of the rights of citizens in the information sphere, the legislation of Ukraine provides for temporary restrictions on the exercise of these rights. Such exceptions to the right to secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence shall be established only by a court in cases provided by law, in order to prevent crime or to clarify the truth in criminal investigations, if otherwise impossible to obtain information. The current legislation stipulates that procedural actions aimed at restricting the secrecy of communication are usually carried out on the basis of a summons from the investigating judge. Such a complex procedure for law enforcement agencies to access material media, which is a secret of communication, indicates the priority nature of this type of secret in the information system with limited access provided by domestic law. It is emphasized that the issue of the system of procedural actions in the course of which the secrecy of communication is limited has not been sufficiently covered in the scientific literature. In most cases, the restriction of the secrecy of communication is reduced to covert investigative (search) actions related to interference in private communication. However, the list of such cases is much wider. It was found that the panel of judges of the Criminal Court of Cassation formulated its legal opinion that the procedural documents that became the legal basis for covert investigative (search) actions (decisions, rulings, petitions) were not open to the defense at the time of appeal to the court with the indictment, because they were not at the disposal of the prosecution – upon request, may be opened during the trial in the court of first or appellate instance. It is concluded that the question of possible human rights violations by operational units during the covert investigative (search) actions due to the lack of proper judicial control and prosecutorial supervision during their implementation has repeatedly arisen in practice and in the scientific literature.

Key words: crime, personal life, information, court, procedural documents.

УДК 343.985
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.40

Владислав Негребецький,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ВІДЕОЗАПИС ПІД ЧАС СЛІДЧОГО ЕКСПЕРИМЕНТУ

Стаття присвячена проблемам вдосконалення відеофіксації ходу та результатів слідчого експерименту під час провадження досудового розслідування. Слідчий експеримент як процесуальний спосіб отримання доказів передбачає два різні способи перевірки доказів: експериментальний – через проведення дослідних дій (власне слідчий експеримент) та перевірку – через зіставлення показань з фактичною обстановкою (перевірка показань на місці). До відеозапису вдаються в тих випадках, коли необхідно зафіксувати певні факти, динамічну картину події, демонстрацію обстановки та окремих дій, взаємозв'язок тих чи інших предметів і слідів, складну обстановку місця події. Відеозапис у розслідуванні злочинів має такі переваги:1) дає змогу водночас фіксувати звук і зображення та візуально контролювати якість запису; 2) містить інформацію про динамічність події, розвиток тієї чи іншої дії або явища; 3) не потребує лабораторного опрацювання відзнятого матеріалу. Участь підозрюваного у проведенні слідчого експерименту з метою перевірки його показань на місці обов'язково має добровільний характер. Специфіка процесу пізнання зазначеної слідчої дії передбачає абсолютну самостійність демонстрації особою, показання якої перевіряються, місця події й обстановки. Обстановка виступає не як самостійне джерело інформації, а як результат демонстрації з боку особи, показання якої перевіряються. Слідчого при цьому цікавить, де саме відбувався той або інший епізод події, яким шляхом пересувався підозрюваний, де саме розташовані об'єкти, про які повідомлялося в його показаннях, яким чином виконувались ти чи інші дії в реальних умовах на місці події. Відповідно, відеозапис має зафіксувати факт добровільності участі особи, показання якої перевіряються в слідчій (розшуковій) дії, її самостійність в демонстрації обстановки і обставин події. Запропоновано шляхи підвищення ефективності застосування відеозапису під час слідчого експерименту.

Ключові слова: слідча дія, перевірка показань на місці, фіксація, відеозапис, спеціаліст, план, схема.

Постановка проблеми. В сучасній криміналістичній теорії відеозапис розглядається переважно як спосіб фіксації, який дозволяє не тільки наочно задокументувати процес і результати слідчої дії, але й забезпечити в подальшому їх об'єктивну оцінку в силу ілюстративності [1, с. 77]. При цьому, на нашу думку, доцільно розглядати відеозапис не просто як документ, що є наслідком використання технічного засобу (відеокамери), а ще й як інформаційну модель слідчої дії, яка дозволяє в подальшому звернутися до змісту слідчої дії і оцінити отримані результати.

Кримінально-процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13.04.2012 р. передбачає ст. 240 під назвою «слідчий експеримент», відповідно до якої «з метою перевірки і уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань». Таке формулювання надає слідчому можливість проводити в порядку статті 240 КПК не тільки власне експериментальні дії, а ще й особливий різновид – перевірку показань на місці. Змістом цієї норми також охоплюється відтворення дій, обстановки й обставин певної події.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Криміналістичні і процесуальні проблеми слідчого експерименту, в тому числі його різновиду – перевірки показань на місці – досліджувались в роботах таких відомих вчених процесуалістів і криміналістів, як І.Є. Биховський, О.М. Васильєв, А.В. Дулов, В.П. Колмаков, В.О. Коновалова, В.Г. Лукашевич, І.М. Лузгін, С.С. Степічев, В.Ю. Шепітько. Зокрема, на рівні дисертаційних досліджень цій слідчій дії присвятили свої праці А.А. Андрєєв, Р.С. Бєлкін, Н.І. Гуковська, Д.Д. Заяць, О.Б. Зозулінський, О.Г. Маслов, Л.О. Соя-Серко, В.М. Стратонов, В.М. Уваров, М.М. Хлинцов, О.В. Ципленкова, І.В. Чаднова. При цьому питання щодо застосування відеозапису під час слідчого експерименту, в тому числі перевірки показань на місці, залишається недостатньо дослідженим і адаптованим під можливості новітніх технологій фіксації.

© В. Негребецький, 2021

Метою цієї статті є дослідження особливостей використання відеозапису з метою фіксації змісту і результатів слідчого експерименту, виявлення шляхів щодо підвищення ефективності використання відеозапису та розробка на цій основі практичних рекомендацій для слідчих органів України.

Виклад основного матеріалу. Слідчий експеримент – це слідча (розшукова) дія, яка полягає у відтворенні дій, обстановки, обставин певної події, проведенні необхідних дослідів чи випробувань із метою перевірки зібраних доказів, отримання нових доказів, перевірки і оцінки слідчих версій про можливість існування тих чи інших фактів, що мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення [2, с. 218].

Перевірка показань на місці – це особливий вид слідчого експерименту, що полягає в зіставленні показань про пов'язані з певним місцем обставини злочину з фактичною обстановкою на цьому місці, показаною слідчому в присутності понятих особою, яка дала показання, з метою з'ясування їх достовірності [2, с. 583].

Процес провадження слідчого експерименту та отримані при цьому результати повинні бути процесуально зафіксовані з тим, щоб вони могли зайняти місце серед інших доказів по справі. Останнє визначає необхідність удосконалення, способів і прийомів фіксації цієї слідчої (розшукової) дії. Поряд з протоколом доцільно використовувати додаткові способи фіксації, які дозволяють наочно проілюструвати зміст цієї слідчої дії та отримані результати, наприклад, відеозапис.

При цьому існують особливості застосування методів, способів і прийомів відеофіксації під час слідчого експерименту. Останнє пов'язано з особливостями процесу пізнання під час слідчої (розшукової) дії та структурою отримуваної інформації. Фіксації підлягає складна за структурою інформація, яка, зокрема, може мати динамічний характер. Наприклад, обстановка на місці, послідовність виконання окремих дій, маршрут пересування, поведінка особи, показання якої перевіряються, зокрема її ініціатива в демонстрації дій, напрямків руху, розташування окремих об'єктів, відтворенні первісної обстановки. Саме цим пояснюється доцільність використання відеозапису під час цієї слідчої дії.

Перевірка показань на місці має складну структуру отримуваної інформації [3, с. 67]. Слідчий зіставляє показання з фактичною обстановкою на місці події. Відбуваються поступова перевірка та оцінка інформації. У криміналістичній літературі зазначається, що оцінка вірогідності доказів полягає у з'ясуванні змістовної сторони інформації та її джерела, встановленні на цій підставі зв'язку між окремими відомостями, одержаними з різних джерел, виявленні протиріч між ними і поясненні їх походження [4, с. 153]. Під час перевірки показань на місці оціночній діяльності слідчого притаманна своя специфіка. На нашу думку, вона полягає в тому, що такої оцінки зазнає уявна модель події на підставі показань особи, які перевіряються. Перевірка уявної моделі полягає в усуненні з неї інформації, яка не відповідає обстановці на місці, й відновленні моделі знову отриманою інформацією.

Така модель є інформаційно-ймовірнісною, тому що за змістом вона представлена даними, які необхідно уточнити й перевірити. За своєю структурою вона складається із взаємозалежних чуттєво-наочних образів уже сприйнятих елементів обстановки й логічних побудов. Якщо слідчий раніше не сприймав обстановки місця події, де проводиться перевірка, то на підґрунті одних лише показань відтворити модель злочинної події достатньо складно. Під час проведення перевірки показань слідчий сприймає реальне місце, предмети, сліди, а також пояснення й дії особи, показання якої перевіряються. При цьому уявна модель доповнюється сприйнятими образами справжньої обстановки, а також поясненнями й діями цієї особи. Відбувається поступовий перехід від моделі інформаційно-ймовірнісної до моделі інформаційно-достовірної. Одночасно слідчий зіставляє отриману інформацію з уявною моделлю події, що перевіряється. У результаті цього остання оцінюється з погляду відповідності дійсній обстановці на місці події. Протиріччя, неточності й незрозумілості в показаннях усуваються.

У криміналістичній теорії відеозапис розглядається як спосіб фіксації отриманої доказової інформації під час проведення слідчих і судових дій [5, с. 7]. Рекомендації щодо його застосування під час слідчого експерименту і перевірки показань на місці зводяться в основному до окремих прийомів відеозйомки. Водночас з нашого погляду існує необхідність розглянути саме зміст інформації, яка має бути зафіксована за допомогою відеозапису. Останній уявляє собою свого роду інформаційну модель слідчої дії, що повторює її зміст та результати. В подальшому ця модель може використовуватись для оцінки результатів перевірки показань на місці (наприклад, під час розгляду кримінального провадження в суді). Ефективність відеозапису як способу фіксації в даному

випадку залежить від того, наскільки точно така модель відбиває зміст слідчої (розшукової) дії, наскільки повно вона фіксує отримувану інформацію.

На нашу думку, відеозапис під час перевірки показань на місці за своїм змістом обов'язково має охоплювати наступні інформаційні елементи:

1. Обстановку місця події в тому вигляді, в якому вона демонструється особою, показання якої перевіряються;

2. Різного роду жести цієї особи, пов'язані з демонстрацією обстановки, та інші невербальні засоби спілкування, які використовуються для передачі інформації слідчому від особи, показання якої перевіряються, наприклад, просторове розташування сторін, візуальний контакт;

4. Усні пояснення цієї особи;

5. Процес демонстрації особою, показання якої перевіряються, окремих дій, поз;

6. Запитання, пояснення та заяви слідчого, спеціаліста та інших учасників слідчої (розшукової) дії, пов'язані з перевіркою показань.

Джерелом інформації у процесі перевірки показань на місці виступає матеріальна обстановка місця події. Межі вивчення і фіксації обстановки під час перевірки показань на місці цілком залежать від того, наскільки одержана інформація пов'язана зі змістом показань, що перевіряються, і у якому ступені вона дозволяє оцінити їх вірогідність. При цьому необхідно враховувати, що необхідна слідчому інформація міститься не в ізольовано або поперемінно сприйманих джерелах – обстановці або поясненнях особи, показання якої перевіряються, – а в співвідношенні інформації з цих джерел [6, с. 120]. Обстановка й усні пояснення допитаної особи під час цієї слідчої дії використовуються як єдине складне джерело інформації. На нашу думку, у процесі її проведення обстановка виступає не як самостійне джерело інформації, а як результат демонстрації з боку особи, показання якої перевіряються. Обстановка досліджується слідчим у тому вигляді, як її демонструє ця особа. Іншими словами, у поле зору слідчого попадають тільки ті елементи обстановки, на які вказує допитана особа на підтвердження своїх показань. Слідчого при цьому цікавить, де саме відбувався той або інший епізод події, яким шляхом пересувався підозрюваний, де саме розташовані об'єкти, про які повідомлялося в його показаннях, яким чином виконувались ти чи інші дії в реальних умовах на місці події. Н.І. Гуковська вказує, що під час проведення розглядуваної слідчої дії уточнюється, де і як відбулася подія [7, с. 37]. Якщо особою, показання якої перевіряються, демонструються окремі дії, то рухи сприймаються слідчим не ізольовано від навколишнього оточення, а в нерозривному зв'язку з ним.

Специфіка процесу пізнання зазначеної слідчої дії передбачає абсолютну самостійність демонстрації особою, показання якої перевіряються, місця події й обстановки. Просторове розташування учасників цієї слідчої дії є невербальним засобом спілкування і тому може використовуватися для передачі інформації між ними [8, с. 387]. Відеозапис має фіксувати самостійність демонстрації особою, показання якої перевіряються, окремих об'єктів, напрямів, пропозицій слідувати з указаним цією особою напрямом тощо. Так, якщо особа, показання якої перевіряються, пропонує прослідувати автомобілем за певним напрямком, то доцільно розташувати цю особу на передньому сидінні справа від водія, а спеціаліста з відеокамерою на задньому сидінні, вести відеозйомку в такому ракурсі, щоб можна було побачити в кадрі і дорогу, і жести цієї особи.

Під час фіксації демонстрації особою, показання якої перевіряються, напрямку руху, маршруту та певних орієнтирів на місці доцільно використовувати маршрутну зйомку з панорамуванням [9, с. 88]. Остання проводиться за допомогою розташування відеокамери, спрямованої перпендикулярно лінії руху учасників слідчої дії. Такий спосіб відеозйомки дозволяє наочно фіксувати учасників слідчої дії на фоні навколишньої обстановки. Маршрутний відеозапис зручно виконувати відеокамерою, оснащеною об'єктивом зі змінною фокусною відстанню, що дає можливість знімати з одної точки, не наближаючись до об'єкта, – від загального до крупного плану. Перевага застосування такого об'єктиву під час зйомки об'єктів у русі полягає ще і в можливості зафіксувати об'єкт, що наближується або віддаляється в одному і тому ж масштабі.

Усні пояснення особи, показання якої перевіряються, становлять собою обов'язковий елемент інформаційної структури цієї слідчої дії. Тому вони повинні фіксуватися у протоколі, а також за допомогою інших засобів фіксації, зокрема через відеозапис. При цьому відеозапис необхідно здійснювати таким чином, щоб забезпечити одночасну фіксацію процесу надання пояснень, особою, показання якої перевіряються, та об'єктів, орієнтирів і дій, що демонструються. Саме такий спосіб дозволяє найбільш повно задокументувати процес зіставлення інформації з різних джерел, що є специфічним саме для перевірки показань на місці.

Заслуговує окремого розгляду питання щодо відеофіксації демонстрації окремих дій особою, показання якої перевіряються. Демонстрація розглядається як істотний елемент змісту цієї слідчої дії [10. с. 10; 11, с. 10]. Вона дозволяє слідчому досліджувати динаміку події. В результаті демонстрації людина наочно переконується в певних процесах і результатах, які настають. Дії, які демонструються особою, показання якої перевіряються, наочно, в образній формі зображують подію або її елементи, що дає можливість точніше й повніше, ніж при словесному повідомленні, передати інформацію про подію. Під час демонстрації може виявитися фактична неможливість окремих обставин, що фігурують у показаннях, даних особою на допиті, наприклад, неможливість досягти певного пункту, хоча підозрюваний показує, що він рухався саме цією дорогою. Істотну роль у таких випадках відіграє фіксація динаміки виконання окремих дій.

Заслуговує на увагу питання щодо безперервності фіксації ходу перевірки показань на місці. Перевага відеозапису в порівнянні з іншими способами фіксації полягає в здатності відображати інформацію про динамічність події, розвиток тієї чи іншої дії, явища [1, с. 77]. В разі зупинки відеозапису дана перевага втрачається. Дії, обстановку, певні об'єкти і орієнтири, що демонструються особою, показання якої перевіряються, необхідно фіксувати за допомогою відеозйомки в послідовності, у якій здійснюється слідча дія. Тому доцільно в порядку підготовки до проведення перевірки показань на місці спланувати зміст і послідовність дій. Але слідчий не завжди має можливість зробити це заздалегідь. Можливість планування перевірки показань на місці прямо залежить від обсягу інформації, наявної у слідчого на етапі підготовки. На нашу думку, тут можливі дві різні ситуації: 1) коли достатньо даних про розслідувану подію, обставини якої будуть предметом перевірки показань, і про те місце, де вони відбувалися; 2) коли зібрані матеріали дають про зазначене мінімальні відомості. Таким чином, якщо тривалість відеозапису можна передбачити, то доцільно приготувати носій інформації для відеозапису відповідної кількості часу. Але і в цій ситуації під час перевірки показань на місці у слідчого не завжди існує можливість передбачити фактичну тривалість слідчої дії, оскільки це багато в чому залежить від поведінки і дій особи, показання якої перевіряються. Якщо здійснити безперервну відеозйомку неможливо, то кожний випадок зупинки фіксації необхідно відбити у протоколі перевірки показань на місці з зазначенням причин та часу припинення та відновлення відеозапису.

Висновки

Під час слідчого експерименту доцільно використовувати відеозапис. На відміну від інших способів фіксації, відеозапис дозволяє наочно відобразити динамічні елементи змісту цієї слідчої дії, зокрема, самостійність у демонстрації обстановки, зміст окремих дій, реакцію особи, показання якої перевіряються. Тому використання відеозапису підвищує ефективність слідчої (розшукової) дії. Відеозапис доцільно розглядати як інформаційну модель слідчої дії, яка дозволяє в подальшому звернутися до її змісту і оцінити отримані результати. Під час використання відеозапису під час перевірки показань на місці необхідно враховувати структуру інформації, яка підлягає обов'язковій фіксації.

Список використаних джерел:

1. Криміналістика : підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В.Ю. Шепітька. Харків : Право, 2019. 456 с.

2. Велика українська юридична енциклопедія: У 20 т. Т. 20 : Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія / редкол. В.Ю. Шепітько та ін. Харків : Право, 2018. 952 с.

3. Шейфер С.А. Познавательное значение следственных действий и их система. *Вопр. борьбы с преступностью*. Москва : Юрид. лит., 1972. Вып.15. С. 54–70.

4. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. Учеб. пособие. Москва : НИ и РИО ВШ МВД СССР, 1969. 177 с.

5. Сокиран М.Ф. Процесуальні і тактичні питання використання звуко-, відеозапису в кримінальному судочинстві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / КНУВС України, К, 2008. 20 с.

6. Шейфер С.А. О познавательной сущности и пределах применения проверки показаний на месте. *Вопр. борьбы с преступностью*. Москва : Юрид. лит., 1978. Вып. 28. С. 116–133.

7. Гуковская Н.И. Право суда на производство следственного эксперимента. *Сов. юстиция*. Москва : Изд-во Минюста и Верхов. суда РСФСР, 1958. № 4. С. 35–37.

8. Романов В.В. Юридическая психология: Учебник. Москва : Юристъ, 1998. 488 с.

9. Найдис И.Д. Судебная кинематография и видеозапись. Харьков, Вища школа, 1986. 199 с.

10. Соя-Серко Л.А. Проверка показаний на месте: Метод. пособие. Москва : Изд-во ВИПИ-ПИРМПП Прокуратуры СССР, 1966. 91 с.

11. Белкин Р.С. Проверка и уточнение показаний на месте: Лекции. Москва : Изд-во ВШ МВД РСФСР, 1961. 25 с.

Vladyslav Nehrebetskyi. Video recording during the investigative experiment

The article is devoted to the problems of improving video recording of the course and results of an investigative experiment during a pre-trial investigation. An investigative experiment as a procedural method of obtaining evidence involves two different ways of checking evidence: experimental through conducting experimental actions (the investigative experiment itself) and verification through comparing the testimony with the actual situation (checking the testimony at the crime scene). Video recording is used in cases where it is necessary to record certain facts, a dynamic picture of what happened, a demonstration of the situation and individual actions, the relationship of certain objects and traces, and the complex situation at the crime scene. Video recording in the investigation of crimes has the following advantages:1) allows you to simultaneously record sound and images and visually monitor the quality of the recording; 2) contains information about the dynamism of the event, the development of a particular action or phenomenon; 3) does not require laboratory processing of the material. Participation of a suspect in conducting an investigative experiment in order to verify his testimony at the crime scene is necessarily voluntary. The specifics of the process of cognition of this investigative action presuppose absolute independence of the demonstration by the person whose testimony is being checked of the scene of the incident and the situation. The situation does not act as an independent source of information, but as a result of a demonstration by the person whose testimony is being checked. At the same time, the investigator is interested in where exactly this or that episode of the incident took place, how the suspect moved, where exactly the objects that were reported in his testimony are located, how you or other actions were performed in real conditions at the crime scene. Accordingly, the video recording should record the fact of voluntary participation of the person whose testimony is being checked in the investigative (search) action, his independence in demonstrating the situation and circumstances of the incident. Ways to improve the efficiency of using video recording during an investigative experiment are proposed.

Key words: investigative action, verifying testimony at the crime scene, video recording, specialist, plan, scheme.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.41

Олег Шкута,
докт. юрид. наук, професор,
завідувач кафедри професійних та спеціальних дисциплін
Херсонського факультету
Одеського державного університету внутрішніх справ

МЕТОДИКА РОЗСЛІДУВАННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ

У статті розкрито методику розслідування вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування. Автор відзначає, що проблема розслідування вчинення кримінальних правопорушень у галузі оподаткування визначається негативними показниками стану, динаміки та географії організованої злочинності, що натепер є одним із дестабілізуючих факторів у правовій, політичній, соціальній та економічній сферах та створює реальну загрозу національній безпеці країни. Розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування передбачає насамперед з'ясування всіх складників кримінальної інфраструктури, рух тіньових форм ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що призводить до криміналізації сфери оподаткування.

Доведено, що зміни й тенденції у сфері оподаткування в Україні за роки незалежності досі ще не здатні суттєво вплинути на складну криміногенну ситуацію в державі.

У статті наголошено, що розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування слід розглядати у двох аспектах. Перший аспект характеризується тим, що розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування розглядається криміналістами як конкретна діяльність органів та осіб, уповноважених законом, здійснюється із використанням криміналістичного обладнання, тактичних прийомів розслідування, методики розслідування окремих видів кримінальних правопорушень. Другий аспект містить у собі систему комплексних криміналістичних рекомендацій щодо виявлення, розслідування та запобігання окремим видам кримінальних правопорушень. З огляду на роль цих двох аспектів методологія розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування набуває як практичного, так і теоретичного значення та сприяє розробці наукових рекомендацій для фахівців Бюро економічної безпеки.

Криміналістика також відіграє синтезуючу роль у здійсненні вищезазначених аспектів. В основі методології розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування лежить система криміналістичних методів, які покликані сприяти їх всебічному та повному розкриттю, збору та об'єктивній оцінці доказів на основі чинного законодавства та судових рекомендацій.

Проаналізовано різні дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних учених-криміналістів стосовно методики розслідування кримінальних правопорушень. Виокремлено типові слідчі ситуації розслідування вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування.

Автор дійшов висновків, що кримінальні правопорушення у сфері оподаткування є протиправними суспільно небезпечними явищами для нашої країни, виникли та сформувались за роки незалежної України завдяки виникненню організованої економічної злочинності. Активно розробляється методика розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування, оскільки діяльність правоохоронних органів щодо розслідування таких правопорушень потребує постійного вдосконалення. Успіх розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування залежить від професійних здібностей слідчого, кваліфікації суб'єкта розслідування у разі встановлення обставин кримінального правопорушення та визначення типових слідчих ситуацій та якісних криміналістичних рекомендацій у цьому процесі.

Ключові слова: методика, розслідування, вчинення, кримінальне правопорушення, оподаткування.

Постановка проблеми. Нині не виникає жодного сумніву, що вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування є одним з основних пріоритетів кожної цивілізованої держави. Не стала винятком Україна, Конституція якої наголошує, що держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання, що всі суб'єкти права власності рівні перед законом, що ніхто не може бути протиправно

© О. Шкута, 2021

позбавлений права власності, що це право є непорушним.

З моменту набуття Україною незалежності чимало соціально економічних реформ супроводжуються появою нових антисуспільних виявів. Зокрема, Кримінальний кодекс України встановлює відповідальність за несплату податків та обов'язкових платежів, що сприяє зміцненню економічних підвалин суспільства та покращенню добробуту населення.

Безумовно, розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування передбачає насамперед з'ясування всіх компонентів створеної у цьому процесі злочинної інфраструктури, руху тіньових форм ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що призводить до криміналізації сфери оподаткування. Варто зазначити, що проблема розслідування вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування визначається негативними показниками стану, динаміки та географії організованої злочинності, яка нині постала одним із дестабілізуючих факторів у правовій, політичній, соціальній та економічній сферах, створюючи реальну загрозу національній безпеці країни.

Водночас розслідування вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування варто розглядати у двох аспектах. Перший аспект характеризується тим, що розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування розглядається вченими-криміналістами як специфічна діяльність уповноважених законом органів та осіб, що здійснюється на підставі застосування засобів криміналістичної техніки, прийомів слідчої тактики, методів розслідування певних видів кримінальних правопорушень. Другий аспект містить у собі систему комплексних криміналістичних рекомендацій щодо виявлення, розслідування та запобігання окремим видам кримінальних правопорушень.

Отже, з урахуванням ролі цих двох аспектів методика розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування набуває як практичного, так і теоретичного значення, що сприяє розробці наукових рекомендацій для майбутніх практичних працівників Бюро економічної безпеки. Окреслене питання стало вирішальним у виборі теми дослідження та визначило його актуальність.

Метою статті є дослідження кримінально-процесуальних засад та особливостей розслідування вчинення кримінальних правопорушень у сфері оподаткування для визначення його сучасної методики.

Теоретичним підґрунтям написання статті стали наукові праці сучасного періоду розвитку кримінально-процесуальної науки та криміналістики в Україні, а саме таких учених: Ю.П. Аленіна, В.П. Бахіна, В.Д. Берназа, Т.В. Варфоломеєвої, А.Ф. Волобуєва, В.І. Галагана, В.Г. Гончаренка, О.Ф. Долженкова, Ю.М. Грошевого, В.А. Журавля, А.В. Іщенка, Н.С. Карпова, Н.І. Клименко, В.Т. Нора, А.М. Падалка та ін.

Не зменшуючи роль та значущість результатів проведених досліджень зазначених учених, необхідно визнати, що проведення економічних реформ в України за останні п'ять років створило певне підґрунтя криміналізації незаконної діяльності з боку організованих злочинних груп, і, як наслідок, держава не отримала надходження до державного бюджету.

Виклад основного матеріалу. Специфіка розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування не обмежується виключно дією кримінального й кримінально-процесуального законодавства, ми звертаємо увагу на її складник, як-от поєднання законодавчих, організаційно-управлінських та наукових розробок.

Водночас синтезуюча роль у здійсненні зазначених вище аспектів належить криміналістичній методиці та науковим рекомендаціям криміналістики. Основою методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування є система методів криміналістики, які покликані сприяти всебічному та повному їхньому розкриттю, збиранню та об'єктивній оцінці доказів на підставі чинного законодавства і криміналістичних рекомендацій.

До спеціальних завдань методики розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування включають не тільки тактичні завдання початкового, подальшого і заключного етапів розслідування, а й методи їх вирішення. Зокрема, вітчизняний учений В.А. Журавель умовно виділяє дві групи методів: 1) організаційно-управлінські; 2) методи процесу аналізу і пізнання в ході розслідування фактів і даних про всі обставини кримінального правопорушення. До організаційно-управлінських (технологічних) методів учений відносить систему криміналістичних прийомів і способів ведення системної, пошукової та організаційно-впорядкованої діяльності в ході слідства, тобто систему дій слідчого, а також методи діяльності, запозичені з галузі математичних наук, теорії управління, теорії ігор і моделювання, пристосованих до завдань розслідування. Друга група методів вивчення зібраних фактичних даних розробляється з урахуванням

відомостей з галузі логічного, математичного аналізів, моделювання, математичної статистики, теорії інформації і рефлексивного управління [1, с. 34].

Дещо інший підхід у методиці розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування здійснив зарубіжний учений-криміналіст М.О. Селіванов, який не ототожнює загальні положення і основні завдання розслідування, а розрізняє три групи загальних положень методики розслідування:

– поняття, види, роль і значення методики, її місце у системі криміналістики, зв'язок з іншими її частинами;

– положення про особливості методики у випадках застосування деяких методів організації розслідування: а) бригадним методом; б) по багатоепізодних справах;

– положення, що відображають основні типові, характерні риси методики розслідування, тобто завдання [2, с. 61].

Варто звернути увагу і на позицію вітчизняного вченого А.М. Падалка, який, розглядаючи методику розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування, дійшов висновку про те, що успішність розслідування залежить від цілеспрямованості пошуково-пізнавальної діяльності слідчого, правильного і чіткого визначення предмета розслідування – кола обставин, які підлягають встановленню. Водночас учений здійснив систему переліку обставин, що підлягають встановленню у кримінальних провадженнях під час розслідування таких кримінальних правопорушень, за такими напрямами, як: спосіб вчинення кримінального правопорушення; загальні відомості про нього; обставини, пов'язані із суб'єктом вчинення кримінального правопорушення; взаємозв'язки засобів його вчинення з предметом посягання [3, с. 28].

Отже, з урахуванням аналізу наукових поглядів і практики розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування можна виділити такі методи:

– обов'язкові методи (планування, програмування розслідування, криміналістичне моделювання та криміналістичне прогнозування);

– організаційно-управлінські (співпраця слідчого з оперативними підрозділами правоохоронних органів та контролюючими державними органами);

– тактичні методи (аналіз початкового, подальшого і заключного етапів розслідування);

– профілактичні методи (запобігання, бесіда, примус).

Зазначені методи покликані забезпечити вирішення тактичних завдань на початковому, наступному і заключному етапах розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування.

Варто зазначити, що наука криміналістика своїми рекомендаціями, специфічними методами та засобами виявлення, фіксації, дослідження та використання доказів сприяє ефективному запобіганню кримінальних правопорушень у сфері оподаткування і тим самим допомагає виконанню загального завдання, що стоїть перед правоохоронними державними структурами.

Завдання методики розслідування кримінальних правопорушень у податковій сфері безпосередньо пов'язані із завданнями кримінального законодавства, що полягають у правовому забезпеченні «охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від злочинних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням» (ст. 1 КК) [4].

На підставі цих завдань та виходячи з предмета дослідження і логіки наукового пошуку в методиці розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування вітчизняні вчені-криміналісти виділяють власні завдання з удосконалення наукових рекомендацій щодо підвищення ефективності їх розкриття та розслідування.

Вагоме значення під час розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування, на думку вітчизняного вченого С.В. Веліканова, має вибір слідчої ситуації за її класифікацією. Зокрема, класифікацію слідчих ситуацій розглядає як процедуру, як кінцевий результат віднесення їх до певної сукупності (класу, групи, виду) ситуацій, що подібні за відповідними ознаками, з подальшою їхньою типізацією щодо особливостей методик розслідування злочинів [5, с. 70].

Інший зарубіжний учений-криміналіст В.П. Бахін розглядає такі види слідчих ситуацій: початкові, проміжні та кінцеві. Він також зазначав, що підстави класифікації слідчих ситуацій повинні насамперед відображати можливості вирішення завдань, які постають перед слідчим. Водночас автор не визначає чітких критеріїв, за якими здійснювався поділ слідчих ситуацій. Крім того, автор називає такі підстави для розмежування видів слідчих ситуацій: за ступенем складності, наявністю конфліктності, специфічністю, комплексністю, етапністю, сприятливістю [6, с. 19].

Вітчизняний учений П.Д. Біленчук називає такі види слідчих ситуацій: сприятливі, несприятливі; конфліктні та безконфліктні; типові та специфічні; початкові, проміжні

та кінцеві. Тому він дає визначення кожному із цих видів слідчих ситуацій, а підстав кваліфікації не вказує [7, с. 108]. Водночас А.П. Шеремет зазначає, що з численних класифікацій практично значущими є такі: за часом виникнення в процесі розслідування (початкові, проміжні та кінцеві); за стосунками між учасниками (конфліктні та безконфліктні); щодо можливості досягнення мети розслідування (сприятливі і несприятливі) [8, с. 503].

Зарубіжний учений І.А. Копилов підставою для класифікації вбачав інформаційну ознаку, тобто кількість та якість інформації про розслідуваний злочин. Зважаючи на цю ознаку, він розглядав такі види слідчих ситуацій: сприятливі та несприятливі, індивідуальні та конкретні; за ступенем конфліктності (конфліктні та безконфліктні); залежно від етапу розслідування (початкові, проміжні та кінцеві) [9, с. 7].

Досліджуючи питання класифікації слідчих ситуацій, А.С. Князьков та Д.С. Ондар беруть за основу класифікаційного поділу ознаку врахування етапів розкриття та розслідування злочинів, називаючи такі види слідчих ситуацій:

– початкові: складаються в момент кримінального правопорушення, характеризуються наявністю в матеріалах достатніх даних, що вказують на ознаки злочину, слідову картину, що дозволяє правильно визначити напрям розслідування;

– перевірочні: складаються до початку кримінального провадження та характеризуються відсутністю в матеріалах, що надійшли, достатніх даних, які вказують на ознаки злочину;

– наступні: складаються після проведення першочергових і невідкладних слідчих дій, характеризують обстановку розслідування у справі загалом на основі установлених фактичних даних;

– окремі (тактичні): на базі фактичних даних характеризують обстановку розслідування лише під час проведення окремої слідчої дії або епізоду розслідування (ситуація обшуку, допиту тощо) чи тактичних операцій [10, с. 41].

Під час підготовки статті ми також звернули увагу на підстави класифікації ситуації, запропоновані М.О. Бурнашевим. Учений розглядає їх:

– за обсягом функціонування: глобальні (загальні і типові) і локальні (конкретні, специфічні, атипові);

– за сферою функціонування (слідчі, судові, експертні, оперативно-розшукові);

– відповідно до процесу ситуаційного розвитку (стратегічні, тактичні, організаційні тощо);

– за етапами розслідування (дослідчої перевірки, початкового етапу розслідування, наступного етапу розслідування, інших етапів розслідування);

– за тактичною характеристикою (конфліктні та безконфліктні);

– за алгоритмізаційною орієнтацією, що припускають жорстокі алгоритмізаційні дії;

– за ступенем достовірності відображення стану розслідування (адекватні та неадекватні за динамічною характеристикою (пульсуючі, згладжені);

– за сферою ситуативного забезпечення (техніко-криміналістичні, методико-криміналістичні) [11, с. 21].

Серед критеріїв для здійснення класифікації слідчих ситуацій більшість учених виділяють основний вид – інформаційний. Крім цього, у своїй монографії К.Ю. Назаренко всі ситуації розбив на п'ять блоків:

1) криміногенну ситуацію (в якій вчиняється злочин і яка викликана скоєнням злочину);

2) ситуація вияву ознак (слідів) злочину; пошукова ситуація виявлення ознак злочину; наслідки злочину – слідова ситуація;

3) слідчі ситуації початкового, наступних (проміжних) та завершального етапу розслідування. Відповідно до етапів слідча ситуація проведення перевірочних дій, прийняття рішення з кримінального провадження; слідчі ситуації проведення початкових слідчих дій; слідчі ситуації, що пов'язані із зупиненням досудового розслідування;

4) ситуації судового розгляду (судові ситуації);

5) післясудові ситуації виконання судових рішень [12, с. 168].

На наше переконання, під час розробки окремої криміналістичної методики доцільно брати за основу типові слідчі ситуації для відображення найбільш характерних властивостей досліджуваної діяльності слідчого, аналізу та узагальнення, аби у майбутньому використати для застосування розроблених наукових положень та рекомендацій на практиці.

Висновки

На підставі вищевикладеного сегменту наукового матеріалу у цій статі ми дійшли таких висновків. По-перше, кримінальні правопорушення у сфері оподаткування є протиправними суспільно небезпечними для нашої країни явищами, що виникли і сформувалися за роки незалежної України шляхом появи організованої економічної злочинності. По-друге, методика розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування перебуває в активному пошуку,

а тому потребує постійного вивчення й удосконалення. По-третє, успішність розслідування кримінальних правопорушень у сфері оподаткування залежить від професійних здібностей слідчого під час правильної кваліфікації предмета розслідування за умови, що обставини вчинення кримінального правопорушення встановлено, визначено типові слідчі ситуації і якісні криміналістичні рекомендації у цьому процесі.

Список використаних джерел:

1. Журавель В.А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : монографія. Харків : Видавнича агенція «Апостиль», 2012. 304 с.

2. Селиванов Н.А. Сущность криминалистической методики и ее принципы. *Соц. законность*. 1976. № 5. С. 61–64.

3. Падалка А.М. Методика розслідування організованої злочинної діяльності у сфері оподаткування: теорія і практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Ірпінь, 2021. 40 с.

4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2341-III. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 21.04.2021).

5. Веліканов С.В. Класифікація слідчих ситуацій у криміналістичній методиці : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2002. 218 с.

6. Бахин В.П., Гончаренко В.И., Клименко Н.И. и др. Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений : учебник. Киев : Вища шк., 1988. С. 19–24.

7. Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів / П.Д. Біленчук, А.П. Гель, Г.С. Семаков. Київ : МАУП, 2007. 512 с.

8. Шеремет А.П. Криміналістика : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. 2-ге вид. Київ : Центр учбової літератури, 2009. 472 с.

9. Копылов И.А. Следственная ситуация и тактическое решение : учебное пособие. Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1988. 24 с.

10. Князьков А.С., Ондар Д.С. Проблемы этапности криминалистической деятельности в контексте ситуационного подхода. *Вестник Томского государственного университета. Право*. № 30. 2018. С. 34–52.

11. Бурнашев Н.А. Следственные ситуации в методике расследования преступлений. *Проблемы интенсификации деятельности по расследованию преступлений* : межвуз. сб. науч. тр. Свердловск : Свердлов. юрид. ин-т, 1987. С. 16–23.

12. Назаренко К.Ю. Методика розслідування злочинів, пов'язаних зі створенням або утриманням місць розпусти і звідництвом : монографія. Дніпро : Видавничий дім «Гельветика», 2018. 172 с.

Oleh Shkuta. Methodology for investigation of criminal offences in the field of taxation

It is worth noting that the problem of investigating the commission of criminal crimes in the field of taxation is determined by negative indicators of the state, dynamics and geography of organized crime, which has now emerged as one of the destabilizing factors in the legal, political, social and economic spheres, creating a real threat to the national security of the country. Of course, the investigation of criminal offenses in the field of taxation provides primarily for the clarification of all components of the criminal infrastructure created in this process, the movement of shadow forms of tax evasion, fees (mandatory payments), which leads to the criminalization of the sphere of taxation.

At the same time, the investigation of criminal offences in the field of taxation should be considered in two aspects. The first aspect is characterized by the fact that the investigation of criminal offenses in the field of taxation is considered by forensic scientists as the specific activities of bodies and persons authorized by law, is carried out on the basis of the use of forensic equipment, investigative tactics, methods of investigating certain types of criminal offenses. The second aspect includes a system of comprehensive forensic recommendations for the identification, investigation and prevention of certain types of criminal offences. Given the role of these two aspects, the methodology for investigating criminal offences in the field of taxation acquires both practical and theoretical significance and contributes to the development of scientific recommendations for practitioners of the Bureau of Economic Security.

Forensic science and forensic science also play a synthesizing role in the implementation of the above aspects. The basis of the methodology for investigating criminal offences in the field of taxation is a system of forensic methods, which are designed to facilitate their comprehensive and complete disclosure, collection and objective evaluation of evidence based on existing legislation and forensic recommendations.

Based on the above segment of scientific material in the sex data, we came to such conclusions. Firstly, criminal offenses in the field of taxation are illegal socially dangerous phenomena for our country, arose and formed over the years of independent Ukraine through the emergence of organized economic crime. Secondly, the methodology for investigating criminal offenses in the field of taxation is actively sought, and therefore requires constant study and improvement. Thirdly, the success of the investigation of criminal offences in the field of taxation depends on the professional abilities of the investigator with the correct qualification of the subject of the investigation, provided that the circumstances of the criminal offence are established and the determination of typical investigative situations and qualitative forensic recommendations in this process.

Key words: methodology, investigation, commission, criminal offense, taxation.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.42

Роксолана Юрків,
аспірантка кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка

ЗМІСТ, ЗАВДАННЯ І ТИПОВІ СЛІДЧІ СИТУАЦІЇ НАСТУПНОГО ТА ЗАВЕРШАЛЬНОГО ЕТАПІВ РОЗСЛІДУВАННЯ ПІДКУПУ МЕДИЧНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Досліджено завдання, зміст, типові слідчі ситуації наступного та завершального етапів розслідування підкупу медичних працівників. Констатовано, що у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників продовжується процес доказування – здійснюються наступні збирання, перевірка та оцінка доказів. До завдань наступного етапу розслідування підкупу медичних працівників належать: завершення перевірки раніше висунутих слідчих версій щодо події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила; збирання додаткових доказів; усунення суперечностей у доказовому матеріалі; одержання докладних відомостей про особу правопорушника; з'ясування усіх інших обставин, що підлягають доказуванню; формулювання законної та обґрунтованої підозри; звернення з клопотанням до слідчого судді для вирішення питання про вибір запобіжного заходу.

Стверджується, що у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників підлягає повторній оцінці слідча ситуація, а за необхідності – й корекції план розслідування.

Обґрунтовано, що зміст наступного етапу розслідування підкупу медичних працівників пов'язаний із достовірністю та достатністю наявних у матеріалах кримінального провадження доказів. У наступному етапі слідчий уже володіє достатньою сукупністю доказів, яка дає йому можливість зробити висновок про подію підкупу медичного працівника та про винуватість у цьому конкретної особи.

Доведено, що вибір та послідовність виконання слідчих (розшукових) дій у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників, застосування тактичних прийомів під час їх проведення залежать від обсягу даних, одержаних у початковому етапі розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень. При цьому можуть скластися такі слідчі ситуації: 1) у початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників одержано достатньо доказів, що підтверджують винуватість підозрюваного; 2) у початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників не одержано достатньо доказів для однозначного висновку про винуватість конкретної особи, що вимагає збирання додаткових доказів; 3) одержані у початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників докази є достатніми для констатації винуватості, але виявлені додаткові епізоди вчинення такого протиправного діяння.

Зазначено, що залежно від позиції підозрюваного з приводу повідомленої йому підозри у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників можливі такі типові слідчі ситуації: 1) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину повністю; 2) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину частково; 3) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний не визнає свою вину.

Констатовано, що завершальний етап розслідування підкупу медичних працівників повинен охоплювати: а) оцінку слідчим зібраних доказів під кутом їх достатності для вирішення питання про закінчення досудового розслідування; б) рішення про закінчення досудового розслідування складанням обвинувального акта; в) систематизацію та належне оформлення матеріалів кримінального провадження; г) відкриття матеріалів досудового розслідування стороні захисту та іншим учасникам кримінального провадження; ґ) рішення прокурора у кримінальному провадженні, що надійшло до нього з обвинувальним актом. Кожен із цих елементів виконує власну роль у завершальному етапі розслідування підкупу медичних працівників, але водночас взаємопов'язаний один з одним.

Ключові слова: неправомірна вигода, медичні працівники, етапи розслідування, слідчі (розшукові) дії, систематизація та оформлення матеріалів кримінального провадження.

Постановка проблеми. Упродовж останнього часу спостерігається тенденція до збільшення кількості досліджень, присвячених основам розслідування кримінальних правопорушень, пов'язаних з одержанням неправомірної вигоди. Це зумовлено появою

© Р. Юрків, 2021

нових способів учинення та приховання корупційних кримінально-протиправних діянь, усе ще допущенням істотних помилок у розслідуванні такого роду злочинів на різних його етапах, що спричиняють або можуть спричинити негативні наслідки для судової перспективи кримінального провадження загалом.

Проблематику розслідування кримінальних проваджень про одержання неправомірної вигоди ґрунтовно висвітлено у роботах Ю.О. Андрейка, В.П. Бахіна, І.С. Башмакова, Р.С. Бєлкіна, В.А. Журавля, Ю.П. Гармаєва, Н.А. Жерж, Н.В. Кимлик, Р.В. Кимлика, В.В. Крюкова, С.П. Кушніренка, Я.Є. Мишкова, С.В. Олійника, Т.Т. Хачатуряна, С.С. Чернявського, В.М. Шевчука, В.Ю. Шепітька та інших дослідників.

Водночас у наукових працях цих та інших учених не досліджено наступного та завершального етапів розслідування підкупу медичних працівників. З огляду на це, підлягає з'ясуванню зміст та завдання зазначених етапів розслідування кримінальних правопорушень, передбачених ст. ст. 354, 368^3, 368^4 КК України, вчинених медичними працівниками. Потребують вивчення й типові слідчі ситуації наступного етапу розслідування такого роду кримінальних правопорушень. Зазначене зумовлює актуальність теми цієї статті, її наукове та прикладне значення.

Метою статті є характеристика наступного та завершального етапів розслідування підкупу медичних працівників.

Виклад основного матеріалу. Після завершення підготовчого етапу розпочинається не менш важливий період розслідування підкупу медичних працівників, який вимагає від слідчого наявності криміналістичних знань, умінь їх застосування на практиці, належної організації процесу розслідування – наступний етап.

Цей етап розпочинається зі дня повідомлення особі про підозру і до дня оголошення підозрюваному, його захиснику, законному представнику про завершення досудового розслідування та надання доступу до матеріалів досудового розслідування.

У наступному етапі типова слідча ситуація трансформується у реальну, а типові слідчі версії перетворюються на конкретні. Своєю чергою, криміналістична характеристика кримінального правопорушення, виконуючи роль орієнтиру на початковому етапі розслідування, отримує підтвердження та розвиток, конкретизацію, а відомості, що становлять її зміст, можуть бути використані у наступному розслідуванні. Змінюється й характер взаємодії слідчого з оперативними підрозділами: урізноманітнюються її форми, здійснюється щодо вже відомих об'єктів. Слідчі (розшукові) дії, що проводилися для невідкладного одержання первинних відомостей про факти, які моли бути втраченими з різних причин, у наступному етапі виконуються переважно для перевірки раніше одержаних доказів. З огляду на це, здійснюються такі слідчі (розшукові) дії, проведення яких на початковому етапі було неможливим або недоцільним, наприклад, обшуки, призначення та проведення експертиз [1, с. 15].

На цьому етапі розслідування підкупу медичних працівників продовжується процес доказування: здійснюються наступні збирання, перевірка та оцінка доказів. До завдань наступного етапу розслідування підкупу медичних працівників належать: завершення перевірки раніше висунутих слідчих версій щодо події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила; збирання додаткових доказів; усунення суперечностей у доказовому матеріалі; одержання докладних відомостей про особу правопорушника; з'ясування усіх інших обставин, що підлягають доказуванню; формулювання законної та обґрунтованої підозри; звернення з клопотанням до слідчого судді для вирішення питання про вибір запобіжного заходу.

Окрім цього, у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників підлягає повторній оцінці слідча ситуація, а за необхідності – й корекції план розслідування.

Зміст цього етапу розслідування підкупу медичних працівників пов'язаний із достовірністю та достатністю наявних у матеріалах кримінального провадження доказів. У наступному етапі слідчий уже володіє достатньою сукупністю доказів, яка дає йому можливість зробити висновок про подію підкупу медичного працівника та про винуватість у цьому конкретної особи.

Результати вивчених нами матеріалів кримінальних проваджень щодо підкупу медичних працівників свідчать про укладення угоди про визнання винуватості у наступному етапі розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень. Укладення такої угоди відбувається у кожному другому такому кримінальному провадженні, або у 52% випадків.

Укладення такої угоди дає можливість слідчому одержати відомості про способи вчинення підкупу медичних працівників, об'єкти, що зберегли сліди кримінального правопорушення, можливих співучасників цього кримінально-протиправного діяння. Утім, факт укладення угоди про визнання винуватості не звільняє слідчого від

обов'язку перевірки показань підозрюваного. Такий висновок підтверджується й змістом ч. 1 ст. 474 КПК України, відповідно до якої прокурор має право відкласти направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою до отримання висновку експерта або завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації доказів, які можуть бути втрачені зі спливом часу, або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату в разі відмови суду в затвердженні угоди.

Вибір та послідовність виконання слідчих (розшукових) дій у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників, застосування тактичних прийомів під час їх проведення залежать від обсягу даних, одержаних у початковому етапі розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень.

При цьому можуть скластися такі слідчі ситуації: 1) на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників одержано достатньо доказів, що підтверджують винуватість підозрюваного; 2) на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників не одержано достатньо доказів для однозначного висновку про винуватість конкретної особи, що вимагає збирання додаткових доказів; 3) одержані на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників докази є достатніми для констатації винуватості, але виявлені додаткові епізоди вчинення такого протиправного діяння.

За *першої ситуації* слідчий спрямовує свою діяльність на уточнення обставин, що підлягають доказуванню, висунення та перевірку версій щодо показань підозрюваного. Із приводу його показань можливі такі версії: а) показання достовірні, підтверджуються іншими перевіреними доказами; б) показання недостовірні, суперечать іншим доказам, наявним у матеріалах кримінального провадження.

У наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників показання підозрюваного зберігають своє велике значення. Так, це джерело доказів дає можливість одержати відомості про обставини, що підлягають доказуванню, що є корисним для висунення й перевірки слідчих версій. Під час допиту забезпечується з'ясування позиції підозрюваного до врученого йому повідомлення про підозру. Своєю чергою, такі відомості служать підставами для прогнозування слідчим імовірних захисних версій підозрюваного. Насамкінець, поведінка підозрюваного сприяє вибору найоптимальніших та найефективніших тактичних прийомів проведення слідчих (розшукових) дій.

Кримінальний процесуальний закон не поклав на слідчого, прокурора обов'язку проведення допиту підозрюваного з усіх пунктів підозри після вручення йому письмового повідомлення про підозру. Утім, із цього моменту допит, як видається, стає невідкладною слідчою (розшуковою) дією, а тому має бути проведений упродовж 24 годин. Така рекомендація позитивно впливатиме на якість розслідування підкупу медичних працівників.

Відомо, що результат допиту підозрюваного залежить від підготовки до нього. Підготовка до допиту вимагає, насамперед, вивчення матеріалів кримінального провадження. У межах підготовки важливо одержати якомога більше відомостей про особу підозрюваного (основні моменти його біографії, сімейний стан, склад сім'ї, місце проживання, спосіб життя, ділові та особисті зв'язки, хобі, індивідуально-психологічні особливості тощо).

Після цього доречно скласти план допиту підозрюваного, передбачивши у ньому такі колонки: 1) обставини, що підлягають доказуванню; 2) обставини та факти, що вже встановлені; 3) докази, що їх підтверджують, із зазначенням аркушів кримінального провадження; 4) обставини та факти, що належить з'ясувати; 5) питання, які потрібно поставити підозрюваному; 6) примітки.

Допит підозрюваного за першої слідчої ситуації, насамперед, має на меті з'ясувати його ставлення до врученої йому підозри. Окрім того, під час цієї слідчої (розшукової) дії важливо уточнити, конкретизувати раніше дані підозрюваним показання, зокрема щодо події підкупу медичного працівника. Не варто залишати нез'ясованими суперечності у показаннях підозрюваного, обов'язково необхідно з'ясувати причини розбіжностей.

Натомість допит свідків дає можливість деталізувати показання підозрюваного щодо певних обставин, які підлягають доказуванню. Також упродовж допиту свідки можуть підтвердити або спростувати факти, що встановлені непрямими доказами (для прикладу, повідомляють про зміст телефонної розмови, під час якої відбулася домовленість про час і місце зустрічі, присутність підозрюваного у конкретний період часу у відповідному місці).

У *другій слідчій ситуації* слідчий використовує різні тактичні комбінації, спрямовані на встановлення обставин, що підлягають доказуванню, а також спонукають підозрюваного дати повні і достовірні показання. Тут можливі такі слідчі версії: а) відбувся підкуп медичного працівника; б) відбулася провока-

ція підкупу медичного працівника; в) було вчинено інше кримінальне правопорушення.

Виконуючи допит підозрюваного за другої слідчої ситуації, важливо встановити мінімальний комунікативний контакт, спонукати його до спілкування, пояснивши свої дії або спростувавши аргументи слідчого. Це сприяє запобіганню утворенню глухого кута в розслідуванні підкупу медичних працівників. Під час допиту підозрюваного необхідно з'ясувати, як часто потерпілий або особа, яка передала йому неправомірну вигоду, зверталися до нього, з яких саме питань, про що вони розмовляли, хто це може підтвердити.

Хід та результати допиту підозрюваного доречно фіксувати за допомогою аудіо-, відеозапису. Такі додаткові засоби документування процесу допиту дають можливість детально відтворити зміст показань підозрюваного, його емоційний стан, тактичні прийоми, застосовані слідчим упродовж цієї слідчої (розшукової) дії. Понад те, використання аудіо-, відеозапису показань підозрюваного є гарантією достовірності одержаних показань у разі відмови від них підозрюваного.

Окрім того, важливим є й вибір місця проведення допиту підозрюваного. Як у розслідуванні будь-яких корупційних діянь, у кримінальних провадженнях про підкуп медичних працівників, недоречне здійснення такої слідчої (розшукової) дії за місцем роботи підозрюваного, адже звична для нього обстановка означає його психологічну перевагу, надає йому можливість зосередитися та протидіяти впливу слідчого. До того ж умисне відволікання підозрюваного на спілкування зі своїми колегами, на розмови по телефону можуть спричинити негативний для слідчого результат допиту.

За цієї ситуації не виключені випадки давання підозрюваним завідомо неправдивих показань, здійснення впливу на медичний персонал із метою схиляння їх до давання показань на його користь. У цьому разі слідчий пред'являє йому докази, які викривають підозрюваного у даванні завідомо неправдивих показань: заяву і показання потерпілого, показання свідків, які стверджують про зустріч підозрюваного з особами, які передали йому неправомірну вигоду, протоколи огляду місця події, документів, обшуку, записи з камер відеоспостереження чи відеозаписи ходу та результатів проведення процесуальних дій на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників. Окрім того, не зайвими будуть додаткові допити потерпілого, свідків, а також проведення одночасного допиту підозрюваного з ними. Готуючись до останньої слідчої (розшукової) дії, важливо з'ясувати, у чому саме полягають суперечності у показаннях підозрюваного, у який спосіб їх усунути.

У *третій з означених слідчих ситуацій* слідчому необхідно виявити та допитати осіб, які володіють інформацією про нові епізоди підкупу медичних працівників. Для цього він може дати доручення оперативним підрозділам здійснити перевірку невідпрацьованих версій щодо обставин, які підлягають доказуванню, пошуку нових доказів, які їх підтверджують або спростовують.

Окрім того, залежно від позиції підозрюваного з приводу повідомленої йому підозри у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників можливі такі типові слідчі ситуації: 1) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину повністю; 2) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину частково; 3) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний не визнає свою вину.

За *першої з наведених слідчих* ситуацій взаємодія слідчого і підозрюваного має безконфліктний характер. Підозрюваний не чинить протидії розслідуванню, дає повні та достовірні показання, намагається сприяти розслідуванню кримінального правопорушення. Слідчий спрямовує свою діяльність на перевірку вже одержаних доказів та на збирання нових.

За такої ситуації слідчий має застосовувати тактичні прийоми, спрямовані на звернення до позитивних рис підозрюваного, демонстрацію його поінформованості про обставини життя підозрюваного, оживлення у нього асоціативних зв'язків, деталізацію показань підозрюваного. Це сприятиме укріпленню встановленого з підозрюваним комунікативного контакту.

Мотивами зайняття підозрюваним такої позиції можуть бути щире каяття, бажання укласти з прокурором угоду про визнання винуватості, гіперболізована уява про поінформованість слідчого.

З іншого боку, одержані показання підозрюваного, у яких він повністю визнає свою винуватість, підлягають обов'язковій перевірці. Підозрюваний може замовчувати певні обставини, факти підкупу медичних працівників, уважаючи їх незначними і такими, що не мають значення для кримінального провадження. Тому слідчому варто запитати у підозрюваного про вже відомі обставини та факти, які достовірно встановлені за допомогою інших доказів. Відсутність конкретики у показаннях підозрюваного, їх нелогічність та суперечливість можуть свідчити про самообмову.

У *другій слідчій ситуації* підозрюваний визнає лише той епізод підкупу медичного працівника, у якому був затриманий на гарячому. Інші епізоди заперечує. Наявна конфліктна ситуація. Можливі випадки протидії розслідуванню. Завданням слідчого є одержання доказів, що спростовують позицію підозрюваного щодо епізодів, винуватість у яких він не визнає.

Із цією метою слідчий має надати можливість підозрюваному дати показання з усіх епізодів підкупу, а також навести доводи невизнання деяких епізодів, спростувати положення, покладені в основу підозри. Своєю чергою, слідчий повинен переконати підозрюваного, що давання повних і достовірних показань відповідає його інтересам.

Слідчому важливо налагодити комунікативний контакт із підозрюваним, провести розмову на сторонню тему, обговорити захоплення, хобі підозрюваного. Це стимулюватиме його до повідомлення про раніше не визнані ним епізоди підкупу медичних працівників. Допит щодо визнаних нових епізодів має бути детальним.

Третя ситуація розслідування підкупу медичних працівників характеризується тим, що підозрюваний повністю заперечує свою вину, хоча й не відмовляється від давання показань. Має місце конфліктна ситуація.

Слідчому вкрай необхідно зберегти комунікативний контакт із підозрюваним, виявляючи до нього уважне ставлення, виражаючи йому своє розуміння. Недоречно демонструвати й явну недовіру до показань підозрюваного, інакше ситуація може ускладнитися повною відмовою підозрюваного від давання показань.

Водночас слідчому доцільно пред'явити підозрюваному докази, якими найчастіше є показання потерпілого, свідків, матеріали відеозапису, на яких зафіксована подія підкупу медичних працівників, протоколи огляду, обшуку, інші документи, що засвідчують спілкування підозрюваного з потерпілим, надання йому медичної допомоги чи медичних послуг.

Окрім того, слідчому належить перевірити версію про невинуватість підозрюваного, якого могли обмовити. Для цього необхідно одержати нові докази, які підтверджують або спростовують підозру, зокрема виявити нових свідків, глибше вивчити особу підозрюваного.

Загалом у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників слідчий володіє достатньою сукупністю доказів, які служать підґрунтям для формулювання підозри, складання та вручення письмового повідомлення про підозру. Це дає йому можливість ретельно підготуватися до допиту підозрюваного.

Стосовно звернення з клопотанням до слідчого судді для вирішення питання про вибір запобіжного заходу, то за даними вивчених нами кримінальних проваджень у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників вибиралися такі запобіжні заходи: особисте зобов'язання (50%), застава (36%) та домашній арешт (14%).

Наступний етап розслідування підкупу медичних працівників завершується прийняттям слідчим рішення про закінчення процесу доказування, оскільки перевірені всі версії та залишилася лише одна, зібрана ним сукупність доказів дає підстави констатувати про наявність події підкупу медичного працівника та винуватості у цьому конкретної особи, усунуто суперечності у доказовому матеріалі.

Завершальний етап розслідування кримінальних правопорушень відіграє важливу роль у цьому процесі, має власні завдання (перевірка всебічності, повноти та неупередженості встановлених обставин кримінального провадження, оцінка зібраних доказів; усунення можливих прогалин та помилок у проведеному розслідуванні; формулювання та обґрунтування висновків досудового розслідування; систематизація матеріалів кримінального провадження; остаточне, відповідно до вимог закону, оформлення кримінального провадження; відкриття матеріалів кримінального провадження; визначення його наступного спрямування), без виконання яких неможливо прийняти рішення про закінчення досудового розслідування.

На жаль, цьому етапу приділено мало уваги у видових методиках розслідування кримінальних правопорушень.

Дослідники мають рацію, стверджуючи, що завершальний етап відіграє важливу роль у процесі розслідування, характеризується криміналістичними особливостями, а від діяльності слідчого на цьому етапі залежить судова перспектива кримінального провадження [2, с. 12].

Розслідування підкупу медичних працівників закінчується тоді, коли виконані всі його завдання, тобто: всебічно, повно та неупереджено досліджено всі обставини, що підлягають доказуванню; зібрано достатньо доказів, які не залишають сумнівів ні в достовірності події кримінального правопорушення, ні у винуватості підозрюваного у його вчиненні, а також указують на те, що немає необхідності у подальшому проведенні слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій; ужиті заходи, що забезпечують участь підозрюваного в судовому засіданні;

визнані потерпілими всі особи, яким кримінальним правопорушенням завдана шкода та які подали відповідну заяву про це; вжиті заходи щодо забезпечення цивільного позову та можливої конфіскації майна; з'ясовано відсутність обставин, що є підставами для закриття кримінального провадження; перевірено наявність обставин, що є підставами для звільнення від кримінальної відповідальності; з'ясовано, що у момент вчинення суспільно небезпечного діяння особа не перебувала у стані неосудності або встановлено, що після вчинення кримінального правопорушення не захворіла на душевну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати значення своїх дій або керувати ними.

Завершальний етап розслідування підкупу медичних працівників повинен охоплювати: а) оцінку слідчим зібраних доказів під кутом їх достатності для вирішення питання про закінчення досудового розслідування; б) рішення про закінчення досудового розслідування складанням обвинувального акта; в) систематизацію та належне оформлення матеріалів кримінального провадження; г) відкриття матеріалів досудового розслідування стороні захисту та іншим учасникам кримінального провадження; ґ) рішення прокурора у кримінальному провадженні, що надійшло до нього з обвинувальним актом.

Кожен із цих елементів виконує власну роль у завершальному етапі розслідування підкупу медичних працівників, але водночас взаємопов'язаний один з одним.

Оцінка слідчим належності доказів у разі оформлення закінчення розслідування підкупу медичних працівників складанням обвинувального акта охоплює з'ясування двох питань: а) чи входить обставина, для встановлення якої одержаний доказ, до елементів предмету доказування; б) чи має доказ, з урахуванням його змісту, зв'язок із цією обставиною.

Оцінка допустимості доказів полягає у визначенні слідчим відповідності суб'єктів, джерел, способів і порядку отримання відомостей про факти вимогам кримінального процесуального закону, що дає можливість використовувати їх для встановлення обставин, які мають значення для кримінального провадження щодо підкупу медичних працівників.

Оцінка слідчим достовірності та достатності доказів для складання обвинувального акта полягає у тому, що кожна з обставин, яка підлягає доказуванню у кримінальному провадженні щодо підкупу медичних працівників, має бути підтверджена сукупністю зібраних доказів. Такі докази у своїй сукупності мають призводити до єдиного висновку про наявність події підкупу медичного працівника та його вчинення конкретною особою, яка підлягає кримінальній відповідальності.

Визнавши розслідування підкупу медичних працівників завершеним, слідчий зобов'язаний систематизувати всі зібрані у кримінальному провадженні матеріали, описати їх, підшити та пронумерувати.

Систематизація матеріалів кримінального провадження має велике практичне значення, оскільки економить час на їх вивчення, створює необхідні умови для з'ясування суті справи, її окремих обставин, зокрема, які обтяжують або пом'якшують покарання, а також доказів, покладених в основу обвинувачення, а також тих, що підтверджують непричетність конкретної особи до вчинення інкримінованого їй кримінального правопорушення. Це допомагає учасникам кримінального провадження визначити належну тактику в процесі, сприяє захисту їхніх прав і законних інтересів [3, с. 211].

Систематизація матеріалів кримінального провадження – це упорядковане розташування кожного долученого до нього документа.

Залежно від складності кримінального провадження, його обсягу, кількості епізодів, числа підозрюваних та інших обставин у правозастосовній діяльності використовують хронологічний, тематичний і змішаний способи систематизації матеріалів справи.

У невеликому чи середньому за обсягом кримінальному провадженні, з нескладним формулюванням обвинувачення та невеликою кількістю підозрюваних застосовують хронологічний спосіб. Його суть полягає у тому, що всі матеріали кримінального провадження групують за датами проведення процесуальних дій чи надходження документів до слідчого. Це дає можливість уявити хід розслідування. З іншого боку, такий спосіб не забезпечує швидкість і зручність під час ознайомлення з матеріалами кримінального провадження, тому іноді процесуальні документи, пов'язані між собою за змістом, розташовують разом незалежно від часу їх складання.

Натомість складні багатоепізодні кримінальні провадження систематизують за епізодами, підозрюваними або напрямами кримінально-протиправної діяльності. Такий спосіб одержав назву тематичного. Завдяки йому можливо з невеликими затратами часу з'ясувати наявність тих чи інших обставин, що підлягають доказуванню та мають значення для кримінального провадження. Водночас якщо певний документ містить відомості, що належать як до різних епізодів, так

і до різних підозрюваних, то тематичний спосіб систематизації матеріалів кримінального провадження не підходить [4, с. 185].

У такому разі вдаються до змішаного способу, який поєднує переваги першого та другого. Відповідно до цього способу, спочатку в матеріалах кримінального провадження розташовують документи, які стали приводом до початку кримінального провадження, після цього – документи, що підтверджують наявність події кримінального правопорушення. Згодом викладають письмове повідомлення про підозру, протокол допиту підозрюваного, ухвалу слідчого судді про вибір щодо підозрюваного запобіжного заходу, застосування інших заходів забезпечення кримінального провадження, а протоколи допиту потерпілих, свідків та інші процесуальні документи розміщують у хронологічному порядку. Потім кладуть документи, що характеризують підозрюваного. Документи, які стосуються всіх епізодів або більшості з них, об'єднують. У разі коли таких документів багато, їх розміщають в окремому томі. Протоколи допитів осіб у багатоепізодних кримінальних провадженнях розташовують поепізодно. Насамкінець, значні за обсягом документи поміщають у матеріали епізоду, що є першим у справі, передуючи цим матеріалам або розташовуючи у хронологічному порядку. Стосовно підозрюваних діють у такий же спосіб.

У кримінальних провадженнях щодо підкупу медичних працівників слідчі використовують змішаний спосіб систематизації матеріалів.

Що ж стосується підшивання матеріалів досудового розслідування, то, зважаючи на відсутність прямої вимоги про це в законі і незручність з огляду на необхідність долучення до матеріалів після ознайомлення з ними учасниками кримінального провадження обвинувального акта та додатків до нього, у практиці діяльності органів досудового розслідування матеріали досудового розслідування упорядковуються та нумеруються перед їх відкриттям іншій стороні, а прошиваються на цьому етапі матеріали або за ініціативою самого слідчого, якщо він уважає це необхідним, або на вимогу іншої сторони [5, с. 81].

Слідчий повинен не лише повідомити учасникам кримінального провадження їх право на доступ до матеріалів досудового розслідування, а й забезпечити для цього реальні можливості. Із цією метою необхідно чітко визначити час та місце надання такого доступу.

Надання доступу до матеріалів досудового розслідування є істотною гарантією забезпечення права підозрюваного на захист. До цього моменту він не володіє даними про всі проведені процесуальні дії та про одержані за їх результатами докази. Підозрюваний зазвичай знає лише про ті дії, що виконувалися за його участі, за його клопотанням чи за клопотанням його захисника. Тому ненадання стороні захисту доступу до матеріалів досудового розслідування є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону.

На відміну від потерпілого, цивільного позивача, їх представників та законних представників, цивільного відповідача та його представника доступ до матеріалів досудового розслідування стороні захисту надається незалежно від заявлення про це клопотання.

Однак ознайомлення з матеріалами досудового розслідування, зняття з них копій чи їх відображень – це право, а не обов'язок сторони захисту, яка може і відмовитися від наданої їй можливості. Але така відмова повинна бути добровільною, а невимушеною.

Методика аналізу прокурором матеріалів кримінального провадження про одержання неправомірної вигоди являє собою сукупність рекомендацій, використання яких покликане з'ясувати питання про законність та обґрунтованість початку досудового розслідування за фактом надання (вимагання) неправомірної вигоди, здійснення кримінального переслідування підозрюваного у цьому кримінальному правопорушенні, рішення прокурора затвердити обвинувальний акт у такому кримінальному провадженні і направлення його до суду. Знання прокурором цієї методики забезпечує належний рівень досудового провадження, запобігає порушенням прав і законних інтересів учасників кримінального провадження. Якщо слідчий зобов'язаний довести, то прокурор – перевірити існування причинно-наслідкового зв'язку між отриманням неправомірної вигоди та вчиненням дій на користь її надавача. Істотним питанням доказування у справах про одержання неправомірної вигоди є встановлення джерела походження її предмета. Аналізуючи докази, якими слідчий обґрунтував висновок про дії підозрюваного, спрямовані на вимагання неправомірної вигоди шляхом пред'явлення відповідних вимог особі, яка було змушена погодитися на цей крок, прокурору варто встановити, чи такі докази підтверджують ці обставини. У матеріалах кримінального провадження повинно бути детально висвітлено спосіб отримання неправомірної вигоди як сукупності дій із надання й одержання її предмету. Вирішуючи питання про направлення обвинувального акта до суду, прокурор повинен ретельно

проаналізувати як обставини, що викривають, так і обставини, що виправдовують підозрюваного, з'ясувати наявність доказів, які не відповідають критеріям допустимості, ураховувати перспективу заяви захисником клопотань про визнання їх недопустимими в судовому засіданні. Також належить проаналізувати ті деталі в показаннях свідків, які можуть бути витлумачені як виправдувальні для підозрюваного або істотно впливати на кваліфікацію інкримінованого йому кримінального правопорушення [6].

Незважаючи на те що обвинувальний акт складає слідчий, юридичної сили цей процесуальний документ набуває тільки після затвердження його прокурором.

Аби не допустити направлення до суду обвинувального акта у кримінальному провадженні щодо підкупу медичних працівників, у якому є явні прогалини в доказовому матеріалі або допущені порушення кримінального процесуального закону, що перешкоджають судовому розгляду, прокурор зобов'язаний ретельно вивчити справу та перевірити: 1) чи було сплановане розслідування підкупу медичних працівників на основі висунення обґрунтованих слідчих версій; 2) чи мала місце подія підкупу медичних працівників; 3) чи має діяння, яке ставиться у вину підозрюваному, склад кримінального правопорушення; 4) чи були додержані під час проведення розслідування підкупу медичних працівників вимоги закону щодо забезпечення права підозрюваного на захист; 5) чи немає обставин, що тягнуть закриття кримінального провадження; 6) чи використана оптимальна тактика проведення слідчих (розшукових) дій під час розслідування підкупу медичних працівників; 7) чи вручено письмове повідомлення про підозру з усіх встановлених злочинних діянь підозрюваного; 8) чи повідомлено про підозру всім особам, викритим у вчиненні підкупу медичних працівників; 9) чи правильно кваліфіковані дії підозрюваного за статтями закону України про кримінальну відповідальність; 10) чи додержано вимог закону під час складання обвинувального акта; 11) чи обґрунтовано вибрано підозрюваному запобіжний захід; 12) чи вжито заходів для забезпечення відшкодування збитків, заподіяних кримінальним правопорушенням, і можливої конфіскації майна; 13) чи відповідає письмове повідомлення про підозру обвинувальному акту; 14) чи ґрунтуються висновки, зроблені у обвинувальному акті, на матеріалах кримінального провадження; 15) чи додержано слідчим усіх інших вимог закону.

Тож аналіз прокурором кримінального провадження щодо підкупу медичних працівників має різнобічне спрямування, адже охоплює кримінальний процесуальний, криміналістичний та кримінально-правовий аспекти.

Після цього прокурор приймає одне з таких рішень: а) затверджує обвинувальний акт; б) складає новий обвинувальний висновок; в) повертає кримінальне провадження слідчому зі своїми письмовими вказівками для провадження додаткового розслідування; г) своєю постановою закриває кримінальне провадження.

Окрім указаних рішень, прокурор вправі доручити слідчому переробити обвинувальний акт. У цьому разі разом із поверненням обвинувального акта слідчому дається відповідна письмова вказівка.

Висновки

До завдань наступного етапу розслідування підкупу медичних працівників належать: завершення перевірки раніше висунутих слідчих версій щодо події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила; збирання додаткових доказів; усунення суперечностей у доказовому матеріалі; одержання докладних відомостей про особу правопорушника; з'ясування усіх інших обставин, що підлягають доказуванню; формулювання законної та обґрунтованої підозри; звернення з клопотанням до слідчого судді для вирішення питання про вибір запобіжного заходу.

У наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників залежно від обсягу даних, одержаних у початковому етапі розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень, можуть скластися такі слідчі ситуації: 1) на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників одержано достатньо доказів, що підтверджують винуватість підозрюваного; 2) на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників не одержано достатньо доказів для однозначного висновку про винуватість конкретної особи, що вимагає збирання додаткових доказів; 3) одержані на початковому етапі розслідування підкупу медичних працівників докази є достатніми для констатації винуватості, але виявлено додаткові епізоди вчинення такого протиправного діяння.

Залежно від позиції підозрюваного з приводу повідомленої йому підозри у наступному етапі розслідування підкупу медичних працівників можливі такі типові слідчі ситуації: 1) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину повністю; 2) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний визнає свою вину част-

ково; 3) вручено письмове повідомлення про підозру, підозрюваний не визнає свою вину.

Завершальний етап розслідування підкупу медичних працівників полягає в остаточній оцінці слідчим усієї сукупності зібраних у кримінальному провадженні доказів, у прийнятті ним рішення про складання обвинувального акта, виконанні низки дій, спрямованих на систематизацію та належне оформлення матеріалів кримінального провадження, відкриття таких матеріалів стороні захисту та іншим учасникам кримінального провадження, затвердженні прокурором обвинувального акта та направленні його до суду.

Список використаних джерел:

1. Яблоков Н.П., Князьков А.С. Этапность как метод структурирования предварительного следствия и повышения уровня его организации. *Вестник Московского университета. Серия 11. Право.* 2012. № 1. С. 3–18.

2. Кардашевская М.В., Шипилова Е.С. Этапы процесса расследования и их характеристика. *Таврический научный обозреватель.* 2015. № 2. С. 8–14.

3. Зенченко Л.Е. К вопросу о систематизации материалов уголовного дела в отношении двух и более обвиняемых. *Пробелы в российском законодательстве.* 2010. № 3. С. 211–213.

4. Stepanova H.M., Tereshchenko Yu.V., Kulyk M.Y. Systematization of materials of the criminal proceedings. *Visegrad Journal on Human Rights.* 2016. № 1/2. С. 184–187.

5. Боржецька Н.Л. Підстави та умови складання обвинувального акта. *Юридична Україна.* 2014. № 8. С. 77–83.

6. Исаенко В.Н. Действия прокурора по уголовному делу о получении взятки, поступившему с обвинительным заключением. URL: https://center-bereg.ru/j431.html.

Roksolana Yurkiv. Contents, tasks and typical investigative situations of the next and final stages of the medical workers bribery investigation

The tasks, content, typical investigative situations of the next and final stages of medical workers bribery investigation.

It is stated that in the next stage of the investigation of medical workers bribery the process of proving continues – the following collection, verification and evaluation of evidence is carried out. The tasks of the next stage of medical workers bribery investigation include: completion of verification of previously put forward investigative versions of the event of a criminal offense and the person who committed it; collection of additional evidence; elimination of contradictions in the evidence; obtaining detailed information about the identity of the offender; clarification of all other circumstances to be proved; formulation of legitimate and reasonable suspicion; appealing to the investigating judge to decide on the choice of a measure of restraint.

It is alleged that in the next stage of medical workers bribery investigation, the investigative situation should be re-assessed and, if necessary, the investigation plan should be corrected.

It is substantiated that the content of the next stage of the investigation of medical workers bribery is related to the reliability and sufficiency of the evidence available in the materials of the criminal proceedings. In the next stage, the investigator already has a sufficient set of evidence, which allows him to draw a conclusion about the event of bribery of a medical worker and the guilt of a particular person.

It is proved that the choice and sequence of investigative (search) actions in the next stage of medical workers bribery investigation the use of tactics during their implementation depend on the amount of data obtained in the initial stage of investigation of this category of criminal offenses. At the same time, the following investigative situations may arise: 1) in the initial stage of the investigation of medical workers bribery, sufficient evidence was obtained to confirm the guilt of the suspect; 2) in the initial stage of the investigation of medical workers bribery, insufficient evidence was obtained for an unambiguous conclusion about the guilt of a particular person, which requires the collection of additional evidence; 3) the evidence obtained in the initial stage of medical workers bribery investigation is sufficient to establish guilt, but additional episodes of such an illegal act have been identified.

It is noted that depending on the position of the suspect regarding the suspicion reported to him in the next stage of medical workers bribery investigation, the following typical investigative situations are possible: 1) a written notice of suspicion is served, the suspect admits his guilt in full; 2) a written notice of suspicion has been served, the suspect admits his guilt in part; 3) a written notice of suspicion is served, the suspect does not admit his guilt.

It is stated that the final stage of medical workers bribery investigation should include: a) assessment by the investigator of the evidence collected from the angle of their sufficiency to decide on the completion of the pre-trial investigation; b) a decision to terminate the pre-trial investigation by drawing up an indictment; c) systematization and proper registration of materials of criminal proceedings; d) opening the materials of the pre-trial investigation to the defense and other participants in the criminal proceedings; e) the decision of the prosecutor in criminal proceedings, received by him with an indictment. Each of these elements plays a role in the final phase of a medical bribery investigation, but is interconnected.

Key words: illicit gain, medical workers, stages of investigation, investigative (search) actions, systematization and registration of materials of criminal proceedings.

УДК 341.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.43

Євген Білоусов,
докт. юрид. наук, доцент,
професор кафедри права Європейського Союзу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Марина Кахнова,
студентка
Інституту прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ЗАСТОСУВАННЯ СТАТТІ 10 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття присвячена аналізу окремих аспектів застосування права на свободу вираження поглядів у практиці Європейського Суду з прав людини.

Авторами ретельно досліджено складові елементи права на свободу вираження поглядів та проаналізовано актуальну практику Європейського Суду з прав людини щодо кожної складової частини цього права.

У дослідженні автори звертають увагу на те, що система захисту свободи вираження поглядів, що закріплена в Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод за своєю правовою природою є багатоаспектною, оскільки надає особі право дотримуватися своїх поглядів, право на поширення інформації та ідеї; право на одержання інформації. Право на свободу дотримуватися поглядів означає можливість для кожної особи мати власну позицію щодо того чи іншого питання, при цьому гарантується також захист особи від приписування їй певної позиції на основі її попередніх висловлювань і негативних наслідків, які можуть виникнути з цього, а також міститься заборона щодо примушення особи розголошувати іншим власну позицію. Свобода одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади є другим елементом права на свободу вираження поглядів. При цьому право на свободу отримання інформації включає право на збір інформації, пошук інформації через усі можливі законні джерела й не лише стосується засобів масової інформації, але й надає право громадськості бути належним чином поінформованою, зокрема, з питань, що становлять суспільний інтерес.

У статті аргументовано доводиться, що на підставі аналізу практики Європейського Суду з прав людини можна говорити про доцільність та необхідність виокремлення чотирьох критеріїв, за якими обмеження доступу до інформації може визнаватися втручанням у реалізацію свободи вираження поглядів. Отже, ними є мета запитувача (для чого потрібна інформація), природа (характер) інформації, роль запитувача, «готовність та доступність» інформації. У дослідженні зазначено, що право на передання інформації також входить до складу свободи вираження поглядів. При цьому аналіз практики Європейського Суду з прав людини дає підстави стверджувати, що є певні типи висловлювань, які захищаються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, висловлювання, за допомогою яких передається інформація, не обмежуються лише написаними словами або усними висловлюваннями, під поняття «передання інформації» можуть також підпадати зображення, фотографії і навіть культурна спадщина, які призначені для висловлення ідеї або подання інформації.

Авторами зроблено висновок про те, що не будь-які висловлювання захищаються статтею 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, захист не поширюється на так звані hate speech, тобто висловлювання, що підбурюють до ненависті чи насильства проти окремих релігійних груп, національних меншин, гендерних груп тощо та суперечать статті 17 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка встановлює заборону щодо зловживання правами.

У статті проведено аналіз так званого трискладового тесту, який використовує Європейський Суд з прав людини під час вирішення питання про наявність порушень статті 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (the three-part test), а саме законність обмежень, легітимна мета, заради якої застосовувалось обмеження, та необхідність у демократичному суспільстві.

Ключові слова: свобода вираження поглядів, практика Європейського Суду з прав людини, доступ до інформації, передання інформації, «мова ненависті», «трискладовий тест».

© Є. Білоусов, М. Кахнова, 2021

Постановка проблеми. Ратифікація Україною Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), необхідність демократизації та утвердження плюралізму в громадянському суспільстві, застосування національними судами у своїх рішеннях практики Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) вимагають ретельного аналізу права на свободу вираження поглядів, його складових частин та випадків легітимного обмеження цього права державою-учасницею Конвенції.

Питання змісту права на свободу вираження поглядів у практиці ЄСПЛ було предметом дослідження таких науковців, як К.В. Можаровська, О.І. Нагнічук, В.В. Середюк, Т.М. Слінько, С.В. Шевчук, Л.В. Ярмол. Водночас звернення до рішень ЄСПЛ з питань застосування статті 10 Конвенції та виявлення нових тенденцій Судом у тлумаченні права на вираження поглядів не втрачає своєї актуальності й зумовлює необхідність проведення подальших наукових досліджень.

Метою статті є розгляд основних складових частин права на свободу вираження поглядів в контексті звернення до актуальної практики ЄСПЛ з питань тлумачення ним положень статті 10 Конвенції.

Виклад основного матеріалу. Генеза права на свободу вираження поглядів сягає середини XX століття, адже 10 грудня 1948 року Генеральною Асамблеєю ООН було прийнято Загальну декларацію прав людини, яка, хоч і мала рекомендаційний характер, однак заклала підвалини створення міжнародно-правового механізму захисту прав людини і основоположних свобод.

Стаття 19 вищезазначеного міжнародного акта передбачає право кожної людини на свободу переконань і на вільне їх виявлення, що включає свободу безперешкодно дотримуватися своїх переконань та свободу шукати, одержувати й поширювати інформацію та ідеї будь-якими засобами незалежно від державних кордонів. Зауважимо, що обмежень цього права стаття 19 не містить. Зміст права на свободу вираження поглядів в подальшому був розвинений у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (далі – Пакт), який набув чинності 23 березня 1976 року. В Пакті вперше було передбачено вичерпний перелік випадків легітимного обмеження права на свободу вираження поглядів. Частина 3 статті 19 Пакту, зокрема, містить правило, згідно з яким користування правом покладає особливі обов'язки та особливу відповідальність, тому може бути пов'язане з певними обмеженнями, які, однак, мають встановлюватися законом і бути необхідними для поваги прав і репутації інших осіб; для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення. В подальшому в межах утвореного у 1949 році міждержавного об'єднання, а саме Ради Європи, було розроблено та прийнято «революційний» міжнародно-правовий документ – Конвенцію, яка стала фактично першоосновою створення та подальшого функціонування дієвого механізму захисту прав і свобод людини на міждержавному рівні. Слід зазначити, що створена система захисту прав людини і основоположних свобод протягом усіх років її існування неодноразово піддавалася ревізії через розроблення та прийняття Протоколів до Конвенції, які є її невід'ємною частиною. В контексті цього дослідження можна стверджувати, що положення статті 10 Конвенції щодо їх тлумачення Судом органічно пов'язані з принципами правоінтерпретаційної діяльності ЄСПЛ, тому втручання у право особи на свободу вираження поглядів становитиме порушення статті 10 Конвенції, якщо воно не підпадатиме під один з винятків, установлених частиною 2 статті 10 Конвенції. Окрім того, варто зазначити, що у вітчизняній доктрині свободу вираження поглядів розуміють у подвійному значенні: з одного боку, це надбання суспільства загалом, що гарантується державою-учасницею Конвенції, а з іншого боку, це право кожної особи, що перебуває під юрисдикцією держави-учасниці дотримуватися своїх поглядів, одержувати й передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. З цього випливає, що в разі невиконання державою своїх зобов'язань за статтею 10 Конвенції (у разі порушення цього права державою-учасницею) порушуються інтереси всього суспільства загалом, руйнується демократична основа держави.

Як слушно зазначають Т.М. Слінько та В.В. Середюк, закріплене у статті 10 Конвенції право на свободу вираження поглядів є одним із найбільш вагомих для розуміння природи демократичного суспільства [1, с. 580]. Більш того, на думку німецького вченого-юриста Й.А. Фровейна, без широких гарантій права на свободу вираження поглядів, захищених незалежними та неупередженими судами, немає вільної країни [2]. Ми погоджуємося з такими висновками дослідників і вважаємо, що рівень захисту свободи вираження поглядів в суспільстві не лише впливає на перебіг політичних процесів у державі та рівень демократії, але й посі-

дає центральне місце у розвитку кожної людини – члена суспільства як особистості.

Структурно статтю 10 Конвенції можна поділити на дві частини. Перша частина визначає свободи, що захищаються Конвенцією, а друга встановлює вичерпний перелік обмежень (серед них слід назвати загрозу національній безпеці, територіальній цілісності або громадській безпеці, запобігання заворушенням чи злочинам, охорону здоров'я чи моралі), які дають змогу державі в легітимний спосіб втручатись та обмежувати здійснення цього права.

Свобода дотримуватися поглядів як складова частина права, передбаченого статтею 10 Конвенції, надає право особі мати власну позицію щодо того чи іншого питання, гарантує захист особи від приписування їй певної позиції на основі її попередніх висловлювань і негативних наслідків, які можуть виникнути з цього, а також забороняє примушувати особу розголошувати іншим свою позицію [3]. Держави не повинні намагатися розрізняти осіб, які дотримуються тієї чи іншої думки. Більше того, просування односторонньої інформації державою може становити серйозну і неприйнятну перешкоду свободі дотримуватися поглядів [4, с. 13].

Так, у справі «Фогт проти Німеччини» (рішення № 1 7851/9) заявниця, громадянка ФРН, отримавши необхідний стаж викладацької діяльності і склавши державні іспити, необхідні для заняття посади вчителя в гімназії, була призначена на таку посаду, що дало їй статус чиновника на державній службі. Громадянка Фогт була членом Німецької комуністичної партії з 1972 року, причому цей факт своєї біографії вона не приховувала. Пізніше проти неї було розпочато дисциплінарне переслідування, оскільки, на думку влади, вона здійснювала політичну діяльність, несумісну з нормами федерального й земельного законодавства про державну службу, вона не була «політично лояльна» і вірна Конституції. В подальшому влада округу тимчасово відсторонила пані Фогт із посади. Зрештою, було прийнято рішення про її звільнення як дисциплінарного стягнення. Суд у своєму рішенні зазначив, що права доступу на державну службу не випадково немає в тексті Конвенції, а відмова провести призначення будь-якої особи на державну службу не може слугувати підставою для скарги відповідно до положень Конвенції. Однак це не означає, що особа, яка знаходиться на державній службі, не може скаржитися на своє звільнення, якщо таке звільнення порушує одне з її прав, що захищаються Конвенцією. Відповідно, статус штатного державного службовця, який пані Фогт придбала у зв'язку з її призначенням учителем середньої школи, не позбавляє її гарантій статті 10 Конвенції. До того ж Суд не знайшов доказів того, що сама заявниця на практиці виступала з будь-якими антиконституційними заявами навіть поза роботою або особисто займала в будь-чому антиконституційну позицію. Відповідно, Суд констатував порушення статті 10 Конвенції і дійшов висновку про те, що свобода дотримуватися думки включає захист особи від можливих негативних наслідків у випадках, коли їй приписуються ті чи інші погляди після попередніх публічних висловлювань. Свобода дотримуватись поглядів також включає «негативну свободу», коли особу не змушують повідомляти власні думки [5].

Свобода одержувати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів є другим елементом права на свободу вираження поглядів. При цьому свобода отримання інформації включає право на збір інформації, пошук інформації через усі можливі законні джерела. Незважаючи на те, що свобода отримання інформації та ідей стосується засобів масової інформації, проаналізувавши наявну практику ЄСПЛ, розуміємо, що право на одержання інформації та ідей (без втручання органів державної влади та незалежно від кордонів) має громадськість, яка повинна бути належним чином поінформована, зокрема, з питань, що становлять суспільний інтерес. Показовою у цьому контексті є справа «Угорський Гельсінський Комітет проти Угорщини», за результатами розгляду якої ЄСПЛ запропонував чотири критерії, відповідно до яких обмеження доступу до інформації може визнаватися втручанням у реалізацію свободи вираження поглядів.

По-перше, це мета запитувача або те, для чого потрібна інформація. Так, у згадуваній справі неурядова організація Угорщини, здійснюючи контроль за дотриманням прав людини, звернулась до департаментів поліції з проханням надати імена призначених ними в тому році громадських захисників, а також інформацію щодо кількості призначень. Неурядовій організації було відмовлено, оскільки така інформація не становить інтерес у суспільстві. Однак ЄСПЛ зазначив, що інформація, запитувана заявником у поліції, перебувала, безперечно, в межах предметної сфери його досліджень. Для того щоби мати можливість підтримувати свої аргументи, заявник бажає зібрати номінативну інформацію про окремих адвокатів, щоби продемонструвати будь-які моделі призначення, що повторюються. Якщо б заявник обмежив свій запит анонімної

інформації, як це було запропоновано Урядом, цілком ймовірно, він не був би в змозі надати результати, які можна перевірити, в підтримку своєї критики наявної схеми, тому інформація була «необхідною» для здійснення заявником свого права на свободу вираження поглядів.

По-друге, це природа (характер) інформації. Щодо характеру інформації Суд у цій справі зазначив, що національні органи влади не зробили ніяких оцінок стосовно характеру потенційного громадського інтересу запитуваної інформації та були зацікавлені тільки статусом державних захисників із точки зору Закону про дані. Останнє дало змогу обмежити винятки із загального правила про нерозголошення персональних даних. Водночас, на думку Суду, інформація про призначення громадських захисників становила значний суспільний інтерес незалежно від того, чи можна було віднести громадських захисників до «інших осіб, які виконують державні обов'язки», згідно з відповідним національним законодавством.

По-третє, це роль запитувача. Угорський Гельсінський Комітет був відомою організацією із захисту громадського інтересу, що займалась поширенням інформації з питань прав людини й верховенства закону. Суд констатував, що запитувана інформація була необхідна для виконання заявником цього завдання.

По-четверте, це «готовність та доступність» інформації. Запитувана інформація була готовою й доступною, тому її надання не було б обтяжливим для влади, отже, Суд не розглядав цей критерій, оцінивши обставини справи, виходячи із зазначених критеріїв.

Суд загалом дійшов висновку по справі, що мало місце втручання в право неурядової організації, передбачене статтею 10 Конвенції. Хоча таке втручання було передбачене законом і переслідувало законну мету (захист прав інших осіб), воно не було «необхідним у демократичному суспільстві». Отже, Суд постановив, що був факт порушення статті 10 Конвенції [6].

Слід зазначити, що право на передання інформації також входить до системи захисту свободи вираження поглядів, яка встановлена в Конвенції. При цьому аналіз практики ЄСПЛ дає нам підстави стверджувати, що є певні типи висловлювань, які захищаються Конвенцією. Можна говорити, що висловлювання, за допомогою яких передається інформація, не обмежуються лише написаними словами або усними висловлюваннями, під поняття «передання інформації» можуть також підпадати зображення, фотографії і навіть культурна спадщина, які призначені для висловлення ідеї або подання інформації.

Варто наголосити на тому, що з огляду на практику Суду форма вираження ідей також охороняється згідно зі статтею 10 Конвенції. Так, у справі «Швидка проти України» заявниця стверджувала, що, відірвавши від покладеного Президентом Януковичем вінка стрічку з написом «Президент України В.Ф. Янукович», вона висловила свою цілковиту незгоду з його політикою, включаючи утиски опозиції. За її твердженнями, цей вчинок також мав на меті виразити її протест щодо ув'язнення опозиційного лідера пані Юлії Тимошенко. Більш того, заявниця прагнула показати своє розчарування обмеженнями, встановленими для громадськості у зв'язку із заходами щодо забезпечення безпеки Президента Януковича під час проведення офіційної церемонії покладання вінка. Вона наголошувала на тому, що не пошкоджувала вінок та не порушувала громадський порядок.

У цій справі ЄСПЛ погодився з тим, що своїм вчинком вона прагнула поширити серед людей навколо неї певні ідеї щодо Президента України, тому цей вчинок можна вважати формою вираження політичних поглядів. Відповідно, Суд зазначив, що застосування до заявниці за цей вчинок стягнення у вигляді десятиденного адміністративного арешту становило втручання у її право на свободу вираження поглядів. Водночас ЄСПЛ у цій справі, застосувавши «трискладовий тест» (про який нами буде зазначено далі), встановив, що законодавство, на підставі якого було застосовано адміністративний арешт, було передбачуваним, мета обмеження права була легітимною, зокрема заявниця вдалася до провокативного жесту, який міг занепокоїти або образити деяких людей, які були його свідками (такий захід був необхідний для забезпечення громадської безпеки), однак покарання у вигляді арешту було надмірним і непропорційним переслідуваній меті [7].

В контексті дослідження можна констатувати, що не будь-яке передання інформації захищається статтею 10 Конвенції. Йдеться про так звані *hate speech* (мова ненависті), *incitement to violence* (підбурювання до насильства), де існує навмисне та безпосереднє використання формулювань для підбурювання до насильства, а також реальна можливість того, що насильство відбудеться. Ці висловлювання не підпадають під захист, передбачений статтею 10 Конвенції.

Так, у справі «Вейделанд та інші проти Швеції» 60 заявників були засуджені за

розподіл листівок в середині школи, які, на думку національних судів, були образливими для гомосексуалістів. Заявники поширювали листівки від організації під назвою «Національна молодь», залишаючи їх у шафах учнів або на них. В листівках були, зокрема, твердження, що гомосексуалізм має «морально-руйнівний вплив на сутність суспільства» і є відповідальним за розвиток ВІЛ та СНІДу.

ЄСПЛ по цій справі встановив, що ці заяви мали серйозні та упереджені твердження, навіть якщо в них були відсутні прямі заклики до актів ненависті. Суд наголосив на тому, що дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації є такою ж серйозною, як і дискримінація за расою, походженням або кольором. Він дійшов висновку, що порушення Конвенції не було, а втручання держави у реалізацію заявниками права на свободу вираження поглядів було обґрунтованим [8].

В іншій справі, «Норвуд проти Сполученого Королівства», заявник виставив у своєму вікні плакат, наданий Британською національною партією, членом якої він був, де було зображено вежі-близнюки у полум'ї. Картина супроводжувалася словами «Іслам з Британії – захищай британський народ!». Як наслідок, він був засуджений за розпалювання ворожнечі до релігійної групи. Суд визнав скаргу неприйнятною, посилаючись на статтю 17 Конвенції, яка забороняє будь-яку діяльність, «спрямовану на скасування будь-яких прав та свобод, визнаних Конвенцією». Суд зазначив, що свобода вираження поглядів не може використовуватися для знищення прав та свобод, викладених у Конвенції. Така атака на релігійну групу, ототожнення релігійної групи загалом із тяжким актом тероризму є несумісними з проголошеними та гарантованими цінностями Конвенцією, зокрема такими як, толерантність, мир у суспільстві та недискримінація. Таким чином, будь-який вираз, що містить елементи релігійної дискримінації, виходить за межі дії статті 10 Конвенції [9].

Отже, виходячи з аналізу практики Суду, ми вважаємо, що не будь-які висловлювання захищаються статтею 10 Конвенції. Зокрема, так звані *hatespeech*, тобто висловлювання, що підбурюють до ненависті чи насильства проти окремих релігійних груп, національних меншин, гендерних груп та суперечать статті 17 Конвенції, яка встановлює заборону щодо зловживання правами окремою державою, групою чи особою (тобто забороняє здійснювати діяльність або вчиняти будь-які дії, спрямовані на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних Конвенцією, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж це передбачено в Конвенції).

Як уже зазначалось нами, у частині 2 статті 10 Конвенції передбачено вичерпний перелік випадків правомірного обмеження права на свободу вираження поглядів. При цьому ЄСПЛ, розглядаючи ту чи іншу справу, застосовує так званий трискладовий тест (*the three-part test*): законність обмежень, легітимна мета, заради якої застосовувалось обмеження, та необхідність у демократичному суспільстві.

Щодо законності втручання, то ЄСПЛ здійснює перевірку щодо наявності застосованих до заявника обмежень у законах держави-учасниці Конвенції. Як правило, це має бути письмовий та публічний закон, прийнятий парламентом, і саме національний парламент повинен «узаконити» таке обмеження. Наприклад, у справі «Санді Таймз проти Сполученого Королівства» Суд наголошує на тому, що норма права не може розглядатися як «закон», якщо вона не сформульована достатньо точно і чітко, щоб громадянин міг регулювати свою поведінку. Також закон має бути загальнодоступним, аби громадянин за необхідності міг передбачити наслідки своїх дій.

Легітимна мета передбачає, що перелік можливих підстав для обмеження свободи вираження поглядів є вичерпним. Державні органи чи посадові особи держави не можуть свавільно виходити за межі переліку обмежень, що встановлені в частині 2 статті 10 Конвенції. Тільки за умови ствердної відповіді щодо наявності легітимної мети національні суди можуть застосувати визначені Конвенцією обмеження до відповідної особи. Наприклад, вилучення нецензурної книги може мати законну мету захистити мораль, однак судова заборона проти публікації секретної інформації в газетах може бути виправдана інтересами національної безпеки. Суди повинні враховувати, що інтерес, який потребує захисту, має бути реальним, а не можливим. Якщо ж національний суд дійде висновку про наявність законного обмеження та легітимну мету такого обмеження, суд приймає рішення, що таке втручання є «необхідним у демократичному суспільстві».

Слід зазначити, що для прийняття рішення відповідно до третьої вимоги тесту національні суди повинні застосовувати принцип пропорційності, відповідаючи на таке запитання: «Чи була мета пропорційна засобам, використаним для її досягнення?». У цьому питанні мета – це одна або більше цінностей, інтересів, передбачених частиною 2 статті 10 Конвенції, для захисту яких

держави можуть втручатися у свободу вираження поглядів. Засобом є саме втручання. Отже, мета – це конкретні інтереси, на які посилається держава, такі як національна безпека, порядок, мораль, права інших, а засіб – це конкретний обмежувальний захід, який застосовується до особи, яка реалізує своє право на свободу вираження поглядів. Наприклад, засобом може бути заборона публікації, обшук приміщення газети. Можна констатувати, що рішення про пропорційність базується на принципах демократичного суспільства. Для того щоб довести, що втручання було «необхідним у демократичному суспільстві», потрібно переконатися в тому, що існує «нагальна соціальна потреба», що вимагає цього конкретного обмеження щодо реалізації свободи вираження поглядів. Так, у справі «Обсервер та Гардіан проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ зазначив, що прикметник «необхідний» у межах значення пункту 2 статті 10 передбачає існування «надзвичайної соціальної ситуації». Саме така ситуація виправдовує обмеження права на вираження поглядів, що передбачене статтею 10 Конвенції.

Висновки

Конвенцією було встановлено певні міжнародні стандарти, яких повинні дотримуватися держави-учасниці у їх взаємовідносинах з будь-якою особою, що перебуває під їхньою юрисдикцією, при цьому гарантувати забезпечення реального й ефективного захисту прав і свобод людини, які передбачені Конвенцією та Протоколами до неї. Це твердження повною мірою стосується права на свободу вираження поглядів, передбаченого статтею 10 Конвенції. Структурно статтю 10 Конвенції можна поділити на дві частини. Першою є складові частини права на свободу вираження поглядів, другою – вичерпний перелік легітимних обмежень досліджуваного права. Свобода дотримуватися своїх поглядів включає право особи мати власну позицію щодо того чи іншого питання, гарантує захист особі від приписування їй певної позиції на основі її попередніх висловлювань і негативних наслідків, які можуть виникнути з цього, а також забороняє примушувати особу розголошувати іншим свою позицію. Свобода одержувати інформацію передбачає можливість для засобів масової інформації отримувати її будь-якими незабороненими засобами та право громадськості отримувати суспільно необхідну інформацію. Свобода передання інформації являє собою не лише написані слова або усні висловлювання, але й зображення, фотографії і навіть культурну спадщину, що призначені для висловлення ідеї або подання інформації. При цьому статтею 10 Конвенції захищається не тільки сама ідея, але й форма її вираження. Вирішуючи питання про наявність у справі порушення статті 10 Конвенції ЄСПЛ застосовує так званий трискладовий тест (*the three-part test*): законність обмежень, легітимна мета, заради якої застосовувалось обмеження, та необхідність у демократичному суспільстві.

Список використаних джерел:

1. Слінько Т.М., Середюк В.В. Свобода вираження поглядів у рішеннях Європейського суду з прав людини та загальні критерії її обмеження. *Форум права*. 2009. № 3. С. 580–585. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2009-3/09ctmkio.pdf.

2. Jochen Abr. Frowein, “Freedom of expression under the European Convention on HumanRights”, in Monitor/Inf (97) 3, Council of Europe.

3. Лутковська В.В. Конвенції про захист прав і основних свобод людини. URL: http://www.judges.org.ua/article/seminar14-7.htm.

4. Protecting the right to freedom of expression under the European convention on human rights. URL: http://www.inai.tn/wp-content/uploads/2018/11/20170718_Handbook-Freedom-of-Expression-ENG.pdf.pdf.

5. Дело «Фогт (VOGT) против Германии». URL: https://europeancourt.ru/uploads /ECHR_Vogt _v_Germany_26_09_1995.pdf.

6. Справа «Угорський Гельсінський комітет проти Угорщини». URL: https://cedem.org.ua/library/13522.

7. Справа «Швидка проти України» (Заява № 17888/12). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a40#Text.

8. Case of Vejdeland and others v. Sweden. URL: file:///C:/Users/1/Downloads/001-109046.pdf.

9. Norwood v. the United Kingdom. URL: file:///C:/Users/1/Downloads/001-67632.pdf.

10. Sunday Times v. the United Kingdom: Judgment 26 April 1979. URL: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=Sunday%20%7C%20Times&sessionid=67430&skin=hudoc-en.

11. «Обсервер» і «Гардіан» проти Сполученого Королівства. URL: https://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Observer_and_Guardian_v_The_United_Kingdom_26_11_1991.pdf.

Yevhen Bilousov, Maryna Kakhnova. Application of Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the case law of the European Court of Human Rights

The article focuses on the constituent elements of the right to freedom of expression and examines the multidimensional nature of the freedom of expression as a part of the right referred to in Article 10 of the European Convention on Human Rights. The latter protects the right of individuals to hold their own position on a particular issue, guarantees them the protection from attribution of the position based on previous statements and from those negative consequences that may arise from this. It also prohibits forcing a person to disclose his position to others. The freedom to receive information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers is the second element of the right to freedom of expression. At the same time, the freedom to receive information includes the right to gather and seek information through all possible legitimate sources and applies not only to the media, but also to the public who have the right to be properly informed about issues of public interest.

Having analyzed the practice of the European Court of Human Rights we distinguished four criteria by which restriction of the access to information can be considered as interference in exercising the right to freedom of expression: the purpose of the requester and what they need this information for; the nature of information, the role of the requester, "availability and accessibility" of information. Freedom of expression also includes the right to impart information. At the same time, the analysis of the practice of the European Court of Human Rights gives us grounds to say that there are certain types of statements protected by the European Convention on Human Rights. Expressions through which information is transmitted are not restricted to only written words or verbal expressions but may also include images, photographs and even cultural heritage intended to express an idea or present information.

We argue that not all statements are protected by Article 10 of the European Convention on Human Rights due to the fact that the protection does not cover hate speech, i.e. statements that encourage hatred or violence against certain religious groups, national minorities, gender groups, etc. and are contrary to Article 17 of the European Convention on Human Rights, which prohibits the abuse of rights.

We carried out the so-called 'the three-part test' which uses the European Court of Human Rights to identify the violations of Article 10 of the European Convention on Human Rights: legitimacy of such interferences, the legitimate aims pursued and the need for a democratic society.

Key words: freedom of expression in the practice of the European Court of Human Rights, access to information, transmission of information, "hate speech", "the three-part test".

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2021.4.44

Максим Логвиненко,
викладач кафедри спеціальної фізичної підготовки
факультету підготовки фахівців для підрозділів кримінальної поліції
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ТА СКЛАДНИКИ ПРАВОВОЇ ПОВЕДІНКИ

Сьогодні можна впевнено говорити про остаточний вибір стратегії Україною у напрямі незалежності та становлення правової держави. Метою було визначено демократичні та гуманістичні міжнародні стандарти. Оскільки процес державотворення є безперервним, то національні інституції, система державного самоврядування, структура та формування внутрішньодержавного права підлягають постійному вдосконаленню. Все це для того, аби забезпечити максимальне задоволення потреб суспільства, однак цей процес є двостороннім. Так, кожна особа повинна неухильно дотримуватись певних правил поведінки у суспільстві для того, щоб держава могла координувати та вдосконалювати умови життя. Така поведінка може мати на меті надзвичайно різні цілі, мотиви та інтереси, а також відрізнятися наслідками, однак в будь-якому разі спрямована на задоволення потреб та бажань кожної людини у сфері суспільних відносин.

У сучасному суспільстві поведінка людей може бути різноманітною. До основних форм правової поведінки відносять правомірну та неправомірну. Правомірна поведінка має значну суспільну значущість та є суспільно бажаною.

Як відомо, правова поведінка людини може не лише реалізуватися з дотриманням правових норм та законодавчих актів, але й передбачати певні мотиви, інтереси та характеризуватися відповідним рівнем відповідальності, через що вона може називатися деліквентною, тобто неправомірною, та порушувати правові приписи, а також мати такі характеристики, як винність, шкідливість, протиправність. Така поведінка залишається поза межами регулювання норм права та має цілком негативні наслідки.

Саме тому нині досить гостро постає проблема свідомої та внутрішньо мотивованої правової поведінки, яка має свідомо-вольовий зміст, є основою розуміння особистістю дотримання правових норм та принципів, яка буде базуватися на правових цінностях та нормах, передбачати певні знання та позитивне ставлення до норм права, а також реалізацію у формі певної суспільно корисної активності та соціальної бажаності.

Отже, визначення основних характеристик та складових частин правової поведінки має юридичну та соціальну значущість, як і її дотримання у правовому суспільстві.

Ключові слова: соціальні норми, поведінка, правосвідомість, соціум, стандарти.

Постановка проблеми. Україна нині проходить непростий шлях формування правничої системи, створення та вдосконалення системи органів влади, правової свідомості суспільства. Для побудови правової демократичної держави необхідна відповідна координація поведінки суспільства задля попередження хаосу та дезорієнтації правової системи нашої держави.

Природа та основні характеристики правової поведінки розглядалися О. Даниляном, В. Ковальським, М. Ларіним, І. Максимовою, В. Малаховим.

Структура правової поведінки знайшла своє відображення у працях С. Алексєєва, Є. Білозьорова, С. Лисенкового, І. Максимової, О. Омельчук, І. П'янова, В. Скакуна, С. Тимченка, А. Штанька.

Метою статті є визначення поняття, змісту та видів правової поведінки.

Виклад основного матеріалу. Для визначення змісту та сутності поняття «правова поведінка» спершу з'ясуємо зміст таких термінів, як «поведінка», «правосвідомість», які безпосередньо формують його у працях дослідників.

На думку дослідника Є. Білозьорова [3], поведінка – це сукупність певних дій та реакцій організму на певні подразники (навколишнє середовище), яка має свідомі та несвідомі прояви. Основою поведінки варто вважати як біологічні (вроджені, тобто інстинкти, рефлекси), так і соціальні чинники (дія соціуму на людину) [3, с. 18].

На думку В. Малахова [5], поведінка може характеризуватися такими особли-

© М. Логвиненко, 2021

востями, як дружелюбність, емоційність, товариськість, агресія, жорстокість, імпульсивність [5, с. 490]. Соціальна та правова характеристика поведінки також передбачає дотримання індивідом певних правил та норм, завдяки чому можна досягти успіху у житті та діяльності.

За юридичною енциклопедією [6], правова поведінка є складовою частиною правосвідомості. Правосвідомість – це певні знання, оцінні думки та настанови, завдяки яким можна визначити ставлення суб'єктів соціальних відносин до дотримання правових норм, а також чинного законодавства; це система цінностей особистості, її мотивів до дотримання правової поведінки; це здатність застосовувати набуті знання у практичних діях; це здатність до саморегуляції власної поведінки, яка має юридичну значущість. Ця дефініція також передбачає відповідний рівень ставлення індивіда до дотримання законодавчих норм, є виразником певних ідей, правил та концепцій, за допомогою чого відбувається осмислення людиною дійсності, яка має правовий характер [6, с. 330]. До правової свідомості також варто відносити здатність індивіда регулювати свою поведінку, за допомогою чого правова поведінка стає реальною.

За визначенням С. Тимченка, С. Бостана, С. Легуши [1], правову свідомість також доцільно розглядати як категорію, яка є відображенням історичного матеріалізму, що є виразником тієї чи іншої форми правосвідомості у контексті інтересів соціуму, яка виражається у правових ідеях, теоріях, поглядах, груповій та індивідуальній свідомості, що має також відображатися у дотриманні певних норм і правил права індивідом [1, с. 120].

За слушним визначенням В. Скакуна [9], правосвідомість варто розглядати як специфічну форму людської свідомості, у контексті якої суспільні та індивідуальні або економічні інтереси будуть усвідомлені як правові [9, с. 68]. Основою правосвідомості є емоції, концепції, почуття, настрої індивіда, що відображають особливості ставлення людини до норм бажаного або загальноприйнятого права; відображення цінностей, установок, мотивів до дотримання норм правової поведінки; їх намірів до інститутів або суб'єктів права.

Отже, завдяки правосвідомості можуть проявлятися ті чи інші акти правової поведінки. Оскільки правова поведінка має соціальну природу, обов'язковою складовою частиною соціальної поведінки є соціальні норми, які варто розглядати як вимоги до суспільної свідомості, які може сприймати член суспільства для того, щоб реалізувати їх у своєму житті. Соціальні норми також розуміють як соціальні стандарти, моделі обов'язкової суспільної та правової поведінки для того, щоб ефективно упорядковувати життя суспільства на правовому рівні. Це імперативи правової поведінки, які є загальнообов'язковими для виконання.

Як зазначає Ю. Бондар [5], соціальні норми пов'язані з розвитком та соціалізацією особистості. На погляд науковця, набуваючи певних соціальних норм та цінностей, які визначають зміст правових норм, людина визнає їх для себе загальнообов'язковими [5, с. 36]. Отже, певні вимоги визначають ефективність дотримання правових норм. Вчений також наголошує на тому, що людина, щоб дотримуватися правової поведінки, повинна визнавати відповідні правові цінності та мати внутрішні мотиви для дотримання певних правових норм. Норми права також мають бути відповідними суспільним потребам, інтересам та визначатися динамікою розвитку сучасного суспільства.

Ґрунтовні дослідження правової поведінки варто датувати кінцем XX – початком XXI ст., що знайшло своє відображеннях у дисертаційних дослідженнях у контексті взаємозв'язку цієї категорії з іншими поняттями права, а також відмежування правової поведінки від інших різновидів правової поведінки.

Наприклад, Н. П'янов [7] визначає правову поведінку як «врегульовану поведінку за допомогою норм суспільного права, яке має позитивне спрямування, характеризується підконтрольністю держави; поведінку, яка має свідомо-вольове спрямування та має у своїй основі певні юридичні наслідки для індивіда» [7, с. 13]. Отже, дослідження цього автора, окрім усіх інших характеристик правової поведінки, зробило акцент на її підконтрольності державному регулюванню, адже раніше цю характеристику не виділяли інші науковці. Досить цінними у контексті досліджень правової поведінки також є праці В. Муж [18], І. Максимової [19].

За слушним визначенням І. Максимової, правову поведінку варто розуміти як таку, що має «певну соціальну значущість, соціальну зумовленість та усвідомленість, а також здатність індивіда до вияву вольової регуляції власних дій та вчинків, що може передбачати певні позитивні або негативні наслідки юридичного характеру, за допомогою чого припиняються або можуть бути реалізовані певні види діяльності» [19, с. 88].

Розглядаючи природу правової поведінки як складової частини правосвідомості, С. Алексєєв [2] виділяє раціонально-ідеологічний, емоційно-психологічний та настановчо-поведінковий складники [2, с. 138]. Наприклад, якщо правомірна поведінка базується на

основі «раціо» (розуму) та усвідомлення своїх діянь, їх наслідків у контексті свого вчинку, а також здатності регулювати свої стани та емоції, вмінні керувати собою та мати позитивні установки щодо її дотримання, то неправомірна поведінка, навпаки, передбачатиме геть протилежні характеристики.

Згідно з твердженням авторів [5; 6], для успішної реалізації правової поведінки доцільно виокремлювати не лише складові частини правової поведінки, але й ті сфери та види правової свідомості, в яких ця поведінка може реалізуватися. Як приклад можна навести кримінально-процесуальну правову, адміністративно-правову поведінку. За їх допомогою можна також визначити цінність відносин, які передбачають особливості ставлення до дотримання норм і принципів права, вміння оцінювати власну поведінку та поведінку інших із правової точки зору.

На думку О. Штанько [10], для дотримання правової поведінки слід розуміти значення її елементів, які пов'язуються з об'єктами й засобами праворегулювання [10, с. 144–145]. Саме до них варто відносити відповідні мотиви й правові настанови, за допомогою яких можна чинити вплив на поведінку людей. Всі ці компоненти є складовими частинами правової свідомості, і саме від належного рівня їх сформованості залежить те, як буде діяти суб'єкт правових відносин: із правомірної чи протиправної точки зору; як він зможе реалізувати своє право відповідно до свого призначення або всупереч йому; якою буде його мета: він зашкодить іншим учасникам суспільних відносин або його дії будуть соціально корисними.

Складові частини правової поведінки, які становлять її сутність, відображені на рис. 1.

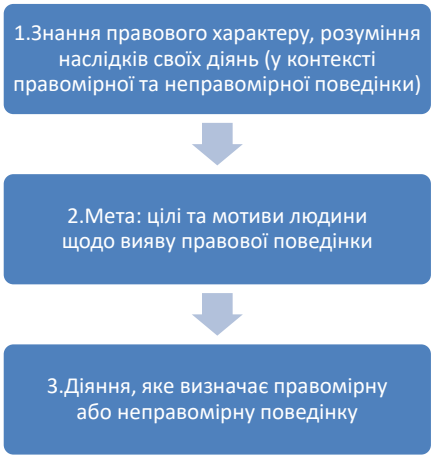

Рис. 1. Компоненти правової поведінки

Джерело: складено за джерелом [2, с. 23]

Отже, нами було визначено, що поведінка особи передбачає певні знання, мотиви, цілі та цінності, а також може виражатися у формі певних дій та вчинків або мати пасивну форму. Правову поведінку слід визначати як поведінку особи у формі дії чи бездіяльності, яка має суспільну значущість та свідомо вольовий характер, водночас регулюється нормами права, а її наслідки спричиняють юридичну відповідальність.

Правову поведінку слід розуміти як різновид соціальної поведінки, що має обов'язкову значущість, є підконтрольною свідомості та волі людини, передбачає певні цінності, мотиви та настанови, регламентована нормами права, має юридичні наслідки, як позитивні, так і негативні. Ця поведінка є формою вияву свободи особистості (її вибору), а також може виражатися у вигляді правомірних або неправомірних дій. Така поведінка не може бути нейтральною, а лише виражається у формі відповідних дій чи бездіяльності. Вона пов'язана з можливістю її виконавця реалізувати свої інтереси, потреби та передбачає досягнення його цілей.

Висновки

Отже, нами було визначено, що правова поведінка передбачає спектр соціально значущих дій, які можуть виражатися у зовнішній формі або через бездіяльність та формують відповідні правові наслідки.

Правовій поведінці властиві такі ознаки:

1) є соціально корисною, має певну значущість, втілюється у формі правомірної поведінки, відображається на суспільних відносинах у громадянському суспільстві та відображає стан суспільного розвитку;

2) має зовнішнє вираження у діях або бездіяльності як у основних його формах; дія безпосередньо впливає на відносини між суб'єктами; щодо бездіяльності, то вона має, як правило, вербальне (словесне) вираження; її складовими частинами є висловлювання, судження й оцінювання як чинники, за допомогою яких може виражатися стан суб'єкта, який є внутрішнім;

3) характеризується свідомо вольовим характером, тобто може передбачати усвідомлення обставин діяння та здатність особи реалізувати свою волю у вигляді певних вчинків, скеровувати свою поведінку на здійснення певних вчинків;

4) може регулюватися нормами права, що містяться в текстах правових актів, які або прямо описують умови та ознаки правових вчинків, або передбачають будь-які вчинки щодо моделювання такої поведінки; це відрізняє правову поведінку від інших типів соціальної поведінки;

5) формує юридичні наслідки, за якими визначаються відповідні заходи (попередження або ж, наприклад, позбавлення волі).

Окрім моральної оцінки, вона передбачає правове регулювання та постає у двох формах, таких як правомірна та неправомірна. До правомірної поведінки відносять таку, яка є соціально схваленою, соціально бажаною та законодавчо регламентованою. До неправомірної поведінки належить повний антипод правомірної, тобто це та поведінка, яка є суспільно шкідливою, здійснюється усвідомлено, має у своїй основі винне діяння та передбачає певні наслідки й відповідні заходи щодо її прояву.

Правова поведінка регламентується відповідними нормативно-правовими актами (у їх текстах), у яких зазначені умови правомірних або неправомірних вчинків та наслідки їх учинення, а також заходи, які можуть бути передбачені за її виконання або невиконання, тому правова поведінка відрізняється від соціальної через вищезазначені характеристики.

Ця поведінка пов'язується з реалізацією особою чи організацією своїх інтересів, потреб та мотивів і має відповідні наслідки.

Правова поведінка також може передбачати відповідну реакцію держави на дотримання або недотримання норм права у формі заходів стимулювання або заходів, які спричиняють юридичну відповідальність.

Правова поведінка є виразником суспільного розвитку на певному етапі.

Список використаних джерел:

1. Актуальні проблеми теорії держави і права. Ч. І : Актуальні проблеми теорії держави : навчальний посібник / С. Тимченко, С. Бостан, С. Легуша, Н. Пархоменко, Т. Пікуля, Н. Пронюк. Київ, 2007. 288 с.

2. Алексеев С. Общая теория права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2019. 576 с.

3. Білозьоров Є. Ефективність законотворчості як чинник формування правової держави в Україні. *Конституційна реформа в Україні: досвід, проблеми, перспективи* : матеріали круглого столу, присвяченого 17-й річниці прийняття Конституції України (25 червня 2013 р.). Київ : ТОВ НВП «Інтерсервіс», 2013. С. 18–23.

4. Барабаш О. Правосвідомість, правопорядок та законність як чинники правомірної поведінки. *Форум права.* 2018. № 3. С. 6–12. URL: http://nbuv.gov.ua/jpdf/FP_index.htm_2018_3_3.pdf.

5. Малахов В. Поведінка. *Філософський енциклопедичний словник* / гол. ред. В. Шинкарук. Київ : Інститут філософії імені Григорія Сковороди НАН України ; Абрис, 2018. С. 490. ISBN 966-531-128-X.

6. Поведінка. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / відп. ред. Ю. Шемшученко. Київ : Українська енциклопедія ім. М. Бажана, 2019. Т. 4 : Н–П. 720 с. ISBN 966-7492-04-4.

7. Пьянов Н. Правовое введение: понятие и виды. *Сибирский юридический вестник.* 2015. № 4. С. 11–14.

8. Правознавство / за ред. Т. Філіпенко. Київ : Генеза, 2018. 336 с.

9. Скакун О. Теорія права і держави : підручник. 3-тє вид., доп. і перероб. Київ : Правова єдність, 2011. 524 с.

10. Штанько А. Правосвідомість та її роль у формуванні правової поведінки. *Держава і право. Юридичні і політичні науки.* 2009. Вип. 43. С. 144–152.

Maksym Lohvynenko. Concept and components of legal behavior

Today we can speak with confidence about the final choice of Ukraine's strategy towards independence and the rule of law. Democratic and humanistic international standards were taken as the goal. And since the process of state formation is continuous, the national institutions, the system of state self-government, the structure and formation of domestic law are constantly being improved. All this is to ensure the maximum satisfaction of the needs of society, but this process is two-way. Thus, each person must strictly adhere to certain rules of conduct in society, so that the state can coordinate and improve living conditions. Such purposeful behavior can have extremely different goals, motives and interests, as well as different consequences, but in any case is aimed at meeting the needs and desires of each person in the field of public relations.

In modern society, people's behavior can be varied. The main forms of legal behavior include lawful and unlawful. Legitimate behavior has significant social significance and is socially desirable.

As you know, human legal behavior can be realized not only in compliance with legal norms and legislation, provide certain motives, interests and be characterized by an appropriate level of responsibility because of which it can be called delinquent, i.e. illegal, which violates legal requirements and may have characteristics such as guilt., harmfulness, illegality. Such behavior remains outside the scope of legal regulation and has quite negative consequences.

That is why today the problem of conscious and internally motivated legal behavior is quite acute, which has a conscious-volitional content, is the basis of individual understanding of legal norms and principles, which will be based on legal values and norms, provides some knowledge and positive attitude to law and implementation in the form of a certain socially useful activity and social desirability.

Thus, the definition of the main characteristics and components of legal behavior has legal and social significance, as well as its observance in a legal society.

Key words: social norms, behavior, legal consciousness, society, standards.

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.